

Załącznik nr 1 do Uchwały Nr 1/2012
Zgromadzenia Ogólnego
Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 29 marca 2012 r.

**Informacja o działalności
Krajowej Izby Odwoławczej
w 2011 r.**

Warszawa 2012 r.

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE	4
WYKAZ SKRÓTÓW I SKRÓTOWCÓW	5
CZĘŚĆ I PODSTAWY FUNKCJONOWANIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ	6
1. Podstawy prawne funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej.....	6
2. Organy Izby, ich kompetencje i działalność	7
3. Rzecznik dyscyplinarny.....	9
CZĘŚĆ II DZIAŁALNOŚĆ MERYTORYCZNA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2011 R.	10
1. Rozstrzygnięcie spraw odwoławczych	11
1.1. Wpływ odwołań.....	11
1.2. Rozpoznawanie odwołań.....	15
1.3. Terminowość rozpoznawania odwołań	19
1.4. Skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.....	20
2. Wyrażanie opinii w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych	22
3. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy	23
4. Orzeczenia sądów administracyjnych istotne dla działalności Krajowej Izby Odwoławczej.....	25
4.1. Skarga na postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o zwrocie odwołania	25
4.2. Skargi na uchwały Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP	26
CZĘŚĆ III PROBLEMY WYNIKAJĄCE Z ORZECZNICTWA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2011 R.	28
1. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych	28

2.	Potencjał podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu	34
3.	Prekwalifikacja wykonawców a wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego	38
4.	Zakres informacji dotyczących oświadczeń i dokumentów w ogłoszeniu o zamówieniu w przetargu nieograniczonym o wartości powyżej progów unijnych	42
5.	Wybrane problemy aukcji elektronicznej.....	48
6.	Konsekwencje nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług	52
7.	Dopuszczalność i zakres samodzielnej weryfikacji przez zamawiającego czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.....	54
CZĘŚĆ IV INNA DZIAŁALNOŚĆ KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2011 R.		61
1.	Podnoszenie kwalifikacji	61
2.	Działalność edukacyjna.....	62
3.	Analiza przepisów	62
4.	Działalność zewnętrzna	63
PODSUMOWANIE.....		64

Wprowadzenie

Niniejsza Informacja jest czwartym opracowaniem dotyczącym działalności Krajowej Izby Odwoławczej i wzorem lat poprzednich stanowi syntetyczne ujęcie zagadnień związanych z organizacją pracy Izby w oparciu o dane liczbowe. Prezentowane dane odnoszą się do różnych aspektów funkcjonowania Izby w 2011 r. – są to m.in.: liczba wpływających do Prezesa Izby odwołań, rodzaj wydanych rozstrzygnięć czy terminowość rozpoznawania spraw. Dane te odnoszą się zarówno do okresu, za jaki sporządzana jest Informacja, jak również prezentowane są w porównaniu z okresami poprzednimi, co pozwala na zaobserwowanie określonych tendencji i wysnuć wypływających z nich wniosków.

Opracowanie zawiera ponadto omówienie kwestii problemowych, z którymi zetknęli się członkowie Izby przy rozpoznawaniu poszczególnych spraw. Przedmiotem rozważań stały się m.in. kwestie, które Izba sygnalizowała już w poprzednim okresie sprawozdawczym, takie jak udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia czy rozstrzygnięcie o prawidłowości podanej przez wykonawców stawki VAT, które z uwagi na ich wagę w procesie udzielania zamówienia publicznego, jak też zawiałość materii, zasługują na pogłębioną analizę. W toku rozpoznawania spraw w 2011 r. członkowie Krajowej Izby Odwoławczej zajmowali się również nową podstawą wykluczenia wykonawców z postępowania, wprowadzoną nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 25 lutego 2011 r., co wymagało udzielenia odpowiedzi na pytania, które pojawiły się w praktyce stosowania tego przepisu. Izba za zasługujące na uwagę uznała ponadto kwestie związane z prowadzeniem aukcji elektronicznej, zakresem informacji ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym co do oświadczeń i dokumentów, jak też zagadnienie dopuszczalności i zakresu samodzielnej weryfikacji przez zamawiającego czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na szczególną uwagę zasługuje prezentowane w Informacji orzecznictwo sądów administracyjnych jednoznacznie wskazujące na brak ich właściwości w sprawach skarg na orzeczenia Izby i Prezesa Izby, jak też uchwał podejmowanych przez Izbę w sprawach zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Prezentowana Informacja została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej Uchwałą Nr 1/2012 z dnia 29 marca 2012 r.

WYKAZ SKRÓTÓW I SKRÓTOWCÓW

art.	artykuł
Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. U. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
ETS	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
jedn. tekst, t.j.	tekst jednolity
kc	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.)
KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
kpa	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.)
lit.	litera
nr	numer
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
pkt	punkt
poz.	pozycja
Pzp, ustawa Pzp	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)
SIWZ	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SN	Sąd Najwyższy
ust.	ustęp
UZP	Urząd Zamówień Publicznych
VAT	podatek od towarów i usług
ze zm.	ze zmianami

Część I

Podstawy funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej

1. Podstawy prawne funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza została powołana na podstawie ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007 r. Nr 82, poz. 560). Aktem tym utworzono organ, w którego skład wchodzić może nie więcej niż 100 członków spełniających wymagania wymienione w ustawie Prawo zamówień publicznych (art. 173 ust. 2), powoływanych przez Prezesa Rady Ministrów. Krajowa Izba Odwoławcza zastąpiła 363 arbitrów z listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, powoływanych każdorazowo do rozpoznania konkretnej sprawy. W wyniku postępowań kwalifikacyjnych zakończonych w 2007, 2008 i 2010 r. wyłoniono 38 członków Krajowej Izby Odwoławczej. W 2011 r. członkowie Izby wykonywali zadania w niezmienionym od 2010 r. składzie osobowym.

Krajowa Izba Odwoławcza wypełnia swoje ustawowe zadania przez rozpoznawanie:

- 1) odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 172 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych);
- 2) zastrzeżeń od wyników kontroli doraźnej i uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (art. 167 ust. 2 i 3, art. 171a ustawy Prawo zamówień publicznych);
- 3) wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

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

Podobnie jak w roku 2010, w roku sprawozdawczym Izba rozpoznawała środki ochrony prawnej wnoszone według stanu prawnego ustawy Prawo zamówień publicznych sprzed i po wejściu w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), tj. według przepisów obowiązujących do dnia 28 stycznia 2010 r. i od dnia 29 stycznia 2010 r. Nowelizacja ta wprowadziła zasadnicze zmiany w postępowaniu odwoławczym prowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak również w funkcjonowaniu samej Izby. Wobec powyższego, zadania wykonywane przez Krajową Izbę Odwoławczą w roku 2011 regulowane były aktami wykonawczymi do ustawy Prawo zamówień publicznych 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).

W 2011 r. Izba wydawała orzeczenia również w odniesieniu do nowej regulacji ustawowej wprowadzonej ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 87, poz. 484), tj. art. 24 ust. 1 pkt 1a.

2. Organy Izby, ich kompetencje i działalność

Organami Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 172 ust. 2 ustawy Prawo 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 ustawy Prawo 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 ich przewodniczących;
- 5) czuwanie nad sprawnością pracy Izby;
- 6) przedkładanie 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 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W okresie sprawozdawczym Prezes Izby, wypełniając obowiązek wynikający z art. 172 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych, wprowadził Zarządzeniem Nr 2/2011 z dnia 11 kwietnia 2011 r. *Wewnętrzny regulamin organizacji pracy Krajowej Izby Odwoławczej* w miejsce regulacji uprzednio obowiązującej. Regulamin ten wszedł w życie z dniem 18 kwietnia 2011 r.

Wskazany akt wewnętrzny w sposób szczegółowy i kompleksowy uregulował najważniejsze aspekty organizacji pracy Izby oraz wprowadził ujednolicony system wzorów standardowych pism i formularzy stosowanych w praktyce funkcjonowania Izby.

Do kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Izby, zgodnie z art. 172 ust. 4 ustawy Prawo 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 Prezes Izby dwukrotnie zwołał Zgromadzenie Ogólne Izby, na których zostały przyjęte:

- 1) *Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r.*;
- 2) Uchwała w sprawie dodatkowego zatrudnienia członków Krajowej Izby Odwoławczej na stanowisku dydaktycznym, naukowo – dydaktycznym lub naukowym;
- 3) *Regulamin w sprawie szczegółowego trybu postępowania dyscyplinarnego oraz trybu wyboru składu orzekającego sądu dyscyplinarnego Krajowej Izby Odwoławczej.*

3. Rzecznik dyscyplinarny

Rzecznik dyscyplinarny powoływany jest na podstawie art. 175 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W styczniu 2011 r. upłynęła pierwsza kadencja Rzecznika Dyscyplinarnego Krajowej Izby Odwoławczej. Z dniem 1 lutego 2011 r. Prezes Rady Ministrów powołał Rzecznika Dyscyplinarnego na kolejną trzyletnią kadencję.

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

W okresie sprawozdawczym nie zostało wszczęte postępowanie dyscyplinarne wobec żadnego z członków Krajowej Izby Odwoławczej.

Część II

Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r.

W 2011 r. Izba rozpoznawała odwołania wnoszone w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych nie tylko w 2011 r., ale również dotyczące postępowań wszczynanych w roku 2010 i 2009. Powyższe skutkowało koniecznością stosowania przez Izbę – jak wskazano powyżej – regulacji prawnych odnoszących się do różnych stanów prawnych. Izba uwzględniała w tej mierze przede wszystkim przepis przejściowy nakazujący stosowanie właściwych przepisów prawa do wnoszonych odwołań, biorąc pod uwagę moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy konkretne odwołanie.

W związku z powyższym, do zadań Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 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 2011 r., liczbę spraw rozpoznanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w okresie sprawozdawczym, jak również istotne zagadnienia związane z rozstrzygnięciem spraw przez Izbę.

1. Rozstrzygnięcie spraw odwoławczych

Rozpoznawanie odwołań wnoszonych wobec zaniechań i czynności 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 2011 r., zdań odrębnych zgłoszonych przez członków składów orzekających, skarg wniesionych na orzeczenia Izby oraz porównanie poszczególnych okresów 2011 r. do analogicznych okresów roku 2010. Zwrócono również uwagę na takie kwestie, jak brak właściwości sądów administracyjnych w sprawach rozpoznawanych przez Izbę czy orzeczenia Izby o unieważnieniu umowy oraz nałożeniu kary finansowej.

1.1. Wpływ odwołań

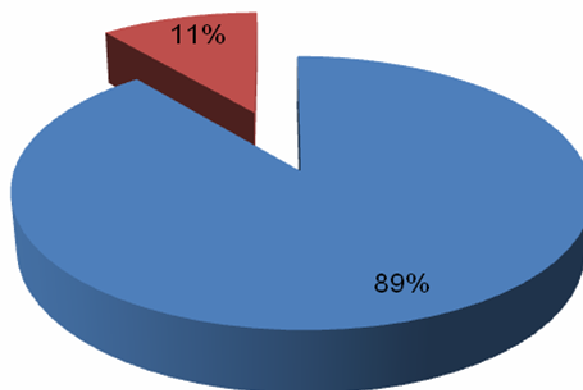
W okresie sprawozdawczym odnotowano wpływ 2 820 odwołań, w tym 13 odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych według stanu prawnego ustawy Prawo zamówień publicznych przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. (0,5%) oraz 2 807 odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (99,5%).

W przypadku 866 odwołań wniesionych w 2011 r. zaistniała konieczność wezwania do uzupełnienia braków formalnych odwołania (wezwanie dotyczyło 31% wniesionych odwołań).

Spośród 2 820 odwołań 307 (11%) odwołań zostało wniesionych w formie elektronicznej za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, pozostałe zaś zostały wniesione w formie pisemnej (2 513 odwołań, co stanowi 89% wniesionych odwołań).

FORMA WNIESIENIA ODWOŁANIA

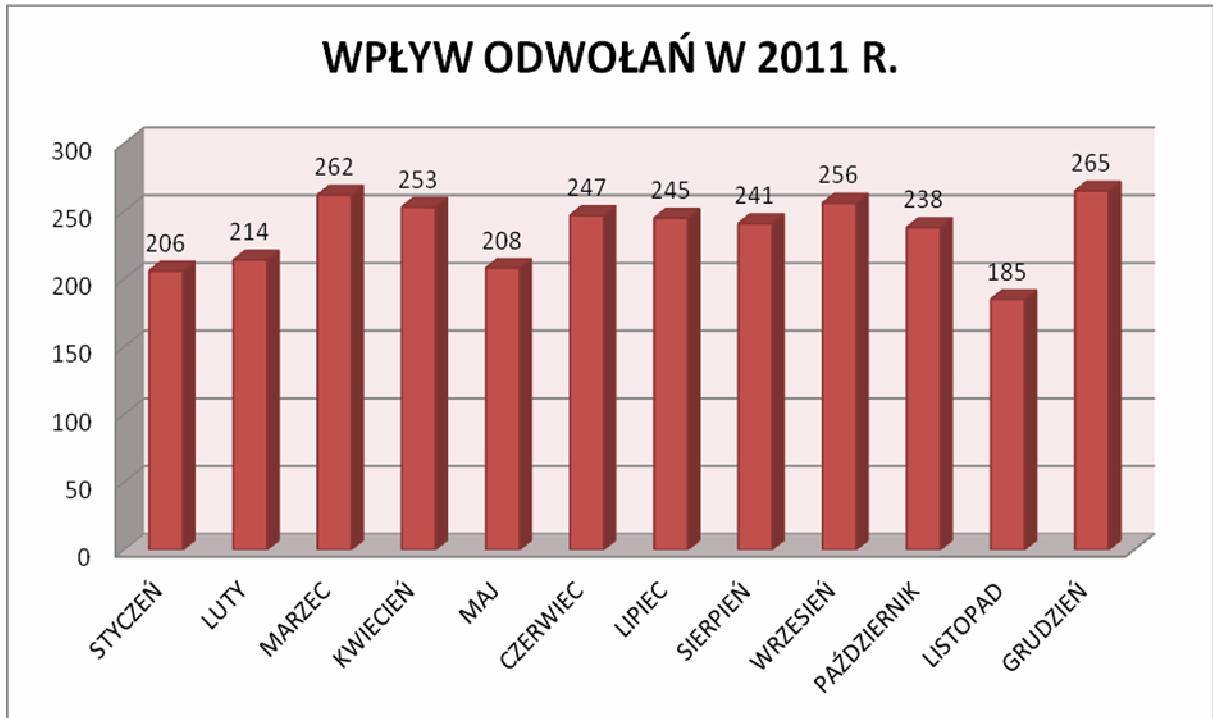
- ODWOŁANIA WNIESIONE W FORMIE PISEMNEJ
- ODWOŁANIA WNIESIONE W FORMIE ELEKTRONICZNEJ



Powyższe świadczy niezbicie o zwiększonej częstotliwości korzystania przez wykonawców z ww. narzędzia elektronicznego – w roku 2010 z formy tej skorzystano jedynie w 125 sprawach (4,5% z 2 823 wniesionych w 2010 r. odwołań).

Wpływ odwołań w poszczególnych miesiącach 2011 r. kształtował się następująco:

- 1) styczeń 2011 r. – 206;
- 2) luty 2011 r. – 214;
- 3) marzec 2011 r. – 262;
- 4) kwiecień 2011 r. – 253;
- 5) maj 2011 r. – 208;
- 6) czerwiec 2011 r. – 247;
- 7) lipiec 2011 r. – 245;
- 8) sierpień 2011 r. – 241;
- 9) wrzesień 2011 r. – 256;
- 10) październik 2011 r. – 238;
- 11) listopad 2011 r. – 185;
- 12) grudzień 2011 r. – 265.



