

Załącznik nr 1 do Uchwały Nr 1/2011
Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 15 marca 2011 r.

**Informacja o działalności
Krajowej Izby Odwoławczej
w 2010 r.**

Warszawa 2011 r.

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE	4
CZĘŚĆ I PODSTAWY FUNKCJONOWANIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2010 R.	5
1. PODSTAWY PRAWNE FUNKCJONOWANIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ	5
2. SKŁAD OSOBOWY KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ	7
3. ORGANY IZBY, ICH KOMPETENCJE I DZIAŁALNOŚĆ.....	7
4. RZECZNIK DYSCYPLINARNY.....	9
CZĘŚĆ II DZIAŁALNOŚĆ MERYTORYCZNA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2010 R.	10
1. ROZPOZNAWANIE ODWOŁAŃ	10
1.1. Wpływ odwołań.....	11
1.2. Rozpoznawanie odwołań	14
1.3. Rozstrzygnięcia w sprawach złożonych odwołań	16
1.4. Terminowość rozpoznawania odwołań	18
1.5. Skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.....	19
2. WYRAŻANIE OPINII W SPRAWIE ZASTRZEŻEŃ OD WYNIKÓW KONTROLI PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	21
3. ROZPOZNAWANIE WNIOSKÓW O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY	22
CZĘŚĆ III PROBLEMY WYNIKAJĄCE Z ORZECZNICTWA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2010 R.	24
1. PROBLEMY MERYTORYCZNE	24
1.1. Podatek od towarów i usług w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej	24
1.2. Wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego	28
1.3. Oświadczenia i dokumenty składane przez podmioty zagraniczne	36
1.4. Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych	41

2. WPŁYW NOWELIZACJI PRZEPISÓW PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH Z 2009 R. NA ORZECZNICTWO KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W ROKU 2010.....	44
2.1. Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.....	44
2.2. Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.....	48
CZĘŚĆ IV INNA DZIAŁALNOŚĆ KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2010 R.	63
PODSUMOWANIE	65

Wprowadzenie

Niniejsza Informacja obejmuje trzeci rok funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej. Czas ten był szczególnie trudny z uwagi na znaczące zmiany, jakie zaszły zarówno w materii zamówień publicznych, jak też samej procedury rozpoznawania odwołań, w tym organizacji pracy Izby i składów orzekających. Powyższe było efektem dwóch nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej Prawem zamówień publicznych, wprowadzonych ustawą z dnia 5 listopada 2009 r., której przepisy weszły w życie od dnia 22 grudnia 2009 r. oraz ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r., obowiązującą od 29 stycznia 2010 r. Zasadnicze zmiany w procesie rozpoznawania sporów odwoławczych, w tym także co do samego statusu Izby wynikały z drugiej z ustaw nowelizacyjnych. W tym zakresie pierwsze odwołania wniesione na gruncie tych znowelizowanych przepisów rozpoznane zostały przez Izbę w marcu 2010 r., zatem już od początku roku Izba stanęła przed wyzwaniem sprawnego i prawidłowego wdrożenia znowelizowanych przepisów. Dodatkowym celem Izby było zniwelowanie opóźnień w rozpoznawaniu odwołań powstałych w roku 2009, w którym zanotowano znaczący wzrost liczby wpływających odwołań.

Poniższe opracowanie w sposób syntetyczny przedstawia najistotniejsze zagadnienia związane z pracą Izby w 2010 r. W Części I Informacji wskazano podstawy prawne funkcjonowania Izby, jej strukturę, organy i istotne zmiany, jakie zaszły w przedmiotowym zakresie w okresie sprawozdawczym. Część II stanowi analizę podstawowych obszarów działania Izby w ujęciu liczbowym oraz porównanie rezultatów pracy Izby w roku 2010 z poprzednim okresem sprawozdawczym. Kolejna Część przedstawia zagadnienia merytoryczne, które były przedmiotem rozpoznania przez Izbę w 2010 r., pokazuje też praktyczne problemy wynikające z przeprowadzonych w 2009 r. nowelizacji Prawa zamówień publicznych, z którymi zetknęła się Izba w okresie sprawozdawczym. Krótkie sprawozdanie z pozaorzecniczej działalności Izby zawarte zostało w Części IV Informacji.

Niniejsza Informacja została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej uchwałą nr 1/2011 z dnia 15 marca 2011 r. w celu jej przedłożenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 172 ust. 3 pkt 6 Prawa zamówień publicznych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

Część I

Podstawy funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r.

1. Podstawy prawne funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza została powołana w wyniku nowelizacji Prawa zamówień publicznych z dnia 13 kwietnia 2007 r. Aktem tym utworzono organ, w którego skład wchodzić może nie więcej niż 100 członków spełniających wymagania wymienione w Prawie zamówień publicznych (art. 173 ust. 2 Prawa zamówień publicznych), powoływanych przez Prezesa Rady Ministrów.

Krajowa Izba Odwoławcza wypełnia swoje ustawowe zadania przez rozpoznawanie:

- 1) odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 172 ust. 1 Prawa zamówień publicznych),
- 2) zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 167 ust. 2 i 3, art. 171a Prawa zamówień publicznych),
- 3) wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 182 ust. 3 Prawa zamówień publicznych).

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

W dniu 29 stycznia 2010 r. weszła w życie ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Celem ww. ustawy było w szczególności wdrożenie przepisów dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r.).

Przedmiotowa nowelizacja wprowadziła zasadnicze zmiany w postępowaniu odwoławczym prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak również w funkcjonowaniu samej Izby. Do najistotniejszych należy rezygnacja z instytucji protestu składanego do zamawiającego, a co za tym idzie, pozostawienie odwołania - rozpoznawanego przez Krajową Izbę Odwoławczą i skargi - składanej na orzeczenia Izby do sądu jako środków ochrony prawnej. Na skutek nowelizacji wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia odwołania bezpośrednio do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie wskazanym w ustawie w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Ustawodawca przewidział również możliwość wezwania wykonawców przez Prezesa Izby do uzupełnienia odwołania pod rygorem jego zwrotu w zakresie zarówno dokumentów, które powinny zostać do niego dołączone, jak np. dowód uiszczenia wpisu czy pełnomocnictwo, jak też samej treści odwołania tj. wskazania czynności lub zaniechania czynności, której wykonawca zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, przedstawienia zarzutów, określenia żądań oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Odwołania rozpoznawane są co do zasady przez jednoosobowe składy orzekające; jedynie w sprawach o szczególnej zawichości bądź o precedensowym charakterze Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie odwołania przez trzyosobowy skład orzekający. Omawianą nowelizacją Prawa zamówień publicznych rozszerzone zostały również kompetencje Krajowej Izby Odwoławczej m.in. przez wprowadzenie uprawnienia Izby do unieważniania zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego czy nakładania kar finansowych na zamawiających. Ocena wpływu ww. nowelizacji na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej została omówiona w Części III pkt. 2 niniejszej Informacji.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. W związku z powyższym, w okresie sprawozdawczym Izba rozpoznawała środki ochrony prawnej wnoszone według stanu prawnego Prawa zamówień publicznych sprzed i po ww. nowelizacji. Tym samym, zadania wykonywane przez Krajową Izbę Odwoławczą w roku 2010 regulowane były również aktami wykonawczymi do ww. ustawy wydanymi na gruncie dwóch stanów prawnych, w tym:

- 1) rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327

ze zm.);

- 2) rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 280);
- 3) rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.);
- 4) rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

2. Skład osobowy Krajowej Izby Odwoławczej

Od początku 2010 r. Izba orzekała w składzie 22 członków powołanych w wyniku postępowań kwalifikacyjnych przeprowadzonych w 2007 r. oraz w 2008 r.

Z uwagi na zbyt małą liczebność członków Krajowej Izby Odwoławczej w stosunku do liczby wpływających odwołań, nowe obowiązki nałożone na członków Izby ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), jak również z uwagi na planowane obciążenie Izby dodatkowymi obowiązkami, w dniu 31 sierpnia 2009 r. Prezes Rady Ministrów ogłosił na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 lipca 2007 r. w sprawie trybu przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego na członków Krajowej Izby Odwoławczej, sposobu powoływania komisji kwalifikacyjnej, a także szczegółowego zakresu postępowania kwalifikacyjnego (Dz. U. Nr 120, poz. 820) postępowanie kwalifikacyjne zmierzające do powołania 17 nowych członków Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie to zakończyło się wyłonieniem wskazanej liczby osób – kandydatów na członków Izby. Ślubowanie nowo powołanych członków odbyło się w dniu 8 marca 2010 r. Obowiązki członka Izby podjęło 16 osób. Jedna osoba zrezygnowała z podjęcia obowiązków członka Izby po złożeniu ślubowania. Nowopowołani członkowie Izby podjęli swoje obowiązki w Izbie w przeważającej większości - w miesiącu marcu.

3. Organy Izby, ich kompetencje i działalność.

Organami Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 172 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, są:

- 1) prezes;
- 2) wiceprezes;
- 3) zgromadzenie ogólne, które tworzą członkowie Izby.

Do kompetencji Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 172 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, należy kierowanie pracami Izby, a w szczególności:

- 1) reprezentowanie Izby na zewnątrz;
- 2) przewodniczenie zgromadzeniu ogólnemu;
- 3) ustalanie terminów posiedzeń składów orzekających Izby, a także zarządzanie łącznego rozpoznania odwołań;
- 4) wyznaczanie składów orzekających Izby do rozpoznania odwołań, w tym przewodniczących;
- 5) czuwanie nad sprawnością pracy Izby;
- 6) składanie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, po przyjęciu przez zgromadzenie ogólne, rocznej informacji o działaniu Izby uwzględniającej problemy wynikające z orzecznictwa.

Do kompetencji Prezesa Izby należy również zwoływanie zgromadzenia ogólnego Izby co najmniej dwa razy w roku, a także na pisemny wniosek co najmniej połowy członków Izby albo przewodniczącego sądu dyscyplinarnego w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku (art. 172 ust. 5 Prawa zamówień publicznych).

W okresie sprawozdawczym Prezes Izby na podstawie art. 172 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wprowadził Wewnętrzny Regulamin Organizacji Pracy Krajowej Izby Odwoławczej (Zarządzenie nr 1/2010 z dnia 22 listopada 2010 r.), który wszedł w życie z dniem 1 grudnia 2010 r.

Z uwagi na upływ w dniu 21 grudnia 2010 r. 3-letniej kadencji pierwszego Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Pani Renaty Tubisz, Prezes Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dniem 22 grudnia 2010 r. powołał na stanowisko Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Panią Klaudię Szczytowską-Maziarz.

Do kompetencji zgromadzenia ogólnego Izby, zgodnie z art. 172 ust. 4 Prawa zamówień publicznych należy:

- 1) przygotowanie i przyjęcie rocznej informacji o działalności Izby uwzględniającej problemy wynikające z orzecznictwa;
- 2) wyznaczanie składu sądu dyscyplinarnego;
- 3) rozpatrywanie odwołań od orzeczeń sądu dyscyplinarnego;
- 4) rozpatrywanie i opiniowanie innych spraw wniesionych przez Prezesa Izby lub zgłoszonych przez członków zgromadzenia ogólnego.

W okresie objętym informacją roczną odbyły się dwa zgromadzenia ogólne Izby.

4. Rzecznik dyscyplinarny

Rzecznik dyscyplinarny został powołany na podstawie art. 175 ust. 5 Prawa zamówień publicznych przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Rzecznik dyscyplinarny pełni funkcję oskarżyciela przed sądem dyscyplinarnym.

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 przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Izby w dniu 4 listopada 2009 r.

W okresie sprawozdawczym Rzecznik Dyscyplinarny złożył do sądu dyscyplinarnego pierwszej instancji jeden wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego w stosunku do członka Izby. Powołany przez zgromadzenie ogólne sąd dyscyplinarny wydał postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania w przedmiotowej sprawie z uwagi na upływ okresu karalności czynu.

Część II

Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r.

Jak wskazano powyżej, w związku z wejściem w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, w 2010 r. Izba rozpoznawała odwołania wnoszone według dwóch stanów prawnych Prawa zamówień publicznych.

W związku z powyższym do zadań Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r. należało rozpoznawanie:

- 1) odwołań wnoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od rozstrzygnięć protestów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,
- 2) odwołań wnoszonych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej,
- 3) zastrzeżeń wnoszonych przez zamawiających od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez wyrażenie przez Izbę opinii w sprawie zastrzeżeń w formie uchwały,
- 4) wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu,
- 5) wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

W dalszej części Informacji zaprezentowane zostały dane statystyczne ukazujące zarówno wpływ odwołań, zastrzeżeń i wniosków w 2010 r., jak również liczbę spraw rozpoznanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w okresie sprawozdawczym.

1. Rozpoznawanie odwołań

Rozpoznawanie odwołań wnoszonych na zaniechania i czynności podejmowane przez zamawiających w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest podstawowym zadaniem Krajowej Izby Odwoławczej. Poniżej zaprezentowano dane statystyczne dotyczące odwołań rozpoznanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w 2010 r., zdań odrębnych zgłoszonych przez członków składów orzekających, skarg wniesionych

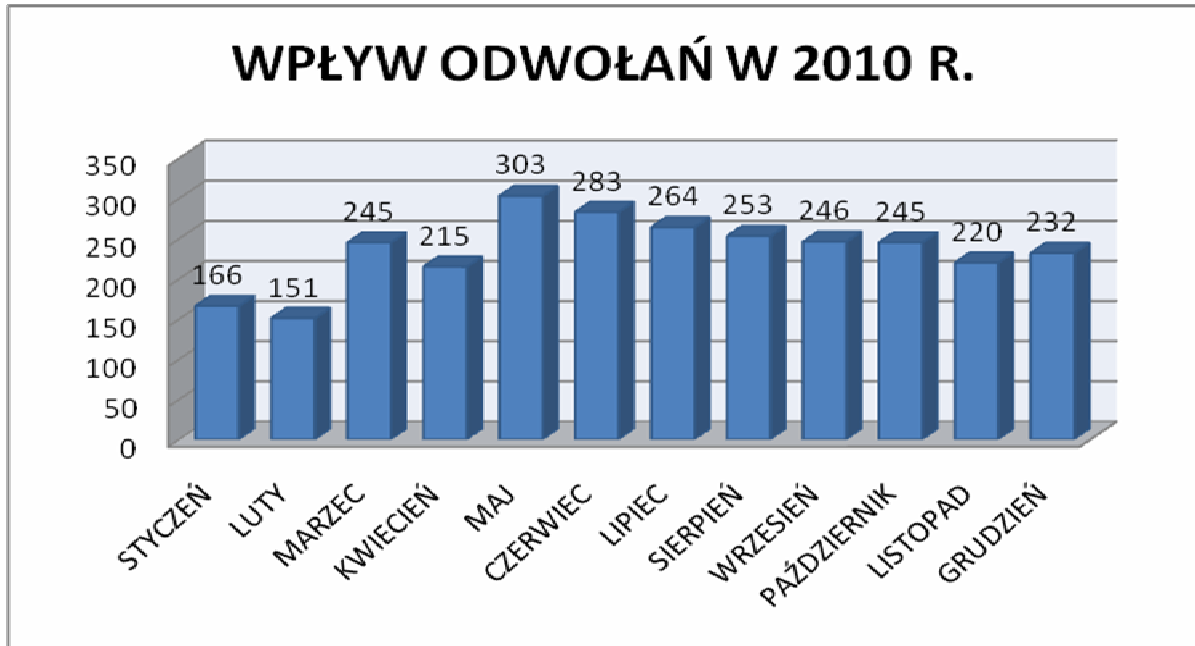
na orzeczenia Izby oraz porównanie poszczególnych okresów 2010 r. do analogicznych okresów roku 2009. Zwrócono również uwagę na kwestie merytoryczne, takie jak zagadnienia prawne przekazane przez sądy okręgowe do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu czy wybrane orzeczenia Izby związane z nowymi zadaniami nałożonymi na Izbę nowelizacją Prawa zamówień publicznych z grudnia 2009 r.

1.1. Wpływ odwołań

W okresie sprawozdawczym odnotowano wpływ 2 823 odwołań, w tym 766 odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych według stanu prawnego Prawa zamówień publicznych przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. (27%) oraz 2 057 odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (73%).

Wpływ odwołań w poszczególnych miesiącach 2010 r. kształtował się następująco:

- 1) styczeń 2010 r. – 166 odwołań,
- 2) luty 2010 r. – 151 odwołań,
- 3) marzec 2010 r. – 245 odwołań,
- 4) kwiecień 2010 r. – 215 odwołań,
- 5) maj 2010 r. – 303 odwołań,
- 6) czerwiec 2010 r. – 283 odwołań,
- 7) lipiec 2010 r. – 264 odwołań,
- 8) sierpień 2010 r. – 253 odwołań,
- 9) wrzesień 2010 r. – 246 odwołań,
- 10) październik 2010 r. – 245 odwołań,
- 11) listopad 2010 r. – 220 odwołań,
- 12) grudzień 2010 r. – 232 odwołań.



