

**Informacja o działalności  
Krajowej Izby Odwoławczej  
w 2017 r.**

**Warszawa 2018 r.**

## **Spis treści**

<b>Spis treści</b> .....	<b>2</b>
<b>Wykaz skrótów i skrótowców</b> .....	<b>4</b>
<b>Wprowadzenie</b> .....	<b>6</b>
<b>CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2017 r. .</b>	<b>8</b>
1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby.....	8
2. Skład osobowy Izby .....	9
3. Organy Izby .....	9
4. Rzecznik dyscyplinarny.....	9
5. Rzecznik prasowy .....	10
<b>CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r. w ujęciu statystycznym.....</b>	<b>11</b>
1. Wpływ odwołań.....	11
2. Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania .....	12
3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych .....	12
4. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa Izby .....	13
5. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań .....	13
6. Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania.....	13
7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań .....	14
8. Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie .....	15
9. Zdania odrębne.....	15
10. Powołanie biegłego .....	15
11. Prawomocność orzeczeń.....	15
12. Terminowość rozpoznawania odwołań .....	15
13. Ogłaszanie orzeczeń .....	16
14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby.....	17
15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy.....	1
16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP .....	18

<b>CZĘŚĆ III: Problemy wynikające z orzecznictwa Izby.....</b>	<b>19</b>
1. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz wymagania dotyczące wykonania umowy stawiane wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia.....	19
2. Aktualność oświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.....	23
3. Wykluczenie wykonawcy z powodu wprowadzenia w błąd zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp .....	26
4. Wykluczenie wykonawcy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp .....	3
5. Problematyka procedury odwróconej w orzecznictwie Izby .....	34
6. Problematyka podwykonawstwa .....	37
7. Udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów w trybie z wolnej ręki ...	41
8. Znaczenie częściowego uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu dla sytuacji procesowej stron i uczestnika postępowania odwoławczego .....	46
9. Dopuszczalność odwołania w postępowaniu na usługi społeczne.....	50
<b>Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2017 r. ....</b>	<b>54</b>
1. Jubileusz 10-lecia Krajowej Izby Odwoławczej.....	54
2. Działania na rzecz podnoszenia jakości orzecznictwa .....	55
3. Szkolenia zbiorowe .....	55
4. Narady orzecznicze i seminaria .....	55
5. Konferencje naukowe i działalność edukacyjna .....	56
6. Współpraca z organami Unii Europejskiej i współpraca międzynarodowa .....	57
<b>Podsumowanie .....</b>	<b>59</b>

## Wykaz skrótów i skrótowców

<b>Dz. U.</b>	Dziennik Ustaw
<b>Dz. Urz. UE</b>	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
<b>Dyrektywa klasyczna</b>	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65)
<b>Dyrektywa sektorowa</b>	Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 243)
<b>Dyrektywa odwoławcza</b>	Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335, str. 31)
<b>Izba lub KIO</b>	Krajowa Izba Odwoławcza
<b>jednolity europejski dokument zamówienia lub JEDZ</b>	Dokument, którego wzór określa Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16)
<b>k.c.</b>	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.)
<b>k.p.a.</b>	ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 1960 r. Nr 30 poz. 168 ze zm.)
<b>k.p.c.</b>	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.)

**ustawa nowelizująca** ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020)

**rozporządzenie w sprawie regulaminu** rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 87 poz. 220 ze zm.)

**rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów** rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lutego 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 1126)

**SN** Sąd Najwyższy

**SO** sąd okręgowy

**specyfikacja lub SIWZ** specyfikacja istotnych warunków zamówienia

**TSUE lub Trybunał** Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS)

**Urząd lub UZP** Urząd Zamówień Publicznych

**ustawa lub Pzp** ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.)

**u.z.n.k.** ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.)

## Wprowadzenie

Prezentowana *Informacja* podsumowuje rok 2017, który należy wyróżnić z co najmniej dwóch względów.

Po pierwsze, był to pierwszy pełny rok kalendarzowy obowiązywania przepisów Prawa zamówień publicznych zmienionych ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 r. wdrażającą do polskiego porządku prawnego Dyrektywy klasyczną i sektorową z 26 lutego 2014 r. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe w minionym roku ukazuje doniosłość zmian legislacyjnych oraz funkcjonowanie w praktyce nowych instytucji ustawowych. Stabilizacja interpretacji podstawowych pojęć i instytucji Pzp, takich jak treść SIWZ, czy rażąco niska cena, którą wypracowała Izba w minionych latach, pozwala na skupienie się w prezentowanej *Informacji* na tworzącej się wykładni znowelizowanych przepisów. Recepja nowych przepisów dokonana w orzecznictwie Izby ma istotne znaczenie dla bieżącej praktyki stosowania prawa oraz oceny osiągnięcia celów ostatniej nowelizacji Pzp.

Po drugie, rok 2017 był jednocześnie 10 rokiem funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych. Ten czas wyjątkowej pracy orzeczniczej jest dla nas powodem do satysfakcji i dumy. W ciągu 10 lat swego istnienia Krajowa Izba Odwoławcza trwale wpisała się w polski system środków ochrony prawnej, a sprawność jej działania wyróżnia Izbę spośród organów rozpoznających środki ochrony prawnej w pierwszej instancji w państwach Unii Europejskiej.

Informacja została podzielona na IV części.

W Części I opracowania zwyczajowo – z myślą zwłaszcza o czytelnikach sięgających do *Informacji* po raz pierwszy – charakteryzujemy podstawy prawne funkcjonowania Izby, jej strukturę i organy.

Część II zawiera analizę podstawowych obszarów działalności Izby w ujęciu liczbowym wraz z porównaniem z danymi dotyczącymi roku 2016. Większość danych opisuje cały okres funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej i dzięki nim można wnioskować nie tylko o podstawowych aspektach systemu środków ochrony prawnej opisanych za pomocą liczb, ale również można dostrzec zaangażowanie członków Izby w wykonywanie zadań przypisanych im ustawą.

Część III przedstawia wybrane zagadnienia merytoryczne, które w sposób szczególnie zaznaczyły się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych w 2017 r. Nie sposób opisać całości problemów obecnych w praktyce stosowania przepisów w roku 2017, zdecydowaliśmy się zatem przedstawić te, które dotyczą kwestii najbardziej uniwersalnych.

Po raz pierwszy opisujemy problematykę podwykonawstwa, istotną zarówno na etapie oceny podmiotowej, jak i oceny oferty. Prezentujemy zagadnienia dotyczące opisu i wykazywania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Opisana została również doniosła kwestia aktualności oświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wykluczenie wykonawcy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz z powodu wprowadzenia w błąd zamawiającego. Nie mogło zabraknąć również problematyki tzw. procedury odwróconej uregulowanej w art. 24aa Pzp oraz omówienia kwestii spornych wynikających z udzielania zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów w trybie z wolnej ręki, regulacji specyficznej dla polskiego porządku prawnego.

Poruszamy również dwa istotne zagadnienia dotyczące procedury odwoławczej. Omówiona została problematyka dopuszczalności odwołania w postępowaniu na usługi społeczne oraz wybrane aspekty procedury odwoławczej związane ze złożeniem przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania w części.