W 2011 r. liczba wniesionych odwołań pozostała na takim samym poziomie, jak w roku 2010. Wpływ odwołań w latach 2010 – 2011 w podziale na kwartały kształtował się w poniższy sposób:

I kwartał 2010 r. – wpływ – 562,

I kwartał 2011 r. – wpływ – 682,

II kwartał 2010 r. – wpływ – 801,

II kwartał 2011 r. – wpływ – 708,

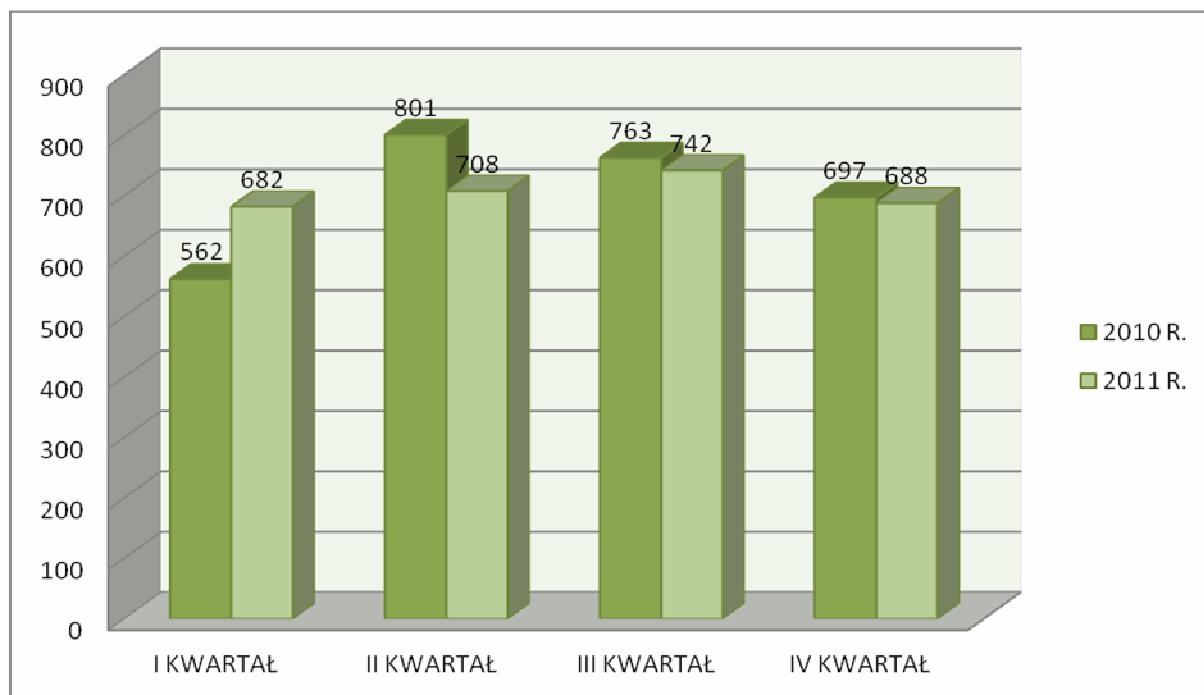
III kwartał 2010 r. – wpływ – 763,

III kwartał 2011 r. – wpływ – 742,

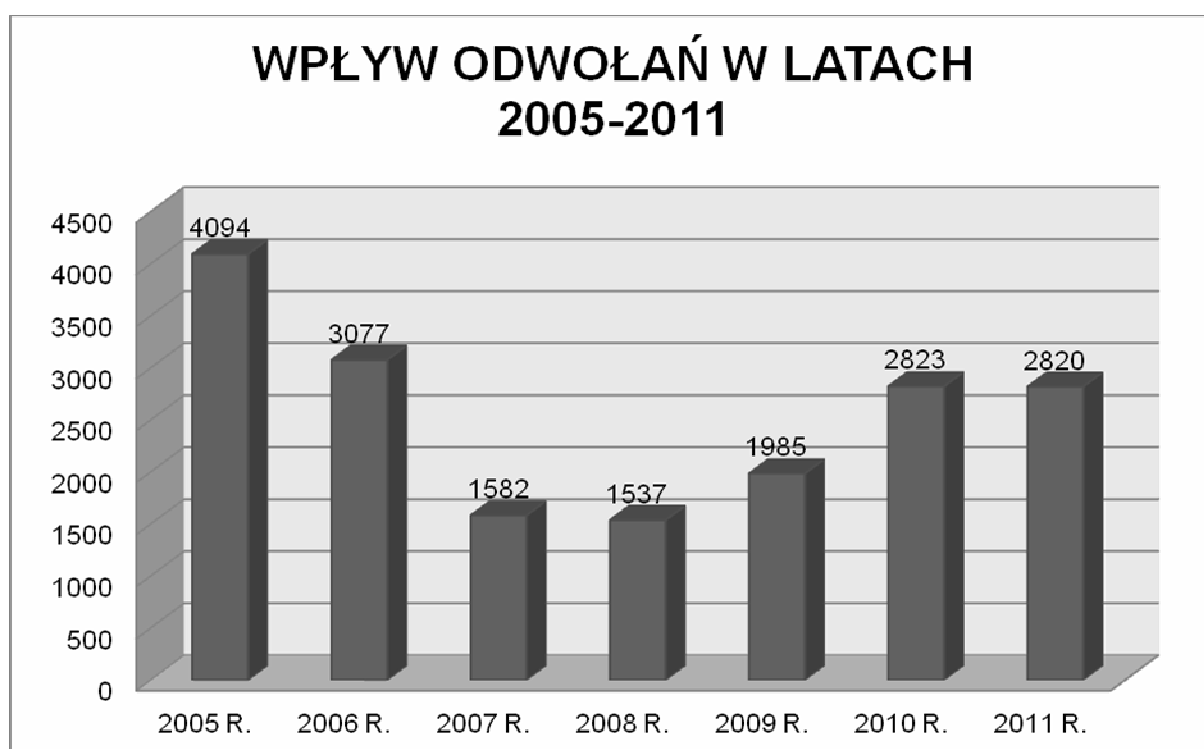
IV kwartał 2010 r. – wpływ – 697,

IV kwartał 2011 r. – wpływ – 688.

Porównanie liczby odwołań w latach 2010 – 2011 w okresach kwartalnych przedstawia poniższy wykres.



Dla celów porównawczych poniżej przedstawiono kolejne dane prezentujące liczbę spraw, jakie wpłynęły w latach 2005 – 2011 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 roku 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 jest niewątpliwie wynikiem nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych przeprowadzonych w latach 2008 i 2009. W 2011 r. liczba odwołań utrzymała się na takim poziomie, jak w poprzednim okresie sprawozdawczym.

1.2. Rozpoznawanie odwołań

W okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2011 r. rozpoznaniu podlegało 2 789 odwołań, w tym 82 odwołania wniesione w roku 2010. Do rozpoznania w kolejnym okresie sprawozdawczym (2012 r.) pozostało 108 odwołań (4% spośród odwołań wniesionych w 2011 r.) złożonych do Izby w końcu 2011 r.

Spośród ww. liczby 2 789 odwołań 311 odwołań zostało zwróconych, co stanowi 11% rozpoznanych odwołań. Spośród odwołań zwróconych:

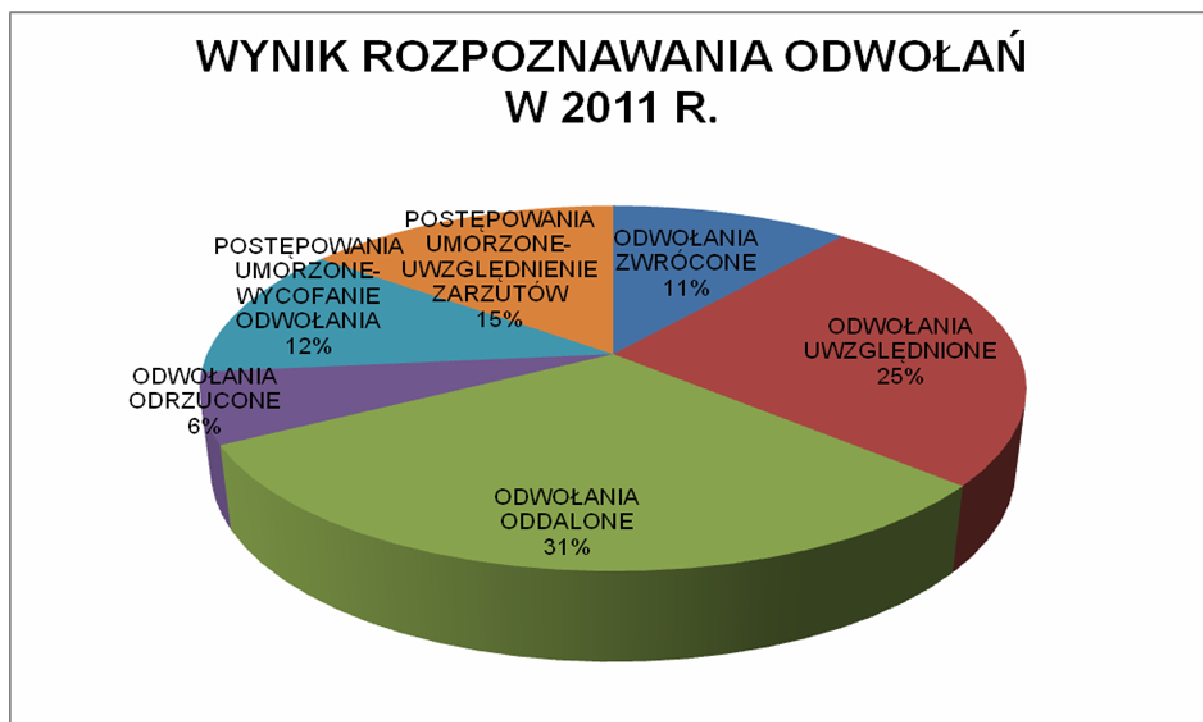
- 97 zostało zwróconych postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z powodu nieuiszczenia wpisu od odwołania (31%),
- 210 zostało zwróconych postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z powodu niezuzpełnienia braków formalnych odwołania (67%),
- 2 zostały zwrócone postanowieniem składu orzekającego Izby z powodu nieuiszczenia wpisu od odwołania (1%),
- 2 zostały zwrócone postanowieniem składu orzekającego Izby z powodu niezuzpełnienia braków formalnych odwołania (1%).

Dla porównania warto wskazać, iż w 2010 r. zwrotowi podlegało 312 odwołań, co stanowiło 10% liczby rozpoznanych w ww. roku odwołań.

Pozostałe 2 478 odwołań (89%) podlegało rozpoznaniu przez Izbę, w wyniku czego:

- 704 zostało uwzględnionych (25%),
- 859 zostało oddalonych (31%),
- 174 zostały odrzucone (6%),

- 329 postępowań zostało umorzonych w wyniku wycofania odwołania (12%),
- 412 postępowań zostało umorzonych ze względu na uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania (15%).



Z porównania ww. liczb do analogicznych danych z poprzedniego okresu sprawozdawczego należy wywieść, iż sposób rozpoznania spraw nie uległ znaczącej zmianie. Liczba odwołań uwzględnionych zmniejszyła się w 2011 r. zaledwie o 1% (z 26% w roku 2010 do 25% w roku 2011). Podobnie, nieznaczny spadek można zaobserwować w liczbie odwołań oddalonych – liczba ta zmniejszyła się z 33% w 2010 r. do 31% w roku 2011. Nieco większą różnicą charakteryzują się liczby odwołań odrzuconych w obu porównywanych okresach – liczba odwołań odrzuconych zmniejszyła się z 10% w roku 2010 do 6% w roku 2011. Te ostatnie dane świadczą o większej dbałości podmiotów wnoszących odwołania o stronę formalną decydującą o uznaniu odwołania za skutecznie wniesione, umożliwiając jego merytoryczne rozpoznanie, ale również o praktycznym aspekcie korzystania z zagwarantowanej obowiązującymi przepisami możliwości uzupełnienia braków formalnych odwołania. W roku 2011 liczba postępowań umorzonych w wyniku wycofania odwołania pozostała taka sama, jak w roku 2010 (12% w roku 2010, 12% w roku 2011). Jednocześnie w 2011 r. zauważalna była większa częstotliwość korzystania przez zamawiających z uprawnienia do uwzględnienia zarzutów odwołania – liczba ta wzrosła z 9% w roku 2010 do 15% w 2011 r.

Najliczniejszą grupę wśród odwołań odrzuconych w 2011 r. stanowiły odwołania odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. odwołania wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (111 odwołań, co stanowi 64% odwołań odrzuconych). Wniesienie odwołania po ustawowym terminie związane było przeważnie z brakiem doręczenia odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. Obowiązek taki jednoznacznie wynika z treści ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu po wejściu w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. W postanowieniach wydanych w tym przedmiocie Izba wskazywała, że w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych po jej nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. brak jest domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby.

Do toczących się w okresie sprawozdawczym postępowań zgłoszone zostały 2 633 przystąpienia, w tym 2 193 przystąpienia po stronie zamawiającego (83%) oraz 440 przystąpień po stronie odwołującego (17%). Liczba zgłoszonych w 2011 r. przystąpień w porównaniu do liczby przystąpień zgłoszonych w poprzednim okresie sprawozdawczym wzrosła o 20% – w 2010 r. zgłoszonych zostało 2 186 przystąpień, w tym 1 958 przystąpień po stronie zamawiającego (90%) oraz 228 przystąpień po stronie odwołującego (10%).

Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej zgłosili 8 zdań odrębnych do wydanych w ww. okresie sprawozdawczym orzeczeń. Przedmiotem zdań odrębnych były m.in.: kwestie kwalifikacji błędnej stawki VAT przyjętej przez wykonawcę jako błędu w obliczeniu ceny, konieczności udziału przy realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy podmiotu trzeciego, na którego potencjał powołuje się wykonawca (art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych), dokumentów składanych przez podmiot zagraniczny, czy wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykluczenia wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania.

W okresie sprawozdawczym w trzech sprawach Izba powołała dowód z opinii biegłego, w tym biegłego z dziedziny informatyki (sygn. akt KIO 294/11), biegłego o specjalizacji z zakresu informatyki i aplikacji radiowych (sygn. akt KIO 1349/11) oraz biegłego z zakresu energetyki cieplnej (sygn. akt KIO 2184/11). W sprawach tych,

z uwagi na powołanie ww. dowodu, średni czas trwania postępowania odwoławczego wynosił 85 dni.

W 2011 r. Izba skierowała do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa wspólnotowego w kontekście regulacji art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (postanowienie z dnia 30 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1629/11, KIO 1643/11). Jest to pierwsze pytanie prejudycjalne złożone do Trybunału przez organ odwoławczy w polskim systemie środków ochrony prawnej. Sprawa ta została szerzej omówiona w Części III pkt 1 niniejszej Informacji.

Na uwagę zasługuje również zastosowanie przez Izbę regulacji dotyczących nakładania kar finansowych oraz unieważniania zawartych umów, tj. instytucji przewidzianych w art. 192 i 193 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W okresie sprawozdawczym Izba w jednej sprawie nałożyła na zamawiającego karę finansową w wysokości 1 250 PLN. Izba w sprawie tej uznała, że zamawiający nie wykazał przesłanek przeprowadzenia postępowania na dostawę oryginalnej, zgodnej z zaleceniami producenta aparatu CT lampy RTG do tomografu komputerowego wraz z montażem w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych. Pomimo naruszenia przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych uznała, że utrzymanie w mocy zawartej umowy leży w interesie publicznym i nie zaistniały okoliczności wyłączające jego zaistnienie wskazane w art. 192 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nakładając karę finansową Izba określiła jej wysokość na poziomie 1% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie (sygn. akt KIO 153/11).

Ponadto, w roku 2011 Izba wydała jedno orzeczenie o unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne uznając, że zamawiający nie wykazał, iż zaistniała przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki wskazana w przepisie art. 67 ust. 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, na którą powołał się zamawiający udzielając zamówienia na usługę modernizacji i przebudowy autobusu szynowego serii SA 106-001 typu 214M. Izba na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych unieważniła zawartą umowę wskazując, iż powodem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy było dążenie do wydatkowania środków z przyznanej dotacji celowej przed końcem 2010 r. Izba nie stwierdziła, aby utrzymanie zawartej umowy w mocy leżało w ważnym interesie

publicznym - modernizacja miała służyć unowocześnieniu pojazdu, który jest aktualnie w eksploatacji. W ocenie Izby, w okolicznościach sprawy możliwy był zwrot świadczeń spełnionych na dzień orzekania (sygn. akt KIO 82/11).