W 2010 r. odnotowano wzrost wpływu odwołań o ponad 42% w porównaniu do roku poprzedniego (1 985 odwołań). Wzrost ten w podziale na kwartały kształtował się w poniższy sposób:

I kwartał 2009 r. – wpływ – 410 odwołań;

I kwartał 2010 r. – wpływ – 562 odwołań;

II kwartał 2009 r. – wpływ – 476 odwołań;

II kwartał 2010 r. – wpływ – 801 odwołań;

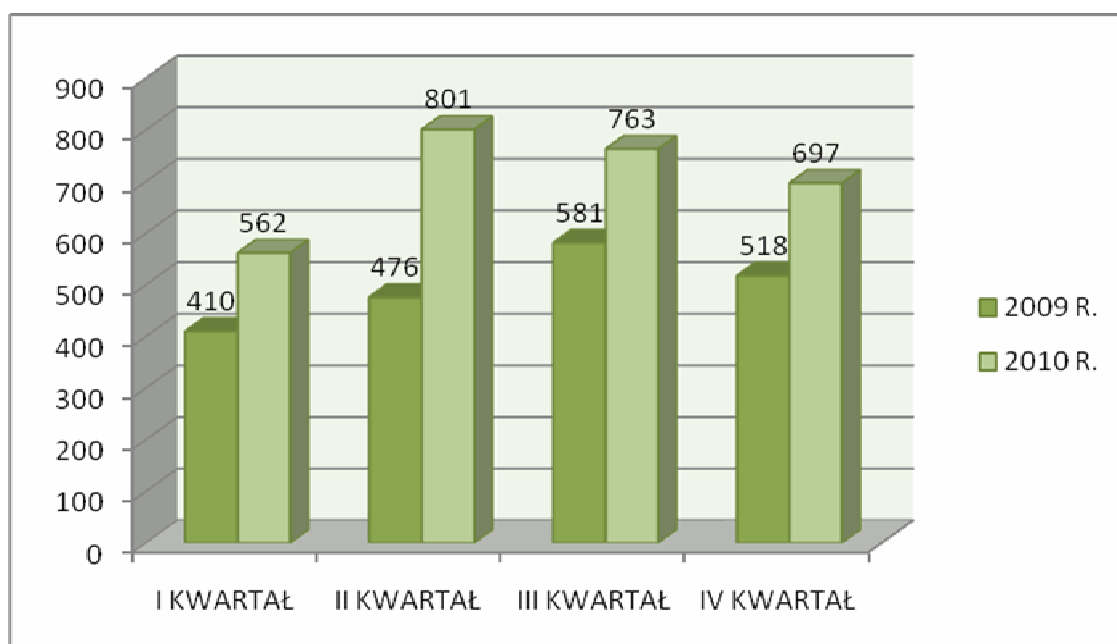
III kwartał 2009 r. – wpływ – 581 odwołań;

III kwartał 2010 r. – wpływ – 763 odwołań;

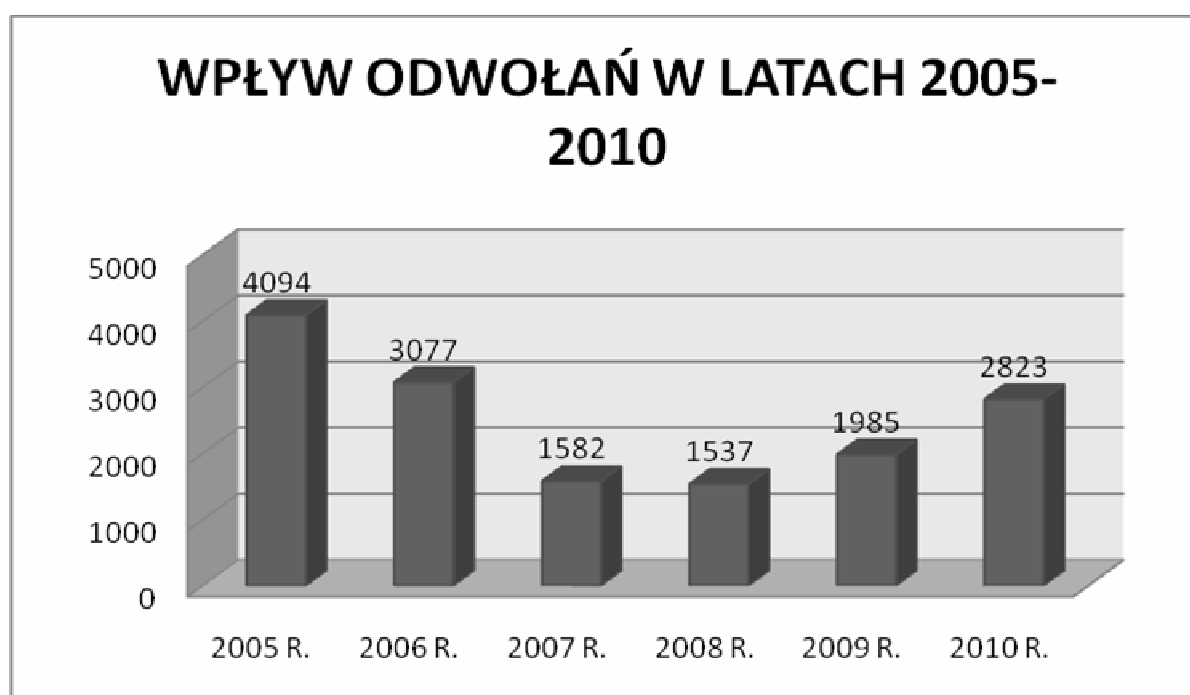
IV kwartał 2009 r. – wpływ – 518 odwołań.

IV kwartał 2010 r. – wpływ – 697 odwołań.

Porównanie ilości odwołań w latach 2009–2010 w okresach kwartalnych przedstawia poniższy wykres.



Dla celów porównawczych poniżej przedstawiono kolejne dane prezentujące liczbę spraw, jakie wpłynęły w latach 2005 – 2010 do rozpoznania przez Zespoły Arbitrów (orzekające w okresie od 1995 r. do dnia 4 grudnia 2007 r.) oraz Krajową Izbę Odwoławczą (funkcjonującą od dnia 5 grudnia 2007 r.).



Prezentowane dane wskazują, że w ciągu czterech kolejnych lat, tj. od 2005 do 2008 r. liczba wnoszonych odwołań stopniowo malała. Rok 2009 był pierwszym, w którym zaobserwowano zmianę tej tendencji. W roku 2010 została ona utrzymana. Wzrost liczby odwołań w roku 2009 i 2010 należy niewątpliwie wiązać z nowelizacjami Prawa zamówień publicznych przeprowadzonymi w latach 2008 i 2009.

1.2. Rozpoznawanie odwołań

Krajowa Izba Odwoławcza w roku 2010 rozpoznała 2 992 odwołania, w tym 1 059 odwołań złożonych według stanu prawnego sprzed nowelizacji Prawa zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. (35%) oraz 1 933 odwołania wniesione według stanu prawnego po wejściu w życie ww. nowelizacji (65%). Dodatkowo, w 2010 r. 32 odwołania zostały zwrócone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Z ogólnej liczby 3 024 rozpoznanych spraw 295 odwołań zostało wniesionych w 2009 r.

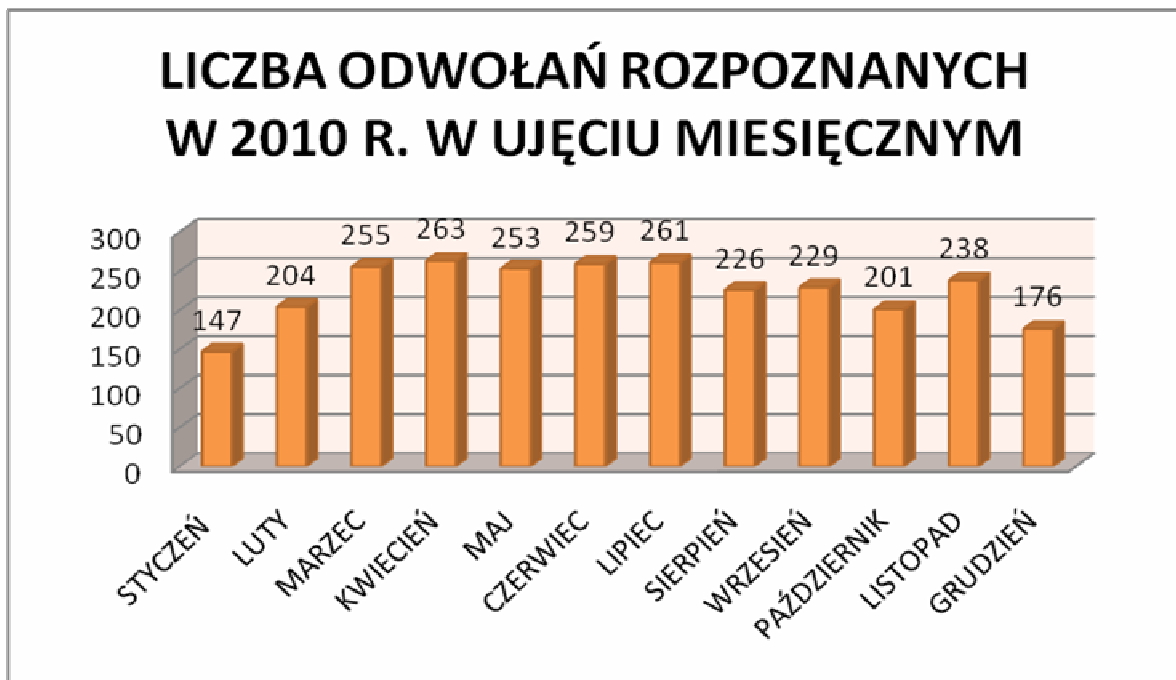
Spośród 3 024 odwołań 312 zostało zwróconych (10%), w tym:

- 32 odwołania postanowieniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z powodu nie uiszczenia wpisu od odwołania (10%),
- 86 odwołań postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z powodu nie uiszczenia wpisu od odwołania (28%),
- 4 odwołania postanowieniem składu orzekającego z powodu nie uiszczenia wpisu od odwołania (1,5%),
- 185 odwołań postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z powodu nie uzupełnienia braków formalnych odwołania (59%),
- 5 odwołań postanowieniem składu orzekającego z powodu nie uzupełnienia braków formalnych odwołania (1,5%).

Rozpoznaniu przez Izbę, z pominięciem odwołań zwróconych, podlegało 2 712 odwołań (90%). Liczba rozpoznanych przez Izbę odwołań w ciągu 2010 r. z podziałem na poszczególne miesiące przedstawia się następująco:

- 1) styczeń 2010 r. – 147 odwołań,
- 2) luty 2010 r. – 204 odwołań,
- 3) marzec 2010 r. – 255 odwołań,
- 4) kwiecień 2010 r. – 263 odwołań,

- 5) maj 2010 r. – 253 odwołań,
- 6) czerwiec 2010 r. – 259 odwołań,
- 7) lipiec 2010 r. – 261 odwołań,
- 8) sierpień 2010 r. – 226 odwołań,
- 9) wrzesień 2010 r. – 229 odwołań,
- 10) październik 2010 r. – 201 odwołań,
- 11) listopad 2010 r. – 238 odwołań,
- 12) grudzień 2010 r. – 176 odwołań.



W 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała o 64% więcej odwołań niż w roku 2009. Porównanie liczby rozpoznanych odwołań w poszczególnych kwartałach obu okresów (z pominięciem odwołań zwróconych) prezentuje się następująco:

- I kwartał 2009 r. – rozpoznanych – 395 odwołań;
- I kwartał 2010 r. – rozpoznanych – 606 odwołań;

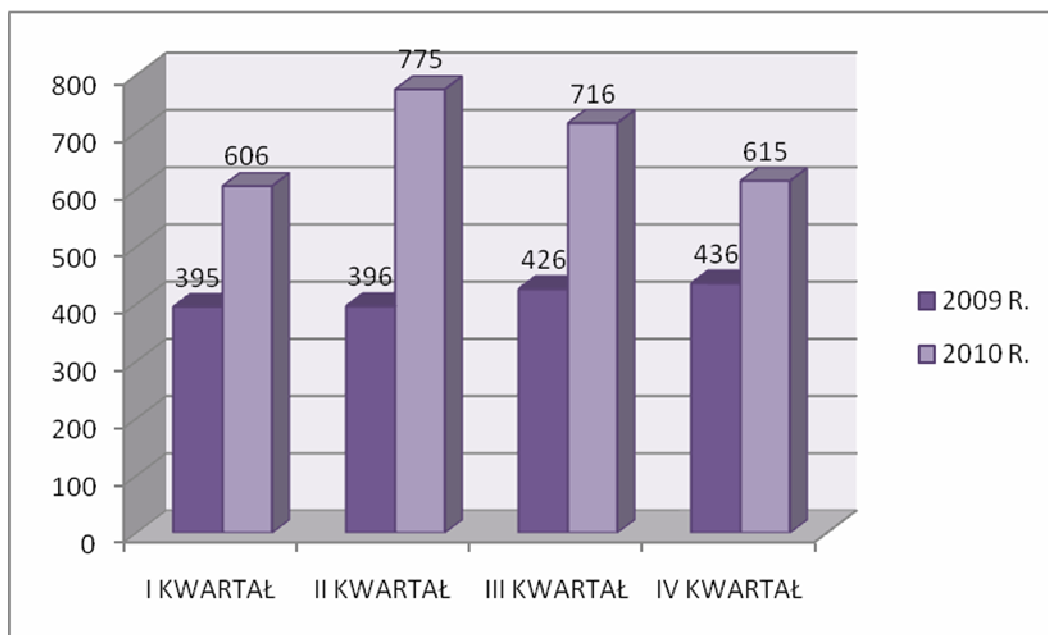
- II kwartał 2009 r. – rozpoznanych – 396 odwołań;
- II kwartał 2010 r. – rozpoznanych – 775 odwołań;

III kwartał 2009 r. – rozpoznanych – 426 odwołań;

III kwartał 2010 r. – rozpoznanych – 716 odwołań;

IV kwartał 2009 r. – rozpoznanych – 436 odwołań;

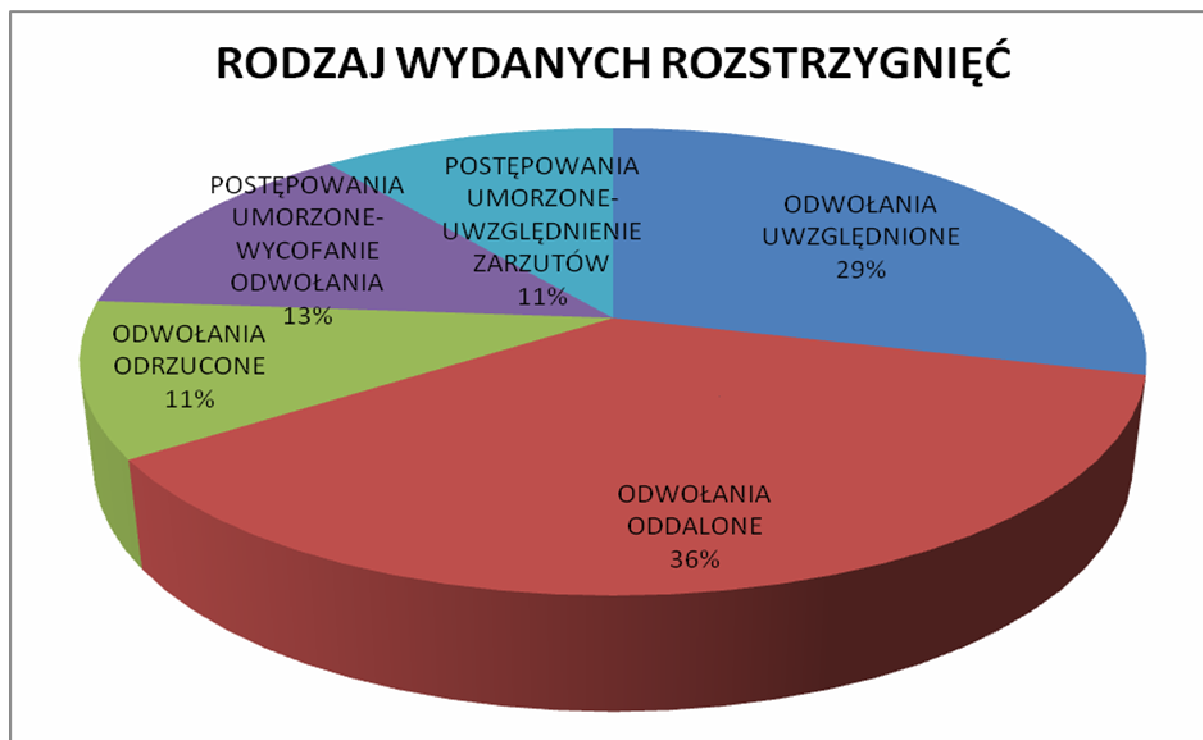
IV kwartał 2010 r. - rozpoznanych – 615 odwołań.



1.3. Rozstrzygnięcia w sprawach złożonych odwołań

Spośród ww. liczby 2 712 odwołań:

- 783 odwołań zostało uwzględnionych (29%),
- 993 odwołania zostały oddalone (36%),
- 291 odwołań zostało odrzuconych (11%),
- 355 postępowań zostało umorzonych w wyniku wycofania odwołania (13%),
- 290 postępowań zostało umorzonych ze względu na uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania (11%).



Do toczących się w okresie sprawozdawczym postępowań zgłoszonych zostało 2 186 przystąpień, w tym 1 958 przystąpień po stronie zamawiającego (90%) oraz 228 przystąpień po stronie odwołującego (10%).

W 2010 r. członkowie Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili 5 zdań odrębnych do wydanych orzeczeń, których przedmiotem była m.in. kwestia orzekania przez Izbę o prawidłowości przyjętej przez wykonawcę przy obliczeniu ceny stawki VAT, terminu na wniesienie odwołania, zasadności unieważnienia postępowania przez zamawiającego czy zasada koncentracji środków ochrony prawnej.