W zaprezentowanych w *Informacji* problemach orzeczniczych przeglądają się cele nowelizacji Prawa zamówień publicznych z 2016 r.: odformalizowania i zmniejszenia obciążeń związanych z konkurowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zwiększenia uczestnictwa małych i średnich przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych. Mamy nadzieję, że zaprezentowane zagadnienia, zawierające kierunek interpretacji nowych przepisów w orzecznictwie Izby, będą wartościowe, tak w toku oceny obowiązywania nowych przepisów Pzp, jak i w związku z zapowiadany nowym Prawem zamówień publicznych.

Sprawozdanie z pozaorzeczniczej działalności Izby zawarte zostało w Części IV *Informacji*. Szczególne miejsce zajął jubileusz 10-lecia funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych.

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

*Informacja* została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Krajowej Izby Odwoławczej uchwałą nr 1/2018 z dnia 14 czerwca 2018 r. w celu jej przedłożenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 172 ust. 3 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

# **CZĘŚĆ I: Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2017 r.**

## **1. Podstawy prawne funkcjonowania Izby**

Krajowa Izba Odwoławcza została powołana ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 82, poz. 560) jako stały organ wyłącznie właściwy do rozpoznawania w pierwszej instancji odwołań od niezgodnych z prawem czynności lub zaniechań zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Izba ma charakter organu sądowego w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, co potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 13 grudnia 2012 r. (sprawa C-465/11 Forposta, ABC Direct Contact). Organizację Izby oraz status jej członków określają przepisy działu V rozdziału 4 Pzp.

Postępowanie odwoławcze uregulowane zostało przepisami art. 179-198 Pzp, a jeżeli ustawa nie stanowi inaczej – odpowiednie zastosowanie znajdują również przepisy k.p.c. o sędzie polubownym (arbitrażowym). Obok przepisów ustawowych kwestie związane z postępowaniem odwoławczym regulują akty wykonawcze: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.). Kontrolę instancyjną orzeczeń Izby, na podstawie art. 198a i 198b Pzp, sprawują sądy okręgowe właściwe dla siedziby zamawiającego, a prawo wniesienia skargi przysługuje stronom i uczestnikom postępowania oraz Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych.

Obok orzekania w sprawach odwołań, Izba – zgodnie z art.183 ust. 2 Pzp – rozpoznaje składane w toku postępowań odwoławczych wnioski zamawiających o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym wydaniem przez KIO orzeczenia.

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

W 2017 r. w Izbie obowiązywał wprowadzony zarządzeniem Prezesa Izby Nr 2/2011 z dnia 11 kwietnia 2011 r. oraz zmieniony zarządzeniem Prezesa Izby Nr 1/2015 z dnia 8 stycznia 2015 r. Wewnętrzny regulamin organizacji pracy Krajowej Izby Odwoławczej, regulujący najważniejsze aspekty organizacji pracy Izby i – w braku regulacji ustawowych albo aktów wykonawczych – wprowadzający ujednoczony system wzorów standardowych



pism i formularzy stosowanych w praktyce funkcjonowania Izby, w tym wyroków, postanowień czy uchwał.

## **2. Skład osobowy Izby**

Krajową Izbę Odwoławczą tworzą członkowie Izby, powoływani i odwoływani przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Regulacje prawne dotyczące członków Izby zostały zawarte w art. 173-176 Pzp.

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

Zgodnie z art. 173 ust. 1 Pzp w skład Izby może wchodzić do 100 członków. W początku roku 2017 było to 36 osób. W pierwszym półroczu rezygnację złożyło 3 członków Izby. 1 września 2017 r. ślubowanie złożyło 18 osób, z których jedna złożyła rezygnację. Na koniec roku sprawozdawczego w skład Izby wchodziło 50 osób.

## **3. Organy Izby**

Organizację KIO reguluje art. 172 ust. 2-5 Pzp. Zgodnie z powołanymi przepisami organami Izby są:

- Prezes,
- wiceprezes,
- zgromadzenie ogólne.

Prezes i wiceprezes Izby powoływani są przez ministra właściwego do spraw gospodarki na wniosek Prezesa UZP na trzyletnią kadencję. W okresie objętym *Informacją* funkcję Prezesa Izby pełniła Małgorzata Rakowska. Wiceprezesem Izby była natomiast Magdalena Grabarczyk.

Zgromadzenie ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby.

## **4. Rzecznik dyscyplinarny**

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

W roku 2017 funkcję rzecznika dyscyplinarnego Izby pełniła Izabela Niedziałek-Bujak.

Tryb wszczęcia postępowania dyscyplinarnego, zasady powoływania sądu dyscyplinarnego, procedurę postępowania w pierwszej i drugiej instancji oraz kwestie

zatarcia kary określa Regulamin w sprawie szczegółowego trybu postępowania dyscyplinarnego oraz trybu wyboru składu orzekającego sądu dyscyplinarnego Krajowej Izby Odwoławczej, przyjęty przez Zgromadzenie ogólne Izby uchwałą nr 3/2011 z dnia 9 czerwca 2011 r.

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

## **5. Rzecznik prasowy**

Zadaniem rzecznika prasowego jest zapewnienie stałej współpracy z mediami, w szczególności przekazywania informacji o działalności KIO i postępowaniach odwoławczych. W roku 2017 roku funkcję rzecznika prasowego pełniła Magdalena Grabarczyk.

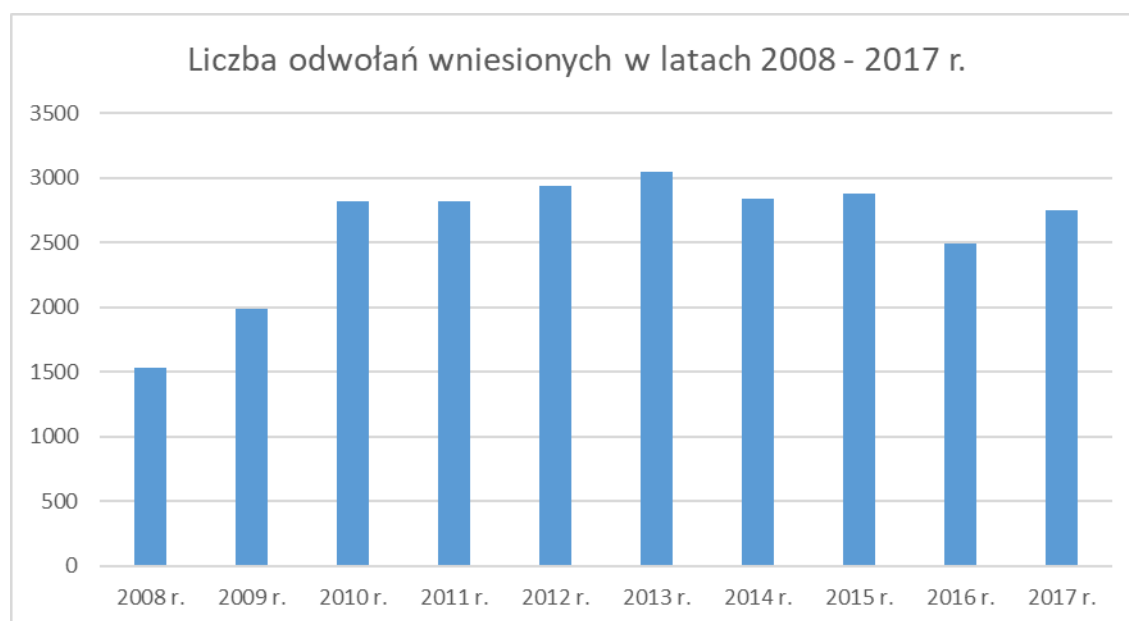
## CZĘŚĆ II: Działalność merytoryczna Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r. w ujęciu statystycznym

### 1. Wpływ odwołań

W 2017 r. do Prezesa Izby wpłynęło 2749 odwołań. W tym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wniesiono 24 odwołania. Liczba odwołań rozpoznanych w tym okresie przez Izbę wyniosła 2774 (w tym 132 odwołania wniesione w 2016 r.).