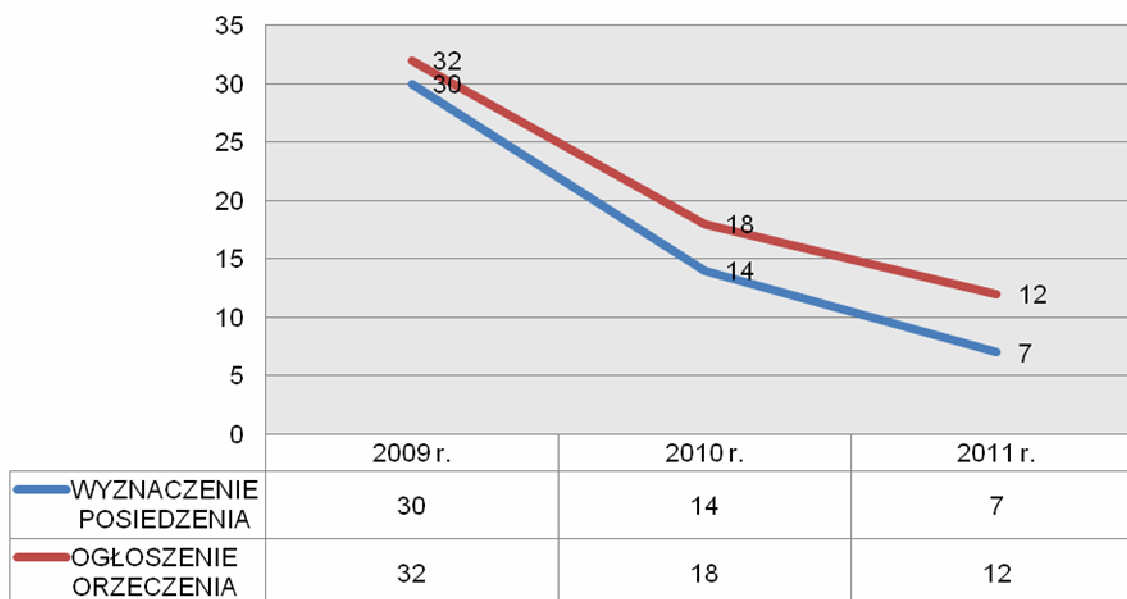
Liczba spraw, w których zaistniały podstawy do zastosowania instytucji nakładania kar finansowych lub unieważnienia zawartej umowy (0,07% liczby rozpoznanych odwołań) wskazuje na niewielkie natężenie spraw, przy rozpoznawaniu których niezbędne stało się zastosowanie tego typu sankcji.

W 2011 r. w oparciu o regulację art. 195 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań Prezes Izby stwierdził prawomocność 20 orzeczeń – w 1 przypadku w związku z nałożeniem przez Izbę na zamawiającego kary finansowej (5%), w 19 na wniosek strony (95%).

1.3. Terminowość rozpoznawania odwołań

W okresie sprawozdawczym posiedzenia Izby wyznaczane były średnio w 7 dniu od dnia wniesienia odwołania, zaś orzeczenia ogłaszane były przez Izbę średnio w 12 dniu. Czas rozpoznawania przez Izbę spraw w 2011 r. uległ znacznemu skróceniu w porównaniu do roku poprzedniego - w 2010 r. posiedzenia Izby wyznaczane były średnio w 14 dniu od dnia wniesienia odwołania, zaś orzeczenia ogłaszane były przez Izbę średnio w 18 dniu. Powyższe, wobec porównywalnej liczby odwołań wniesionych w 2010 i 2011 r., świadczy o wzmożonej pracy członków Krajowej Izby Odwoławczej na rzecz zachowania zasady szybkości postępowania o zamówienie publiczne i jest tym bardziej zauważalne, że w roku 2009 posiedzenia Izby wyznaczane były średnio w 30 dniu, zaś orzeczenia ogłaszane były w 32 dniu.

TERMINOWOŚĆ ROZPOZNAWANIA SPRAW W LATACH 2009-2011



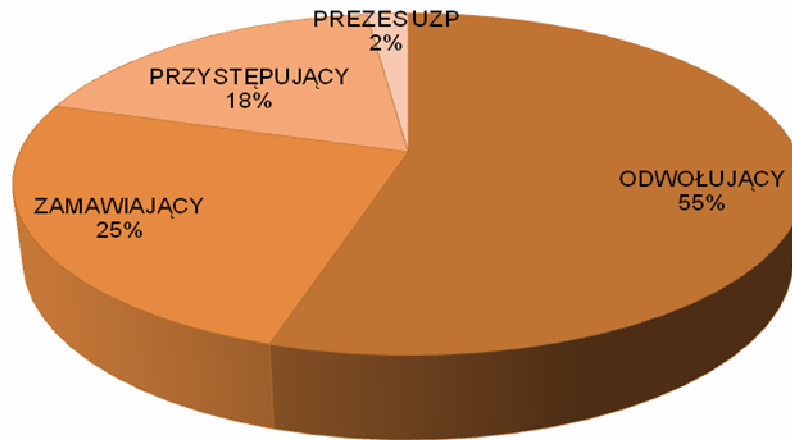
Sprawność i efektywność polskiej procedury odwoławczej, a tym samym organu odwoławczego, została również stwierdzona raportem Komisji Europejskiej pt. *Ocena skutków i skuteczności przepisów UE dotyczących zamówień publicznych*, w którym polski system ochrony prawnej został wskazany jako jeden z systemów o najkrótszym czasie trwania procedur odwoławczych.

1.4. Skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej

W okresie, którego dotyczy niniejsza Informacja wniesiono 148 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (co stanowi 5% odwołań rozpoznanych w 2011 r.), spośród których:

- 81 skarg zostało wniesionych przez odwołujących (55%),
- 37 skarg zostało wniesionych przez zamawiających (25%),
- 27 skarg zostało wniesionych przez przystępujących do postępowania odwoławczego (18%),
- 3 skargi zostały wniesione przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (2%).

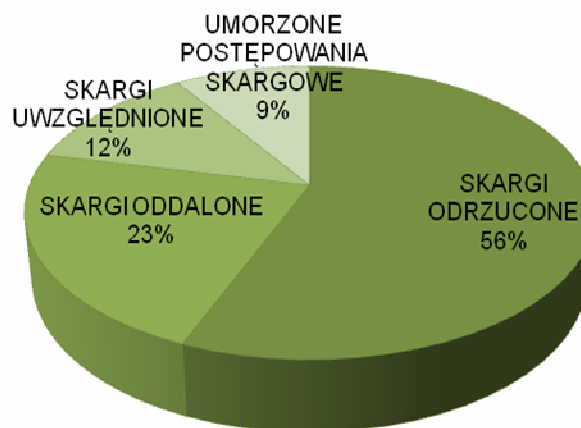
PODMIOTY WNOSZĄCE SKARGI



Na podstawie przekazanych Krajowej Izbie Odwoławczej orzeczeń sądów okręgowych ustalono, że w 2011 r. sądy okręgowe rozpoznały 98 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, z których:

- 55 zostało odrzuconych (56%),
- 22 zostały oddalone (23%),
- w 12 sprawach sąd uchylił lub zmienił orzeczenie Izby (12%),
- w 9 sprawach sąd umorzył postępowanie skargowe (9%).

RODZAJE ROZSTRZYGNIEŃ WYDANYCH PRZEZ SĄDY OKRĘGOWE

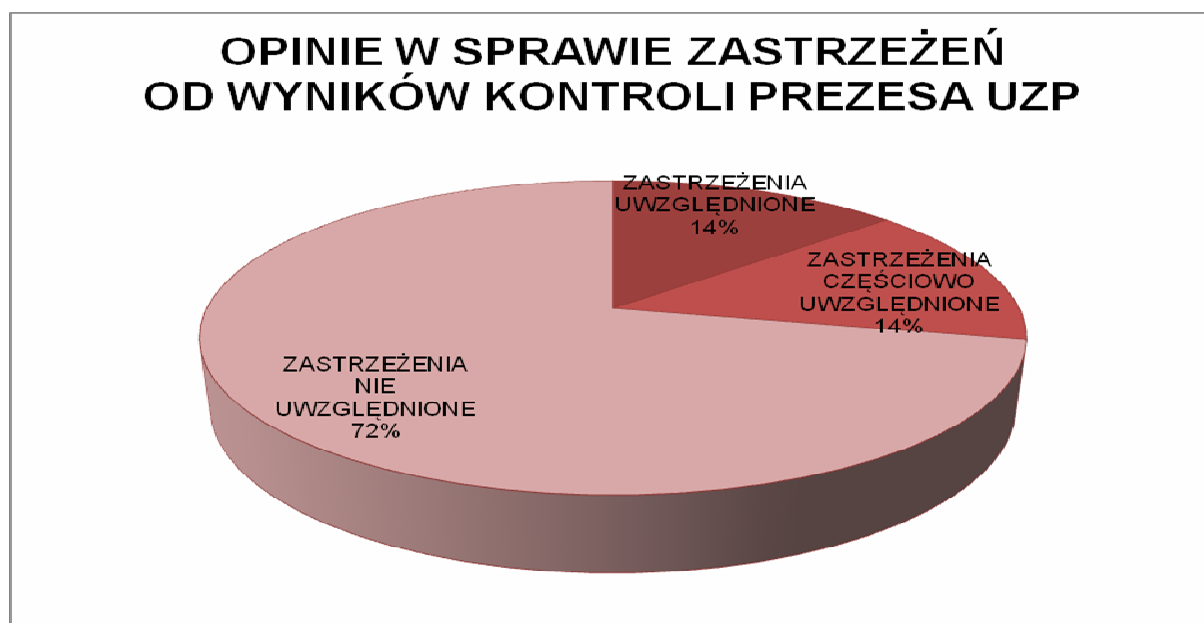


Analiza danych statystycznych wskazuje na duży odsetek skarg na orzeczenia Izby odrzucanych przez sądy okręgowe. W zdecydowanej większości przypadków odrzucenie skargi było spowodowane brakiem uzupełnienia opłaty sądowej wymaganej od skargi (około 63% spośród skarg odrzuconych). Tendencja zmniejszającej się liczby merytorycznych rozstrzygnięć sądów okręgowych utrzymuje się od zmiany przepisów skutkujących podwyższeniem wysokości wpisu od skargi na orzeczenia Izby. Można także przypuszczać, że powyższe miało też wpływ na zmniejszenie się w 2011 r. ogólnej liczby skarg na orzeczenia Izby.

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 ustawy Prawo 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 ustawy Prawo zamówień publicznych). Opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W 2011 r. Izba wydała 110 opinii, z czego w 15 z nich Izba uwzględniła zastrzeżenia zamawiających (14%), w 16 opiniach Izba częściowo uwzględniła zastrzeżenia (14%), w 79 opiniach Izba nie uwzględniła zastrzeżeń od wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (72%).



Z porównania liczby wydanych opinii w okresie sprawozdawczym do roku 2010, w którym Izba wydała 108 opinii, wynika, że liczba spraw kierowanych do Izby w wyniku zgłoszonych przez zamawiającego zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pozostała na tym samym poziomie. Dla porównania ww. okresów warto również wskazać, że w 2010 r. w 13 opiniach Izba uwzględniła zastrzeżenia (12%), w 7 opiniach Izba częściowo uwzględniła zastrzeżenia (7%), zaś w 88 opiniach Izba nie uwzględniła zastrzeżeń od wyniku kontroli (81%).

3. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

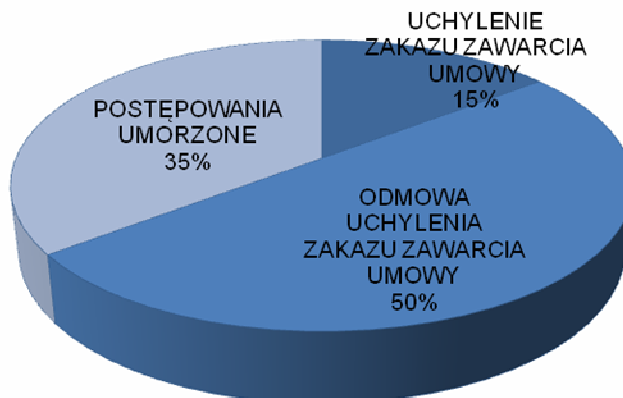
Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy należy do zadań Krajowej Izby Odwoławczej od dnia 24 października 2008 r. tj. od wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Izba rozpoznaje wniosek 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 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W roku 2011 Krajowa Izba Odwoławcza wydała 48 postanowień, w których:

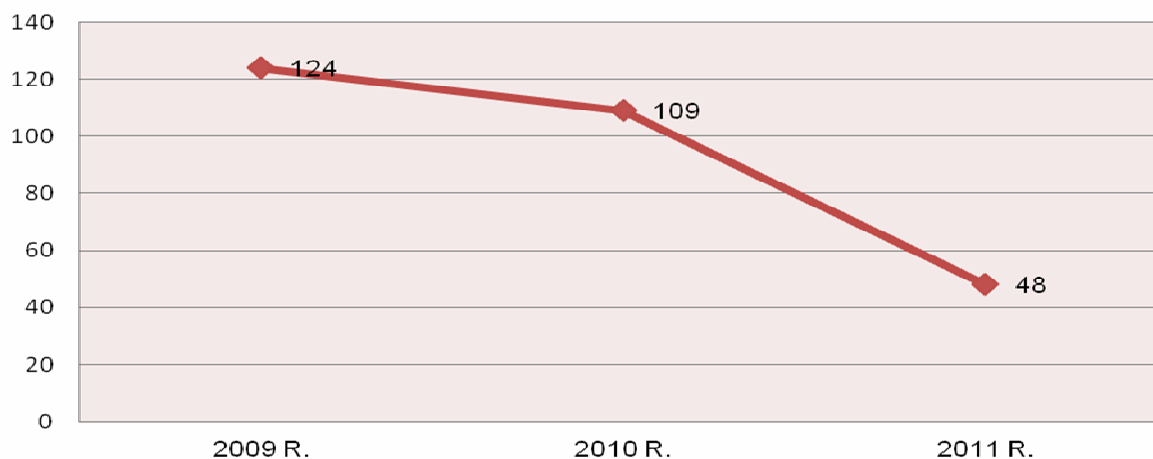
- w 24 odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy (50%),
- w 7 uchyliła zakaz zawarcia umowy (15%),
- 17 postępowań zostało umorzonych (35%).

RODZAJE ROZSTRZYGNIEĆ W SPRAWIE WNIOSKÓW O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY



Rok 2011 był kolejnym okresem, w którym odnotowano spadek liczby wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Dla porównania, w roku 2010 Izba wydała 109 postanowień w tym przedmiocie, zaś w 2009 roku 124 postanowienia. Spadkowi liczby wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy (o 56% w porównaniu do 2010 r. i 61% w porównaniu do 2009 r.) towarzyszyło skrócenie czasu trwania postępowań odwoławczych, co zostało omówione w pkt. 1.3 Części II niniejszej Informacji.

LICZBA WNIOSKÓW O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY W LATACH 2009-2011



4. Orzeczenia sądów administracyjnych istotne dla działalności Krajowej Izby Odwoławczej

W okresie sprawozdawczym sądy administracyjne rozpoznawały skargi na postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o zwrocie odwołania, jak też na uchwały Izby, w których Izba wyrażała opinie w przedmiocie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP. Orzekające w tych sprawach sądy administracyjne jednoznacznie potwierdziły, że brak jest właściwości tych sądów w sprawach skarg na orzeczenia i uchwały Krajowej Izby Odwoławczej. W zakresie wydawanych przez Izbę opinii w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP droga administracyjna nie przysługuje z uwagi na rolę opinii Izby w procesie kontroli, w przypadku zaś postanowień Prezesa KIO droga ta nie przysługuje z uwagi na charakter instytucji, jaką jest Krajowa Izba Odwoławcza i jej organ – Prezes Izby. Sądy potwierdziły, że zarówno Izba, jak i Prezes Izby nie są organami administracji publicznej w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego, a właściwą drogą odwoławczą jest droga cywilnoprawna. Poniżej przedstawiono orzecznictwo sądów administracyjnych w tym przedmiocie.

4.1. Skarga na postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o zwrocie odwołania

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 9 czerwca 2011 r. (sygn. akt V SA/Wa 288/11) odrzucił skargę na postanowienie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o zwrocie odwołania (sygn. akt KIO 2722/10) uznając, że brak jest właściwości sądów administracyjnych w niniejszej sprawie. Sąd stwierdził, że wydanie przez Prezesa Izby postanowienia o zwrocie odwołania nie stanowi działalności z zakresu administracji publicznej, a Prezes Izby nie jest organem administracji publicznej. Stosownie do art. 152 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Zdaniem Sądu, skarga na postanowienie o zwrocie odwołania, niezależnie od tego, czy postanowienie to zostało wydane przez Prezesa Izby czy przez skład orzekający, przysługuje na podstawie art. 198a i następne ustawy Prawo zamówień publicznych do sądu okręgowego właściwego dla siedziby lub miejsca zamieszkania zamawiającego.

Przedstawione powyżej stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie poparł Naczelny Sąd Administracyjny w orzeczeniu z dnia 27 września 2011 r.