Z uwagi na wagę dokonanych rozstrzygnięć podkreślenia wymagają orzeczenia, w których Izba nałożyła na zamawiających kary finansowe oraz te, którymi Izba unieważniła zawarte umowy. Jako przykład można podać wyrok z dnia 20 maja 2010 r., sygn. akt KIO 754/10, w którym Izba uwzględniła złożone odwołanie i uznała, że zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przesłankę wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po jego stronie, której nie można było przewidzieć oraz konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia i braku możliwości zachowania terminów ustawowych. Jednocześnie Izba, biorąc pod uwagę dyspozycję art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c Prawa zamówień publicznych oraz żądania zawarte w odwołaniu

uznała, że utrzymanie w mocy umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w niniejszej sprawie leży w interesie publicznym. W przekonaniu Izby, wykonanie usług objętych zawartą umową wiązało się bezpośrednio ze świadczeniami medycznymi, co do których istniała konieczność ich bieżącej realizacji, a zaniechanie wykonywania tego typu usług mogło powodować realny brak możliwości wykonywania zabiegów i świadczeń medycznych, co w konsekwencji stanowiłoby zagrożenie dla życia i zdrowia pacjentów. W przedmiotowej sprawie Izba nałożyła na zamawiającego karę finansową w wysokości 1 903 zł. Rozstrzygając inną sprawę Izba nałożyła na zamawiającego karę finansową w wysokości 500 zł uznając za nieprawidłową decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i zawarciu umowy o zamówienie publiczne z innym wykonawcą z naruszeniem art. 183 Prawa zamówień publicznych (wyrok z dnia 17 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2373/10). W tym miejscu warto również wskazać na wyrok z dnia 30 listopada 2010 r., w którym Izba unieważniła umowę w sprawie zamówienia publicznego stwierdzając naruszenie przez zamawiającego art. 62 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych przez nieprawidłowe zastosowanie przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, art. 64 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez wyznaczenie terminu składania ofert nie uwzględniającego czasu niezbędnego na przygotowanie i złożenie ofert oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez ograniczenie liczby wykonawców do jednego (sygn. akt KIO 2514/10).

Obie ww. instytucje zostały wprowadzone nowelizacją Prawa zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. i stanowią nowe kompetencje orzecznicze Izby, zatem dalszy ich rozwój będzie można zaobserwować w kolejnych okresach sprawozdawczych.

Dodatkowo zauważyć należy, że na podstawie art. 195 ust. 2 Prawa zamówień publicznych oraz § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań stwierdzono prawomocność 10 orzeczeń – w 2 przypadkach w związku z nałożeniem przez Izbę na zamawiających kar finansowych (20%), w 8 na wniosek strony (80%).

1.4. Terminowość rozpoznawania odwołań

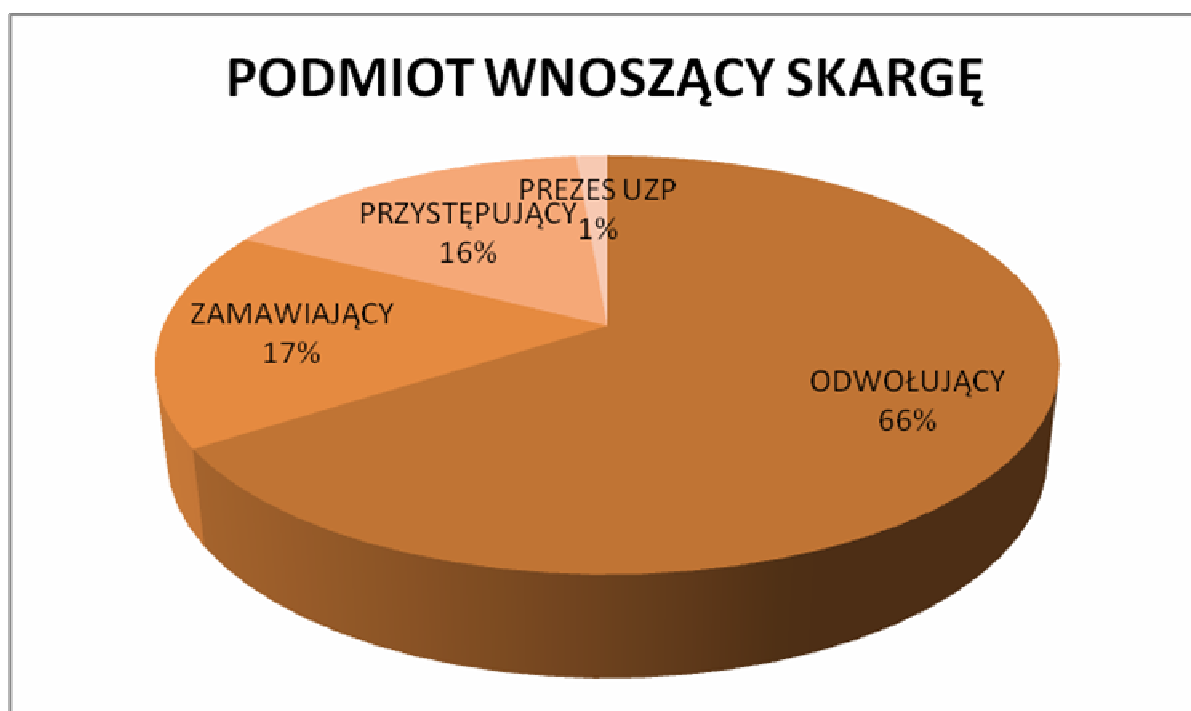
Mimo ponad 42% wzrostu liczby odwołań w 2010 r. w stosunku do roku poprzedniego Krajowej Izbie Odwoławczej udało się zniwelować opóźnienia w rozpoznawaniu odwołań, które wystąpiły w 2009 r. W okresie sprawozdawczym posiedzenia Izby wyznaczane były średnio w 14 dniu od wniesienia odwołania, zaś czas oczekiwania na ogłoszenie orzeczenia

przez Izbę wynosił średnio 18 dni, przy czym w grudniu 2010 r. średni czas oczekiwania na posiedzenie Izby wynosił 7 dni, zaś czas na ogłoszenie orzeczenia 11 dni, na co niewątpliwie wpływ miało poszerzenie składu osobowego Izby w marcu 2010 r. Dla porównania wskazać należy, że w 2009 r. posiedzenia Izby wyznaczane były średnio w 30 dniu, orzeczenia ogłaszane były w 32 dniu, jednak w grudniu 2009 r. czas ten uległ wydłużeniu nawet do odpowiednio 48 i 50 dni.

1.5. Skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej

W okresie, którego dotyczy niniejsza Informacja wniesiono 225 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym 146 skarg dotyczyło orzeczeń wydanych w postępowaniach wszczętych przed wejściem w życie nowelizacji z 2 grudnia 2010 r. (65%) oraz 79 skarg dotyczyło orzeczeń wydanych w postępowaniach wszczętych od dnia 29 stycznia 2010 r. (35%). Spośród ogólnej liczby skarg:

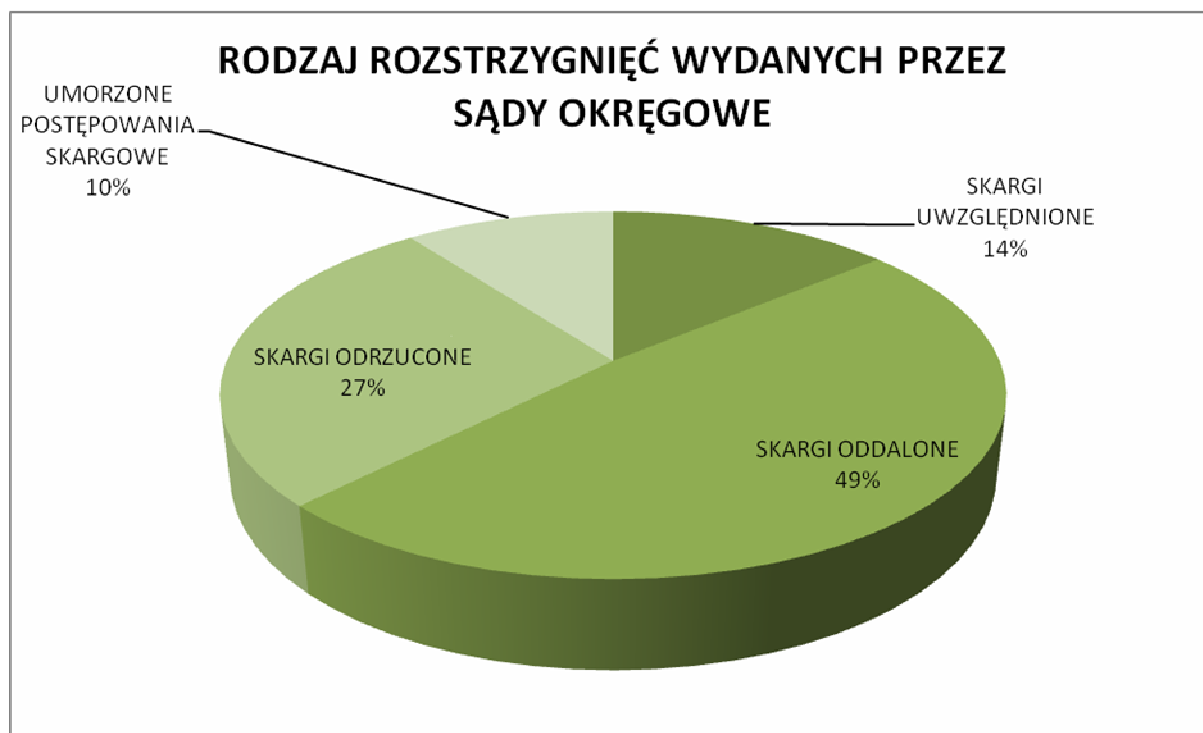
- 148 skarg zostało wniesionych przez odwołujących (66%),
- 38 skarg zostało wniesionych przez zamawiających (17%),
- 36 skarg zostało wniesionych przez przystępujących do postępowania odwoławczego (16%),
- 3 skargi zostały wniesione przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (1%).



Skargi wniesione przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczyły obowiązku zamawiającego podania terminu, do którego wykonawcy powinni przedłużyć wadium (sygn. akt KIO/UZP 1801/09), zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w postępowaniu na odnowienie subskrypcji baz Systemu Informacji Prawnej Lex Omega (sygn. akt KIO/UZP 577/10) oraz umorzenia postępowania na skutek uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego wobec braku sprzeciwu wykonawcy nie dopuszczonego do udziału w postępowaniu odwoławczym (sygn. akt KIO 913/10). Dwie pierwsze z ww. skarg zostały oddalone, trzecie postępowanie zostało umorzone z uwagi na zrealizowanie umowy o zamówienie publiczne.

Na podstawie przekazanych Krajowej Izbie Odwoławczej orzeczeń sądów okręgowych ustalono, że w 2010 r. rozpoznano 165 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, z których:

- 45 zostało odrzuconych (27%),
- 80 zostało oddalonych (49%),
- 23 zostały uwzględnione (14%),
- w 17 sprawach sąd umorzył postępowanie skargowe (10%).



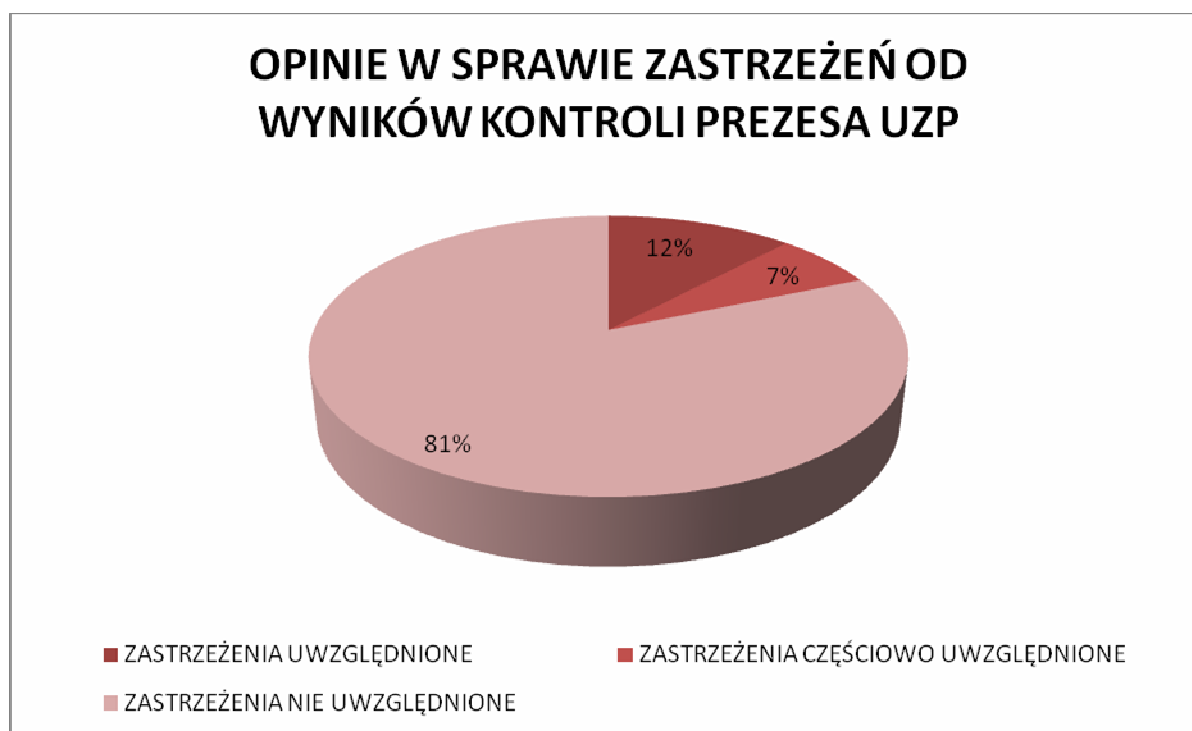
W 2010 r. sądy okręgowe rozpoznające skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przedstawiły Sądowi Najwyższemu dwa zagadnienia prawne budzące poważne wątpliwości. W jednej z ww. spraw, dotyczącej posiadania przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej w zakresie kwestionowania przez niego czynności zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych, Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały (postanowienie SN z dnia 27 maja 2010 r., sygn. akt III CZP 25/10). Odpowiadając na drugie zapytanie Sąd Najwyższy wydał uchwałę z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10, w której stwierdził, że od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wniesionej do sądu po dniu 22 grudnia 2009 r. pobiera się opłatę w wysokości przewidzianej w art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach w sprawach cywilnych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1591).

W okresie sprawozdawczym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł na podstawie art. 198g ust. 1 Prawa zamówień publicznych 1 skargę kasacyjną od wyroku Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 20 lipca 2010 r. (sygn. akt IV Ca 429/10). Skarga ta oparta została na zarzucie uznania za niedopuszczalne doliczanie przez zamawiającego do ceny oferty należnego podatku od towarów i usług w sytuacji, gdy obowiązek podatkowy z tytułu tego podatku powstaje po stronie zamawiającego, w celu ustalenia istnienia przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Do końca okresu sprawozdawczego skarga ta nie została rozpoznana.

2. Wyrażanie opinii w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Uprawnienie zamawiających do zgłaszania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej wynika z art. 167 ust. 1 i art. 171a Prawa zamówień publicznych. Opinie w przedmiocie ww. zastrzeżeń wyraża Krajowa Izba Odwoławcza w formie uchwały podejmowanej w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania (art. 167 ust. 3 Prawa zamówień publicznych). Opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W 2010 r. Izba wydała 108 opinii, z czego w 13 z nich Izba uwzględniła zastrzeżenia (12%), w 7 opiniach Izba częściowo uwzględniła zastrzeżenia (7%), w 88 opiniach Izba nie uwzględniła zastrzeżeń od wyniku kontroli (81%). Dla porównania należy wskazać, że w 2009 r. liczba opinii wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie zastrzeżeń wynosiła 54. Zatem w roku 2010 zaobserwowano 100% wzrost liczby tych spraw.



3. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy należy do zadań Krajowej Izby Odwoławczej od dnia 24 października 2008 r. tj. od wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Zgodnie z art. 183 Prawa zamówień publicznych w brzmieniu po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r., Izba może uchylić na wniosek zamawiającego zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Rozpoznając wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, złożone

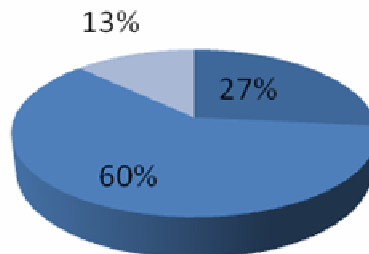
w postępowaniach wszczętych przed dniem 29 stycznia 2010 r. Izba kierowała się analogiczną przesłanką.

Izba rozpoznaje wnioski w terminie 5 dni od dnia jego złożenia. Na postanowienie Izby w przedmiocie wyrażenia zgody na zawarcie umowy nie przysługuje skarga (art. 183 ust. 4 Prawa zamówień publicznych). Nowelizacja Prawa zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. wprowadziła dodatkowo zasadę, że do rozpoznania wniosku wyznaczony jest skład orzekający Izby wyznaczony do rozpoznania odwołania.

W roku 2010 Krajowa Izba Odwoławcza wydała 109 postanowień, w których:

- w 66 odmówiła uchylecia zakazu zawarcia umowy (60%),
- w 29 uchyliła zakaz zawarcia umowy (27%),
- 14 postępowań zostało umorzonych (13%).

LICZBA POSTANOWIEŃ W SPRAWIE WNIOSKU O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY



■ ZGODA NA ZAWARCIE UMOWY ■ ODMOWA UCHYLENIA ZAKAZU
■ POSTĘPOWANIE UMORZONE

W roku 2010 odnotowano 12% spadek liczby wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy w stosunku do roku poprzedniego, na co niewątpliwie miały wpływ wysiłki Izby zmierzające do rozpoznawania odwołań we wskazanym przez ustawodawcę 15-dniowym terminie.

Część III

Problemy wynikające z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r.