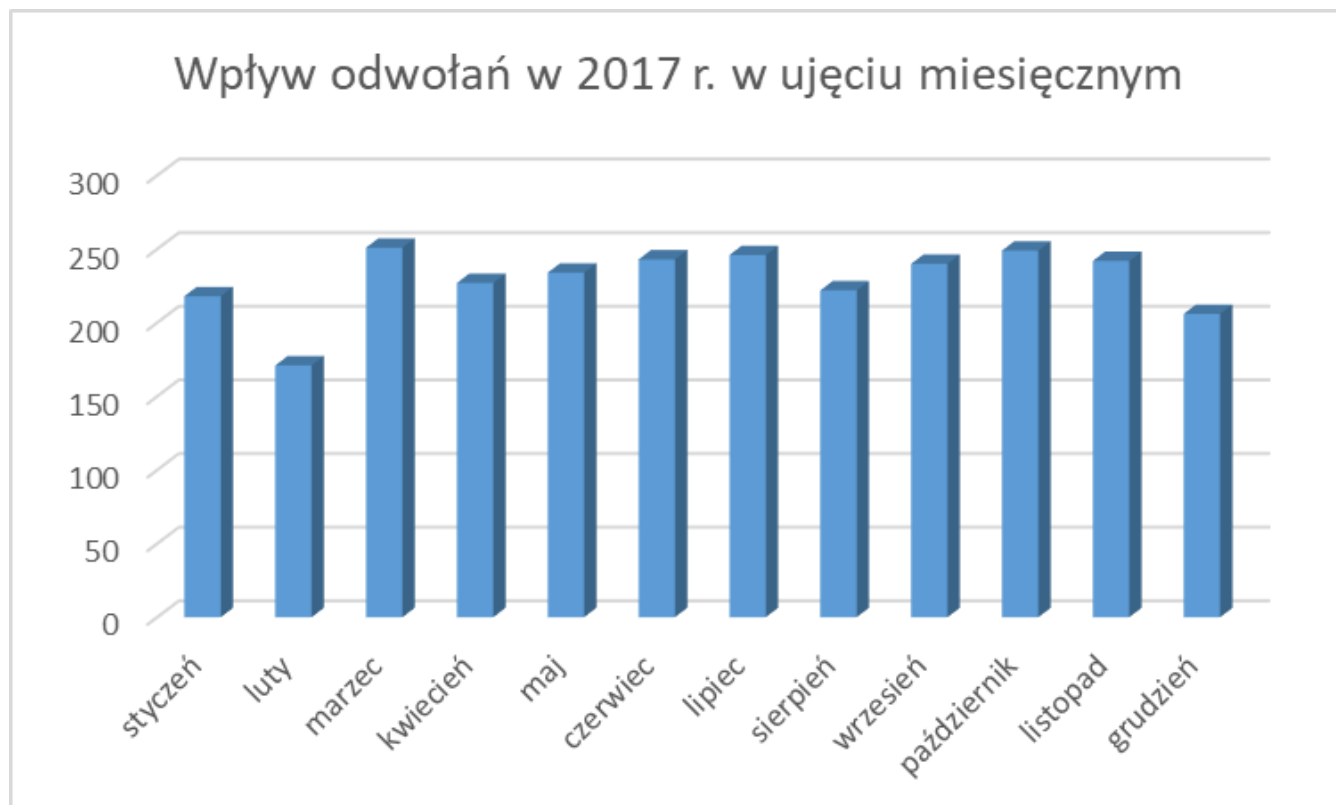
Spośród odwołań wniesionych w 2017 r. do rozpoznania w 2018 r. pozostało 109 odwołań oraz jedno odwołanie z 2013 r. (posiedzenie odroczone do czasu zakończenia postępowania przez prokuraturę, która zabezpieczyła komplet dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia).

W celu porównania poniżej zaprezentowano wpływ odwołań w poszczególnych latach przez cały dotychczasowy okres funkcjonowania Izby. Pominęto jedynie dane z grudnia 2007 r., niepełnego pierwszego miesiąca pierwszego roku działalności Krajowej Izby Odwoławczej.



W 2017 r. dominującym sposobem wnoszenia odwołań była forma pisemna, w której wniesiono 2151 odwołań (czyli 78%). Natomiast 598 odwołań (czyli 22%) zostało wniesionych w formie elektronicznej. A zatem odnotowano nieznaczny wzrost odwołań wnoszonych w formie elektronicznej w stosunku do roku 2016: w formie pisemnej 2031 odwołań (czyli 81%), a w formie elektronicznej 465 odwołań (czyli 19%). W poprzednich latach udział odwołań wnoszonych w formie elektronicznej wynosił w: 2010 r. – 4,5%, 2011 r. – 11%, 2012 r. – niemal 15%, 2013 r. – 16%, 2014 r. – niemal 18%, 2015 r. –

9%.



Z powyższego wykresu wynika również, że w ujęciu kwartalnym największy wpływ odnotowano w III kwartale 2017 r. – 708 odwołań, następnie w II kwartale wniesiono 704 odwołania, w IV kwartale 697 odwołań, a w I kwartale wniesiono 640 odwołań. W 2016 r. najczęściej odwołań wniesiono w II kwartale (705 odwołań).

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

Najwięcej odwołań wniesiono w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza tzw. progi unijne – 2133, czyli 78% ogółu wniesionych w 2017 r. odwołań (w 2016 r. ich udział wynosił 79%). Pozostałe 616, czyli 22% odwołań wniesionych w 2017 r., dotyczyło postępowań o wartościach podprogowych.

Pod względem rodzaju zamówień spośród 2749 odwołań wniesionych w 2017 r. 39% dotyczyło usług, 38% – dostaw, a 23% – robót budowlanych (w 2016 r. taki podział odwołań przedstawiał się następująco: 45% usługi, 33% dostawy i 22% roboty budowlane).

## 3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w 2017 r. postępowań odwoławczych zgłoszono 2764 przystąpień, w tym 2179 po stronie zamawiającego (79%) oraz 585 po stronie odwołującego (21%).

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

W 2017 r. braki formalne, o których mowa w art. 187 ust. 3 Pzp, zawierało 657 odwołań, co skutkowało koniecznością wezwania wykonawców do ich uzupełnienia (w 2016 r. miało to miejsce w stosunku do 666 odwołań).