(sygn. akt II GSK 1842/11). Sąd rozpoznając kasację wniesioną na ww. orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie stwierdził, że ani Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, ani Krajowa Izba Odwoławcza nie są organami administracji publicznej w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego. Zdaniem Sądu, Krajowa Izba Odwoławcza jest specjalnym organem władzy publicznej powołanym do rozpoznawania spraw cywilnoprawnych w ramach udzielenia zamówienia publicznego. Ani Krajowa Izba Odwoławcza, ani jej Prezes nie stosują w świetle przepisów władztwa administracyjnego w stosunku do stron postępowania odwoławczego w celu rozstrzygnięcia indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej, nie wydają też decyzji administracyjnych.

4.2. Skargi na uchwały Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

Zbieżne z zaprezentowanym powyżej stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 24 marca 2011 r. (sygn. akt V SA/Wa 362/11). Sąd, rozpoznając skargę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/KD 98/10), uznał, że wydanie opinii przez Izbę, jako etap postępowania kontrolnego, nie jest postępowaniem administracyjnym, a wydana w formie uchwały opinia co do zgłoszonych zastrzeżeń dotyczących wyniku kontroli nie ma formy zaskarżalnego aktu administracyjnego. W opinii Sądu, zaskarżona opinia jest jedynie jednym z etapów proceduralnych kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie zaś orzeczeniem wydanym przez odrębny organ wskutek zaskarżenia wyniku tej kontroli. Sąd wskazał również, że przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego znajdują zastosowanie jedynie do uprawnień Prezesa UZP określonych w dziale VII ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącym odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy.

Rozpoznając skargę kasacyjną na ww. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 13 października 2011 r. (sygn. akt II GSK 1189/11) utrzymał postanowienie z dnia 24 marca 2011 r. stwierdzając, iż wydanie opinii w trybie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest fazą postępowania poprzedzającą zakończenie kontroli, od której ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje środków odwoławczych, jak również nie odsyła do stosowania przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego. Opinia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności. Jak wskazał Sąd, opinia ta jest wprawdzie wiążąca dla Prezesa UZP, jednak nie stanowi ona określonych w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia

30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.) kategorii aktów bądź czynności, których zaskarżenie podlega właściwości rzeczowej sądów administracyjnych.

Analogiczne stanowisko zajął Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w postanowieniu z dnia 10 stycznia 2012 r. (sygn. akt V SA/Wa 1457/11), rozpoznając skargę na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO/KD 34/11).

Część III

Problemy wynikające z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r.

1. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych

W okresie sprawozdawczym ujawnił się istotny dla funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce problem wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawcy tacy brali udział w postępowaniu na dokończenie przerwanej inwestycji i po raz kolejny uzyskiwali zamówienie, którego poprzednio nie byli w stanie wykonać zgodnie z umową. Sytuacja ta stała się przyczyną nowelizacji art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie w dniu 11 maja 2011 r. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania wyklucza się wykonawcę, z którym dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Zgodnie z art. 2 ustawy nowelizującej, do postępowań wszczętych przed dniem jej wejścia w życie stosuje się przepisy dotychczasowe.

Po wejściu w życie tego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych Izba kilkakrotnie zajmowała się oceną zasadności zastosowania bądź zaniechania zastosowania przez podmioty zamawiające tej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W pierwszym z rozpoznawanych odwołań opartych o zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie wydała orzeczenia kończącego

postępowanie odwoławcze, lecz postanowieniem z dnia 30 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1629/11, KIO 1643/11) skierowała do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pytania prejudycjalne dotyczące wykładni przepisów prawa wspólnotowego o treści:

„1. Czy art. 45 ust. 2 pkt d 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 w brzmieniu: z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który (...) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające w zw. z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych można interpretować w ten sposób, że za takie zawinione poważne wykroczenie zawodowe można uznać sytuację, w której dana instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?

2. W przypadku negatywnej odpowiedzi na pytanie 1. – Czy, jeśli państwo członkowskie może wprowadzić inne niż wymienione w art. 45 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 podstawy wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które uzna za zasadne dla ochrony interesu publicznego, słuszych interesów instytucji zamawiających oraz zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, za zgodną z tą dyrektywą oraz Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej można uznać sytuację, w której wykluczeniu z postępowania podlegają wykonawcy, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy?”.

Izba oceniła, że Krajowej Izbie Odwoławczej przysługuje prawo zadawania pytań prejudycjalnych Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz, że Trybunał dotychczas nie wskazywał prawidłowej interpretacji art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE.

W uzasadnieniu postanowienia Izba wskazała na następujące kwestie leżące u podstaw zadanych pytań:

- 1) Przesłanka „wykroczenia zawodowego”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE, w języku prawniczym wskazuje na złamanie zasad etyki, godności bądź sumienności zawodowej przez działanie, zaniechanie lub zaniedbanie, za które ponosi się odpowiedzialność zawodową, w szczególności poprzez wszczęcie procedur dyscyplinarnych przez organizacje zawodowe i kojarzy się z tzw. zawodami regulowanymi, np. lekarza, notariusza, pełnieniem samodzielnej funkcji w budownictwie. Przesłanka ta nie odnosi się do niewykonania czy nienależytego wykonania umowy cywilnoprawnej. W powyższym rozumieniu pojęcia „wykroczenia zawodowego”, o określonym zawinieniu danego podmiotu orzekają organizacje zawodowe lub sądy, a nie instytucje zamawiające. Izba podniosła jednak, że za możliwością uznania za wykroczenie zawodowe niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przemawiałoby brzmienie art. 39 ust. 2 pkt d dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. U.E. z 2009 r. L 216/7), w którym jako przykład wykonawcy winnego poważnego wykroczenia zawodowego wskazano pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia, a więc przesłankę odnoszącą się również do zobowiązań kontraktowych, chociaż o specyficznym charakterze.
- 2) Określenie „ponosi odpowiedzialność” jest znaczeniowo szersze niż samo „ponoszenie winy”, o którym mowa w art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE, co nie powinno mieć zastosowania w przepisach o charakterze sankcyjnym – przy przyjęciu, że państwo członkowskie zamierzało odnieść się w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych do art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE.
- 3) Jeśli uznać, że nienależyte wykonywanie umowy cywilnoprawnej można uznać za wykroczenie zawodowe w rozumieniu art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE, to wykroczenie to musi być „poważne” – tym samym wątpliwości budzi,

czy niezrealizowanie 5% wartości umowy można już uznać za takie poważne wykroczenie.

- 4) Brzmienie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazujące na sytuację, w której instytucja zamawiająca jest zobowiązana do wykluczenia tego wykonawcy z postępowań o udzielanie zamówienia, nie pozostawia decyzji o wykluczeniu wykonawcy arbitralnemu uznaniu instytucji zamawiającej, jednak tym samym nie pozwala również instytucji zamawiającej wziąć pod uwagę indywidualnej sytuacji wykonawcy. Prowadzi to do automatyzmu stosowania przepisu i może skutkować brakiem proporcjonalności pomiędzy przewinieniem wykonawcy będącym przyczyną rozwiązania danej umowy, a jego konsekwencją w postaci zakazu zawarcia umowy z daną instytucją zamawiającą przez okres 3 lat.

W innych sprawach odwoławczych, w których podnoszona była wskazana kwestia (sygn. akt KIO 1822/11, KIO 1875/11, KIO 2057/11, KIO 2085/11), Izba rozpoznała odwołania co do istoty podnoszonych w nich zarzutów.

Składy orzekające w tych sprawach przyjęły za aksjomat przepisy prawa krajowego uznając, że art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych ma jasne i precyzyjne brzmienie oraz nie pozostawia miejsca na dowolność interpretacyjną. Izba w omawianych sprawach stanęła na stanowisku, że czynność wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych jest obowiązkiem zamawiającego w razie zaistnienia przesłanek zawartych w jego treści.

Izba w orzeczeniach tych zajęła stanowisko, iż ocena prawidłowości czynności wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu wymaga zbadania wszystkich zawartych w nim przesłanek. Izba nie podzieliła poglądu, że badanie na podstawie konkretnych postanowień umownych czy rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego odpowiada prawu, winno stanowić materię postępowania wyłącznie przed sądami powszechnymi.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 7 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1822/11) Izba wskazała, że ograniczenie oceny czynności wykluczenia jedynie do stwierdzenia faktu rozwiązania umowy, czasu złożenia oświadczenia przez zamawiającego oraz wartości świadczenia niezrealizowanego przez wykonawcę ograniczałoby ochronę interesów wykonawcy, sprzyałoby nadużywaniu prawa przez zamawiających oraz czyniłoby dokonywaną przez Izbę ocenę czynności wykluczenia ułomną.

Orzecznictwo jednolicie przyjęło, że dla dokonania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych niezbędne jest kumulatywne zaistnienie wszystkich przesłanek zawartych w przepisie.

W konsekwencji, ustalając przesłankę rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego Izba badała prawidłowość rozwiązania umowy przez zamawiającego tak w zakresie jej podstawy prawnej (wyrok z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt KIO 2085/11), jak i prawidłowości odstąpienia od umowy przez zamawiającego z uwzględnieniem postanowień umownych oraz przepisów Kodeksu cywilnego, a także okoliczności odstąpienia przez odwołującego od umowy (wyrok z dnia 11 października 2011 r., sygn. akt KIO 2057/11).

W orzeczeniach o sygn. akt KIO 1822/11, KIO 1875/11, KIO 2057/11, KIO 2085/11 Izba uznała, że art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych przez użycie zwrotu „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odwołuje się do art. 471 Kodeksu cywilnego, który, wobec odesłania zawartego w art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, winien znaleźć zastosowanie przy wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. W rezultacie, stosownie do regulacji art. 471 Kodeksu cywilnego, w wymienionych sprawach Izba badała, czy przyczyny rozwiązania umowy leżą po stronie odwołującego uznając, że uprawnieniem odwołującego jest przedstawienie dowodów na okoliczności przeciwne wobec wskazywanych przez zamawiającego podstaw wykluczenia. Izba wyrażała pogląd, że skoro zamawiający rozwiązał umowę z powodu okoliczności, co do których uznał, że leżą one po stronie wykonawcy, to w postępowaniu odwoławczym odwołujący winien wykazać, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Izba badała przede wszystkim, czy w informacji o wykluczeniu były wskazywane przyczyny leżące po stronie wykonawcy oraz, czy przyczyny te znajdowały potwierdzenie w dokumentach załączonych do odwołania – innymi słowy, czy przyczyny wskazane w informacji o wykluczeniu były przyczynami leżącymi po stronie odwołującego.

Izba dokonując oceny, czy odwołujący wykazał brak odpowiedzialności za przyczynę stanowiącą podstawę odstąpienia od umowy uznała we wszystkich czterech przypadkach, że odwołujący braku podstaw nie wykazał.

Warto zauważyć, że przyczynami odstąpienia od umowy przez zamawiającego było:

- 1) w sprawach o sygn. akt KIO 1822/11 i KIO 1875/11 – brak posiadania przez przedmiot dostawy cech deklarowanych w ofercie;
- 2) w sprawie o sygn. akt KIO 2057/11 – nie przystąpienie przez wykonawcę do wykonania umowy, mimo, iż zamawiający po poinformowaniu przez wykonawcę o wadach

w dokumentacji projektowej uznał, że wady te mają charakter nieistotny oraz nie wymagają zmiany w zakresie pozwolenia na budowę;

3) w sprawie o sygn. akt KIO 2085/11 – unieszkodliwianie odpadów medycznych na terenie innego województwa z naruszeniem zasady bliskości wskazanej w art. 9 ust. 5 ustawy o odpadach (konieczności unieszkodliwiania na terenie województwa miejsca wytworzenia odpadów), przy niewykazaniu przesłanek odstąpienia od tej zasady oraz nie unieszkodliwieniu odpadów w miejscu wskazanym w dokumentach złożonych wraz z ofertą.

Odnosząc się do przesłanki rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, Izba uznawała każdorazowo, że skoro zamawiający wszczął postępowanie po dniu 11 maja 2011 r., zobligowany jest do stosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyjmowała, że faktem doniosłym prawnie jest data wszczęcia postępowania, nie zaś data zawarcia umowy. W sprawach o sygn. akt KIO 1822/11 i KIO 1875/11 Izba odniosła się do kwestii temporalnej.

W tej kwestii Izba zważyła, że mimo, iż art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych obciąża wykonawców negatywnymi konsekwencjami minionych zdarzeń prawnych, które w momencie ich zaistnienia nie były zawarte w katalogu przesłanek wykluczenia, to z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 2 ustawy nowelizującej należy wyprowadzić wniosek, że sankcja wykluczenia aktualizuje się w razie niewywiązywania się wykonawcy z zobowiązań umownych już w okresie trzech lat przed wejściem w życie nowelizacji. Podniesiono, że przepisy ustawy nowelizującej nie zawierają *vacatio legis*, ani regulacji przejściowych umożliwiających inną interpretację. Izba powoływała jasne brzmienie art. 2 ustawy nowelizującej lub cel wprowadzenia normy art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazany w uzasadnieniu noweli.

W orzecznictwie Izby w roku 2011 nie była badana ostatnia z przesłanek.

Podkreślenia wymaga, że w oczekiwaniu na udzielenie odpowiedzi przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości Izba wypracowała jednolite stanowisko dotyczące stosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zakresu badania zawartych w nim przesłanek.

Ukształtowany w orzecznictwie Izby kierunek interpretacji znalazł potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r. (sygn. akt V Ca 1973/11). Sąd Okręgowy uznał, że ustawodawca w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo zamówień publicznych posłużył się obiektywnymi przesłankami, które mogą być w konkretnej sytuacji zbadane przez organy stosujące prawo. W sprawie badanej przez Sąd Okręgowy wypowiedzenie umowy nastąpiło zarówno po stronie zamawiającego, jak i po stronie wykonawcy. Sąd Okręgowy ustalił, że wypowiedzenie umowy przez

wykonawcę było nieskuteczne. Na podstawie dokumentów związanych z realizacją umowy Sąd uznał, że wypowiedzenie umowy przez zamawiającego nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

2. Potencjał podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu

Interpretacja art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiła najistotniejszy problem orzeczniczy 2011 roku. Na tę kwestię w kontekście merytorycznych problemów wynikających z orzecznictwa Izba zwracała także uwagę w *Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r.* (Część III pkt 1.2 Informacji).

Brzmienie wskazanego przepisu od chwili jego ustanowienia w roku 2010 sprawiało w praktyce orzeczniczej istotne problemy interpretacyjne, a w konsekwencji prowadziło do pewnych rozbieżności w orzecznictwie Izby.

Przywołany przepis stanowi, że wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Przepis ten pozwala zatem – jako wyjątek od generalnej zasady – na skorzystanie przez wykonawcę, dla celów potwierdzenia spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, z potencjału podmiotu trzeciego, który nie ubiega się o zamówienie łącznie z wykonawcą. Ustawodawca wskazał, że taka możliwość posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego dla celów weryfikacji podmiotowych możliwości wykonania zamówienia przez wykonawcę może dotyczyć tylko niektórych zasobów. Zasoby te enumeratywnie zostały wymienione we wskazanym przepisie ustawy i są to:

- 1) wiedza i doświadczenie;
- 2) potencjał techniczny;
- 3) osoby zdolne do wykonania zamówienia;
- 4) zdolności finansowe.

Najistotniejszy problem wynikający z brzmienia przywołanego przepisu sprowadza się do ustalenia sposobu korzystania z potencjału podmiotu trzeciego przy udostępnieniu wykonawcy wiedzy i doświadczenia. W tym aspekcie problematyczna w orzecznictwie – biorąc pod uwagę brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych – jest kwestia sposobu korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia.

Niektóre z orzeczeń Izby w takim przypadku wskazują na bezwzględną konieczność uczestnictwa podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia, jego udziału w wykonywaniu części udzielanego zamówienia, co sprowadza się *de facto* do konieczności wykazania przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, że podmiot trzeci będzie podwykonawcą przy realizacji danego zamówienia publicznego. Problem ten dotyczy przede wszystkim zamówień publicznych obejmujących swoim przedmiotem wykonanie robót budowlanych. Izba w takich przypadkach wskazywała, że wiedza i doświadczenie stanowią składniki niematerialne przedsiębiorstwa (*know-how*), które nie mogą stanowić przedmiotu obrotu w oderwaniu od samego przedsiębiorstwa. Podkreśla się w tych orzeczeniach, że doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób nim zadysponować, przenosząc go na określony podmiot. Powyższy sposób rozumienia wskazanego przepisu uzasadnia jego cel, a przy tym konieczność ograniczenia możliwości swobodnego, często tylko *pro forma* udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci wykonawcy. Przywołana wykładania art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na konieczność wykazania faktycznej możliwości korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia publicznego poprzez fizyczne wykonanie całości bądź części zamówienia publicznego właśnie przez podmiot trzeci. Taki pogląd prezentowany był w orzeczeniach Izby m.in. w sprawach o sygn. akt KIO 2785/10, KIO 945/11, KIO 1468/11, KIO 1473/11, KIO 2294/11.