1. Problemy merytoryczne

1.1. Podatek od towarów i usług w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej

W 2010 roku w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyraźnie zarysowała się rozbieżność w stanowisku dotyczącym zakwalifikowania błędów popełnionych przez wykonawców przy ustalaniu prawidłowej stawki podatku VAT w ofercie, jako błędu w obliczeniu ceny prowadzącego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. W części wydanych orzeczeń Izba zajęła stanowisko, zgodnie z którym przyjęcie błędnej (niezgodnej z przepisami podatkowymi) stawki podatku VAT stanowi podstawę do odrzucenia oferty ze stwierdzeniem błędu w obliczeniu ceny. W konsekwencji w tych sprawach Izba, rozstrzygając merytorycznie zarzuty odwołania, orzekała o prawidłowej dla przedmiotowego zamówienia stawce podatku VAT (przykładowe sygnatury akt: KIO 17/10; KIO 49/10; KIO 74/10; KIO 225/10; KIO 329/10; KIO 237/10; KIO 482/10; KIO 612/10; KIO 1422/10; KIO 1538/10; KIO 1997/10; KIO 2138/10; KIO 2615/10; KIO 2658/10). Jednocześnie zapadały orzeczenia, w których składy orzekające uznawały za nieuprawnione przyjęcie, iż w przypadku błędów dotyczących ustalenia wysokości stawki podatku VAT można mówić o błędzie w obliczeniu ceny, którego skutkiem miałyby być odrzucenie oferty w oparciu o dyspozycję normy wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Na tej podstawie składy orzekające nie poddawały badaniu prawidłowości przyjmowanych przez wykonawców stawek podatku VAT (przykładowe sygnatury akt: KIO 144/10; KIO 260/10; KIO 629/10; KIO 1280/10; KIO 1287/10; KIO 1405/10; KIO 1430/10; KIO 1476/10; KIO 1620/10; KIO 1667/10; KIO 1779/10; KIO 1844/10; KIO 2257/10; KIO 2403/10). Rozbieżność w stanowiskach składów orzekających dotyczyła zagadnienia natury ogólnej, tj. przyjęcia możliwości badania przez Izbę prawidłowości zastosowanej dla obliczenia ceny oferty, określonej w kwocie brutto,

stawki podatku VAT, jak również samego rozumienia błędu w obliczeniu ceny, którego wystąpienie powinno prowadzić do zastosowania sankcji wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Poniższe zestawienie zawiera najważniejsze tezy z orzecznictwa Izby zawarte w uzasadnieniach składów orzekających w przedmiocie istnienia podstaw lub ich braku dla przyjęcia, iż błędy dotyczące przyjętej stawki podatku VAT stanowią błąd w obliczeniu ceny.

W orzeczeniach, w których Izba dokonywała rozstrzygnięcia w przedmiocie prawidłowej dla danego przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT najczęściej powtarzanymi argumentami były:

- 1) cenotwórczy charakter podatku VAT wynikający z ustawowej definicji ceny, decydujący o jego uznaniu za element składowy ceny brutto, poddawanej ocenie w kryterium oceny ofert uzasadnia twierdzenie, że błędy dotyczące tego elementu, stanowią o błędach w obliczeniu ceny;
- 2) oferta w rozumieniu oświadczenia woli podlega w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych ocenie czy nie zawiera błędu w obliczeniu ceny rozumianego nie jako błąd rachunkowy, ale błąd polegający na wadliwym doborze przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny, przyjęciu nieprawidłowych założeń. Pod pojęciem obliczeń nie należy rozumieć wyłącznie operacji wykonywanych na liczbach, ale także ustalenie pewnych wielkości (np. stawka podatku VAT);
- 3) konieczność weryfikacji przyjętej wysokości stawki podatku VAT wynika z potrzeby wyboru najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – osiągnięcia celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 4) konieczność zachowania porównywalności ofert opartych o takie same wyznaczniki wyceny, dokonywanej przez wykonawców na podstawie jednakowego dla wszystkich uczestników postępowania opisu przedmiotu zamówienia;
- 5) wynikające z art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych umocowanie do badania, tak przez zamawiającego, jak i Krajową Izbę Odwoławczą, prawidłowości przyjętej stawki podatku VAT jako składnika mającego znaczenie dla ustalenia poprawności obliczonej ceny oferty wyrażonej kwotą brutto. Obowiązek Izby dokonania oceny wszystkich elementów stanu faktycznego;
- 6) prawa do dokonywania oceny i weryfikacji stosowania przepisów podatkowych przez inne niż podatkowe organy nie ograniczają wydawane w sprawach indywidualnych interpretacje podatkowe nie mające charakteru wiążącego;

- 7) obowiązkiem wykonawców jest ustalenie właściwej stawki podatku VAT i jej uwzględnienie w cenie brutto, z drugiej strony zaś brak uprawnienia zamawiającego do narzucania wykonawcom ceny oferty. Wykonawca ponosi konsekwencje swoich decyzji w sferze regulowanej Prawem zamówień publicznych, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 8) spójność z przepisami Prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności z art. 91 ust. 3, z którego wynika obowiązek ustalenia przez zamawiającego właściwej dla danego postępowania stawki podatku VAT w celu dokonania porównania ofert nie zawierających w cenie stawki podatku VAT (przy nabyciu wewnątrzwspólnotowym towarów) z ofertami uwzględniającymi zobowiązania podatkowe.

W orzeczeniach prezentujących odmienny pogląd w sprawie skutków przyjęcia przez wykonawców błędnych stawek VAT dla oceny prawidłowości obliczenia ceny i uznających, iż nie stanowią one okoliczności, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, najczęściej podnoszonymi argumentami były:

- 1) podstawę do korygowania czynności wykonawcy w zakresie ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT stanowić może interpretacja indywidualna. Zamawiający nie dysponując interpretacją indywidualną nie ma podstaw do kwestionowania stawki podatku VAT przyjętej przez wykonawcę, na którym spoczywa obowiązek prawidłowego rozliczenia VAT-u;
- 2) ustalenie ceny oferty leży w sferze dyspozytywności wykonawcy, co obejmuje również zastosowanie właściwej stawki VAT;
- 3) VAT, jako element oświadczenia woli, nie może być kwestionowany przez drugą stronę transakcji, a rolą zamawiającego jest przyjęcie złożonego mu oświadczenia i poddanie jego treści ocenie;
- 4) brak kompetencji Izby do orzekania w sporach o stosowanie przepisów podatkowych, leżących w wyłącznej kompetencji organów podatkowych;
- 5) błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych powinien być odnoszony do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, objęcia nimi wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń), a nie do stawki podatku VAT, której prawidłowość rozliczenia spoczywa na przedsiębiorcy. Błąd zawiera element działania niezamierzonego, takiego, które jest wynikiem omyłki, w odróżnieniu od świadomej decyzji co do zastosowanej stawki podatku;

- 6) brak wyraźnej dyspozycji zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny w zakresie naliczenia podatku, pozbawia go prawa do odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych;
- 7) przyjęcie różnych stawek w ofertach można pogodzić z zasadą równego traktowania wykonawców, gdyż w każdym przypadku wykonawcy przedstawiają cenę, którą według ich własnej decyzji i ryzyka pomniejszą o wynikającą z przepisów stawkę podatku VAT;
- 8) traktowanie zamawiającego jako organu podatkowego weryfikującego wysokość zobowiązań podatkowych stanowi nadmierne przenoszenie regulacji administracyjno-prawnych w sferę normowania prawa cywilnego. Brak sankcji nieważności czynności cywilnoprawnych, niewłaściwie opodatkowanych;
- 9) możliwość istnienia sprzecznych interpretacji organów podatkowych godziłoby w interes wykonawcy działającego w dobrej wierze, gdyż nie miałby on gwarancji co do ewentualnego braku odrzucenia jego oferty (postulat racjonalności i spójności systemu prawnego państwa oraz pewności i bezpieczeństwa prowadzenia działalności gospodarczej);
- 10) możliwości dowodzenia w procesie wyrokowania jedynie okoliczności faktycznych, od których wystąpienia zależy zastosowanie właściwej normy prawnej.

Na przełomie 2010 i 2011 r., w związku z planowaną zmianą wysokości ustawowych stawek podatku VAT, rozstrzygnięcia Izby wymagało kolejne zagadnienie dotyczące oceny czy oferty, w których przyjęto stawki obowiązujące do końca 2010 r. powinny podlegać odrzuceniu, w sytuacji, gdy ocena ofert następowała w roku 2010 r. zaś realizacja zamówienia w roku 2011. W odniesieniu do takich sytuacji w ostatnim kwartale roku 2010 Izba wydała kilka orzeczeń dotyczących tych właśnie kwestii. W tym przypadku Izba uznała za prawidłowe przyjęcie dla kalkulacji ceny oferty stawki podatku VAT obowiązującej w dacie powstania obowiązku podatkowego, tj. w czasie obowiązywania nowych stawek podatkowych, o ile otwarcie ofert nastąpiło już po opublikowaniu nowych przepisów podatkowych (orzeczenia Izby - sygn. akt: KIO 2741/10; KIO 2765/10; KIO 2788/10).

Mając na uwadze potrzebę zapewnienia zarówno zgodności czynności zamawiających z przepisami Prawa zamówień publicznych, jak również przejrzystości i jasności procedur przetargowych, pilnym i koniecznym stało się podjęcie kroków zmierzających do ujednoczenia stanowiska Izby we wskazanym zakresie. Mając na uwadze rozbieżność w stanowisku dotyczącym oceny wpływu przyjętej stawki podatku VAT na prawidłowość obliczenia ceny, Prezes Krajowej Izby Odwoławczej postanowił wyznaczać trzyosobowe składy orzekające w sporach dotyczących zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Dodatkowo, temat stawki VAT jako błędu w obliczeniu ceny

był kilkakrotnie przedmiotem narad orzeczniczych członków Izby. W okresie sprawozdawczym żaden z wyroków, w których zaprezentowano pogląd, iż przyjęcie błędnej stawki VAT nie stanowi błędu w obliczeniu ceny nie został poddany analizie merytorycznej sądów okręgowych, co wobec dotychczasowego orzecznictwa sądów powszechnych w sposób jednolity traktującego błędy w stawkach podatku VAT jako błędy w obliczeniu ceny prowadzące do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, mogłoby stać się pomocne w ujednoczeniu stanowiska Izby.

1.2. Wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W orzecznictwie Izby ukształtował się jednolity pogląd, że dokument stanowiący zobowiązanie podmiotu trzeciego wymieniony wprost w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, wskazujący na możliwość korzystania przez wykonawcę z potencjału podmiotu trzeciego zaliczyć należy do grupy oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Izba uznała, że nie sprzeciwia się takiej interpretacji fakt, iż w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), dokument ten nie został wymieniony. Brak wskazania w przepisach rangi rozporządzenia omawianego dokumentu (zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych) nie może prowadzić do odmówienia mu statusu dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków podmiotowych w postępowaniu (przykładowo wyrok sygn. akt KIO 1026/10, wyrok sygn. akt KIO 1844/10). Konsekwencją powyższego jest przyjęcie, że zobowiązanie podmiotu trzeciego lub inne złożone na podstawie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych oświadczenia lub dokumenty podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zakres stosowania art. 26 ust. 2b w związku z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych był różnie postrzegany przez składy orzekające w przypadku postępowań wieloetapowych (w praktyce w przetargu ograniczonym), w których zamawiający stosowali system prekwalifikacji (przyznawanie określonej ilości punktów dla zakwalifikowania się na listę wykonawców zaproszonych do składania ofert w oparciu o „lepsze” spełnianie warunków podmiotowych).

W części orzeczeń wyrażono pogląd, że skoro od dokumentów pochodzących od podmiotu trzeciego uzależniona jest kwalifikacja wykonawców do dalszego etapu postępowania - uzyskanie zaproszenia do składania ofert, to zamawiający zobowiązany jest wezwać do uzupełnienia dokumentów w pełnym zakresie, także w odniesieniu do potencjału podmiotu trzeciego. Argumentowano, że w treści art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych brak jest podstaw do formułowania tezy, iż wykonawcom wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego tylko dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, a już nie dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełniania warunku, który jest ustalony jako graniczny. Podnoszono, że dyrektywy wykładni językowej w odniesieniu do art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych prowadzą do wniosku, iż wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego (polegać na jego wiedzy, doświadczeniu itp.) nie tylko dla wykazania spełnienia warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków. Izba wskazywała również, że rozumienie przeciwne niesłoby za sobą skutek wyeliminowania możliwości uzyskania zamówienia przez podmiot, który dysponuje np. większym doświadczeniem (choć udostępnionym przez osobę trzecią), niż podmiot o mniejszym potencjale, ale własnym (tak m. in. w orzeczeniach sygn. akt KIO 1400/10, KIO 1401/10, sygn. akt KIO 1448/10, KIO 1450/10, KIO 1451/10, sygn. akt KIO 1918/10, sygn. akt KIO 1410/10).

Z kolei w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 listopada 2010, sygn. akt KIO 2359/10 zaprezentowano pogląd, że w sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, zbędne jest posługiwanie się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych tylko po to, by uzyskać korzystniejszą pozycję w ramach oceny stopnia spełniania warunku udziału w postępowaniu dla celów zakwalifikowania się do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert na podstawie art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Podniesiono, że art. 52 ust. 2 Prawa zamówień publicznych rozdziela kwestię oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu od sfery wyłonienia grupy wykonawców, do których zostanie wystosowane zaproszenie do składania ofert spośród wykonawców spełniających warunki. Wskazano, że relacja art. 26 ust. 2b oraz art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie pozwala uznać, by posiłkowanie się zasobami należącymi

do innego podmiotu mogło służyć wyłącznie podniesieniu punktacji w ramach ustalania listy rankingowej wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia oferty. Zadaniem art. 51 ust. 2 Prawa zamówień publicznych nie jest – w przeciwieństwie do art. 26 ust. 2b – rozszerzenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, ale odwrotnie: zawężenie tego grona, stąd regulacja dopuszczająca możliwość posiłkowania się zasobami należącymi do podmiotu trzeciego doznaje tu odpowiedniego ograniczenia. W konsekwencji Izba uznała, że zakres zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych nie został rozciągnięty na sytuacje mające na celu uzupełnienie lub wyjaśnienie dokumentów przez wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu w celu podniesienia uzyskanej przez nich punktacji dla zakwalifikowania do postępowania w procedurze ograniczonej.

Podobny pogląd wynika z uzasadnienia wyroku Izby z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2287/10 i KIO 2307/10, w którym wskazano, że art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Izba wskazała, że skoro wyjątki nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej, to przywołany przepis pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na złożenie nowych oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, który spełnienie warunków udziału w postępowaniu już wykazał. Izba uznała nadto, że zgodnie z art. 26 ust. 2b zdanie drugie Prawa zamówień publicznych podmiot trzeci udostępnia wyłącznie zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, czyli takie, bez których wykorzystania wykonawca nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Natomiast stopień spełnienia warunków ma znaczenie wyłącznie dla uzyskania zaproszenia do składania ofert. W konsekwencji potencjał podmiotu trzeciego stanowić winien wyłącznie *conditio sine qua non* wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na poziomie wskazanym przez zamawiającego zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, a jakość spełniania tego warunku, ocena skutkująca miejscem w rankingu, wykracza poza ramy art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych.

Obowiązek udowodnienia okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego wynikający z treści art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych spowodował konieczność ustalenia, czy posłużenie się wyłącznie zobowiązaniem o treści odpowiadającej przywołanemu przepisowi czyni zadość obowiązkowi wykonawcy.

W myśl poglądu wyrażonego m.in. w uzasadnieniach wyroków z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10, z dnia 18 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1671/10 oraz z dnia 10 września 2010 r., sygn. akt KIO 1844/10, w zakresie udowodnienia zamawiającemu dysponowania przez wykonawcę zasobami innych

podmiotów za wystarczające należy uznać samo zobowiązanie złożone przez takie podmioty. Powyższy pogląd oparto na następującej argumentacji:

- 1) użycie w art. 26 ust. 2b zdanie drugie Prawa zamówień publicznych zwrotu „(...) będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia” wskazuje, iż do faktycznej możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Tym samym, na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego poza formalnym przyrzeczeniem oddania do dyspozycji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zasobów zawartym w oświadczeniu lub innego rodzaju pisemnej deklaracji, brak jest konieczności wykazania przez wykonawcę, iż już na tym etapie dysponuje on faktycznie tymi zasobami w sposób zapewniający jego zdolność realizacji zamówienia;
- 2) zasób to pewna ilość czegoś nagromadzona w celu wykorzystania w przyszłości lub posiadane doświadczenie, wiedza, umiejętności. Z samej normy art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim, ani też konieczność konkretyzacji tego zobowiązania, jak też sposobu korzystania z niego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) treść art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych nie ogranicza zastosowania tego przepisu do sytuacji, gdy wykonawca zna na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne formę współpracy z podmiotem, na którego zasobach polega. Takie rozumienie przepisu stałoby w sprzeczności z jego literalnym brzmieniem, prowadzić mogłoby także w konsekwencji do zatarcia różnicy pomiędzy wykonawcą samodzielnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego i jedynie korzystającym z możliwości, jakie daje art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 4) wskazane w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych oświadczenie jako przykładowe ma za zadanie potwierdzić istnienie relacji pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby a wykonawcą polegającym na udostępnionych zasobach w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) każdy dokument, który w sposób niezbity potwierdza istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia w przyszłości swoich zasobów celem wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia należy uznać za wystarczający.

Pogląd przeciwny znalazł swój wyraz m.in. w wyrokach z dnia 11 maja 2010 r., sygn. akt KIO 669/10, z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1288/10 oraz z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1807/10. W ich uzasadnieniach składy orzekające uznały za niewystarczające zobowiązanie podmiotu trzeciego odwzorowujące w swej treści jedynie literalne brzmienie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, powołując następującą argumentację:

- 1) dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada;
- 2) udowodnienie dysponowania przez podmiot trzeci określonymi zasobami może mieć różną postać oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu, a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu, jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami;
- 3) zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia, a także inne istotne okoliczności, w tym wynikające ze specyfiki tego zasobu;
- 4) w sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego przekazania bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę.

W konsekwencji kwestię rozbieżną w orzecznictwie stanowił status podmiotu trzeciego przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz konieczność jego wykazania już na etapie składania ofert.

W treści uzasadnień orzeczeń z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10 oraz z dnia 18 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1671/10 wskazano, że Prawo zamówień publicznych nie uzależnia możliwości wykazywania spełniania warunku np. w zakresie wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich, od jednoczesnego uczestnictwa

tych podmiotów w realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności w charakterze podwykonawcy. Art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych wskazuje, że zasoby te winny być wykorzystywane przy realizacji zamówienia, w żaden jednak sposób nie przesądza sposobu ich wykorzystania. Szczególne znaczenie problem ten uzyskał w związku z powoływaniem się przez wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia.

W wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2010 r., sygn. akt KIO 790/10, z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1439/10, z dnia 3 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1536/10, z dnia 5 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1588/10 oraz z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1741/10 prezentowany był pogląd, zgodnie z którym skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego stanowiącego wiedzę i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia w roli podwykonawcy, w szczególności w warunkach, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane.

Przeciwnie wnioski płyną z uzasadnień orzeczeń z dnia 9 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1265/10, z dnia 19 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1400/10, KIO/1401/10, z dnia 16 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1399/10, z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1448/10, KIO 1450/10, KIO 1451/10, z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10, 1486/10, z dnia 3 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1541/10 oraz z dnia 20 września 2010 r., sygn. akt KIO 1918/10. W orzeczeniach tych odwoływano się przede wszystkim do literalnej wykładni mającej pierwszeństwo w systemie prawa i dającej wyraz zasadzie pewności prawa stanowionego podnosząc, że:

- 1) wykładania literalna art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych nie pozostawia żadnych wątpliwości, że ustawodawca dopuścił także możliwość powoływania się w postępowaniu przez wykonawcę - w ramach spełniania warunków udziału w tym postępowaniu - na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, jego *know-how*;
- 2) dyspozycja art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych w żaden sposób nie uprawnia do twierdzenia, że podmiot trzeci będzie miał obowiązek w takiej sytuacji faktycznie osobiście wykonywać całość bądź jakąś część zamówienia na rzecz generalnego wykonawcy w charakterze podwykonawcy. Ustawodawca we wskazanym przepisie nie dokonał różnicowania na zasoby, które mogą być wykazywane w ramach spełniania warunków podmiotowych przez podmioty trzecie z koniecznością występowania w toku realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy oraz na zasoby, których wykorzystanie nie wiąże się z wymogiem podwykonawstwa. W sposób jednakowy zostały przez ustawodawcę

potraktowane zasoby podmiotów trzecich, z których wykonawcy w postępowaniu mogą korzystać na etapie spełniania warunków podmiotowych - tak zasoby wiedzy i doświadczenia, jak i inne zasoby odnoszące się do potencjału technicznego, osobowego, jak też zasoby finansowe podmiotów trzecich, niezależnie od charakteru tych zasobów, a więc czy mają one charakter przenoszalny fizycznie np. oddanie do dyspozycji sprzętu, ludzi, zasobów finansowych, czy też nieprzenoszalny fizycznie. Oddanie wiedzy i doświadczenia w tym zakresie może odbywać się zatem tak poprzez faktyczne podwykonawstwo, jak również oddanie nabytego przez przedsiębiorstwo doświadczenia przez możliwość korzystania z tej wiedzy przy realizacji zamówienia poprzez konsultacje czy doradztwo, bowiem w taki sposób także istnieje praktyczna możliwość korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu przy wykonywaniu danego zamówienia;

- 3) ustawodawca w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych nie posłużył się określeniem „podwykonawca przy realizacji zamówienia”, a jedynie „uczestniczyć przy realizacji zamówienia”, co jest pojęciem szerszym, obejmującym także uczestnictwo przy realizacji zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawcy, ale nie wyłącznie w tym charakterze; wykładnia systemowa art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych oraz art. 36 ust. 4 Prawa zamówień publicznych wskazuje, że ustawodawca świadomie korzysta z różnorodnej terminologii;
- 4) wykładnia literalna § 1 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wskazuje, iż ustawodawca nie zawsze wiąże konieczność udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia z udostępnieniem przez te podmioty swoich zasobów wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych.

W wyroku z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1288/10 wskazano również, że należy rozróżnić dwa elementy mające wpływ na wynik oceny ofert, tj. ocenę formalnoprawną, dotyczącą spełniania warunków udziału w postępowaniu w oparciu o wiedzę i doświadczenie podmiotów trzecich i ich zobowiązanie do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia od obowiązku wykazywania takiego podmiotu jako podwykonawcy zamówienia. Różnica jest o tyle istotna, iż odnosi się do fundamentalnej zasady swobody zawierania umów (art. 353¹ kc). W myśl tego przepisu nie można wykonawcy nakazywać zawiązywania konsorcjów, wskazywania podwykonawców, które to „sztuczne” czynności prowadzić miałyby do uzyskania zamówienia publicznego.

Odrębną kwestię stanowi również forma, w jakiej winno zostać złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego. W wyroku z dnia 1 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 922/10) Izba wskazała, że w kwestii tej koniecznym jest odniesienie się przez art. 14 Prawa zamówień publicznych do art. 78 § 1 i 2 kc. Izba uznała za wystarczające, a zarazem niezbędne, złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli lub, w przypadku oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej, opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Izba oceniła, że wynikająca z § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, możliwość składania dokumentów w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę odnosi się jednak wyłącznie do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego, jako że przepis rangi rozporządzenia nie może zmieniać przepisu rangi ustawy, która w hierarchii aktów prawnych stoi wyżej niż rozporządzenie. Izba uznała, że wykonawca, który chce skutecznie udowodnić zamawiającemu, że może polegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopii zobowiązania.

Interpretacja przeciwna zawarta została w wyroku z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2363/10, KIO 2364/10, KIO 2397/10. Wskazano w nim, że gdyby wola ustawodawcy było wprowadzenie obowiązku składania „pisemnych zobowiązań osób trzecich” wyłącznie poprzez załączenie oryginału takiego dokumentu, to wskazałby on skutek niezłożenia tego dokumentu w wymaganej formie jako rygor nieważności, analogicznie, jak w odniesieniu do oferty – art. 82 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, czy umowy – art. 139 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Skoro zatem ustawodawca takiego rygoru dla „pisemnego zobowiązania osoby trzeciej” nie przewidział, ani również nie objął wprost uprawnieniem do złożenia tego dokumentu w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, jak to uczynił w odniesieniu do dokumentów wymienionych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, to oznacza, że pozostawił wykonawcom w tym zakresie swobodę. Izba uznała, że w takiej sytuacji przesądzające znaczenie będą mieć także odpowiednie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zamawiający jest uprawniony, aby dopuścić możliwość składania wszelkich dokumentów i oświadczeń w formie oryginałów, ale również na prawach oryginałów traktować kopie poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawców. Izba zwróciła również uwagę, że pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego jest jedynie dowodem mającym służyć

wykazaniu, że wykonawca rzeczywiście będzie dysponował zasobami osoby trzeciej. Zatem wobec złożenia innych dowodów w postaci dokumentów podmiotowych wydanych przez podmioty trzecie złożenie zobowiązania w formie kopii nie może mieć przesądającego znaczenia. W uzasadnieniu przywołanego orzeczenia Izba uznała nadto, że w sytuacji, gdy wykonawca, czy to działający w konsorcjum czy samodzielnie, korzysta z zasobów podmiotów trzecich, to dokumenty pochodzące od osób trzecich poświadczą albo wykonawca, albo podmiot udostępniający zasób. W tym zakresie w orzecznictwie prezentowane było także inne stanowisko, a mianowicie, iż kopie dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich za zgodność z oryginałem może potwierdzać wyłącznie ten podmiot.

Wartą podkreślenia jest również kwestia dopuszczalności powołania się przez kilku wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia na potencjał tego samego podmiotu trzeciego. W orzeczeniach m.in. z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1448/10, KIO 1450/10, KIO 1451/10, z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10, KIO 1454/10 oraz z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2287/10, KIO 2307/10 Izba uznała, że brak jest podstaw prawnych do uznania, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego powołanie się jednocześnie przez co najmniej dwóch wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, na potencjał tych samych podmiotów trzecich jest sprzeczne z prawem. W orzeczeniach z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1448/10, KIO 1450/10, KIO 1451/10 oraz z dnia 5 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2287/10, KIO 2307/10 Izba wskazała również na brak możliwości oceny powyższej sytuacji jako czynów zabronionych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331) oraz ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) ze skutkiem wykluczenia wykonawców powołujących się na potencjał tych samych podmiotów trzecich. Wskazano, że w obecnym stanie prawnym brak jest podstaw do uwzględniania przy ocenie zarzutów dotyczących wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W powołanych orzeczeniach Izba uznała, że art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych nie znajduje zastosowania w drodze analogii do oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

1.3. Oświadczenia i dokumenty składane przez podmioty zagraniczne

Dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zostały określone

w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. O ile w praktyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej nie występują zwykle trudności z oceną dokumentów prawa polskiego w tym zakresie, o tyle mniej jednoznaczne stanowiska pojawiają się przy ocenie dokumentów prawa obcego.

Zgodnie z § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia, jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Prawa zamówień publicznych (wspólnicy spółek jawnych, partnerskich, komplementariusze spółek komandytowych i komandytowo-akcyjnych, członkowie organów zarządzających osób prawnych) mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 Prawa zamówień publicznych (przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;), wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób.

Z kolei z § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wynika, iż wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów:

1) aktualnego odpisu z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych;

2) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;

3) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert;

4) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert

składa dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- b) nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Naczelną zasadą obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada równego traktowania, wynikająca z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez względu na to, czy mają siedzibę bądź miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej czy poza tym terytorium; w konsekwencji powinny być od nich wymagane „jednakowe” dokumenty. Oczywistym jest, że w różnych porządkach prawnych wydaje się zaświadczenia urzędowe o odmiennej treści i zakresie. W takiej sytuacji powstaje problem oceny czy dokumenty prawa obcego są odpowiednikami dokumentów prawa polskiego – ocena ta powinna zostać dokonana z zachowaniem zasady równości.

Trudności z wykładnią przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane pojawiają się wtedy, kiedy dokument prawa obcego nie odpowiada zakresowi dokumentu prawa polskiego - w szczególności dotyczy to zaświadczeń z obcych rejestrów karnych (często obejmują one inne rodzaje przestępstw, niż zaświadczenia z polskiego rejestru karnego). Co prawda, przepisy ww. rozporządzenia przewidują, że jeżeli według prawa obcego nie wydaje się zaświadczeń, zastępuje się je odpowiednim oświadczeniem, jednak nie jest jednoznaczne, czy oświadczenie można złożyć wyłącznie w przypadku, kiedy zaświadczenia prawa obcego w ogóle się nie wydaje, czy także wówczas, kiedy zaświadczenie prawa obcego obejmuje inny zakres, niż zaświadczenie prawa polskiego – czy w zakresie brakujących przestępstw należałoby wówczas dodatkowo złożyć oświadczenie.

Izba wielokrotnie zajmowała się problemem nieadekwatności zakresu zaświadczeń prawa obcego do zakresu zaświadczeń prawa polskiego. I tak w orzeczeniu o sygn. akt KIO 1891/10 Izba, porównując zakres niemieckiego zaświadczenia o niekaralności osoby fizycznej do zaświadczenia polskiego stwierdziła, że jest on węższy niż zakres zaświadczenia wydawanego w prawie polskim; równocześnie uznała, że „sformułowanie >>w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 4) – 8)<<, zawarte w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [obecnie § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia] stanowi, że podstawę wydania zaświadczenia stanowi katalog wszystkich przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 8) Prawa zamówień publicznych bez względu na różnice wynikające z porządku prawnego poszczególnych państw.

W przywoływanym przepisie rozporządzenia (§ 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane ustawodawca dał pierwszeństwo dokumentom urzędowym wystawianym przez stosowne organy w różnych państwach. W przepisach dotyczących zamówień publicznych brak jest jakichkolwiek podstaw dla zamawiającego do badania i porównywania zakresu przedmiotowych dokumentów urzędowych wystawionych w różnych porządkach prawnych.

Konsekwencje przyjęcia odmiennego rozumienia „zakresu” prowadziłyby w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy i konieczności przedkładania wyłącznie dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Nie sposób bowiem rozstrzygnąć, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający. Poziom zgodności dotyczy bowiem nie tylko (...) różnicy w wysokości kary, powodującej, że skazanie ujawniane jest we właściwym rejestrze, ale również obejmować powinien co najmniej ocenę podobieństwa katalogu czynów zabronionych oraz przesłanek zawartych w poszczególnych przepisach szczegółowych opisujących dany czyn zabroniony. (...)

Zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane pierwszeństwo ma zaświadczenie właściwego organu potwierdzające publicznoprawną sytuację wykonawcy pozwalającą mu na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dopiero w drugiej kolejności powinno być brane pod uwagę złożenie dokumentu zawierającego oświadczenie osoby we wskazanym zakresie (najczęściej oświadczenie złożone przed notariuszem) (...) Oświadczenie takie może być zatem złożone jedynie w braku możliwości uzyskania zaświadczenia o treści wynikającej z porządku prawnego danego państwa (*verba legis* „dokumentu nie wydaje się”). W konsekwencji Izba uznała za wystarczające zaświadczenie o niekaralności wydane na gruncie prawa obcego (sygn. akt KIO/UZP 735/10, KIO 1668/10, KIO 2131/10).

Stanowisko o prawidłowości złożenia zaświadczenia danego organu państwa obcego wydaje się przeważające w orzecznictwie - jeżeli zaświadczenie według prawa obcego jest wydawane, jest ono uznawane za wystarczające - tak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyrokach o sygn. akt KIO/UZP 303/10, KIO/UZP 761/10 i KIO/UZP 762/10, KIO 2127/10, KIO 2462/10 i KIO 2475/10. Pogląd ten potwierdził również Sąd Okręgowy w Katowicach wyrokiem z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 225/10. W uzasadnieniu przywołanego wyżej orzeczenia Sąd dostrzegł, że zakres danych zawartych w możliwym do uzyskania zaświadczeniu prawa obcego jest węższy od zakresu informacji podanych w polskim rejestrze karnym, jednocześnie jednak uznał, że zaświadczenia te są wystarczające, bowiem rozporządzenie w sprawie dokumentów nie przewiduje, aby zaświadczenia właściwych organów państw obcych były dodatkowo uzupełniane oświadczeniami składanymi przed notariuszem.

Równocześnie zauważyć należy, że Sąd Okręgowy w Opolu uznał, że jeżeli treść zaświadczenia wydanego zgodnie z prawem obcym nie pokrywa się w pełni z zakresem odpowiedniego zaświadczenia wydawanego w Polsce – wówczas wystarczy samo złożenie oświadczenia przed notariuszem. W ocenie Sądu, skoro w kraju pochodzenia danego podmiotu wydaje się zaświadczenie, które nie jest w pełni adekwatne do wymogów polskich przepisów, można je zastąpić oświadczeniem (wyrok z dnia 7 maja 2010 r., sygn. akt

VI Ga 49/10; orzeczenie odnosiło się do niemieckiego zaświadczenia o niekaralności). Podobny pogląd Izba wyraziła w orzeczeniu o sygn. akt KIO 1965/10 i KIO 1979/10.

Problem „odpowiedniości” dokumentów prawa obcego dotyczy również innych dokumentów niż zaświadczenie o niekaralności. Przykładowo, w odwołaniach często podnoszony jest zarzut, że wypisów z obcych rejestrów handlowych (np. austriackiego, niemieckiego i szwajcarskiego) nie można uznać za dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia, ponieważ brak w nich wzmianki o otwarciu likwidacji i ogłoszeniu upadłości. Wskazać jednak należy, że w polskim odpisie z rejestru handlowego jest podobnie: wzmianka w tym zakresie pojawia się dopiero wówczas, gdy dojdzie do otwarcia postępowania i ogłoszenia upadłości. Dlatego Izba uznaje za wystarczające wypisy z obcych rejestrów handlowych (orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2493/10, KIO 2494/10, KIO 2496/10).

Podsumowując przedstawione wyżej poglądy wyrażane w orzecznictwie należy stwierdzić, że ocena, czy złożone dokumenty prawa obcego odpowiadają dokumentom, o których mowa w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej zawsze jest dokonywana indywidualnie, w oparciu o skonkretyzowany stan faktyczny; jednak zasadą jest, że dokumenty prawa obcego, jeżeli są zgodne z prawem ich wydania, nie powinny być kwestionowane.

1.4. Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych

Stosownie do art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Przepis ten stanowi materialnoprawną podstawę do zatrzymania wadium przez zamawiającego w przypadku zaistnienia sytuacji opisanej w tym przepisie.

Według uzasadnienia z dnia 24 kwietnia 2008 r. do projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw uregulowanie zaproponowane w art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych miało na celu przeciwdziałanie sytuacjom, w których grupa wykonawców działających w porozumieniu

może powodować, iż zamówienie udzielane jest działającemu w porozumieniu wykonawcy, który zaoferował najwyższą cenę.

Kwestia zatrzymywania wadium przez zamawiającego była wielokrotnie przedmiotem rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej w roku 2009, jak i w roku 2010. Ugruntowana i początkowo jednolita linia orzecznicza wskazująca na brak interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych do wnoszenia odwołania od czynności zatrzymania wadium (słuszności i prawidłowości zatrzymywania wadium przez zamawiających), ewoluowała w kierunku przyznania wykonawcom prawa do ochrony swoich interesów we wskazanym zakresie przed Izbą.

Warto wskazać, że w toczących się w roku 2010 r. postępowaniach odwoławczych dotyczących przedmiotowej kwestii strony często odwoływały się do wydanego przez Sąd Najwyższy postanowienia z dnia 7 maja 2010 r., sygn. akt V CSK 456/09, w którym Sąd odniósł się do skargi kasacyjnej wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Skarga kasacyjna wskazywała na potrzebę wykładni art. 46 ust. 4a w związku z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wnosił o dokonanie oceny zagadnienia, czy zatrzymanie wadium przez zamawiającego można uznać za czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co ma znaczenie dla oceny tego, jakie środki prawne przysługują wykonawcy, którego wadium zatrzymano, tzn. czy te przewidziane w Prawie zamówień publicznych, czy tylko roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia według kodeksu cywilnego.