Spośród 2774 odwołań rozpoznanych w 2017 r. zwróconych zostało 220 odwołań, czyli 8% (w 2016 r. zwrócono 222 odwołania, czyli 9% spośród rozpoznanych w tamtym roku). W tym Prezes Izby zwracał odwołania z powodu: nieuiszczenia wpisu – 73 odwołania, nieuzupełnienia braków formalnych – 69 odwołań, nieuzupełnienia zarówno wpisu, jak i braków formalnych – 68 odwołań. Natomiast składy orzekające zwróciły 6 odwołań z powodu nieuiszczenia wpisu oraz 4 odwołania z powodu nieuzupełnienia braków formalnych.

Spośród braków formalnych skutkujących zwrotem odwołania najczęściej występowały:

1. Brak dokumentów potwierdzających umocowanie osób wnoszących odwołanie – 71 odwołań.
2. Brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 51 odwołań.
3. Brak pełnomocnictwa – 24 odwołania.
4. Brak odpisu z KRS – 5 odwołań.
5. Braki w treści odwołania wskazane w art. 180 ust. 3 Pzp – 1 odwołanie.

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

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

W 2017 r. Izba rozpoznała (nie licząc zwrotów odwołań) w składzie jednoosobowym 2039 odwołań (80%), a w składzie trzyosobowym – 515 odwołań (20%). W 2016 r. w liczbie wówczas rozpoznanych odwołań udziały te wynosiły odpowiednio 83% i 17%.

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

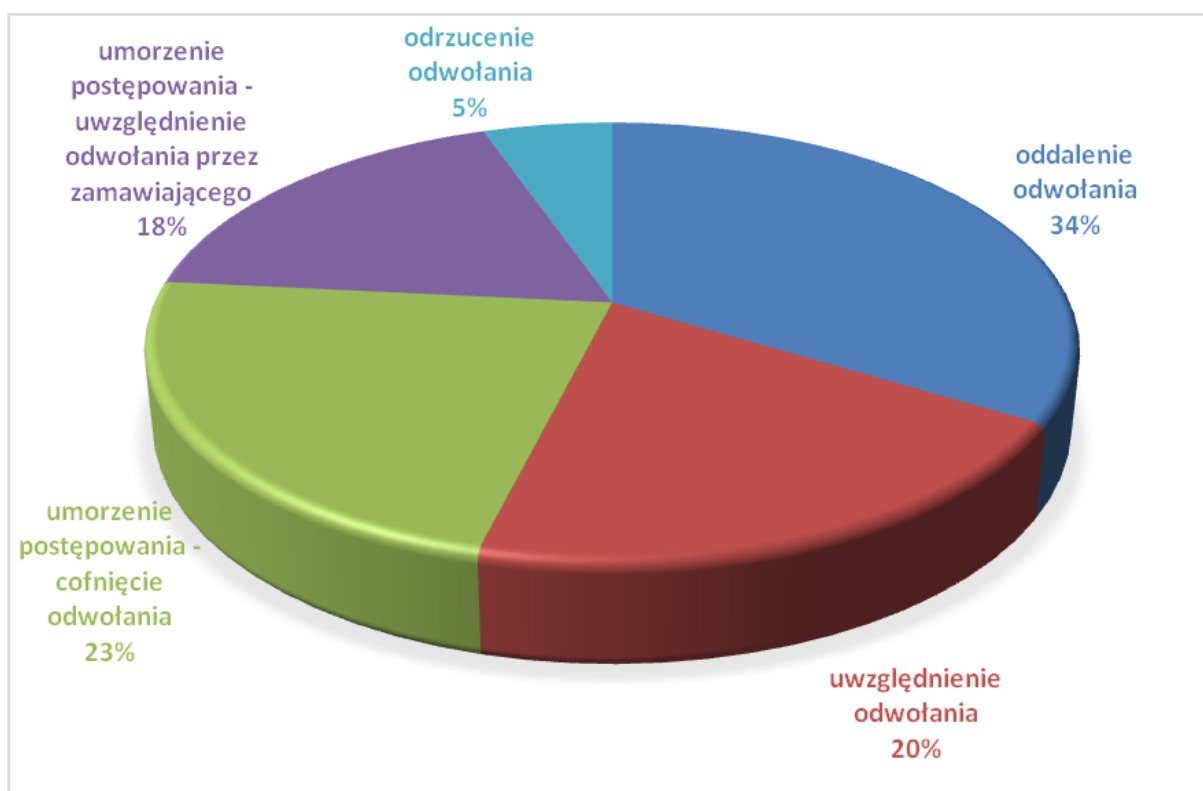
Stosownie do art. 189 ust. 1 Pzp Prezes Izby może zarządzić łączne rozpoznanie odwołań przez Izbę, jeżeli zostały złożone w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia lub dotyczą takich samych czynności zamawiającego.

Ogólna liczba odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania w okresie sprawozdawczym wyniosła 534, tj. 19% ogólnej liczby 2774 rozpoznanych odwołań. Natomiast w 2016 r. 23% odwołań zostało skierowanych do łącznego rozpoznania, a w 2015 r. było to 27%.

## 7. Rodzaje rozstrzygnięć odwołań

Rozpoznaniu przez składy orzekające Izby (nie wliczając odwołań zwróconych) w 2017 r. podlegały 2554 odwołania, w wyniku czego:

1. 861 odwołań zostało oddalonych (34%)
2. 516 odwołań zostało uwzględnionych (20%)
3. 579 postępowań zostało umorzonych wskutek wycofania odwołania (23%)
4. 461 postępowania zostały umorzone w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (18%)
5. 137 odwołań zostało odrzuconych (5%)



W 2016 r., nie licząc odwołań zwróconych, rozpoznaniu przez składy orzekające Izby podlegało 2286 odwołań, w wyniku czego:

1. 770 odwołań zostało oddalonych (34%)
2. 535 odwołania zostały uwzględnione (23%)
3. 492 postępowań zostało umorzonych wskutek wycofania odwołania (22%)

4. 390 postępowań zostały umorzone w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (17%)
5. 99 odwołań zostało odrzuconych (4%).

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

W 2017 r. miała miejsce jedna sprawa, w której Izba nałożyła karę finansową na zamawiającego, nie wystąpiły natomiast sprawy w których Izba orzekła o skróceniu okresu obowiązywania lub o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

## **9. Zdania odrębne**

Do wydanych w okresie sprawozdawczym wyroków członkowie składów orzekających zgłosili 6 zdań odrębnych. Dla porównania w 2016 r. zgłoszono 9 zdań odrębnych, a w 2015 r. 6 zdań odrębnych.

W 2017 r. zdania odrębne były związane z zagadnieniem gwarancji wadialnej składanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (zgłoszono 2 razy, w tym raz do dwóch spraw połączonych do wspólnego rozpoznania), a także z kwestiami: odrzucenia odwołania, opisu przedmiotu zamówienia, tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wskazania nazw podwykonawców w ofercie (po jednym zdaniu odrębnym).

## **10. Powołanie biegłego**

Składy orzekające przeprowadziły dowód z opinii biegłego w 2017 r. w 4 sprawach, a w 2016 r. w 13 sprawach.

Potrzeba skorzystania z wiadomości specjalnych wynikała w związku z zagadnieniami z dziedziny elektromechaniki, energetyki i automatyki, a także dotyczącymi urządzeń oczyszczania ścieków oraz sprzętu medycznego.