Inne orzeczenia Izby wskazują z kolei na brak konieczności zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego przy udostępnianiu wykonawcy wiedzy i doświadczenia dla celów potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko wywodzone było z literalnego brzmienia wskazanego przepisu. Izba w takich sytuacjach wskazywała, że art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wprost pozwala na niczym nieograniczone posługiwanie się przez wykonawcę, dla celów potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, potencjałem podmiotu trzeciego, także w zakresie wiedzy i doświadczenia („wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu (...) innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków”). Podkreśla się tam, że gdyby ustawodawca w jakiś sposób chciał ograniczyć tę możliwość wskazałby na to w dyspozycji przywołanego przepisu. Tymczasem

ustawodawca, wskazując jedynie na konieczność udowodnienia zamawiającemu dysponowania tymi zasobami, w szczególności poprzez zobowiązanie takiego podmiotu trzeciego, podał, że owo zobowiązanie ma potwierdzać oddanie do dyspozycji tych zasobów – niezależnie od rodzaju udostępnianego zasobu – na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Izba podkreślała w takich sprawach, że przepis ten wskazuje na konieczność oddania do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów w toku realizacji zamówienia, co nie musi oznaczać konieczności fizycznego wykonywania części, bądź całości zamówienia przez ten właśnie podmiot trzeci (podwykonawstwo). Istotne w tym przypadku jest to – i to niezależnie od rodzaju udostępnionego wykonawcy potencjału, ponieważ wskazany przepis ustawy tego nie rozróżnia – aby określony, udostępniany wykonawcy potencjał mógł być wykorzystany przy realizacji zamówienia. Prezentowany pogląd Izby wskazuje, że w przypadku udostępniania zasobów wiedzy i doświadczenia, korzystanie z tego potencjału określonego podmiotu możliwe jest – oprócz faktycznego podwykonawstwa – także poprzez doradztwo, podzielenie się z wykonawcą posiadaną wiedzą odnośnie stosowania określonych technologii, sposobów wykonania zamówienia itp. Izba wskazywała także, że potwierdzenie takiej wykładni przywołanego przepisu znajduje się w przepisach 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. Nr 226, poz. 1817). Przepis § 1 ust. 2 tego rozporządzenia zawiera normę wskazującą na możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawcy dostarczenia dokumentów potwierdzających wiarygodność publicznoprawną podmiotu trzeciego (dokumenty na okoliczność braku podstaw do wykluczenia tego podmiotu, potwierdzające, że nie otwarto wobec niego likwidacji, bądź nie ogłoszono upadłości, że podmiot ten nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, osoby wchodzące do zarządu tego podmiotu, czy wspólnicy nie byli karani za określonego rodzaju przestępstwa, czy też, że wobec tego podmiotu nie orzeczono zakazu ubiegania się zamówienia). Dokumenty te mogą być żądane przez zamawiającego jedynie w sytuacji, gdy podmioty trzecie będą brały udział w realizacji części zamówienia. Ustawodawca wskazał tam na posługiwanie się zasobami podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, posługując się jednocześnie sformułowaniem „a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia”. Powyższe potwierdza także okoliczność, że udział podmiotów trzecich w realizacji zamówienia przy udostępnieniu jakiegokolwiek potencjału nie został określony w samej ustawie (art. 26 ust. 2b), a został zakreślony jedynie w związku z ewentualną weryfikacją wiarygodności publicznoprawnej podmiotów trzecich (żądania dostarczenia dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotów trzecich).

Taki pogląd prezentowany był w orzeczeniach Izby w sprawach m.in.: KIO 250/11, KIO 1482/11, KIO 1666/11, KIO 1669/11, KIO 1670/11, KIO 2531/11, czy KIO 2248/11, KIO 2249/11.

Podobny pogląd wyraził także Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 20 października 2010 r. (sygn. akt XII Ga 451/10) odnosząc się w tym zakresie co prawda tylko do potencjału osobowego (osoby zdolne do wykonania zamówienia), a nie wiedzy i doświadczenia. Co do istnienia możliwości udostępniania przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia bez konieczności zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia stanowisko zajął także Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 24 marca 2011 r. (sygn. akt XIX Ga 92/11).

Drugi problem wynikający z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych związany jest z możliwością udostępnienia wykonawcy przez podmiot trzeci zasobów ekonomicznych. Izba stanęła w tym zakresie przed zadaniem podjęcia rozstrzygnięcia odnośnie możliwości udostępnienia tego potencjału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przywołany przepis nie wskazuje wprost na możliwość korzystania z potencjału ekonomicznego podmiotu trzeciego, zaś taką możliwość dopuszcza art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

Izba w tym zakresie zwracała uwagę na konieczność wykładni pronunijnej przywołanej regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym wskazywała na możliwość powoływania się przy ocenie spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu przez wykonawców na potencjał ekonomiczny podmiotów trzecich (sygn. akt KIO 269/11, oraz KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11).

Trzeci problem związany z interpretacją analizowanego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy kwestii formy oświadczenia podmiotu trzeciego. Art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje na konieczność udowodnienia przez wykonawcę posługującego się określonym potencjałem podmiotu trzeciego, że będzie posługiwał się tym potencjałem w toku realizacji zamówienia. Jako przykładowy dowód w tym przepisie wskazuje się pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego.

Przeważająca część orzeczeń Izby wskazywała w takiej sytuacji na konieczność dostarczenia zamawiającemu zobowiązania bezwzględnie w formie pisemnej, tj. treści zobowiązania podpisanego własnoręcznie przez osobę upoważnioną do działania w imieniu podmiotu trzeciego. Brak takiego dokumentu, czy też przedłożenie kopii takiego dokumentu

potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę traktowane było w tych orzeczeniach jako okoliczność nieudowodnienia dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, która to okoliczność – w przypadku niezuzupełnienia właściwych dokumentów na skutek wezwania zamawiającego skierowanego do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – skutkowałą koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania. Izba w opisaney sytuacji stwierdzała, że nieuzasadnionym jest stosowanie reguł potwierdzania za zgodność z oryginałem zobowiązania podmiotu trzeciego, wynikających z przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, tj. potwierdzania kopii dokumentu przez wykonawcę lub podmiot trzeci (§ 6 ust. 2 wskazanego rozporządzenia). Izba stwierdzała w takiej sytuacji, że dokument ten jako wyjątkowy, żądany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, został samoistnie uregulowany w przepisach samej ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie w przepisach przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów. Przepisy ustawy zaś określiły wobec tego dokumentu szczególną formę, tj. formę pisemną. Z tych też względów reguły przewidziane w przepisach rozporządzenia, w tym reguły dotyczące potwierdzania za zgodność z oryginałem, do tego dokumentu nie mają zastosowania, a wymagana jest w tym zakresie wyłącznie forma pisemna przewidziana w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Tak m.in. Izba w orzeczeniach o sygn. akt KIO 636/11, KIO 787/11, KIO 830/11, KIO 447/11, KIO 449/11, KIO 452/11, KIO 822/11 i KIO 1447/11).

W niektórych orzeczeniach Izby wskazywano jednak na to, że przywołany dokument jako dokument przedkładany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu podlega także regulacjom rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów. Podkreślano także, że art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując na pisemność dokumentu, nie zawiera jednocześnie sankcji nieważności takiego dokumentu w przypadku niedochowania przewidzianej w ustawie formy. Pogląd ten był jednak mniejszościowy w stanowiskach wyrażanych przez Izbę (m.in. sygn. akt KIO 104/11, KIO 105/11).

3. Prekwalifikacja wykonawców a wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego

Jednym z problemów orzeczniczych wynikających z wprowadzenia do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 26 ust. 2b był zakres zastosowania przywołanego przepisu w postępowaniach wieloetapowych. Kwestia ta była już sygnalizowana w *Informacji*

o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r. Powstało bowiem pytanie, czy na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, potencjał podmiotu trzeciego winien być uwzględniany tylko w celu wykazania spełniania warunków, czy też dodatkowo w celu uzyskania punktów, od których zależne są wyniki prekwalfikacji oraz możliwość uzyskania przez danego wykonawcę zaproszenia do udziału w kolejnych etapach postępowania. Z problemem tym związane jest kolejne zagadnienie, czy w odniesieniu do wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, a powołuje się również na potencjał podmiotu trzeciego w celu uzyskania wyższej oceny, dopuszczalne jest dokonanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, od których zależny jest wynik prekwalfikacji.

W wyroku z dnia 13 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 14/11) Izba uznała, że art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje podstaw do formułowania tezy, iż wykonawcom wolno korzystać z potencjału podmiotu trzeciego tylko dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale już nie dla uzyskania punktów w wyniku oceny spełniania warunku, który jest ustalony jako graniczny. Izba oceniła, iż wyniki wykładni językowej i celowościowej przepisu prowadzą do wniosku, iż wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego (polegać na jego wiedzy, doświadczeniu itp.) nie tylko dla wykazania spełniania warunków minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków. Izba stwierdziła, że pogląd przeciwny nie daje się pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadzić może do zakwalifikowania do drugiego etapu postępowania wykonawcy dysponującego mniejszym potencjałem (choć własnym) niż wykonawca polegający (w pełnym lub ograniczonym zakresie) na zasobach podmiotu trzeciego.

Podobne stanowisko wynika z uzasadnienia orzeczenia z dnia 1 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1730/11), gdzie Izba zauważyła, że ustawodawca nie rozgraniczył w ustawie warunków potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu na poziomie minimalnym od warunków punktowanych. Skoro brak takiego rozróżnienia w art. 51 ust. 1 - 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, to nie można wyłączyć możliwości posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w celu podwyższenia oceny doświadczenia.

Pogląd przeciwny został wyrażony w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 3 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1549/11, KIO 1569/11), w którym Izba za zgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych uznała ograniczenie w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości otrzymania dodatkowych punktów przez wykonawcę wyłącznie na podstawie własnego doświadczenia, z wyłączeniem możliwości posługiwania się doświadczeniem i wiedzą innych podmiotów. Izba zważyła, że korzystanie z „pożyczonego

doświadczenia” ma na celu jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie może służyć podwyższeniu punktacji celem uzyskania wyższej pozycji w liście rankingowej wykonawców, którzy mają następnie zostać zaproszeni do składania ofert na podstawie art. 51 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba wskazała, że regulację art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzono jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, ubieganie się o zamówienie. Natomiast regulacja zawarta w art. 51 ustawy Prawo zamówień publicznych służy innemu celowi niż regulacja zawarta w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 51 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala bowiem dokonać oceny w celu dopuszczalnego, przewidzianego treścią ogłoszenia, zawężenia listy wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu na podstawie pewnego kryterium, którym będzie jeden lub więcej warunków udziału w postępowaniu. Dla celów ustalenia kręgu wykonawców, których zamawiający zaprosi w przetargu ograniczonym do złożenia oferty, nie znajduje więc uzasadnienia samo spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym wykazane z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11) Izba również stanęła na stanowisku, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie do spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, nie zaś do uzyskania dodatkowej punktacji, zajęcia wyższej pozycji w rankingu wykonawców celem otrzymania zaproszenia do składania ofert czyli do tzw. „zawyżania punktacji”. Izba wskazała, że art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, dopuszczając możliwość powołania się na zasoby podmiotu trzeciego, stanowi wyjątek od reguły wykazania przez samego wykonawcę potencjału i zdolności w zakresie wiedzy, doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym i kadrowym, niezbędnego do realizacji zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby „niezbędne” do realizacji zamówienia, czyli takie, bez których realizacja zamówienia nie jest możliwa. Podkreśliła, że odmienna interpretacja i dopuszczenie możliwości „użyczania” sobie wzajemnie zasobów przez wykonawców jedynie dla „zawyżania punktacji” i wyeliminowania konkurencji, mogłaby prowadzić do zaburzenia celu, w jakim implementowano do krajowego ustawodawstwa przepis art. 26 ust. 2b, a jest nim zwiększenie konkurencyjności podmiotów, biorących udział w postępowaniu przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Konsekwentnie, w związku z wyrażonym poglądem, że wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego nie tylko dla wykazania spełniania warunków

minimalnych, ale i uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków, w wyroku z dnia 13 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 14/11) Izba uznała, że ani art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani żadne inne przepisy, w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego, nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania brakujących dokumentów, warunkując dokonanie tej czynności tym, czy wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu. Izba uznała, że w przetargu ograniczonym obowiązują ogólne reguły rządzące uzupełnianiem dokumentów i zamawiający zobowiązany jest wezwać do uzupełnienia dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności, gdy kwalifikacja wykonawców do drugiego etapu postępowania dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie tych samych dokumentów, które stanowią podstawę oceny spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Odmienne natomiast w orzeczeniach z dnia 9 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1797/11, KIO 1801/11, KIO 1807/11, KIO 1808/11, KIO1813/11, KIO 1817/11) i z dnia 2 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2141/11, KIO 2183/11, KIO 2185/11, KIO 2189/11, KIO 2190/11, KIO 2191/11, KIO 2196/11, KIO 2198/11) Izba uznała, że dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi wyjątek od reguły, że dokumenty i oświadczenia powinny być złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, pozwalając sanować „błędy”, niedoskonałości i braki wniosków lub ofert na etapie ich merytorycznej oceny. Wyjątki jednak nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. 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, a żąda wezwania go do uzupełnienia dokumentów po to, aby uzyskać korzystniejszą pozycję w rankingu. Izba stanęła na stanowisku, że jeżeli czynność wezwania umożliwi spełnienie warunków udziału w postępowaniu i tym samym zapobiega wykluczeniu z postępowaniu, jest działaniem dozwolonym. Jeżeli natomiast nie stanowi ochrony przed wykluczeniem, a ma jedynie zwiększyć liczbę punktów przyznanych wykonawcy w oparciu o pierwotnie złożone dokumenty to jest ono działaniem nieuprawnionym.

Tematyka związana z interpretacją art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych w roku 2011 r. stanowiła przedmiot wielu dyskusji i narad Izby. Izba wyrażała obawy związane z możliwością nadmiernego korzystania z instytucji przewidzianej we wskazanym przepisie ustawy, co z kolei mogłoby prowadzić do nadużyć w systemie zamówień publicznych. Mając na względzie powyższe zagrożenia i wątpliwości oraz

powstałe w tym zakresie rozbieżności dotyczące interpretacji tego przepisu ustawy, Prezes Izby wystąpił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując na potrzebę nowelizacji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

4. Zakres informacji dotyczących oświadczeń i dokumentów w ogłoszeniu o zamówieniu w przetargu nieograniczonym o wartości powyżej progów unijnych

W obszarze działalności Izby związanym z rozpoznawaniem zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych uwidocznił się istotny problem dotyczący zamówień publicznych o wartościach równych i przekraczających wartości progów unijnych (wartości, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień Publicznych), które udzielane były w trybie przetargu nieograniczonego. Problem ten związany jest z żądaniem przez podmioty zamawiające od wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Problem ten jest wieloaspektowy i dotyczy dokumentów żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które były przez zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i dokumentów odnoszących się do podmiotów zagranicznych (wykonawców posiadających miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej).

W wynikach kontroli – tak doraźnych, jak i uprzednich – Prezes UZP wskazywał na naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacjach, w których w takich postępowaniach zamawiający w ogłoszeniach o zamówieniach albo nie artykułowali w ogóle, albo w sposób szczegółowy, informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakich zamawiający żądał od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zależności od wyników kontroli Prezes Urzędu wskazywał na naruszenia następujących przepisów:

- art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych samodzielnie,
- art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - § 2 i § 4 tego rozporządzenia,

- art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem rozporządzenia Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady,
- art. 11 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych samodzielnie,
- art. 11 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z naruszeniem rozporządzenia Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady,
- art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i art. 36 ust. 1 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,
- art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,
- a także art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych samodzielnie.

W wynikach kontroli powoływano się w tym zakresie także na stanowisko Izby wyrażone w kilku uchwałach z 2010 r.