Sąd Najwyższy postanowieniem odmówił przyjęcia do rozpoznania skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, stwierdzając, że zagadnienie wskazane w skardze, a dotyczące kwestii zatrzymania wadium jako czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest problematyczne w praktyce. Sąd zwrócił także dodatkowo uwagę, że dyspozycja art. 180 Prawa zamówień publicznych, wskazująca na czynności i zaniechania, co do których istnieje możliwość ich zaskarżenia w trybie odwoławczym, została zmieniona w sposób istotny dla niniejszej sprawy w wyniku przepisów nowelizacji Prawa zamówień publicznych z grudnia 2009 r., które weszły w życie od dnia 29 stycznia 2010 r. W ocenie Sądu Najwyższego, w obecnym brzmieniu art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych ustawodawca posłużył się ogólną formułą: „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia...”, zatem relatywnie łatwiej jest obecnie stwierdzić, że zatrzymanie wadium w tym sformułowaniu się mieści.

W orzeczeniach Izby, ogłoszonych po wydaniu ww. postanowienia, wskazywano na wypełnienie przesłanki formalnoprawnej związanej z interesem, o którym mowa w art. 179

ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Izba rozróżniała jednak sytuacje, kiedy w odwołaniu podnoszono wyłącznie zarzut bezpodstawnego zatrzymania wadium od sytuacji, w których zarzut ten był podnoszony łącznie z zarzutem bezprawnego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu nieprzedłożenia właściwych dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W tej drugiej sytuacji, jeśli zarzut bezprawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania potwierdził się, Izba w orzeczeniach w sposób pośredni odnosiła się też do kwestii zwrotu wadium na rzecz wykonawcy. Przykładowo, w wyroku z dnia 26 stycznia 2010 r. Izba stwierdziła, że „czynność zamawiającego w postaci zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp stanowi następstwo czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania - ma charakter jedynie akcesoryjny, stanowi czynność związaną z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, która nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej tj. na wynik postępowania. Co do zasady, przedmiotem orzekania przez Izbę mogą być wyłącznie czynności lub zaniechania stanowiące samoistne czynności zamawiającego w postępowaniu, gdyż tylko takie działania lub zaniechania związane są z uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy i mogą mieć wpływ na wynik postępowania.” (sygn. akt KIO/UZP 1749/09).

Co do sytuacji, kiedy odwołanie dotyczyło samodzielnego zarzutu dotyczącego zatrzymania przez zamawiającego wadium, w roku 2010 w Izbie zaczęły pojawiać się rozstrzygnięcia, w świetle których Izba z jednej strony dokonywała oceny czynności zatrzymania wadium w kontekście weryfikacji, czy dokumenty, których wykonawca nie dołączył, zostały uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, czy też faktycznie takie uzupełnienie nie nastąpiło (np. wyrok z dnia 22 października 2010 r., sygn. akt KIO 2225/10). Z drugiej strony, jeśli stwierdzono, że dokumenty zostały prawidłowo uzupełnione, a wykonawca i tak nie uzyskałby zamówienia z uwagi na jego miejsce w rankingu ofert, Izba stwierdzała naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych przez zamawiającego, oddalając jednocześnie odwołanie z uwagi na brak wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania, stosownie do art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Podsumowując stwierdzić należy, że rozpoznając przedmiotowe zagadnienie Izba przyjmowała, że wykonawcy we wskazanym zakresie przysługują środki prawne określone w Prawie zamówień publicznych, jednakże ocena skutków czynności zatrzymania wadium była różna.

2. Wpływ nowelizacji przepisów Prawa zamówień publicznych z 2009 r. na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w roku 2010.

Krajowa Izba Odwoławcza w swojej zasadniczej działalności polegającej na rozstrzyganiu sporów pomiędzy wykonawcami a podmiotami zamawiającymi w roku 2010 zobowiązana była do stosowania nowych przepisów o randze ustawowej, jak i przepisów nowych rozporządzeń, które były wynikiem dwóch istotnych nowelizacji Prawa zamówień publicznych z końca roku 2009.

Przepisy pierwszej z nowelizacji, tj. ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) weszły w życie w większości w dniu 22 grudnia 2009 r. zaś przepisy drugiej z nich – ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw – weszły w życie zasadniczo 29 stycznia 2010 r. Przepisy przejściowe obydwu nowelizacji przewidywały co do zasady praktykę stosowania nowych przepisów w odniesieniu do postępowań o zamówienie publiczne wszczętych od daty wejścia w życie poszczególnych ustaw nowelizacyjnych. Co za tym idzie, w każdej z rozpoznawanych przez Izbę w roku 2010 spraw istniała konieczność wstępnego badania złożonego odwołania celem sprawdzenia prawidłowości zastosowania odpowiednich przepisów. Powyższe miało szczególne znaczenie w odniesieniu do nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. z uwagi na istotne zmiany wprowadzone tą ustawą w zakresie działu VI Prawa zamówień publicznych, odnoszącego się do środków ochrony prawnej.

Izba rozpoznając odwołania w 2010 r. zetknęła się z problemami związanymi ze stosowaniem niektórych nowych przepisów, tak z racji ilości zmienionych regulacji prawnych, jak i charakteru wprowadzonych zmian. Poniżej zaprezentowano najważniejsze kwestie problematyczne, z którymi zetknęła się Izba w okresie sprawozdawczym.

2.1. Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych

Przepisy wprowadzone przedmiotową nowelizacją wskazanej ustawy, zwaną dalej „nowelizacją z listopada” w sposób bezpośredni nie dotyczyły przepisów odwoławczych. Wprowadzone ww. ustawą zmiany dotyczyły innych ważnych problemów odnoszących się

do procedury związanej z udzielaniem zamówienia, w tym przede wszystkim do warunków udziału w postępowaniu.

Warunki udziału w postępowaniu – opis sposobu oceny spełniania warunków

Przepisy nowelizacji z listopada wprowadziły istotne zmiany w zakresie rozumienia i rozróżnienia warunków udziału w postępowaniu, sposobu oceny ich spełniania oraz dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania tych warunków. Celem ustawodawcy było wyraźne wskazanie na warunki podmiotowe udziału w postępowaniu, rozdzielone na warunki pozytywne (art. 22 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) i negatywne (art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych) oraz na opis sposobu oceny spełniania tych warunków dokonywany każdorazowo przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 22 ust. 4 Prawa zamówień publicznych). Ustawodawca miał także na celu wyodrębnienie w tym zakresie oświadczeń i dokumentów, które pozwalałyby na zweryfikowanie sposobu spełniania warunków opisanego przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

O ile kwestia rozróżnienia warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w kontekście możliwości zaskarżenia w trybie odwoławczym opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w zamówieniach o wartości nie przekraczającej tzw. progów unijnych stanowiła pewien problem merytoryczny w orzecznictwie Izby w roku 2009, kiedy to orzeczenia Izby były zaskarżane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w trybie skargowym, a stanowisko Izby w tym przedmiocie zostało ostatecznie potwierdzone orzecznictwem sądów okręgowych, a także Sądu Najwyższego (sygn. akt III CZP 110/09, III CZP 119/09), o tyle w roku 2010, dzięki przywołanym zmianom legislacyjnym, co do zasady problem ten został rozwiązany. Należy podkreślić, że Izba w sposób konsekwentny w roku 2010 podchodziła do oceny ustawowego rozróżnienia na warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Nowelizacja z listopada, obejmująca zmiany w zakresie art. 22, art. 24, art. 36 ust. 1 pkt 5, art. 41 pkt 7, art. 48 ust. 2 pkt 6, art. 63 ust. 2 pkt 5, art. 75 ust. 2 pkt 9 Prawa zamówień publicznych, pozwoliła Izbie na rozpoznawanie zarzutów dotyczących faktycznego opisu warunków udziału przez zamawiającego w zamówieniach poniżej wartości progów unijnych (sygn. akt KIO 299/10, sygn. akt KIO 325/10).

Rozpoznając odwołania w kontekście przywołanych zmian legislacyjnych Izba w roku 2010 spotkała się jednak z problemami innego rodzaju. Mianowicie poddawano w wątpliwość ustanowienie przez ustawodawcę, jako warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, sytuacji określonych w art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W trakcie rozpoznawania

odwołań Izba musiała udzielić odpowiedzi na pytanie, czy sytuacje te w ogóle stanowią warunki ustawowe oraz znaleźć powiązania tych warunków z żądanymi przez zamawiających dokumentami potwierdzającymi ich spełnianie. W tym też kontekście pojawiło się zasadnicze pytanie, czy w tym zakresie istnieje możliwość uzupełniania dokumentów w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Powiązanie wprowadzonych zmian ustawowych, przede wszystkim z regulacjami dotyczącymi dokumentów, które mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu czy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w zakresie art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3, czy art. 44 Prawa zamówień publicznych, prowadziło do wielu wątpliwości w toku rozpoznawania przez Izbę odwołań.

Orzecznictwo Izby w tym zakresie zmierza w kierunku traktowania sytuacji określonych w art. 24 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jako warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, ustawowo określonych, o charakterze negatywnym, odnoszących się do zdolności formalnoprawnych wykonawcy, czy ustalających status publicznoprawny wykonawcy. Tym samym Izba uznaje, że w tym zakresie istnieje możliwość wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów.

Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu

W związku z nowymi regulacjami dotyczącymi warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wydane zostało także nowe rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów regulujące kwestie żądanych w postępowaniu od wykonawców dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, które zastąpiło wcześniejsze rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. (Dz. U. Nr 87, poz. 655 ze zm.). Interpretacja przepisów tego rozporządzenia także przysparzała Izbie problemów. Powyższe sprowadzało się do kwestii związanych z żądaniem dokumentów od podmiotu trzeciego, którego potencjałem wykonawca wykazywał się w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przy rozpoznawaniu odwołań Izba musiała dokonać rozstrzygnięcia czy dokumenty te podlegają uzupełnieniu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (sygn. akt KIO 1026/10). Niejasny okazał się także przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia, wskazujący na konieczność żądania od podmiotu trzeciego, którego potencjałem posługuje się wykonawca, dokumentów wskazujących na niepodleganie wykluczeniu z udziału w postępowaniu przez wykonawcę w odniesieniu do podmiotu

trzeciego. W rozporządzeniu tym jako warunek żądania takich dokumentów wskazano na udział w realizacji zamówienia podmiotu trzeciego. Wskazać należy, że w przepisie rangi ustawowej mówi się o możliwości posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego w kontekście udowodnienia takiej współpracy w szczególności przez złożenie pisemnego zobowiązania do oddania tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z jednej zatem strony to przepisy ustawy wskazują na możliwość posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego niezależnie od łączących wykonawcę i podmiot trzeci stosunków, z drugiej zaś strony wskazują na jeden z przykładowych dokumentów, który w tym zakresie wykonawca może zamawiającemu przedstawić. Przepisy wskazanego rozporządzenia określają natomiast także katalog żądanych w takim przypadku dokumentów, uzależniając te okoliczności od faktu udziału w realizacji zamówienia przez podmiot trzeci, którego to warunku ustawowe przepisy wprost nie przewidują.

Wątpliwości prowadzące do rozbieżności w orzecznictwie Izby spowodowała także dyspozycja § 6 ust. 2 ww. rozporządzenia odnosząca się do kwestii drugorzędnej, aczkolwiek istotnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego także co do skuteczności złożenia oferty, mianowicie formy dokumentów składanych przez wykonawców, a odnoszących się do podmiotu trzeciego. Niektóre orzeczenia Izby wskazywały na możliwość potwierdzania za zgodność z oryginałem dokumentów podmiotu trzeciego wyłącznie przez ten właśnie podmiot (sygn. akt KIO 1161/10), inne na możliwość potwierdzania za zgodność z oryginałem takich dokumentów zarówno przez podmiot trzeci, jak i samego wykonawcę (sygn. akt KIO 1545/10).

Zasoby podmiotu trzeciego (art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych)

Największe problemy orzecznicze sprawił składom orzekającym Izby art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych. Problemy te zostały szerzej omówione w Części III pkt 1.2. niniejszej Informacji. Z tych też względów w tym miejscu jedynie sygnalizacyjnie należy wskazać zagadnienia problematyczne.

Najistotniejsza kwestia prowadząca do rozbieżności w orzecznictwie we wskazanym zakresie to kwestia tego, czy posługiwanie się określonego rodzaju zasobami wymaga konieczności udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia jako podwykonawcy, czy też udział taki w toku wykonywania umowy w sprawie zamówienia nie jest konieczny.

Druga ważna kwestia dotyczy możliwości posługiwania się przez wykonawców w postępowaniu zasobami ekonomicznymi podmiotu trzeciego. W odwołaniach wnoszonych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej podnoszono niezgodność przepisu Prawa zamówień publicznych z przepisami Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady

z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (L 134/114).

Kolejnym istotnym zagadnieniem jest sposób udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca faktycznie posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego. Izba rozpoznając odwołania dość liberalnie oceniała zakres wymaganych od podmiotów trzecich oświadczeń, kierując się przede wszystkim wykładnią literalną art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na zakres nowelizacji z listopada 2009 r. odnoszący się do zmiany ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach w sprawach cywilnych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 ze zm.). Zgodnie ze znowelizowanymi przepisami tej ustawy wpis od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej został znacznie podwyższony. Zgodnie z art. 34 tej ustawy wpis od skargi na orzeczenie Izby stanowi pięciokrotność wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga. Jeśli jednak skarga dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjętych po otwarciu ofert wpis ma charakter stosunkowy w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5 000 000 zł.

Powyższe mogło stanowić barierę dla wykonawców, jak i pewnej części zamawiających do wnoszenia skargi stanowiącej środek odwoławczy od orzeczeń wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą. O ile bowiem w roku 2009 odsetek zaskarżanych orzeczeń Izby kształtował się na poziomie 19% i odpowiadał wielkościom z lat wcześniejszych, o tyle w roku 2010 odsetek ten spadł do 8%. Powyższe może w zasadniczy sposób wpływać na ujednoczenie orzecznictwa Izby, dla którego niebagatelne znaczenie ma orzecznictwo sądów okręgowych, występujących jako sąd drugiej instancji w stosunku do orzeczeń Izby.

2.2. Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

Przepisy wskazanej nowelizacji, zwanej dalej „nowelizacją z grudnia” wprowadziły zasadnicze zmiany w przepisach Prawa zamówień publicznych odnoszące się do środków ochrony prawnej, zmieniając system tych środków. Przede wszystkim, jak już wskazano powyżej, przedmiotową nowelizacją usunięto poprzedzający odwołanie środek ochrony prawnej w postaci protestu wnoszonego do zamawiającego. Tym samym, zasadniczym środkiem ochrony prawnej pozostało odwołanie. Nowelizacja zmieniła nadto podmiot,

do którego odwołanie winno być wnoszone z Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Całość postępowania odwoławczego została zatem przekazana do Krajowej Izby Odwoławczej.

W ciągu 2010 r. przepisy przywołanej nowelizacji, poprzez treść przepisów przejściowych, obowiązywały jednocześnie z przepisami Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji. Punktem granicznym w tym zakresie był moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe przyniosło taki skutek, że na przestrzeni 2010 r. Izba rozpoznawała odwołania na dwóch różnych zasadach – z jednej strony odwołania od rozstrzygnięcia protestu, wnoszone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, z drugiej strony odwołania nie poprzedzone protestem, dotyczące bezpośrednio czynności bądź zaniechania zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy, wnoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe odnosiło się do stosowania tak przepisów Prawa zamówień publicznych, jak i aktów wykonawczych.

Trudną dla Izby kwestią, związaną bezpośrednio z nowelizacją z grudnia była okoliczność, iż przepisy tej nowelizacji weszły w życie w dniu 29 stycznia 2010 r. i już w miesiącu marcu tego roku Izba musiała rozpoznać pierwsze odwołania wniesione w oparciu o nowe przepisy, natomiast nowe akty wykonawcze dotyczące postępowania odwoławczego, tj. rozporządzenie z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, jak i rozporządzenie z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania weszły w życie odpowiednio w dniu 29 marca 2010 r. i w dniu 17 marca 2010 r. Tym samym Izba, do czasu wejścia w życie nowych regulacji stosowała w sposób odpowiedni przepisy dotychczasowych rozporządzeń odwoławczych (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań i rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania), co – wobec wprowadzonych znacznych zmian w procedurze odwoławczej w samej ustawie – wywoływało wiele wątpliwości interpretacyjnych.

Ważną zmianą systemową wprowadzoną do przepisów Prawa zamówień publicznych było ustanowienie zasady jednoosobowego orzekania w sprawach odwołań wnoszonych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wyłącznie w sytuacji szczególnej zawichości sprawy, jej precedensowego charakteru Prezes Izby – zgodnie ze znowelizowanymi przepisami - może wyznaczyć do rozpoznania odwołania skład trzyosobowy. Niewątpliwie wprowadzenie tej zasady do przepisów Prawa zamówień publicznych pozwoliło na zniwelowanie powstałych w 2009 r. opóźnień w rozpoznawaniu odwołań oraz, pomimo znacznego wzrostu

liczby wnoszonych odwołań w 2010 r., zapobiegło wydłużeniu okresu ich rozpoznawania. Z drugiej jednak strony, wprowadzenie tej zasady, przy jednoczesnym poszerzeniu składu osobowego Izby, zawęziło możliwość wymiany i ścierania się poglądów członków Krajowej Izby Odwoławczej.