## **11. Prawomocność orzeczeń**

W 2017 r. w oparciu o regulację § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu Prezes Izby stwierdził prawomocność 25 orzeczeń. We wszystkich przypadkach Prezes Izby dokonał tego na wniosek strony (dla porównania w 2016 r. było to 59 orzeczeń).

## **12. Terminowość rozpoznawania odwołań**

W 2017 r. postępowanie odwoławcze trwało średnio 15 dni, a w 2016 r. – 14 dni (analogicznie jak w roku 2015). Zachowywany był zatem, co do zasady, 15-dniowy instrukcyjny termin rozpoznania odwołań, wskazany w art. 189 ust. 1 Pzp, także w sytuacjach wystąpienia dodatkowych czynności, które Izba zobowiązana była

wykonać przed skierowaniem odwołania na posiedzenie lub rozprawę, jak np. wezwanie do uzupełnienia braków formalnych odwołania, czy wezwanie do zgłoszenia sprzeciwu od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania (wstrzymujące do 3 dni dalsze procedowanie w sprawie).

Spośród wszystkich spraw rozpatrzonych w 2017 r. na więcej niż jednym posiedzeniu z udziałem stron było rozpatrzonych 100 spraw. Wzrost złożoności rozpoznawanych problemów ma zatem znaczenie dla terminu rozpoznawania odwołań, zwłaszcza przy uwzględnieniu, że z 4 spraw, w których Izba dopuściła dowód z opinii biegłego, tylko jedna została rozpoznana na kolejnym terminie. Liczba terminów rozpraw w sprawach z udziałem biegłego wynosiła od 2 do 8.

Dla porównania poniżej zaprezentowano średni czas trwania postępowania odwoławczego, czyli liczbę dni od wpływu odwołania do wydania orzeczenia, dla wszystkich rozpoznanych w danym roku spraw od początku funkcjonowania Izby. Uwzględniono dane od roku 2009. Obrazuje to wpływ zmian Pzp uchwalonych pod koniec 2009 r. na termin rozpoznania odwołania.



### 13. Ogłaszanie orzeczeń

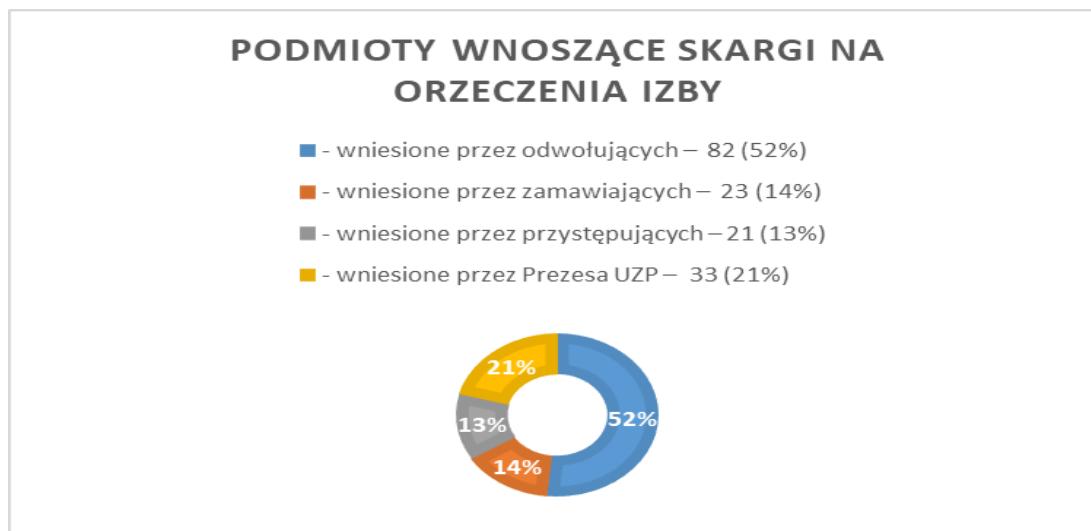
Zgodnie z art. 196 ust. 2 Pzp Izba w sprawie zawilej może odroczyć wydanie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. Izba – z uwagi na zawłość sprawy – uznała w 2017 r. za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia w 1023 przypadkach (co stanowi 74% z ogólnej liczby wydanych wyroków), natomiast w 2016 r. było to 867 (czyli 66%).



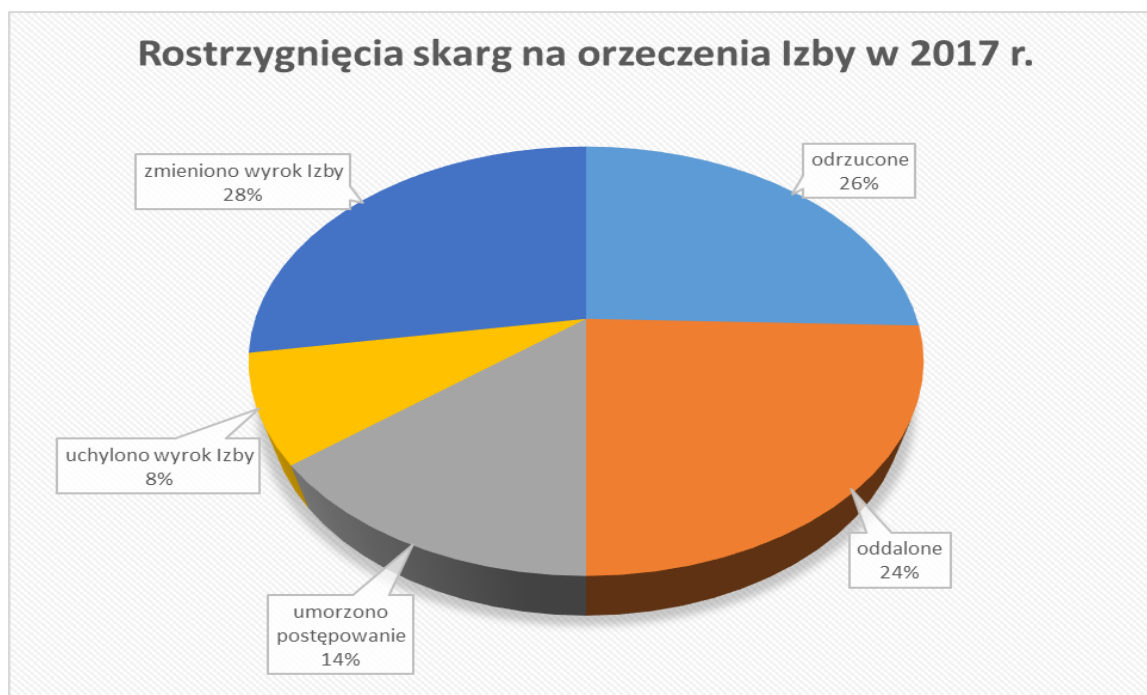
#### 14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby

W 2017 r. wniesiono 159 skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co stanowi 5,7% w stosunku do liczby odwołań rozpoznanych przez składy orzekające.