W 2011 r. Izba wielokrotnie w takich przypadkach weryfikowała wyniki kontroli, uwzględniając zastrzeżenia zgłaszane w tym aspekcie przez zamawiających, którym zarzuty te były stawiane. Podstawą ocen wyrażanych przez Izbę był przede wszystkim legalny charakter kontroli postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, sprawowanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kontrola ta bowiem sprowadza się do oceny legalności działania podmiotu zamawiającego, co wskazuje, że w tym przypadku należy opierać się wyłącznie na obowiązujących przepisach prawa. Niedopuszczalnym jest natomiast wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec zamawiającego, jeśli norma prawna nie nakłada na ten podmiot obowiązku określonego zachowania się, czy działania.

W ocenie Izby, wskazywane w wynikach kontroli naruszenie – przede wszystkim w zakresie art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – nie znajdowało potwierdzenia. Przywołany przepis stanowi bowiem, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Regulacja ta wskazuje też, że oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu;
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego;

– zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Izba podkreślała, że z treści powyższego przepisu wynika reguła, na podstawie której zamawiający mogą żądać od wykonawców oświadczeń i dokumentów niezbędnych do prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia, iż wykonawcy ci są zdolni do realizacji zamówienia, a oferowane przez nich dostawy, usługi czy roboty budowlane spełniają wymagania postawione przez zamawiającego. Potwierdzeniem takiego charakteru regulacji zawartej w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest wskazanie dotyczące zamieszczenia informacji o oświadczeniach i dokumentach wymaganych przez zamawiającego, odnoszące się do wszystkich form, jakie przewiduje ustawa dla upublicznienia potrzeb zamawiającego, który – w zależności od trybu, w jakim zamierza udzielić zamówienia – zobowiązany jest do upublicznienia swoich potrzeb oraz wymagań poprzez zamieszczenie ogłoszenia (np. przetarg ograniczony), poprzez zamieszczenie ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (np. przetarg nieograniczony) lub przesłanie zaproszenia do złożenia oferty (np. zapytanie o cenę).

W uchwałach Izby w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP wskazywano, że art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera normę generalną (*lex generalis*) dotyczącą żądania dokumentów przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od trybu, w którym prowadzone jest dane postępowanie (Dział II ustawy Rozdział 1: „Zamawiający i wykonawcy”). Natomiast kolejne regulacje zawarte w Dziale II ustawy Rozdział 3 – „Tryby udzielania zamówień” stanowią już uszczegółowienie wymogów nakładanych na zamawiającego przez ustawodawcę w poszczególnych trybach udzielania zamówień publicznych. Ustawodawca w tym zakresie szczegółowo precyzuje katalog niezbędnych elementów ogłoszenia o zamówieniu (o ile takowe jest wymagane), specyfikacji istotnych

warunków zamówienia lub zaproszenia do składania ofert. Treść ogłoszenia o zamówieniu ustawodawca uregulował odrębnie w przypadku poszczególnych trybów udzielania zamówienia, na co ma wpływ rodzaj prowadzonej procedury.

Co do zakresu ogłoszenia o zamówieniu w przetargu nieograniczonym Izba podkreślała, że art. 41 ustawy Prawo zamówień publicznych (podobnie jak art. 48 ust. 2 – w przypadku przetargu ograniczonego, art. 56 ust. 1 – w przypadku negocjacji z ogłoszeniem, art. 60c – w przypadku dialogu konkurencyjnego) stanowi normę szczególną (*lex specialis*) w stosunku do wskazanego przepisu art. 25 ust. 1, która to norma wyznacza minimum informacji odnoszących się do treści ogłoszenia o zamówieniu.

Izba zwracała także uwagę, iż ustawodawca odmiennie sprecyzował wymagania w przedmiotowej materii w przypadku ogłoszenia o zamówieniu publikowanego w trybie przetargu ograniczonego, gdzie wykonawcy, składając wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, załączają niezbędne wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poinformować wykonawców już w ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku art. 41 ustawy Prawo zamówień publicznych określającego minimalne i zarazem niezbędne informacje ogłoszenia o zamówieniu publikowanego w przetargu nieograniczonym, obowiązek zamieszczenia informacji na temat oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu – jak wskazano – nie został przez ustawodawcę wyrażony.

Izba podkreślała również, że pominięcie jako niezbędnej do zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego informacji o wymaganych oświadczeniach i dokumentach dotyczy wszystkich dokumentów i oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, a więc i dokumentów składanych przez wykonawców mających miejsce zamieszkania lub siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (zgodnie z § 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).

Co do naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba wskazywała, że z jego treści wynika, że zamawiający obowiązany jest żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie naruszenia przepisów dyrektyw zarówno klasycznej, jak i sektorowej Izba podnosiła, że normy zawarte w dyrektywach unijnych nie mają wprost mocy obowiązującej w porządkach prawnych państw członkowskich. Norma taka będzie miała wprost

zastosowanie (podmiot może się na nią powoływać) tylko o tyle, o ile wskazuje na konkretne uprawnienie, czy też obowiązek podmiotów, zaś w porządku krajowym nie została ona wdrożona. Podkreślano, że z przepisów dyrektyw nie wynika obowiązek zamieszczenia informacji o oświadczeniach i dokumentach w ogłoszeniu o zamówieniu. Podkreślano, że art. 36 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE wskazuje jedynie w sposób informacyjny, że ogłoszenia o zamówieniu zawierają informacje wymienione w załączniku nr VIIa do dyrektywy oraz – o ile ma to zastosowanie – wszelkie inne informacje, które instytucja zamawiającego uzna za przydatne. Przepis ten odsyła także do formy ogłoszenia o zamówieniu poprzez przywołanie standardowych formularzy przyjętych przez Komisję, zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 77 ust. 2 dyrektywy. Odwołanie się do załącznika nr VIIa pkt 7 tej dyrektywy wskazuje z kolei na konieczność opisanie w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów kwalifikacji dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia oraz wymaganych informacji stanowiących dowód, że nie są to przypadki uzasadniające wykluczenie; kryteria kwalifikacji oraz informacje na temat sytuacji podmiotowej wykonawców, informacje i wszelkie formalności niezbędne do oceny minimalnych standardów ekonomicznych i technicznych wymaganych od wykonawcy; minimalne poziomy ewentualnie wymaganych standardów. Podkreślono także, że przywołane przepisy dyrektywy mają charakter ogólny, odnoszą się do wszystkich trybów udzielenia zamówienia, wyznaczając generalne wymogi co do formularzy ogłoszenia o zamówieniu.

Co do wskazywanego w wynikach kontroli naruszenia przepisów rozporządzenia Komisji (WE) nr 1564/2005 w sprawie wzorów ogłoszeń Izba podobnie podnosiła, że rozporządzenie to nie kształtuje normy dla zamawiających, nakładającej na nich obowiązek zamieszczania każdorazowo w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o oświadczeniach i dokumentach. Wskazane rozporządzenie unijne ma charakter techniczny, określa bowiem wyłącznie wzory formularzy ogłoszeń, nie kształtując konkretnych norm prawnych, z których należałoby wywodzić określony sposób zachowania, postępowania zamawiającego. Normy określone w przepisach tego rozporządzenia wskazują na obowiązek stosowania określonych formularzy dla publikacji ogłoszeń w postępowaniu o zamówienie. Przywoływany w rozporządzeniu Komisji wzór formularza ogłoszenia o zamówieniu stanowi ogólny formularz dla wszystkich trybów postępowania wymagających ogłoszenia, a więc również tych przewidujących kwalifikację wykonawców i obowiązkowe podanie wymaganych dokumentów dotyczących warunków (przetarg ograniczony, negocjacje z zachowaniem konkurencji, dialog konkurencyjny). Wzór ogłoszenia o zamówieniu określony przepisami rozporządzenia Komisji w Sekcji III.2

ogłoszenia wskazuje wprost na warunki udziału, a nie żądane dokumenty. Wzór tego ogłoszenia o zamówieniu nie określa też konieczności wypełnienia jakiegoś dodatkowego pola, które nakładałoby obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu informacji o żądanych dokumentach, czy też oświadczeniach. Podobny charakter – jak wskazywała Izba – ma norma art. 11 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, która odsyła w zakresie publikacji ogłoszeń o zamówieniu przekazywanych Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w zakresie formy do przywołanego rozporządzenia Komisji (WE) nr 1564/2005.

Izba podobne stanowisko prezentowała konsekwentnie przez cały 2011 r. w kolejnych uchwałach o sygn. akt KIO/KU 1/11, KIO/KD 20/11, KIO/KU 35/11, KIO/KU 36/11, KIO/KU 47/11, KIO/KU 48/11, KIO/KU 53/11, KIO/KU 55/11, KIO/KD 67/11 i KIO/KU 80/11, uznając, że w aktualnie obowiązującym stanie prawnym wskazywanie w treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego informacji na temat oświadczeń i dokumentów dotyczących warunków udziału w postępowaniu jest celowe dla transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i szerokiego upublicznienia informacji odnośnie pełnych wymogów odnoszących się do podmiotowej oceny wykonawców. Powyższe może być traktowane jako postulat, czy też wytyczne dla zamawiających, nie może jednak powodować negatywnych konsekwencji dla tych podmiotów w przypadku braku zastosowania się do nich, skoro wymóg taki nie został wprost przepisem prawa nałożony na zamawiającego w aspekcie weryfikacji legalności działania zamawiającego, do czego posiada uprawnienia organ kontroli.

Powyższe może mieć także znaczenie dla zamówień finansowanych ze środków unijnych, w szczególności w aspekcie wymierzania korekt finansowych, w tym z tytułu braku w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o oświadczeniach i dokumentach żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podstawą do wymierzania tych korekt jest dokument *Wymierzanie korekt finansowych za naruszenie prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE*. Dokument ten, odnoszący się do projektów 2007-2013, ma znaczenie dla Instytucji odpowiedzialnych za nakładanie korekt finansowych dla Instytucji Audytowej w związku z zamówieniami finansowanym ze środków Unii Europejskiej. Nie stanowi on jednak źródła prawa powszechnie obowiązującego. Jeśli instytucje publiczne uzyskują środki europejskie z funduszy, do których odnosi się wskazany dokument, powinny mieć świadomość stosowania takich korekt finansowych w przypadku naruszenia przygotowanych przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego w tym zakresie wytycznych. Z powyższego jednak nie można wywodzić normy prawnej, jak z przepisów rangi ustawowej, w sytuacji, gdy właściwe w tym względzie przepisy o randze ustawowej takiej normy nie kształtują. Niezastosowanie

się do tych wytycznych skutkuje więc wyłącznie wskazanymi w tym dokumencie korektami finansowymi dla zamawiających, którzy pozyskują środki finansowe z programów europejskich na sfinansowanie określonych zamówień.

Ważkość wskazanego problemu merytorycznego stała się przedmiotem pogłębionej analizy Izby i narady orzeczniczej.

5. Wybrane problemy aukcji elektronicznej

Instytucja aukcji elektronicznej, której poświęcono w ustawie Prawo zamówień publicznych artykuły od 91a do 91c w praktyce rodzi wiele pytań, na które w części odpowiedzi mogą dostarczać uzasadnienia wydanych w 2011 r. orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Analiza orzeczeń wskazuje w sposób jednoznaczny na potrzebę zachowania przez zamawiających szczególnej staranności przy ocenie ofert poprzedzającej skierowanie do wykonawców zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Ma to istotne znaczenie przede wszystkim dla utrzymania wyniku aukcji prowadzącego do wyboru oferty najkorzystniejszej. Ewentualne błędy zamawiającego popełnione przy ustaleniu grona wykonawców zaproszonych do aukcji skutkowały unieważnieniem aukcji, jak i wyboru oferty najkorzystniejszej. W wyroku z dnia 30 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1984/11 i KIO 1987/11) Izba unieważniła aukcję w związku z potwierdzeniem się podstaw do odrzucenia części ofert, co prowadziło do stwierdzenia, iż aukcja została przeprowadzona z naruszeniem art. 91 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, określającego minimalną liczbę wykonawców, umożliwiającą prowadzenie aukcji. W wyroku z dnia 12 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2555/11) Izba, uzasadniając konieczność dopełnienia obowiązku odrzucenia ofert podlegających odrzuceniu przed zaproszeniem wykonawców do aukcji elektronicznej wskazała, iż udział w aukcji elektronicznej przeprowadzonej z udziałem wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu, skutkować musi unieważnieniem aukcji, gdyż udział w aukcji takiego wykonawcy ma zwykle wpływ na wynik aukcji, a tym samym na wybór oferty najkorzystniejszej (jako konsekwencja dokonywanych przez wykonawców w ramach aukcji postąpień). Jednocześnie, po ustaleniu, iż w toku aukcji nie zostały złożone żadne postąpienia, Izba stwierdziła, iż udział w aukcji wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu, nie miał wpływu na jej przebieg i nakazała powtórzenie czynności oceny ofert bez unieważniania aukcji (z uwagi na spełnienie wymogu art. 91a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych co do minimalnej ilości uczestników aukcji, aukcja pozostaje ważna, a w związku z tym zamawiający powtarzając ocenę ofert

ma możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert pozostałych czterech wykonawców). Natomiast w wyroku z dnia 24 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1703/11) Izba unieważniła aukcję elektroniczną oraz jej wynik i nakazała ponowny wybór oferty bez przeprowadzenia aukcji, ponieważ pozostały jedynie dwie ważne oferty, co wyklucza możliwość przeprowadzenia aukcji.

Zapewnienie poprawności oceny ofert „pisemnych” jest ważne również z punktu widzenia ochrony interesów wykonawców, gdyż ustawodawca nie przewidział obowiązku przekazania przez zamawiającego informacji do wszystkich wykonawców o skierowaniu zaproszenia do aukcji elektronicznej (zaproszenie kierowane jest odrębnie do wykonawców zapraszanych i nie jest kierowane do wykonawców, których oferty zamawiający odrzucił). Prowadzi to z zasady do sytuacji, w której wykonawca nie zaproszony poweźmie informację o tym, iż zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną bez jego udziału dopiero z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. W jednym z wyroków Izby oddalono zarzut podnoszony wobec czynności przekazania przez zamawiającego wykonawcom, do których zaproszenie nie zostało skierowane, informacji o przyczynach, dla których zamawiający odmówił im dalszego udziału w postępowaniu (wyrok z dnia 27 października 2011 r., sygn. akt KIO 2206/11, KIO 2217/11 i KIO 2218/11). Izba uznała, iż przekazanie takiej informacji nie tylko nie narusza zasady równego traktowania wykonawców, lecz stanowi o jej przestrzeganiu. Poinformowanie wykonawców, którzy nie będą mogli uczestniczyć w dalszym etapie postępowania, Izba uznała za przejaw przejrzystości działań zamawiającego, a także zapewnienie dostępu do informacji na równych zasadach wszystkim uczestnikom postępowania.

Do Izby wnoszone były odwołania zarówno przez wykonawców nie zaproszonych do udziału w aukcji, których oferty zamawiający odrzucił, jak również przez wykonawców uczestniczących w aukcji, którzy kwestionowali skierowanie zaproszenia do innych wykonawców, a ich żądania miały na celu doprowadzenie do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia samej aukcji. Składy orzekające Izby, rozstrzygając o dochowaniu terminu do wniesienia odwołania na czynność/zaniechanie zaproszenia do udziału w aukcji, wskazywały na konieczność stosowania w tym zakresie przepisu art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (sygn. akt KIO 2555/11), jak również art. 182 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (sygn. akt KIO 414/11).

W części orzeczeń rozstrzygano, czy stwierdzone nieprawidłowości w przebiegu aukcji stanowiły podstawę do unieważnienia tego etapu postępowania. W wyroku z dnia 25 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2427/11) Izba dokonała wykładni przepisu art. 91c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadzającego wymóg zapewnienia

automatycznej oceny i kwalifikacji, który oznacza, iż niedopuszczalna jest jakakolwiek ingerencja zamawiającego co do danych przekazywanych przez wykonawców za pomocą formularza. Izba uznała za konieczne dla uchylenia jako wadliwej czynności aukcji elektronicznej, stwierdzenie i wykazanie niedopełnienia obowiązków przez zamawiającego określonych w art. 91c ustawy Prawo zamówień publicznych. Na równi z przyczyną leżącą po stronie zamawiającego Izba traktowała przyczynę leżącą po stronie operatora platformy aukcyjnej w sytuacji, gdy zamawiający zdecydował się prowadzić aukcję na stronie takiego podmiotu trzeciego. Izba uznała za niedopuszczalne uchylenie czynności aukcji z powodu niemożności wzięcia udziału w aukcji z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jak również z przyczyn leżących po stronie podmiotów trzecich, za których działanie lub zaniechanie zamawiający nie odpowiada, np. dostawców usługi połączenia internetowego czy dostawców usług podpisu elektronicznego dla poszczególnych wykonawców. W wyroku z dnia 4 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 161/11) Izba wskazała, iż w zakresie obowiązku zamawiającego określonego w art. 91c ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych informowania na bieżąco każdego wykonawcy (także tych, którzy w aukcji nie złożyli postąpień, ale zalogowali się w systemie elektronicznym w celu udziału w aukcji) o pozycji złożonej przez niego oferty oraz o otrzymanej przez niego punktacji, a także o punktach oferty najkorzystniejszej, nie mieści się informowanie wykonawców o fakcie złożenia więcej niż jednej oferty z najwyższą punktacją. W wyroku z dnia 25 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 277/11) Izba uznała za konieczne, do wykazania niemożności złożenia postąpienia z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, co najmniej uprawdopodobnienie niepożądanego działania po stronie systemu elektronicznej platformy, na której prowadzona była aukcja, błędu w jej działaniu, uchybienia technicznego, czy też przykładowo jakiejś zewnętrznej nieuprawnionej ingerencji w ten system informatyczny, co mogło prowadzić do negatywnych skutków dla uczestników aukcji, choćby takich jak wywodzone przez odwołującego w postaci niemożności złożenia kolejnego postąpienia.