Stosując nowe regulacje w zakresie postępowania odwoławczego Izba stanęła przed koniecznością interpretacji i nowego podejścia do kwestii interesu we wnoszeniu odwołania (art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Izba - pomimo wydawać by się mogło znaczących zmian w tym zakresie (rezygnacja z pojęcia: „interes prawny w uzyskaniu zamówienia” na rzecz: „interesu w uzyskaniu zamówienia”, jak również wprowadzenie nowego elementu definicji interesu – szkody) - zasadniczo nie zmieniła podejścia do tej materialnoprawnej przesłanki, uzasadniającej wniesienie odwołania i jego merytoryczne rozpoznawanie. W dalszym ciągu kwestia interesu we wniesieniu odwołania podlegała rozpoznaniu na rozprawie, a nie jako formalnoprawna przesłanka skuteczności wniesienia odwołania rozpoznawana na posiedzeniu Izby. Rezygnacja z określenia, iż w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych mamy do czynienia z interesem prawnym, nie spowodowała w praktyce żadnych zmian w podejściu Izby do możliwości wnoszenia odwołania, w dalszym ciągu – tak jak i przed nowelizacją z grudnia – Izba oceniała podnoszenie zarzutów w kontekście możliwości uzyskania przez danego wykonawcę zamówienia. Nowe, pojawiające się w tym przepisami pojęcie: „szkody” także nie spowodowało znaczących zmian kierunków orzecznictwa Izby. Pojęcie „szkody” zastąpiło bowiem w tym przepisie pojęcie „uszczerbku”, co potencjalnie mogło wpłynąć na rozszerzenie dostępu do środków ochrony prawnej (pojęcie szkody w aktualnie obowiązujących przepisach nie zostało bowiem w żaden sposób ograniczone, zatem szkoda mogłaby nawet być rozpatrywana w kategoriach krzywdy moralnej), w praktyce jednak w żaden sposób nie wpłynęło to na kierunek interpretacji art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w stosunku do dotychczasowego orzecznictwa.

Warto także zwrócić uwagę na regulacje dotyczące wnoszenia odwołań w kontekście nowej definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wprowadzonej do ustawy nowelizacją z grudnia. Zgodnie z definicją określoną w art. 2 pkt 7a Prawa zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to postępowanie wszczynane - w zależności od trybu, w którym prowadzone jest to postępowanie – publicznym ogłoszeniem bądź zaproszeniem do składania ofert, czy negocjacji, w celu wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Definicja ta – jak wskazuje Urząd Zamówień Publicznych – określa konkretny moment zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mianowicie wybór oferty najkorzystniejszej, a nie - jak dotychczas było to powszechnie przyjmowane - zawarcie

umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnienie postępowania. W tym kontekście pojawił się problem związany z możliwością wnoszenia odwołań, które – zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym pojawiło się zasadnicze pytanie, czy odwołanie dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej składane jest w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy poza nim.

Istotne problemy interpretacyjne przyniosły Izbie nowe przepisy proceduralne dotyczące:

- 1) terminów na wnoszenie odwołań i przystąpienia do odwołań - art. 182 Prawa zamówień publicznych,
- 2) przystąpienia do postępowania odwoławczego - art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych,
- 3) odpowiedzi na odwołanie i uwzględnienia zarzutów odwołania - art. 186 Prawa zamówień publicznych,
- 4) kosztów postępowania odwoławczego w szczególności przy uwzględnieniu zarzutów przez zamawiającego – art. 186 Prawa zamówień publicznych oraz przepisy rozporządzenia w sprawie wpisu i kosztów postępowania,
- 5) uzupełniania braków odwołania – art. 187 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Terminy na wnoszenie odwołań i przystąpienia do odwołań

W pierwszej kolejności wskazać należy na fakt, iż z przepisów Prawa zamówień publicznych została wykreślona możliwość złożenia odwołania za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego w kontekście zachowania terminu na wniesienie odwołania. Zgodnie bowiem z nowym brzmieniem art. 180 ust. 4 Prawa zamówień publicznych odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wielu wykonawcom umknęła zmiana przepisów ustawy we wskazanym zakresie. Jeżeli więc odwołanie zostało złożone w placówce pocztowej w terminie przewidzianym na złożenie odwołania, jednak zostało przez tego operatora doręczone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w naruszeniu ustawowego terminu, odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych było odrzucane przez Izbę bez jego merytorycznego rozpoznania. W początkowym okresie obowiązywania

omawianej regulacji dało się zaobserwować zwiększoną liczbę odwołań odrzucanych przez Izbę, o czym w Części II pkt 1.2 niniejszej informacji. Wątpliwości w tym zakresie były jednak podnoszone przez orzecznictwo sądów okręgowych, które w części poparły stanowisko Izby (Sąd Okręgowy w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 302/10), w części zaś odmówiły mu słuszności (Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, sygn. akt II Ca 353/10).

Warto w tym miejscu także zwrócić uwagę na wprowadzoną nowelizacją nową techniczną możliwość składania odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, tj. za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej z użyciem podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Rozwiązanie to przyniosło wykonawcom dogodniejszą możliwość sprawnego złożenia odwołania do Prezesa Izby bez konieczności osobistego dostarczania korespondencji odwoławczej bezpośrednio do siedziby Urzędu Zamówień Publicznych zajmującego się techniczną i organizacyjną stroną funkcjonowania Izby. Pomimo pewnych problemów technicznych związanych z funkcjonowaniem skrzynki podawczej (w początkowej fazie funkcjonowania skrzynki stwierdzono brak możliwości złożenia dwóch podpisów pod odwołaniem składanym w takiej formie w przypadku reprezentacji łącznej, czy też brak możliwości podpisywania certyfikowanym podpisem elektronicznym załączników do odwołania, np. pełnomocnictw) podkreślić należy, że rozwiązanie to znacznie ułatwiło wykonawcom możliwość dotrzymania terminów na wnoszenie odwołań i miało również znaczenie dla przystąpień składanych w toczącym się już postępowaniu odwoławczym. W tym zakresie, podobnie, jak w przypadku odwołań, art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych zakładał konieczność złożenia przystąpienia w formie pisemnej, a także przy pomocy elektronicznej skrzynki podawczej. Powyższe ma duże znaczenie z racji krótkiego terminu 3 dni na zgłoszenie przystąpienia.

Z nowej technicznej możliwości składania odwołań i przystąpień do postępowania odwoławczego wykonawcy w okresie 2010 r. korzystali dość często. Problemy, na jakie Izba natknęła się w tym zakresie sprowadzały się przede wszystkim do kwestii technicznych związanych m.in. z możliwością weryfikowania przez skrzynkę podawczą nowych, pojawiających się na rynku form podpisów elektronicznych, jak również ze wspomnianymi problemami wiążącymi się z możliwością podpisywania odwołania przez więcej niż jedną osobę, czy podpisywania załączników do odwołania. Problemy te były przez Urząd Zamówień Publicznych na bieżąco rozwiązywane. Poddawano także w wątpliwość skuteczność odwołań i przystąpień do postępowania odwoławczego składanych za pomocą skrzynki elektronicznej zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, która jest skrzynką tegoż Urzędu, a nie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z § 5 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Z racji brzmienia art. 173 ust. 11 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, że obsługę

organizacyjno – techniczną oraz księgową Izby zapewnia Urząd Zamówień Publicznych, zarzuty te były przez Izbę odpierane.

Dokonując reasumpcji problemów orzeczniczych, z którymi Izba zetknęła się przy okazji badania dotrzymania terminu na przystąpienie do postępowania odwoławczego w związku nowymi regulacjami ustawowymi warto zauważyć, że problematyczna okazała się kwestia terminu na przystąpienie do postępowania odwoławczego, w sytuacji, kiedy zarzuty odwołania dotyczyły postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji kopię odwołania zamawiający zamieszcza na stronie internetowej. Trzydniowy termin na złożenie przystąpienia do postępowania odwoławczego dla wykonawcy, określony w art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, uzależniony jest natomiast od otrzymania kopii odwołania, nie zaś jej zamieszczenia na stronie internetowej. Brak regulacji w tym zakresie musiał zostać uzupełniony przez orzecznictwo Izby, która co do zasady uznawała, że również w tym przypadku istnieje konieczność dochowania trzydniowego terminu na złożenie przystąpienia, zaś bieg tego terminu rozpoczyna się od dnia zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej.

Kolejną kwestię problematyczną, jeśli chodzi o nowe regulacje w zakresie terminów, przyniósł art. 182 Prawa zamówień publicznych, wskazujący na cztery odrębne grupy terminów do wnoszenia odwołań. Największe wątpliwości interpretacyjne powstały w związku z terminami określonymi w ust. 1 i 3 wskazanego artykułu. W ust. 1 określone zostały terminy na wniesienie odwołania odnoszące się do czynności przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania. W ust. 3 wskazano na terminy dotyczące wniesienia odwołania wobec innych czynności niż wskazane w ust. 1, a w ust. 2 na terminy, które odnosiły się do zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Zasadnicza kwestia, jaka pojawiła się przy rozstrzyganiu spraw dotyczących terminów na wniesienie odwołania składanego zasadniczo po upływie terminu składania ofert, sprowadzała się do oceny, który z terminów będzie miał zastosowanie - czy termin określony w ust. 1 art. 182, czy też w ust. 3 tego artykułu, oraz jaki termin będzie miał zastosowanie do zaskarżenia określonego rodzaju zaniechania dokonania czynności przez zamawiającego. Obydwie kategorie terminów określone we wskazanych przepisach odnosiły się bowiem do czynności zamawiającego, a elementem je rozróżniającym w ust. 1 art. 180 Prawa zamówień publicznych był jedynie sposób przesłania informacji o czynnościach. Poza tym Izba przyjmowała, że terminy określone w ust. 3 art. 182 Prawa zamówień publicznych mogą również odnosić się do czynności

modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o której to czynności zamawiający nie ma obowiązku informować wykonawców przez przesłanie informacji, o czym mowa w ust. 1 art. 182 Prawa zamówień publicznych.

Nie można w tym przedmiocie pominąć niezwykle istotnej kwestii związanej z dyspozycją art. 182 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który to przepis wskazuje literalnie na liczenie terminu na złożenie odwołania nie od momentu powzięcia informacji o określonej czynności dokonanej przez zamawiającego lecz od momentu przesłania tej informacji do wykonawcy. Biorąc pod uwagę to, że wykładnia literalna wskazanego przepisu nie pozostawia wątpliwości oraz to, że ustawodawca miał na celu przyspieszenie procedury udzielenia zamówienia publicznego, Izba przy rozpoznawaniu odwołań brała pod uwagę gramatyczną wykładnię wskazanego przepisu. Powyższe wielokrotnie prowadziło do odrzucania odwołań przez Izbę bez ich merytorycznego rozstrzygnięcia z uwagi na to, że wykonawcy bieg terminu na złożenie odwołania liczyli od momentu doręczenia im informacji o wynikach postępowania, a nie jej wysłania przez Zamawiającego. Problem ten zasadniczo nie dotyczył kwestii informacji o zaskarżanych czynnościach przesyłanych drogą faksową, czy mailową lecz informacji o czynnościach przesyłanych drogą pocztową – w takim bowiem przypadku moment wysyłania przez zamawiającego informacji nie był wykonawcy znany, a tym samym wykonawca nie mógł składać odwołań nie mając żadnej wiedzy na ten temat. Pomimo ww. wątpliwości interpretacyjnych Izba dość konsekwentnie podeszła do tej kwestii w swoim orzecznictwie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego - art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych

Problemy, jakie pojawiły się w związku z nowymi rozwiązaniami przyjętymi dla postępowania odwoławczego dotyczyły także znanej wcześniej instytucji przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego lub odwołującego się wykonawcy. Najważniejszą kwestią, którą Izba musiała rozstrzygnąć było uprawnienie Izby do rozpoznawania prawidłowości i skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Izbę z urzędu. Z przepisów dotychczasowego rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań został usunięty przepis wprost wskazujący na takie uprawnienie Izby (§ 16 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Pomimo, iż wprost takie uprawnienie Izbie nie zostało przyznane w nowych przepisach odwoławczych, Izba uznała za zasadne podejmowanie w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron, bądź bez ich udziału, rozstrzygnięcia

co do wypełnienia przez wykonawcę wymogów ustawowych w zakresie skuteczności przystąpienia (właściwy podmiot, forma przystąpienia, termin na przystąpienie, przekazanie kopii przystąpienia stronom postępowania odwoławczego). Na wniosek strony natomiast Izba co do zasady rozpoznawała kwestię interesu w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, wyrażającego się w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje. W tym bowiem zakresie ustawodawca w sposób wyraźny przyznał stronom postępowania odwoławczego prawo do zgłoszenia opozycji co do zgłoszonego przystąpienia. Opozycja taka jest rozstrzygana przez Izbę w drodze postanowienia, na które nie przysługuje środek zaskarżenia.

Problem funkcjonalny, jaki pojawił się w zakresie rozstrzygnięcia kwestii skuteczności przystąpienia w sprawach odwoławczych dotyczył sprawy rozpoznawanej na posiedzeniu bez udziału stron postępowania. Wiązało się to z tym, że w przypadku rozstrzygnięcia sprawy na takim posiedzeniu obowiązujące przepisy nie przewidują prowadzenia protokołu. Rozstrzygnięcie w tym przedmiocie zapadało zatem już w samym orzeczeniu. Jeśli wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wypełnił wszystkie wymogi ustawowe w tym zakresie, pojawiał się w komparycji orzeczenia jako formalny uczestnik tego postępowania z możliwością zaskarżenia tego orzeczenia w trybie skargi. Jeśli natomiast Izba stwierdziła niewypełnienie wszystkich wymogów formalnych ustawy w tym zakresie, wykonawca nie stawał się formalnoprawnym uczestnikiem takiego postępowania odwoławczego, a uzasadnienie takiej decyzji Izby znajdowało się w uzasadnieniu orzeczenia, bez możliwości zaskarżenia tego rozstrzygnięcia Izby przez podmiot, który zgłaszał przystąpienie.

Wobec niewystarczającej precyzji w dyspozycji art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych dotyczącej przekazywania kopii przystąpienia stronom postępowania odwoławczego Izba wydawała rozbieżne rozstrzygnięcia co do skuteczności przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego. Niektóre składy orzekające Izby uznawały, że wobec braku wyraźnego wskazania, iż dla przekazania kopii przystąpienia stronom postępowania odwoławczego istotny jest termin 3 dni (jak to zostało uregulowane np. w przypadku przekazania kopii odwołania – art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych), dochowanie tego terminu co do przekazania kopii odwołania nie ma żadnego znaczenia dla skuteczności przystąpienia. Inne składy orzekające natomiast stwierdzały, że przepis nie rozdziela kwestii złożenia przystąpienia do właściwego organu (Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) od kwestii przekazania jego kopii stronom postępowania w zakresie dochowania trzydniowego terminu.

W nowych przepisach – przede wszystkim rangi rozporządzenia - nie została także w sposób bezkolizyjny unormowana sytuacja związana z powiadamianiem o terminie

posiedzenia bądź rozprawy Izby zgłaszającego przystąpienie. § 15 ust. 2 nowego rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przewiduje, odmiennie od wcześniej obowiązującego w tej mierze rozporządzenia z 2007 r., że tak strony postępowania odwoławczego (zamawiający i odwołujący), jak i zgłaszający przystąpienie wykonawca o terminie posiedzenia są informowani z co najmniej trzydniowym wyprzedzeniem. Przy założeniu, że zamawiający nie zwleka z przekazaniem kopii odwołania pozostałym w postępowaniu wykonawcom oraz założeniu, że przystępujący wykonawca zgłasza przystąpienie w ustawowym terminie, dochowanie wskazanego terminu odnośnie wyznaczenia terminu posiedzenia lub rozprawy Izby wobec przystępującego jest realne. Jeśli jednak któraś z przywołanych sytuacji nie zachodzi, w szczególności, jeśli zgłaszający przystąpienie narusza termin na dokonanie zgłoszenia, dochowanie terminu na powiadomienie o terminie posiedzenia lub rozprawy wobec zgłaszającego przystąpienie skutkuje koniecznością wyznaczenia nowego terminu na posiedzenie Izby i przedłuża tok postępowania odwoławczego.

Odpowiedź na odwołanie, sprzeciw i uwzględnienie zarzutów odwołania

Ustawodawca w nowych regulacjach ustawowych - wobec likwidacji instytucji protestu i możliwości uwzględniania zarzutów protestu - wprowadził instytucję odpowiedzi na odwołanie, dzięki której zamawiający może uwzględnić w całości zarzuty odwołania. Uwzględnienie zarzutów odwołania, zgodnie z przepisami ustawy, może nastąpić na każdym etapie postępowania odwoławczego - przed posiedzeniem, na etapie posiedzenia czy rozprawy - do czasu jej zamknięcia. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, Izba co do zasady powinna umorzyć postępowanie odwoławcze. Jeśli jednak przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca w terminie zgłosi sprzeciw wobec uwzględniania w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, Izba rozpoznaje złożone odwołanie. Konsekwencje finansowe uwzględnienia zarzutów odwołania dla zamawiającego uzależnione są od etapu postępowania odwoławczego, na którym to uwzględnienie następuje.

Izba mając do czynienia z nowymi regulacjami prawnymi we wskazanym powyżej zakresie spotkała się z wątpliwościami, które musiały zostać rozstrzygnięte w konkretnych sprawach. Pierwszą zasadniczą kwestią był brak generalnego przepisu ustawy, który wskazywałby na konieczność wydania postanowienia o umorzeniu postępowania w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania. Art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych wskazywał co prawda na taką możliwość, ale nie wprost, tylko przez wskazanie możliwości umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Jeśli więc uwzględnienie zarzutów następowało w toku posiedzenia z udziałem stron, czy też w toku rozprawy, powstawała wątpliwość, czy w takiej sytuacji Izba ma prawo umorzyć postępowanie odwoławcze. Mając na względzie cel, jaki przyświecał ustawodawcy, Izba przyjęła wykładnię wskazanego przepisu, która pozwalała na umorzenie postępowania, niezależnie od etapu, na którym następuje uwzględnienie zarzutów odwołania, nadto przyjęła, że w tym zakresie nie ma dowolności, czy też możliwości oceny uwzględnienia zarzutów odwołania pod kątem ewentualnego rozważania decyzji o umorzeniu postępowania, bądź rozpoznawania zarzutów.

Zasadniczym problemem, który dotyczy uwzględniania zarzutów odwołania przez zamawiającego jest brak możliwości częściowego uwzględniania zarzutów odwołania i rozstrzygnięcia sporu odwoławczego bez konieczności poniesienia kosztów przez strony. W sytuacji, gdy zamawiający uwzględni kilka poważnych zarzutów odwołania, a nie czyni tego w odniesieniu choćby do jednego, niewiele znaczącego zarzutu, Izba postępowania odwoławczego umorzyć nie może, zaś odwołujący wykonawca chcąc wycofać takie odwołanie traci 10% uiszczzonego wpisu od odwołania.