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



Na podstawie przekazanych Izbie orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na 14 lutego 2018 r.), że w 2017 r. rozpoznano 98 skarg na orzeczenia Izby, w tym: 25 (26%) skarg zostało odrzuconych, 24 skargi zostały oddalone (24%), w 14 sprawach umorzono postępowanie skargowe (14%), uchylono wyrok Izby w 8 sprawach (8%), a w 27 sprawach zmieniono wyrok (28%). W toku jest 61 spraw.



## 15. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy

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

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

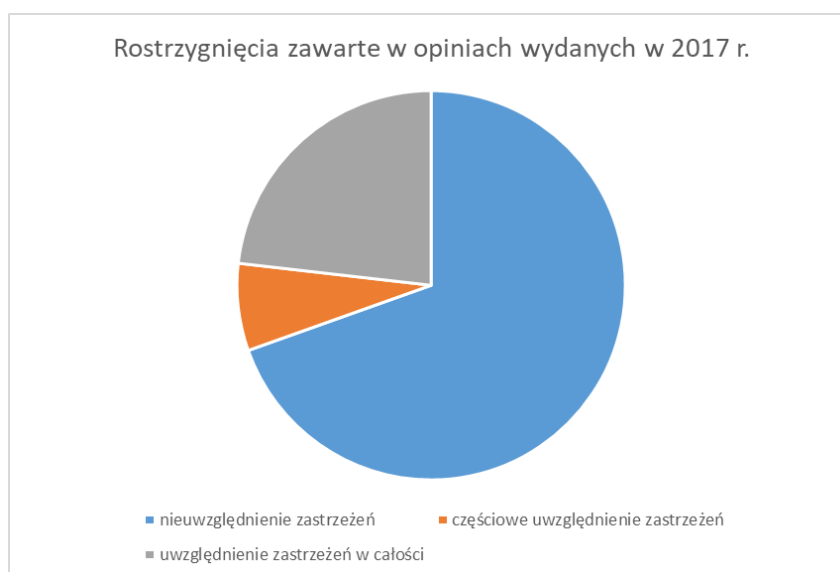
Natomiast w 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała 22 postanowienia w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym: 14 postanowień odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (64%), 3 postanowienia uchylające zakaz zawarcia umowy (13%) oraz 6 postanowień umarzających postępowanie w sprawie wniosku (23%).

## 16. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP

Z art. 167 ust. 1 i art. 171a Pzp wynika uprawnienie zamawiających do zgłaszania do Prezesa Urzędu zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej i uprzedniej. Opinię w przedmiocie tych zastrzeżeń Izba wyraża w formie uchwały podejmowanej w terminie 15 dni od dnia otrzymania zastrzeżeń od wyników kontroli. W 2017 r. wszystkie zastrzeżenia zostały rozpoznane w terminie określonym w art. 167 ust. 3 Pzp.

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

Dla porównania w 2016 r. Izba wydała w formie uchwał 77 opinie, w tym: 62 opinie (81%) nieuwzględniające zastrzeżeń, 9 opinii (12%) częściowo uwzględniające zastrzeżenia oraz 6 opinii (7%) uwzględniających zastrzeżenia w całości.



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

### **1. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz wymagania dotyczące wykonania umowy stawiane wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia**

Dotychczas problem warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stawianych konsorcjum występował w orzecznictwie Izby sporadycznie, przede wszystkim z uwagi na brzmienie art. 23 ust. 3 Pzp, który nakazywał stosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Ustawa nowelizująca, wdrażając do polskiego porządku prawnego art. 19 Dyrektywy klasycznej, wprowadziła jednak wyjaśnienie tego przepisu wynikające z orzecznictwa TSUE, które prezentowało pogląd, że odpowiednie stosowanie przepisów o wykonawcach do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie wymaga kształtowania takich samych warunków podmiotowych dla pojedynczego wykonawcy i dla wykonawców działających wspólnie.

Przepis art. 23 ust. 5 Pzp wprowadził wyraźną dyspozycję dla zamawiających do określania w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców działających wspólnie warunków udziału w postępowaniu – kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej i zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Tym samym ustawodawca usankcjonował już istniejącą na rynku zamówień publicznych praktykę zastrzegania przez zamawiających wymogów, aby np. oczekiwane doświadczenie zawodowe w realizacji kilku różnych obiektów np. liniowej inwestycji drogowej i obiektu inżynierskiego oraz w dostawach w ten sposób, że roboty inwestycji drogowej i obiektu musi spełnić jeden z wykonawców działających wspólnie samodzielnie. Omawiany przepis dotyczy bowiem określenia przez ustawodawcę innego sposobu spełnienia warunku, niż przewidziany dla pojedynczego wykonawcy. Rolą Izby na kanwie tego przepisu jest najczęściej ocena, czy różnice w opisie sposobu spełniania warunku udziału są uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Przy czym proporcjonalność na gruncie tego przepisu jest badana w odniesieniu do sytuacji pojedynczego wykonawcy i wykonawców działających wspólnie, a więc rolą Izby jest ocena, czy ustanowienie odmiennego sposobu spełniania warunku nie doprowadzi do zachwiania równowagi konkurencyjnej w postępowaniu pomiędzy tymi grupami wykonawców.

Przykładami orzeczeń, w których Izba badała proporcjonalność sposobu spełniania warunków udziału są wyroki wydane:

1. 6 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 940/17 i KIO 943/17, w którym Izba badała wymogi zamawiającego ograniczające łączenie potencjałów wykonawców działających wspólnie dla wykazywania kilku rodzajów wskaźników dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz ograniczające to łączenie potencjałów w odniesieniu do zdolności zawodowej (doświadczenia złożonego z kilku robót budowlanych i dostaw).
2. 21 lipca 2017 r. sygn. akt 1386/17, w którym Izba dokonywała oceny proporcjonalności wymagania, aby jeden z kilku warunków odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej dotyczący kilku wskaźników finansowych był spełniony przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i dopuszczalności wprowadzenia zakazu łączenia potencjałów wykonawców działających wspólnie w zakresie tego podwarunku.
3. 31 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1731/17, w którym Izba badała dopuszczalność wykazania uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej przez dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z których każdy będzie realizował tę część zamówienia, dla której posiada uprawnienia, natomiast żaden z nich nie ma uprawnień umożliwiających mu wykonanie całości zamówienia. W tym wyroku Izba analizowała także dopuszczalność dysponowania wymaganymi certyfikatami środowiskowymi tylko przez jednego z wykonawców działających wspólnie.
4. 29 września 2017 r. sygn. akt KIO 1902/17, odnoszący się do obiektywnego uzasadnienia zastrzeżenia konieczności wykazania całego warunku doświadczenia zawodowego, całego warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz warunku dotyczącego potencjału technicznego przez jednego z wykonawców łącznie ubiegających się o udzielenie zamówienia i niedopuszczenia możliwości łączenia potencjałów w ramach wykonawców działających wspólnie.
5. 12 października 2017 r. sygn. akt KIO 1992/17, który dotyczył możliwości wykazania uprawnień zawodowych niezbędnych do realizacji zamówienia – prowadzenia działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów – przez jednego z dwóch wykonawców działających wspólnie i wykazania uprawnień zawodowych w zakresie odbioru elektroodpadów przez drugiego z wykonawców.