W orzecznictwie poruszona została także kwestia możliwości powtórzenia aukcji elektronicznej, z zastrzeżeniem, iż możliwość podjęcia decyzji o powtórzeniu czynności z uwagi na wadliwość jej przebiegu dopuszczalna jest tylko w sytuacji, gdy zamawiający nie wykonał swych obowiązków określonych w art. 91c ustawy Prawo zamówień publicznych (sygn. akt KIO 2427/11).

W wyroku wydanym w sprawach połączonych z dnia 27 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2206/11, KIO 2217/11, KIO 2218/11) Izba nakazała m.in. wszczęcie postępowania zmierzającego do ustalenia, czy oferta wykonawcy złożona w toku aukcji zawiera rażąco niską cenę i unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej bez równoczesnego unieważnienia aukcji elektronicznej, w której wykonawcy biorący w niej

udział pozostają związani ofertami w takim zakresie, w jakim złożyli korzystniejszą ofertę w toku aukcji elektronicznej. Izba uznała, iż prowadzenie aukcji elektronicznej nie stoi na przeszkodzie zweryfikowaniu ofert złożonych w trakcie aukcji pod kątem rażąco niskiej ceny po jej zakończeniu, a w dalszej konsekwencji ewentualnemu ich odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała, iż w art. 91c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wyłączone stosowania przepisów art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak ma to miejsce w odniesieniu do licytacji elektronicznej, co prowadzi do wniosku, że ustawodawca nie wyłączył możliwości ustalenia rzetelności kalkulacji ofert złożonych w toku aukcji. Rozwiązanie to umożliwia zamawiającemu uniknięcie zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta podlegać powinna odrzuceniu, a informację w tym zakresie zobowiązany jest przekazać jednocześnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej. Sąd Okręgowy w Warszawie, wyrokiem z dnia 31 stycznia 2012 r., oddalił skargę wniesioną przez zamawiającego w zakresie powyższego rozstrzygnięcia Izby (sygn. akt V Ca 2878/11). W skardze między innymi podniesiono, iż zamawiający po przeprowadzeniu aukcji nie ma możliwości ponownego badania i oceny ofert i zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem skarżącego ustawodawca w art. 91c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dopuścił sytuacji, w której oferta może zostać odrzucona po zaproszeniu określonego wykonawcy do aukcji elektronicznej, a przeprowadzenie aukcji jest równoznaczne z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na brak uzasadnienia Sądu w dacie przygotowywania niniejszej Informacji, nie jest możliwe obecnie zaprezentowanie motywów oddalenia skargi zamawiającego.

Podobne stanowisko w przedmiocie możliwości badania ofert po zakończeniu aukcji wyrażone zostało w wyroku z dnia 18 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1641/11), w którym między innymi Izba rozpoznawała zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej w aukcji elektronicznej uznając, iż nie zachodziła potrzeba przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba rozstrzygnęła również, czy w sytuacji kiedy w kolejnym postąpieniu składana jest oferta droższa od najkorzystniejszej (jednocześnie tańsza od poprzedniej wykonawcy składającego ostatnie postąpienie), dochodzi do przedłużenia aukcji i czy można wysokość postąpienia liczyć nie od oferty najkorzystniejszej w danym czasie, ale od własnej oferty. Udzielając odpowiedzi twierdzącej Izba uznała, że ustalone przez zamawiającego zasady aukcji, gdzie określona została jedynie minimalna wysokość postąpienia bez wyraźnego zastrzeżenia, iż należy odnosić się do oferty obecnie najkorzystniejszej, dopuszczają złożenie postąpienia korzystniejszego w stosunku do złożonej uprzednio oferty własnej. Izba uznała za celowe złożenie w toku aukcji oferty z ceną wyższą niż aktualnie najkorzystniejsza wówczas,

gdy dopuści się po zakończeniu aukcji możliwość badania ewentualnych przesłanek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – przykładowo oferty z rażąco niską ceną.

6. Konsekwencje nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług

W *Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r.* wskazano na rozbieżność w stanowisku Izby dotyczącym kwalifikacji nieprawidłowej stawki VAT przyjętej do obliczenia ceny brutto jako błędu w obliczeniu ceny, skutkującego odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. W roku 2011 r. Izba podejmowała wysiłki zmierzające do wypracowania stabilnego orzecznictwa, czemu służyło również wnioskowanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wnoszenie skarg na orzeczenia Izby w celu uzyskania szerszej perspektywy do dyskusji. W drugim półroczu 2011 r. Sąd Najwyższy wyraził swój pogląd w dwóch uchwałach, uznając tym samym te kwestie za problematyczne. Stanowisko Sądu Najwyższego doprowadziło do modyfikacji stanowiska Izby, prezentowanego w orzeczeniach zapadłych pod koniec 2011 r.

W uchwałach z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11) Sąd Najwyższy stwierdził, że „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.)”.

Sąd Najwyższy podjął uchwały w następstwie przedstawionego do rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy w Koninie zagadnienia prawnego, wynikającego z rozbieżności w orzecznictwie i dotyczącego możliwości utożsamiania błędu w obliczeniu ceny z przyjęciem nieprawidłowej stawki VAT.

W uzasadnieniu uchwał Sąd Najwyższy przede wszystkim stwierdził, iż w świetle powołanej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych definicji ceny, nie może budzić jakiegokolwiek wątpliwości, że VAT stanowi element cenotwórczy, co nakłada na wykonawców obowiązek obliczenia ceny z uwzględnieniem właściwej stawki VAT, a ewentualne nieprawidłowości w tym elemencie prowadzą do błędu w obliczeniu ceny. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych musi być jednak poprzedzony uprzednią kontrolą zamawiającego, której wyniki mogą wskazywać na konieczność poprawienia w tym zakresie oferty wykonawcy

na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skutki prawne dokonanej przez zamawiającego oceny ograniczają się wyłącznie do płaszczyzny wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych tychże wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z zamawiającym. Sąd Najwyższy wskazał, iż zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków (najpierw poprawienia w ofertach innej omyłki, a dopiero później odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki), warunkowany jest treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji konkretną stawkę VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatniej wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny.

Analiza orzeczeń wydanych przez Krajową Izbę Odwoławczą po podjęciu uchwał przez Sąd Najwyższy wskazuje na ujednoczenie stanowiska Izby w przedmiocie kwalifikacji błędów wykonawców popełnionych przy ustalaniu prawidłowej stawki VAT jako błędu w obliczeniu ceny lub omyłki podlegającej poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W orzeczeniach wydanych do końca 2011 r. składy orzekające Izby rozstrzygając merytorycznie o zarzutach naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w kontekście zastosowanej stawki VAT, zajmowały stanowiska w przedmiocie prawidłowości przyjętej dla obliczenia ceny w ofertach, stawki podatkowej (sygn. akt KIO 2225/11, KIO 2320/11, KIO 2379/11, KIO 2436/11 i KIO 2447/11, KIO 2348/11 i KIO 2352/11, KIO 2440/11, KIO 2472/11 i KIO 2483/11, KIO 2502/11 i KIO 2512/11). W części wyroków, w tym również wydanych przed sporządzeniem uzasadnienia uchwał Sądu Najwyższego (co nastąpiło w grudniu 2011 r.),

Izba rozstrzygała, czy w okolicznościach ustalonych w indywidualnych sprawach zachodziła podstawa do poprawienia stawki VAT na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czy też nieprawidłowości w tym zakresie należało traktować jako błąd w obliczeniu ceny. W wyroku z dnia 16 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2379/11) Izba uznała, iż zastosowanie stawki VAT niezgodnej z ustaloną w specyfikacji, stanowi omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a dokonanie poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy nie prowadziłyby do istotnej zmiany jej treści. W wyroku z dnia 29 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2440/11), rozstrzygając o możliwości uznania nieprawidłowej stawki VAT jako omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba wskazała na konieczność ustalenia, czy poprawienie takiej niezgodności spowoduje istotne zmiany w treści oferty, za jaką uznano zmianę wpływającą na pozycję wykonawcy w rankingu ofert. W wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2502/11 i 2512/11) Izba nie stwierdziła spełnienia przesłanek do poprawienia nieprawidłowej stawki VAT na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, kiedy nie można przypisać zachowaniu wykonawcy omyłkowego (niezamierzonego) charakteru (podobnie w wyroku z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2472/22 i KIO 2483/11 oraz wyroku z dnia 9 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2320/11).

W orzecznictwie Izby została zatem zaakcentowana potrzeba badania przez zamawiającego, w sytuacji kiedy wymagał on podania stawek podatku VAT, prawidłowości przyjętych do obliczenia ceny ofert stawek i ich ewentualnej korekty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7. Dopuszczalność i zakres samodzielnej weryfikacji przez zamawiającego czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Zagadnienie dopuszczalności samodzielnej weryfikacji czynności dokonanych przez zamawiającego wielokrotnie pojawiało się w orzecznictwie Izby w odniesieniu do różnych stanów faktycznych. Można twierdzić, że decyzja zamawiającego (o wyborze najkorzystniejszej oferty, o odrzuceniu oferty/wykluczeniu wykonawcy, etc) raz podjęta, staje się, o ile nie zostanie wzruszona przez środki ochrony prawnej (ewentualnie – przez informację, złożoną na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie, w którym nie przysługuje odwołanie), wiążąca. Izba jednak dopuszcza możliwość dokonania przez zamawiającego korekty dokonanej uprzednio czynności. Za poglądem prezentowanym w orzecznictwie przemawia argument nadrzędności dobra prowadzonego postępowania i jego efektywności: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

prowadzone jest w celu zawarcia ważnej umowy, a więc jeżeli zostaną przed jej zawarciem stwierdzone jakiegokolwiek nieprawidłowości, które mogłyby rzutować na jej ważność, należy je naprawić. Brak wyraźnej podstawy prawnej do dokonania autokorekty przez zamawiającego własnej czynności nie może uniemożliwiać jej dokonania, skoro jest to konieczne w celu skutecznego udzielenia zamówienia.

Zamawiający może naprawić swój błąd w każdym czasie, jeżeli po wyborze oferty najkorzystniejszej dostrzeże, że wadliwie zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów, powinien to uczynić. Tak uznała Izba w wyroku z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2727/10), wskazując, że „nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest bowiem wyrażona w art. 7 ust. 1 zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą, a wykluczenia z postępowania podmiotów nie spełniających warunków udziału w postępowaniu [art. 24 ust. 1 i 2 ustawy] oraz odrzucenia oferty w sytuacjach opisanych w art. 89 ust. 1 ustawy. Mimo więc, iż ustawodawca wprost nie wskazał w ustawie, że zamawiający może w każdym czasie, do zawarcia umowy, zweryfikować uprzednio podjętej wadliwie czynności, to należy uprawniecie to wywieść z powołanych wyżej przepisów.”

Izba w wyroku z dnia 25 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2427/11) uznała możliwość powtórzenia aukcji elektronicznej za dopuszczalną (w szczególnych przypadkach), jednak w sytuacji przedmiotowego postępowania stwierdziła, że nie było to możliwe, bowiem nie spełniono odpowiednich przesłanek: „powtórzenie aukcji elektronicznej jest najbardziej jaskrawym przypadkiem zaburzenia toku licytacji, które prowadzi do całkowitego zniesienia skutków pierwotnej aukcji. Ponadto, na podstawie przebiegu aukcji wykonawcy znają wartość najkorzystniejszego postąpienia i pozycję złożonej przez siebie oferty. Ponieważ powtórzenie czynności zamawiającego możliwe jest w sytuacji, gdy zostanie stwierdzona jej niezgodność z ustawą Pzp, to tym bardziej w przypadku uchylenia specyficznej czynności, jaką jest aukcja elektroniczna, powinno to nastąpić w sposób nie budzący wątpliwości. A zatem podejmowanie takiej decyzji o powtórzeniu czynności aukcji elektronicznej z uwagi na wadliwość jej przebiegu może nastąpić tylko w sytuacji gdy zamawiający nie wykonał swych obowiązków określonych w art. 91c ustawy Pzp.”. W ocenie składu orzekającego, powtórzenie aukcji elektronicznej w postępowaniu jest możliwe wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, tj. takich, kiedy nie budzi żadnych wątpliwości, że przyczyny zakłóceń w przebiegu aukcji, niemożności jej przeprowadzenia czy uczestnictwa niektórych wykonawców leżały po stronie zamawiającego (organizatora aukcji).

W postępowaniu o udzielenie zamówienia może się również zdarzyć, że zamawiający dojdzie do wniosku, że uprzednio dokonana czynność obarczona jest jedynie potencjalną wadliwością i unieważni czynność zapowiadając, że podejmie dalsze kroki wyjaśniające. Takie postępowanie zamawiającego uznała Izba za akceptowalne w wyroku z dnia 22 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1689/11). W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający mianowicie unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, ale nie dokonał nowej czynności, a jedynie poinformował, iż zachodzi uzasadnione podejrzenie, że wykonawca mógł podać nieprawdziwe informacje w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wolą zamawiającego jest szczegółowe wyjaśnienie tej kwestii. Dla oceny dopuszczalności takiej sytuacji nie ma również znaczenia, w jaki sposób zamawiający powziął wiedzę o nieprawidłowości dokonanej przez siebie czynności: „autoweryfikację przez Zamawiającego swoich działań należy traktować jako wyjątek, a nie regułę, i powinna ona następować w wyjątkowych sytuacjach. W ocenie Izby nie można jednak jako podstawy dokonania takiej czynności wykluczać żadnej przyczyny – ani samodzielnego stwierdzenia przez Zamawiającego błędu we wcześniej dokonanej czynności, ani stwierdzenia tego na skutek impulsu z zewnątrz (...) Nie ma powodów, aby ograniczać Zamawiającemu możliwość powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie do przypadków, wynikających z wniesienia środków ochrony prawnej przez wykonawców (czy do zawiadomienia na podstawie art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych na czynności, na które nie przysługuje odwołanie). Stworzenie przez ustawodawcę procedur szczególnych, umożliwiającym w ściśle określonych sytuacjach pozostałym wykonawcom zainteresowanym wynikiem postępowania uregulowany formalnie sposób dochodzenia ochrony ich słuszych interesów, nie może przesądzać o wykluczeniu weryfikacji przez Zamawiającego własnych wcześniejszych decyzji na skutek innych okoliczności. Trudno byłoby zaaprobować pogląd, nakazujący Zamawiającemu zignorować sygnały o nieprawidłowości dokonanej przez niego czynności.”. W przywołanym orzeczeniu wyrażono również pogląd, że o ile błąd można naprawić, o tyle nie ma powodów do unieważnienia postępowania. W odwołaniach prezentowane jest bowiem często stanowisko, że raz wydana przez zamawiającego decyzja o wyborze oferty najkorzystniejszej nie może być wzruszona przez niego samego, i nawet jeżeli stwierdzi on, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej popełnił błąd, to albo musi zawrzeć umowę z wybranym uprzednio wykonawcą, albo unieważnić postępowanie. Izba stwierdziła jednak, że nie ma w takim wypadku powodów do unieważnienia postępowania, jeżeli błąd można naprawić, a postępowanie może w końcowym efekcie zakończyć się udzieleniem zamówienia.

Przyjąć zatem należy, że nadrzędną wartością i wyznacznikiem prawidłowości postępowania zamawiającego jest prowadzenie postępowania w taki sposób, aby jego efektem było zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne; dostrzeżenie usuwalnych uchybień prowadzi do powrotu do wcześniejszych etapów postępowania.