Izba spotkała się także z nieuregulowaną przepisami ustawy sytuacją, w której zamawiający - po złożeniu odwołania - uwzględnia częściowo jego zarzuty i jednocześnie - przed podjęciem rozstrzygnięcia w sprawie - dokonuje czynności, która była wynikiem uwzględnienia zarzutów odwołania. Izba w takiej sytuacji, wobec braku wyraźnego zakazu podejmowania przez zamawiającego bezpośrednio po uwzględnieniu zarzutów odwołania czynności przed wydaniem rozstrzygnięcia w sprawie albo uwzględniała odwołanie, uznając, że częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania potwierdza ich zasadność, albo też oddalała je – biorąc także pod uwagę dyspozycję art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, który pozwala na uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, w której stwierdzone naruszenie ma wpływ na wynik postępowania. Ustawowa regulacja w przywołanym przykładzie z praktyki orzeczniczej Izby, pozwala na oddalenie odwołania pomimo potwierdzenia się jego zarzutów tylko dlatego, że zamawiający w toku postępowania odwoławczego niezależnie od odwołującego się wykonawcy, nie tylko dokonał czynności uwzględnienia zarzutów odwołania, ale i wykonał określone czynności zgodnie z żądaniem odwołania. Nie można wskazanej sytuacji oceniać jako komfortowej dla wykonawcy wnoszącego odwołanie z punktu widzenia konieczności obciążenia go kosztami postępowania. Izba jednakże brała pod uwagę dyspozycję art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wskazującego na konieczność badania wpływu naruszenia na wynik postępowania w momencie orzekania, biorąc pod uwagę obowiązujące w tej mierze znowelizowane przepisy Prawa zamówień publicznych.

Pewne trudności przysporzyła Izbie ocena sytuacji przystępującego po stronie zamawiającego, kiedy to zamawiający uwzględnia w całości zarzuty odwołania. Jasnym jest, że w każdej takiej sytuacji przystępujący po stronie zamawiającego może złożyć sprzeciw od uwzględnienia zarzutów odwołania, składany na piśmie lub ustnie do protokołu. Obowiązujące przepisy nie zakładają natomiast obowiązku przekazywania przez zamawiającego, jak i przez Izbę, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zamawiającego także zgłaszającemu przystąpienie wykonawcy. Wykonawca ten nie ma zatem wiedzy faktycznej o zmianie jego sytuacji procesowej przed wyznaczonym terminem posiedzenia lub rozprawy. Jego udział w posiedzeniu lub rozprawie wyznaczonej przez Prezesa Izby - podobnie jak w przypadku stron postępowania odwoławczego - nie jest obowiązkowy. Stąd też w praktyce orzeczniczej Izby pojawiło się pytanie, w jaki sposób podchodzić do sytuacji takiego wykonawcy. Biorąc pod uwagę niejednoznaczne w tej mierze przepisy ustawy oraz rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań składy orzekające Izby w jednym przypadku odraczały wyznaczony termin posiedzenia Izby wzywając przystępującego – stosownie do dyspozycji § 13 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia - do złożenia sprzeciwu od uwzględniania zarzutów odwołania, inne składy orzekające - uznając, że przystępujący został skutecznie zawiadomiony o terminie posiedzenia Izby, na którym mógł się pojawić, zapoznać ze stanowiskiem zamawiającego i ewentualnie złożyć sprzeciw - umarzały postępowanie odwoławcze, uznając, że formalnoprawny sprzeciw przystępującego nie został w sprawie złożony. Warto w tym miejscu zwrócić również uwagę na art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, gdzie wskazuje się na możliwość umorzenia postępowania odwoławczego w sytuacji uwzględnienia w całości zarzutów odwołania pod warunkiem, że w postępowaniu tym nie przystąpił w terminie po stronie zamawiającego żaden wykonawca. Ustawodawca zwraca uwagę w tym przypadku wyłącznie na jeden aspekt prawidłowości formalnej złożonego przystąpienia - mianowicie na termin na jego złożenie, pomijając inne wymogi formalne skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego, określone w art. 185 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych (właściwy podmiot, forma przystąpienia, termin na przystąpienie, przekazanie kopii przystąpienia stronom postępowania odwoławczego, interes w przystąpieniu). Izba rozstrzygając te kwestie co do zasady brała pod uwagę wszystkie przesłanki skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego rozpoznawane z urzędu (art. 185 ust. 2 Prawa zamówień publicznych) i na wniosek strony postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych). Jeśli więc wszystkie przesłanki ustawowe - nie tylko kwestia terminowości przystąpienia - warunkowały skuteczność przystąpienia wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, miał on prawo złożyć sprzeciw od uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, jeśli zaś tego nie czynił, Izba umarzała postępowanie odwoławcze.

Koszty postępowania odwoławczego

Zasadniczej zmianie uległy regulacje rangi rozporządzenia dotyczące orzekania o kosztach postępowania odwoławczego. Izba także w tym zakresie miała wiele wątpliwości interpretacyjnych i tym samym problemów orzeczniczych w konkretnych stanach faktycznych.

Pierwsza kwestia związana jest z zaliczeniem w poczet kosztów postępowania całości wpisu od odwołania. Przepisy w tej mierze były jednak jasne i konsekwentne.

Druga kwestia dotyczy orzekania o kosztach postępowania w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów odwołania. Znowelizowane przepisy Prawa zamówień publicznych przewidują w tym zakresie odejście od zasady ponoszenia kosztów postępowania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego. Uregulowanie tej kwestii zawiera art. 186 ust. 6 Prawa zamówień publicznych. Przepis ten przewiduje różny sposób orzekania w sprawie kosztów postępowania odwoławczego w zależności od konkretnych okoliczności, w których nastąpiło uwzględnienie odwołania. Jeśli nastąpiły okoliczności, o których mowa w ust. 2 art. 186 Prawa zamówień publicznych, tj. okoliczności, w których Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestników postępowania, jeśli do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, koszty postępowania znosi się wzajemnie. Podobnie, jeśli nastąpiły okoliczności, o których mowa w ust. 3 art. 186 Prawa zamówień publicznych, tj. okoliczności, w których przystępujący do postępowania odwoławczego nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, a zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania przed otwarciem rozprawy – koszty znosi się wzajemnie. Jeśli natomiast uwzględnienie zarzutów nastąpiło po otwarciu rozprawy - koszty ponosi zamawiający. Jednocześnie § 5 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania stanowi dodatkowo, że jeżeli uwzględnienie odwołania nastąpiło po rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, kosztami postępowania obciążany jest zamawiający. Izba uwzględniając wskazane regulacje ustawowe natrafiła na wątpliwości interpretacyjne, w tym co do oceny zgodności przepisów rozporządzenia w sprawie kosztów z przepisami Prawa zamówień publicznych w zakresie orzekania o kosztach postępowania odwoławczego w sytuacji uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego. Z jednej bowiem strony przepisy Prawa zamówień publicznych warunkują możliwość orzeczenia o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego od tego, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występuje, czy też nie występuje przystępujący oraz od tego, czy uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy, czy też dopiero

po jej otwarciu. Z drugiej jednak strony przepisy ww. rozporządzenia uzależniają orzeczenie o zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego od momentu rozpoczęcia posiedzenia z udziałem stron. Izba – biorąc pod uwagę wskazane przepisy ustawy i rozporządzenia – w podobnych sytuacjach faktycznych odmiennie orzekała o kosztach postępowania odwoławczego. W sytuacji, gdy zamawiający uwzględniał zarzuty odwołania na posiedzeniu z udziałem stron, ale przed otwarciem rozprawy Izba - uwzględniając przepisy rozporządzenia - kosztami obciążała zamawiającego, innym razem w takiej samej sytuacji, kierując się przepisami ustawowymi, orzekała o zniesieniu się kosztów stron.

Uzupełnianie braków odwołania – art. 187 ust. 3 Prawa zamówień publicznych

Wątpliwości, jakie zrodziły się w toku rozpoznawania odwołań przez Izbę w oparciu o nowe regulacje prawne dotyczyły także kwestii uzupełnienia odwołania. Zgodnie z art. 187 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrotu odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania albo złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od doręczenia wezwania. Jeśli owe nieprawidłowości ujawnią się w toku rozpoznawania odwołania przez Izbę, uprawnienie do wezwania uzupełnienia braków odwołania przysługuje, zgodnie z ust. 7 art. 187 Prawa zamówień publicznych, składowi orzekającemu Izby. Przywołany przepis stanowiący podstawę merytoryczną skierowanego wezwania do uzupełnienia braków odwołania przez wykonawcę wskazuje na szczególne, ale przykładowe sytuacje, w których wezwanie takie powinno być skierowane, przywołując m.in. brak pełnomocnictwa, jak również sytuacje określone w art. 180 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, tj. określenie elementów niezbędnych odwołania (określenie czynności czy zaniechania, których dotyczy odwołanie, wskazanie zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania). W tym zakresie powstało kilka pytań, na które Izba oraz Prezes Izby musieli udzielić odpowiedzi, wydając rozstrzygnięcia w konkretnych sprawach odwoławczych.

Pierwszą istotną kwestią był zakres wezwania do uzupełnienia odwołania co do braku wskazania zarzutów, żądań oraz uzasadnienia faktycznego i prawnego złożonego odwołania. Izba na czele z Prezesem uznała się za kompetentną do wzywania do uzupełnienia we wskazanym zakresie braków, jeżeli odwołujący się wykonawca w ogóle nie wskazał podstawowych elementów odwołania. Izba przyjęła, że w przypadku innego rodzaju braków odwołania nie będzie prowadzić czynności niejako „naprawczych” odwołania

zmierzających do jak najpełniejszego jego uzupełnienia, biorąc pod uwagę jego skuteczność. Podobnie w przypadku pełnomocnictwa Izba uznała, że tylko fizyczny brak pełnomocnictwa, czy też innych dokumentów wskazujących na umocowanie osób podpisujących odwołanie, skutkuje skierowaniem wezwania do uzupełnienia odwołania. Jeśli natomiast do odwołania załączono pełnomocnictwo, którego zakres nie upoważniał do dokonania takiej czynności (złożenia odwołania), składy orzekające Izby co do zasady traktowały taką sytuację jako podstawę do odrzucenia odwołania z racji złożenia go przez podmiot nieuprawniony (art. 189 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych).

Drugi problem, jaki wymagał rozstrzygnięcia, to zaskarżalność postanowień Prezesa Izby, bądź składu orzekającego Izby o zwrocie odwołania. Zgodnie z art. 198 a ust. 1 Prawa zamówień publicznych na orzeczenie Izby stronom postępowania oraz jego uczestnikom przysługuje skarga do sądu. Sądem tym jest, zgodnie z art. 198b ust. 1 Prawa zamówień publicznych, sąd okręgowy właściwy dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. O ile brak było jakichkolwiek wątpliwości co do pouczenia o możliwości zaskarżalności postanowienia o zwrocie odwołania wydanego przez skład orzekający Izby do sądu okręgowego, o tyle w przypadku postanowienia o zwrocie odwołania wydanego przez Prezesa Izby wątpliwości takie pojawiły się w świetle art. 198a ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który wskazuje wprost na zaskarżalność orzeczenia Izby, a nie jej Prezesa. Izba jednak uznała, że postanowienia jednorodne, dotyczące takich samych spraw, choć wydane przez inne organy, powinny podlegać zaskarżeniu do tego samego sądu. Stąd też, stosując wnioskowanie *per analogiam*, wobec braku odrębnych regulacji w tym zakresie, w pouczeniach o prawie do zaskarżenia postanowień Prezesa Izby o zwrocie odwołania odwołujący informowany był o prawie złożenia skargi od tego orzeczenia do sądu okręgowego właściwego dla siedziby bądź miejsca zamieszkania zamawiającego.

Trzecią kwestią problematyczną, która pojawiła się wraz z nowymi regulacjami prawnymi związanymi z uzupełnianiem odwołań była kolejność podejmowanych rozstrzygnięć. Konieczne w tym przedmiocie było rozstrzygnięcie, czy w sytuacji, gdy jednocześnie zachodzą przesłanki do zwrotu odwołania z powodu nie uzupełnienia przez wykonawcę składającego odwołanie jego braków formalnych oraz do odrzucenia odwołania np. z powodu niedochowania terminu na złożenie odwołania, pierwszeństwo ma postanowienie o zwrocie odwołania, czy też postanowienie o odrzuceniu odwołania. Powyższe ma tym większe znaczenie, że w przypadku postanowienia o zwrocie odwołania - stosownie do § 4 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania - kwotę uiszczoną tytułem wpisu zwraca się na rzecz odwołującego, w przypadku zaś odrzucenia odwołania, Izba obciąża kosztami postępowania odwołującego,

stosownie art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych. Rozstrzygając tę kwestię Izba co do zasady, biorąc pod uwagę systematykę ustawy i chronologię jej przepisów, stwierdzała, że pierwszeństwo w takiej sytuacji ma postanowienie o zwrocie odwołania. Zasadniczo podobne stanowisko prezentowane było w orzecznictwie Izby co do jednoczesnego stwierdzenia przesłanek do odrzucenia odwołania (art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych) i sytuacji, w której pomimo stwierdzenia tych przesłanek zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania, a nie było sprzeciwu ze strony przystępującego wykonawcy (art. 186 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych). Także ze wskazanych powyżej względów Izba co do zasady dawała pierwszeństwo orzeczeniu o umorzeniu postępowania z powodu uwzględnienia zarzutów odwołania, wobec braku szczególnych i odrębnych regulacji w tym przedmiocie.

Część IV

Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r.

Poza opisanymi uprzednio obowiązkami orzecznictwymi, członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podejmowali w 2010 r. również inne aktywności w celu pogłębienia wiedzy, podniesienia jakości orzecznictwa i szerzenia wiedzy z dziedziny zamówień publicznych.

W okresie sprawozdawczym tematyka szkoleń organizowanych dla członków Krajowej Izby Odwoławczej obejmowała zarówno zagadnienia merytoryczne związane m.in. z nowelizacją Prawa zamówień publicznych, poszczególnymi instytucjami prawa cywilnego i ich zastosowaniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych, jak też zagadnienia mające na celu podniesienia standardów orzekania wśród członków Izby, w tym np. zagadnienie psychologii wywierania wpływu, umiejętność panowania nad emocjami, sztuka wypowiedzi, komunikacji. Szkolenia odbywały się w cyklach jedno i dwudniowych.

W celu ujednoczenia stanowisk prezentowanych przez poszczególnych członków składów orzekających członkowie Krajowej Izby Odwoławczej odbyli w 2010 r. kilka narad orzecznictwowych. Problematyka poruszana w toku narad dotyczyła w szczególności wdrożenia nowelizacji Prawa zamówień publicznych oraz rozporządzeń wykonawczych wydanych w 2010 r., jak i innych zagadnień, jak np. interesu wykonawcy we wniesieniu środków ochrony prawnej, przyjętej przez wykonawcę przy obliczeniu stawki podatku od towarów i usług jako błędu w obliczeniu ceny czy możliwości uzupełniania orzeczeń na wniosek stron.

W okresie sprawozdawczym opublikowane zostały przez Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z członkami Krajowej Izby Odwoławczej kolejne dwa zeszyty orzecznictwa. Zeszyt nr 5 zawiera tezy 259 tez orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wybranych spośród blisko 1 600 wydanych w okresie od maja do grudnia 2009 r. oraz 17 tez orzeczeń pochodzących ze 150 postanowień Izby dotyczących wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wydanych w okresie od października 2008 r. do grudnia 2009 r. W Zeszycie Nr 6 Zespół Redakcyjny spośród

1 383 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w pierwszym półroczu 2010 r. oraz 302 orzeczeń sądów okręgowych wydanych w 2009 r. wybrał 201 tez orzeczniczych, w tym 81 tez obejmujących orzeczenia Izby oraz 120 tez odnoszących się do orzeczeń sądowych.

Funkcję informacyjną w dziedzinie zamówień publicznych pełni w Krajowej Izbie Odwoławczej również osoba wyznaczona przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do kontaktów z mediami tj. Rzecznik Prasowy Izby. Działalność Rzecznika w 2010 r. polegała zarówno na przekazywaniu bieżących danych na temat spraw toczących się przed Izbą, jak również udzielaniu informacji na temat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej, w tym po wejściu w życie nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. Zainteresowanie działalnością Krajowej Izby Odwoławczej wyrażały w 2010 r. zarówno media o charakterze lokalnym, jak również telewizja, dzienniki i czasopisma o zasięgu ogólnopolskim.

Podsumowanie

Rok 2010 był okresem, w którym Izba musiała stawić czoła trudnościom, jakie niesło za sobą funkcjonowanie Izby przez cały okres sprawozdawczy w oparciu o dwa stany prawne, co związane było nie tylko z koniecznością rozstrzygnięcia nowych, często skomplikowanych zagadnień merytorycznych, ale stanowiło również wyzwanie proceduralne i organizacyjne. Mimo czynionych starań Izba nie uniknęła problemów charakterystycznych dla organów rozstrzygających spory, związanych z wypracowaniem jednolitości orzecznictwa w obszarach zaprezentowanych w Części III Informacji. Jednak Izba, mając na względzie wagę orzecznictwa Izby dla systemu zamówień publicznych oraz fakt, że wydawane orzeczenia stanowią często podstawę decyzji uczestników postępowania o zamówienie publiczne, podejmuje starania w celu zniwelowania powstałych rozbieżności.

Biorąc pod uwagę często niejednoznaczne brzmienie przepisów Prawa zamówień publicznych i aktów wykonawczych, wysoki poziom skomplikowania rozstrzyganych zagadnień, znaczny wzrost liczby odwołań, a przy tym nakład pracy członków Izby włożony w prawidłowe i terminowe rozpoznawanie spraw stwierdzić należy, że Izba z powodzeniem wywiązała się z nałożonych na nią przez ustawodawcę zadań.