Badając ustalony przez zamawiającego sposób oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Izba każdorazowo analizowała przedmiot zamówienia, jego charakter, unikatowość i złożoność, a także brała pod uwagę rodzaj postawionego warunku i przez ten pryzmat oceniała dopuszczalność sumowania potencjałów wykonawców działających wspólnie, bądź uznania przez zamawiającego, że dany potencjał powinien być przypisany w całości jednemu z wykonawców działających wspólnie.

Izba, analizując sposób oceny warunku posiadania kompetencji i uprawnień zawodowych, dopuściła rozdzielnie uprawnień pomiędzy konsorcjantów, jeśli przedmiot zamówienia obejmował rozdzielne zakresy świadczenia różnych usług regulowanych. Natomiast badając warunki dotyczące sytuacji finansowej i ekonomicznej Izba wzięła pod uwagę rodzaj postawionego warunku i przy określeniu przez zamawiającego kilku wskaźników finansowych badających sytuację ekonomiczną wykonawców uznała za dopuszczalne żądanie, aby wszystkie te wskaźniki w całości wykazał jeden wykonawca. Z kolei przy zdolności ekonomicznej wykazywanej opłaconą polisą ubezpieczeniową KIO uznała za dopuszczalne zsumowanie potencjałów działających wspólnie wykonawców. Podobnie w przypadku doświadczenia zawodowego Izba – badając przedmiot zamówienia w świetle postawionych warunków dla inwestycji, w ramach której miały być zrealizowane różne obiekty standardowo wykonywane przez wyspecjalizowane w danym rodzaju obiektów firmy – dopuściła sumowanie potencjałów, zaś w zamówieniu na inwestycję o dużym stopniu złożoności i wzajemnym powiązaniu poszczególnych rodzajów robót budowlanych, Izba uznała, że w takiej sytuacji żądanie zamawiającego, aby to jeden z wykonawców działających wspólnie wykazał się taką realizacją, było obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne.

Z przedstawionego orzecznictwa wynika, że ustalenie przez zamawiającego odmiennego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum jest zależne od specyfiki przedmiotu zamówienia i charakteru stawianego warunku, które powinny być przeanalizowane przez zamawiającego przed podjęciem decyzji o zróżnicowaniu sposobu oceny w odniesieniu do wykonawców działających wspólnie i wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

Ustawa nowelizująca wprowadziła także w art. 23 ust. 6 Pzp dopuszczalność określenia warunków realizacji zamówienia przez wykonawców działających wspólnie w inny sposób, niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Orzecznictwo Izby wydane w okresie sprawozdawczym nie wskazało na częste problemy zamawiających lub wykonawców związane ze stosowaniem tego przepisu. Zaznaczył się jednak problem podziału obowiązków związanych z wykonaniem umowy między członków konsorcjum w zamówieniu na dostawę

leków dla placówek udzielających świadczeń leczniczych, wynikający z zawartego w art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1638 ze zm.) ograniczenia zbycia wierzytelności powstałej z tytułu wykonania świadczeń objętych zamówieniem. W wyrokach z 14 marca 2017 r. sygn. akt KIO 353/17 i z 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 758/17 Izba badała rodzaj czynności poszczególnych członków konsorcjum pod kątem ograniczeń wynikających z powołanego przepisu.

Dla problematyki wykazywania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie istotne okazało się orzeczenie TSUE z 4 maja 2017 r. (sprawa C-131/14 Esaprojekt). W związku z poglądem wyrażonym przez TSUE Izba stanęła przed koniecznością analizy, czy wykonawca, który wykazuje doświadczenie nabyte uprzednio w ramach konsorcjum, może wykazać całość takiego zamówienia, czy też jego udział jest ograniczony do takiego zakresu zamówienia, jaki był przez tego wykonawcę realnie wykonany.

W wyrokach z 26 maja 2017 r. sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17 i KIO 933/17 oraz z 4 października 2017 r. sygn. akt KIO 1987/17 Izba opowiedziała się za koniecznością badania rzeczywistego wykonania zakresu zamówienia przez wykonawcę powołującego się na doświadczenie nabyte w konsorcjum oraz uznała to za obowiązek zamawiającego bez konieczności ustalania reguł takiego badania w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Natomiast w wyroku z 18 września 2017 r. sygn. akt KIO 1854/17 Izba doszła do przekonania, że zamawiający, w celu uzyskania uprawnienia do takiego badania doświadczenia wykonawcy, musiałby określić warunki badania rzeczywistego udziału poszczególnych członków w dokumentach wszczynających postępowanie. W ocenie Izby takie uregulowanie dawałoby wykonawcy szansę na analizę swoich możliwości udziału w postępowaniu i skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Nowe regulacje dotyczące wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia są odpowiedzią na potrzeby rynku zamówieniowego, który od kilku lat dostrzega trudność w sprawiedliwym i konkurencyjnym wyważeniu interesów dużych wykonawców zdolnych wykonać zamówienie samodzielnie oraz wykonawców mniejszych lub wchodzących na rynek, którzy bez sumowania potencjałów nie mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający sięgają do możliwości określenia sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum, również wykonawcy korzystają z możliwości kontroli zamawiającego przy stosowaniu art. 23 ust. 5 Pzp. Pomimo tego, że z perspektywy orzeczniczej spory dotyczące art. 23 ust. 6 Pzp nie są częste, różnicowanie opisu sposobu spełniania warunków udziału jak i warunków realizacji zamówienia powinno przyczynić się do zrównania sytuacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

i wykonawcy, który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Izba zgodnie wskazuje na konieczność wykazania realności nabytego doświadczenia w ramach wspólnej realizacji zamówienia, co ma znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

## **2. Aktualność oświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia**

Przepisy ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji nakazywały, aby oświadczenia i dokumenty składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia najpóźniej w dacie, w której upływał termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ustawa nowelizująca wprowadziła nową regulację art. 26 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Jednocześnie art. 25a ust. 1 Pzp nakazuje wykonawcy złożenie oświadczenia dotyczącego nie podleganiu wykluczeniu z postępowaniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu lub spełnianiu kryteriów selekcji.

Nowy stan prawny wymagał odpowiedzi na pytanie o aktualność orzecznictwa Izby ukształtowanego na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów ustawy. W początkowym okresie obowiązywania nowych przepisów został wyrażony pogląd opowiadający się za kontynuacją dotychczasowej linii orzeczniczej, zgodnie z którą oświadczenia i dokumenty składane zamawiającemu w wyniku wezwania dokonanego na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp powinny być aktualne na dzień, w którym upływał termin składania wniosków lub ofert (wyrok z 8 marca 2017 r. sygn. akt KIO 366/17). Izba wypracowała jednak jednolite stanowisko, w myśl którego dokumenty składane w wyniku wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp mają być aktualne na dzień złożenia, czyli mogą być wystawione po dacie składania ofert lub wniosków.