Jednak nie zawsze możliwe będzie powtórzenie czynności, podczas wykonywania których doszło do błędu. Weryfikacja działań własnych przez zamawiającego może dotyczyć nie tylko ostatnich dokonanych działań, ale również czynności znacznie wcześniejszych: zamawiający może dojść do wniosku podczas badania i oceny ofert, że błąd, skutkujący nieważnością postępowania, tkwi w specyfikacji i skoro na tym etapie postępowania błędu nie da się usunąć, wówczas jedynym rozwiązaniem staje się unieważnienie postępowania. Taką decyzję podjął zamawiający w postępowaniu, którego dotyczyło odwołanie oznaczone sygn. akt KIO 34/11 (wyrok z dnia 19 stycznia 2011 r.), stwierdzając, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nie można takiej wady postępowania poprawić, liberalizując warunek w trakcie badania i oceny ofert. Zamawiający nie jest związany dokonaną wcześniej czynnością badania i oceny ofert; zmiana decyzji zamawiającego, o ile ma ku temu odpowiednie podstawy, może być dokonana na każdym etapie prowadzenia postępowania, aż do momentu zawarcia umowy.

Nie ma znaczenia, jak zamawiający nazwie nową czynność, którą wykonuje w wyniku stwierdzenia uchybień w poprzednio dokonanej, istotna jest jedynie treść zawarta w sformułowaniu opisu tej czynności. W postępowaniu, którego dotyczył wyrok z dnia 31 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 1052/11) Izba za punkt wyjścia przyjmując art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazała, że zamawiający w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przy ocenie podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania wypełnił normę przepisu art. 84 Kodeksu cywilnego. W konsekwencji Izba doszła do wniosku, że przy podjęciu czynności obejmującej wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający działał pod wpływem błędu rozumianego jako niezgodność z obiektywną rzeczywistością. Oświadczenie zamawiającego o uchyleniu się od skutków prawnych pierwotnego oświadczenia o wyniku postępowania zostało nazwane sprostowaniem, co w ocenie Izby zawierało w sobie wolę zamawiającego uchylenia się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli i sformułowania rozstrzygnięcia o wyniku postępowania w zakresie oceny oferty odwołującego nie obarczonego błędem. W konsekwencji, istotne jest to, czy nowa czynność jest wykonana bez uchybienia przepisom ustawy, nie zaś to, jak została nazwana.

Wyrok nie wiąże w części zamówienia, której nie dotyczył (sygn. akt KIO 1231/11), co jednak nie oznacza, że zamawiający nie może sam, z własnej inicjatywy (a nie na skutek

wydanego orzeczenia, które jest skuteczne tylko wobec podmiotów, których dotyczy bezpośrednio) ponownie dokonać czynności, o której dowiedział się, że jest wadliwa.

Izba również dostrzegła problem, jaki może się pojawić, gdy zamawiający, po uwzględnieniu odwołania w całości, zorientuje się, że aby prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami, nie może w całości uczynić zadość żądaniu wykonawcy, zawartemu w odwołaniu. W wyroku sygn. akt KIO 1529/11 z dnia 28 lipca 2011 r. Izba doszła do wniosku, iż „nie sposób uznać, iż Zamawiający dokonując powtórnie czynności w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu nie ma możliwości samodzielnego podejmowania czynności, które nie były przedmiotem postępowania odwoławczego oraz których legalność nie podlegała kwestionowaniu. W takim wypadku Zamawiający dokonując powtórnie czynności, nawet wskutek uwzględnienia odwołania, winien kierować się w swoich działaniach przepisami prawa, postanowieniami SIWZ i opierać swoje działania na prawidłowo ustalonym stanie faktycznym. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości.”. Izba równocześnie skonstatowała w tymże orzeczeniu, że w sytuacji, kiedy zamawiający dokona czynności w związku z uwzględnieniem odwołania, a niezgodnie z jego żądaniem – nowa czynność będzie podlegała kontroli w drodze środków ochrony prawnej, z czym i zamawiający, i wykonawcy biorący udział w postępowaniu, muszą się liczyć.

Okoliczność, że orzeczenie dotyczy wyłącznie bezpośrednio wykonawców w związku z wniesieniem przez nich środków ochrony prawnej (odwołań, przystąpień) ma często doniosły skutek dla ustalenia późniejszej możliwości wniesienia odwołania przez dany podmiot, może się bowiem zdarzyć, że wykonawca – rezygnując z aktywności w trakcie wcześniejszych postępowań odwoławczych – utraci bądź w ogóle status wykonawcy w postępowaniu, bądź prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej, a to spowoduje niemożliwość obrony własnej pozycji w postępowaniu. W uzasadnieniu postanowienia z dnia 1 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 159/11) Izba wskazała, że w sytuacji, kiedy wykonawca nie wniósł odwołania na czynność odrzucenia swojej oferty, to z momentem upływu terminu na wniesienie środków ochrony prawnej utracił status wykonawcy, a „uprawnienia tego nie przywraca rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej wydane w następstwie uwzględnienia odwołania innego wykonawcy, który na analogiczną [również identycznie uzasadnioną przez zamawiającego] czynność złożył odwołanie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, obowiązek uwzględnienia okoliczności będących podstawą uwzględnienia odwołania, nawet jeśli w istocie oznacza potwierdzenie trafności zarzutów co do zasady wspólnych obu wykonawcom, nie wynika z treści wyroku wydanego w następstwie odwołania wniesionego przez innego aniżeli Odwołujący wykonawcę i nie wywiera bezpośredniego

skutku wobec Odwołującego.” Równocześnie Izba, akceptując pogląd o możliwości samodzielnej weryfikacji przez zamawiającego uprzednio dokonanych czynności, podkreśliła, że z możliwości tej nie można wywodzić powstania roszczenia wykonawcy o objęcie go skutkami orzeczenia, wydanego w następstwie odwołania wniesionego przez innego wykonawcę. W postanowieniu z dnia 5 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 842/11 i KIO 844/11) Izba podobnie stwierdziła, że w sytuacji, kiedy wykonawca został wykluczony przez zamawiającego z postępowania przy dokonaniu po raz pierwszy czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie wniósł odwołania od tej czynności, to z dniem upływu terminu na wniesienie odwołania wobec czynności wykluczenia go z postępowania odwołujący utracił status wykonawcy, a konsekwencji nie może obecnie domagać się, aby zamawiający – powtarzając czynność oceny wniosków nakazaną wcześniejszym orzeczeniem Izby – dokonał jej również wobec jego wniosku. W tymże uzasadnieniu jednak Izba zajęła odmienne stanowisko wobec poglądu wcześniej zaprezentowanego, w odniesieniu do możliwości dokonania przez zamawiającego samodzielnej weryfikacji czynności (poza zakresem nakazanym wyrokiem Izby) względem uczestników postępowania, którzy utracili status wykonawcy. Mianowicie Izba stwierdziła, że „ustawodawca nadał czynności wykluczenia charakter definitywny. Art. 24 ust. 4 Pzp nakazuje uznać ofertę wykonawcy wykluczonego za odrzuconą z mocy prawa. Podkreślić też trzeba, że terminy przewidziane przez przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter zawity, co oznacza możliwość wzruszenia decyzji zamawiającego wyłącznie w terminie ustawowym pod rygorem utraty prawa. Bezskuteczny upływ terminu zawitego przewidzianego na wniesienie odwołania wobec czynności wykluczenia powoduje utratę statusu wykonawcy. Nie ma już bowiem możliwości do kwestionowania czynności zamawiającego, nawet jeśli narusza ona przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z postępowaniu o udzielenie zamówienia uznać należy za niezłożony.” A zatem tu Izba wyraziła pogląd, że czynność wykluczenia wykonawcy, po upływie terminu na wniesienie środków ochrony prawnej, jest czynnością nieodwracalną i zamawiający nie ma prawa, powtarzając czynność z własnej inicjatywy, przywrócić do udziału w postępowaniu podmiot, który uprzednio uczestniczył w postępowaniu, a obecnie nie posiada już statusu wykonawcy.

W postanowieniu z dnia 14 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2391/11) Izba zwróciła uwagę, że akceptacja możliwości wnoszenia odwołań na czynność zamawiającego, w zakresie, w jakim stanowi powtórzenie czynności już poprzednio dokonanej, byłaby sprzeczna z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej. Izba wskazała, że „zamawiający w swoich czynnościach jest ograniczony jedynie okresem związania ofertą, natomiast

wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu wiążą zawite terminy ustawowe do wnoszenia środków ochrony prawnej na czynności i zaniechania zamawiającego naruszające prawo, ustalone w art. 182 ustawy Pzp.”.

Reasumując, przegląd orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej pozwala wysnuć wniosek, że Izba w szczególnych sytuacjach dopuszcza możliwość dokonania przez zamawiającego samodzielnej weryfikacji dokonanej uprzednio czynności, jeżeli poprzednia czynność jest obciążona wadą, mogącą negatywnie wpłynąć na ważność przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Jeżeli jednak wada jest nieusuwalna, nie można jej naprawić, a zamawiający powinien unieważnić postępowanie. Wykonawcy powinni aktywnie uczestniczyć w toczącej się procedurze, reagując na każdą czynność zamawiającego, która może rzutować na ich status w postępowaniu, ponieważ bierność w tym zakresie może spowodować w przyszłości brak możliwości merytorycznego rozpoznania odwołania.

Część IV

Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r.

Poza opisanymi powyżej obowiązkami orzeczniczymi, członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podejmowali w 2011 r. również działania w celu pogłębienia wiedzy, podniesienia jakości orzecznictwa i szerzenia wiedzy z dziedziny zamówień publicznych.

1. Podnoszenie kwalifikacji

W okresie sprawozdawczym tematyka szkoleń organizowanych dla członków Krajowej Izby Odwoławczej obejmowała zagadnienia dotyczące zamówień na roboty budowlane, aspektów ochrony konkurencji i zwalczania nieuczciwej konkurencji w kontekście zamówień publicznych, jak również wybranych instytucji prawa cywilnego i ich zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W celu wypracowania jednolitych stanowisk prezentowanych przez poszczególnych członków składów orzekających członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali udział w cyklicznych naradach orzeczniczych, na których poddawano rozważaniom i dyskusji istotne kwestie formalne i merytoryczne budzące wątpliwości, w tym problemy opisane w Części III niniejszej Informacji.

Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r. brali także udział w dwóch konferencjach:

- konferencji zorganizowanej w dniach 20 – 21 czerwca 2011 r. przez Urząd Zamówień Publicznych, Wydział Ekonomiczny Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej w Lublinie, oraz Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie Skłodowskiej w Lublinie, której tematem były *Zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*,

- konferencji zorganizowanej w dniach 21 – 23 listopada 2011 r. przez Katedrę Polityki Gospodarczej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Okręgową Izbę Radców Prawnych w Krakowie oraz Komisję Szkoleń Informacji i Promocji Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych, której przedmiotem była *Dyscyplina finansów publicznych – stan obecny i kierunki zmian*.

2. Działalność edukacyjna

W okresie sprawozdawczym opublikowane zostały przez Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z członkami Krajowej Izby Odwoławczej kolejne trzy zeszyty orzecznicze, które służą poszerzeniu wiedzy z zakresu zamówień publicznych wśród uczestników systemu zamówień publicznych. Zeszyty te stanowią wynik analizy orzeczeń Izby wydanych w okresie od połowy 2010 r. do połowy 2011 r. co do wnoszonych do Izby odwołań oraz postanowień Izby w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w 2010 r., jak również wynik analizy orzeczeń sądów okręgowych rozstrzygających skargi na orzeczenia Izby wydanych w 2010 r. Zeszyt nr 7 zawiera 337 tez orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wybranych spośród blisko 1 330 orzeczeń w sprawie rozpoznawania odwołań wydanych w drugiej połowie 2010 r. oraz 100 postanowień Izby w sprawie rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wydanych w 2010 r. W Zeszycie nr 8 Zespół Redakcyjny wybrał 206 tez pochodzących zarówno z orzeczeń sądów okręgowych rozstrzygających sprawy skarg na orzeczenia Izby, jak i orzeczeń Izby wydanych w ciągu dwóch pierwszych miesięcy 2011 r. W Zeszycie nr 9 zamieszczono blisko 200 tez orzeczeń wybranych spośród 870 orzeczeń Izby wydanych w okresie od marca do czerwca 2011 r.

3. Analiza przepisów

W 2011 r. Izba zgłosiła Prezesowi UZP swoje propozycje do projektu zmian ustawy Prawo zamówień publicznych związanych z implementacją do przepisów polskiego prawa postanowień dyrektywy obronnej 2009/81/WE dotyczącej udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W celu zapewnienia terminowego przystąpienia Izby do realizacji nowych obowiązków, tj. rozpoznawania spraw związanych z obronnością, część członków Izby poddała się postępowaniu sprawdzającemu mającemu na celu przyznanie dostępu do informacji objętych klauzulą „ściśle tajne”.

Ponadto, Izba przedstawiła Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych potrzebę zmiany art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując, iż obecne brzmienie tej regulacji pozwala na różne kierunki interpretacji tego przepisu, co z kolei może niekorzystnie wpływać na sytuację wykonawców i zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, oraz w postępowaniach odwoławczych toczących się przed Izba.

4. Działalność zewnętrzna

Funkcję informacyjną w dziedzinie zamówień publicznych pełni w Krajowej Izbie Odwoławczej osoba wyznaczona przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do kontaktów z mediami tj. Rzecznik Prasowy Izby. Działalność Rzecznika w 2011 r., podobnie jak w latach poprzednich, polegała zarówno na przekazywaniu bieżących danych na temat spraw toczących się przed Izba, jak i udzielaniu informacji na temat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej. Zainteresowanie działalnością Krajowej Izby Odwoławczej wyrażały w 2011 r. media o charakterze lokalnym, jak również telewizja, dzienniki i czasopisma o zasięgu ogólnopolskim.

Podsumowanie

Okres ostatnich kilku lat charakteryzował się licznymi zmianami w przepisach prawa w zakresie zamówień publicznych. Zmiany te były znaczące nie tylko dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, ale też dla samej Izby, która zmagala się z interpretacją znowelizowanych przepisów, jak też funkcjonowaniem Izby związanym ze zmianą organizacji jej pracy.

Rok 2011 był wolny od znaczących zmian w obowiązujących przepisach dotyczących zamówień publicznych, co sprzyjało skupieniu się na systematycznym wypracowywaniu spójnego podejścia do istotnych zagadnień merytorycznych, jak też utrwaliło przyjęte rozwiązania organizacyjne i techniczne związane z jej działaniem.

Powyzsze uwarunkowania w zasadniczy sposób wpłynęły m.in. na skrócenie czasu rozpoznawania spraw odwoławczych z 18 do 12 dni od momentu wpływu odwołania do wydania orzeczenia w porównaniu do poprzedniego okresu sprawozdawczego. Wypracowanie takiego stanu rzeczy z całą pewnością podnosi efektywność obowiązującego systemu środków ochrony prawnej. Efektywność ta mogłaby ulec dalszej poprawie przy zmniejszeniu się liczby wezwań do uzupełnienia odwołań kierowanych przez Prezesa Izby do podmiotów wnoszących odwołania.

W odniesieniu do zagadnień merytorycznych aktualne pozostawały wątpliwości związane z zagadnieniem udostępniania potencjału podmiotu trzeciego dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak też kwestia błędnej stawki podatku od towarów i usług w ofertach wykonawców jako podstawy odrzucenia oferty. Ta ostatnia kwestia została ostatecznie rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy, który rozpoznał pytania prawne skierowane w tej materii przez Sąd Okręgowy w Koninie rozpoznający skargi na orzeczenia Izby.

W 2011 r. Izba podjęła działania związane z przygotowaniem do wdrożenia dyrektywy obronnej 2009/81/WE dotyczącej udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Wdrożenie regulacji obronnych będzie miało niewątpliwie przełożenie zarówno na liczbę spraw rozpoznawanych przez Izbę, jak też na organizację jej pracy. Rzeczywisty wpływ ww. regulacji na pracę Izby znajdzie odzwierciedlenie w informacji dotyczącej kolejnego okresu sprawozdawczego.

W okresie sprawozdawczym Izba po raz pierwszy skorzystała z uprawnienia skierowania zapytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącego wykładni art. 45 ust. 2 pkt d dyrektywy 2004/18/WE. Rozstrzygnięcie Trybunału będzie miało niewątpliwie doniosłe znaczenie dla polskiego systemu zamówień publicznych.