Już w wyroku z 19 grudnia 2016 r. sygn. akt KIO 2249/16 Izba uznała za błędne rozumowanie zasadzające się na tym, iż wykonawca zobowiązany jest legitymować się posiadaniem dokumentów według stanu obowiązującego w dniu składania ofert. Izba stanęła na stanowisku, że wykonawca może posługiwać się dokumentami odzwierciedlającymi stan po terminie składania ofert. Aktualność poszczególnych dokumentów została określona w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, gdzie podano jedynie dolne granice ich

ważności. Rozporządzenie to wskazuje więc jedynie, kiedy najwcześniej może zostać wystawione takie zaświadczenie, nie reguluje natomiast kwestii, kiedy najpóźniej dokument może zostać sporządzony. Oznacza to, że nie można złożyć celem potwierdzenia spełnienia wymagań dokumentu starszego niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub wniosków (w przypadku zaświadczenia z ZUS), ale dopuszczalne jest złożenie dokumentu bardziej aktualnego, tj. wystawionego po dacie składania ofert lub wniosków.

Rozwinięciem tego rozumowania jest odwołanie się w wyroku z 9 marca 2017 r. sygn. akt KIO 352/17 do intencji ustawodawcy unijnego przez przywołanie motywu 85 preambuły do dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałoby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. W wyroku tym wyrażono pogląd, że wymaganie, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, składając wraz z ofertą wstępne oświadczenie, jednocześnie dysponował kompletem dokumentów, potwierdzających spełnienie wymagań i brak podstaw wykluczenia nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków, byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji Pzp, a także sprzeciwiałoby się intencjom ustawodawcy unijnego. Izba wskazała, że przedłożone, w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp, oświadczenia i dokumenty stanowią potwierdzenie okoliczności uprzednio wykazanych we wstępnym oświadczeniu, a przez fakt, że są aktualne na dzień ich złożenia, potwierdzają, że stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę i brak podstaw wykluczenia nie uległ zmianie i ma charakter ciągły.

Również w wyroku z 19 października 2017 r. sygn. akt KIO 2056/17 Izba potwierdziła, że w obowiązującym stanie prawnym warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert lub wniosków i trwać przez całe postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego. Natomiast dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp, mają być aktualne na dzień ich złożenia. Izba podkreśliła, że należy odróżnić pojęcie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia od procedury dokumentowania tych okoliczności.

Prezentowany kierunek wykładni znajduje także uzasadnienie w treści art. 26 ust. 2f Pzp, który pozwala Zamawiającemu, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń



lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Zwrócono na to uwagę w wyrokach z 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17 i z 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 785/17.

Omawiana regulacja nie określa odrębnych zasad dotyczących składania dokumentów w przypadku, gdy zamawiający żąda ich przedstawienia w innym momencie, niż to wynika z ogólnej reguły. Wskazuje jedynie inny moment złożenia dokumentów. W takiej sytuacji wykonawcom także służy prawo do uzupełnienia dokumentów brakujących, niekompletnych lub budzących wątpliwości w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Ocena aktualności dokumentów odbywa się wówczas według tych samych zasad, co w przypadku złożenia ich bez konieczności uzupełnienia. Zmiana art. 26 ust. 3 Pzp polega na wykreśleniu stwierdzenia, że złożone na wezwanie dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków. Znowelizowany przepis nie wskazuje daty, na jaką złożone dokumenty mają potwierdzać określone okoliczności. Izba problem ten analizowała w wyroku z 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 785/17, wskazując, że skoro pierwotne dokumenty mają być aktualne na dzień ich złożenia, to w ten sam sposób należy potraktować kwestię aktualności uzupełnianych dokumentów i przyjmować, że również one winny być aktualne na dzień ich złożenia.

Powołane zasady wykładni nie obowiązują jednak w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W postępowaniach tych dokumenty potwierdzające spełnianie warunków oraz brak podstaw do wykluczenia muszą potwierdzać stan na dzień składania ofert lub wniosków. Zgodnie z art. 131e ust. 2 Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1. Ponadto, stosownie do art. 131e ust. 2a pkt 1 Pzp w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepisów ustawy dotyczących jednolitego dokumentu nie stosuje się.

W wyroku z 31 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 109/18 Izba jednoznacznie wskazała, że w przypadku zamówień obronnych obowiązują zasady sprzed nowelizacji z 2016 r., tj. składane dokumenty mogą być wystawione z datą późniejszą, muszą jednak potwierdzać stan istniejący na dzień składania ofert lub wniosków. Izba podkreśliła, że odmiennego stanowiska nie można wywodzić z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który również obowiązuje w przypadku zamówień obronnych. Nie wynika z niego jednak, że dokumenty składane

w postępowaniach obronnych mogą potwierdzać stan późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków.

W przypadku zaś zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, pozostaje wciąż otwarte pytanie, na jakich zasadach należy składać oświadczenia i dokumenty, gdyż nie istnieją odrębne regulacje dotyczące ich żądania i składania. Polski ustawodawca w dziale III rozdziału 6 ustawy nie odsyła ani do art. 25 Pzp, zawierającego upoważnienie ustawowe do wydania rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okresu ich ważności oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane, ani do art. 25a Pzp, określającego obowiązek żądania przedłożenia tzw. wstępnego oświadczenia. Brak również odesłania do chociażby odpowiedniego zastosowania przepisów art. 26 czy też art. 24aa Pzp.

Reasumując, zgodnie z wprowadzoną regulacją wykonawcy nie są obecnie zobligowani do składania wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wszystkich oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Zamawiający dokonuje oceny spełniania wymagań wyłącznie w oparciu o dostarczone oświadczenie, które stanowi wstępne potwierdzenie okoliczności wskazanych w art. 25 ust. 1 Pzp. Natomiast dokumenty przedkładane w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp mają być aktualne na dzień złożenia, czyli mogą być wystawione po dacie składania ofert lub wniosków. Jest to słuszne założenie, zgodne również z intencją ustawodawcy unijnego, aby odformalizować i uprościć postępowania przez zmniejszenie wymagań formalnych wobec wykonawców.

### **3. Wykluczenie wykonawcy z powodu wprowadzenia w błąd zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp**

Do dnia wejścia w życie ustawy nowelizującej podstawę wykluczenia wykonawcy, który przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje stanowił art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W obowiązującym stanie prawnym ustawodawca wyodrębnił dwa rodzaje nieprawdziwych informacji, które mogą zostać złożone w postępowaniu, wprowadzając dwie podstawy obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pierwsza podstawa wykluczenia, będąca wynikiem implementacji art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy klasycznej, dotycząca celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd, zawarta została w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zgodnie z którym wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu

lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Drugą podstawą wykluczenia dotyczy nieumyślnego wprowadzenia zamawiającego w błąd i stanowi wdrożenie do polskiego porządku prawnego normy zawartej w art. 57 ust. 4 lit. i Dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykonawca, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przy dokonywaniu wykładni nowych przepisów Izba korzysta z dorobku orzeczniczego powstałego na tle uchylonego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i nierzadko odwołuje się do wcześniej wypracowanej siatki pojęciowej i opartych na niej interpretacjach (np. wyrok z 8 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1509/17).

Izba konsekwentnie wskazuje również, że aby wypełnić hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, wszystkie przesłanki zawarte w tych przepisach muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie wykluczając wykonawcy z postępowania nie naruszył przepisów Pzp (wyroki z: 14 marca 2017 r. sygn. akt 348/17, 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17, 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, 10 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1257/17).

Izba uznaje zatem, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp muszą zostać kumulatywnie spełnione następujące przesłanki:

1. Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd.
2. Błąd polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu.
3. Przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga łącznego zaistnienia przesłanek:

1. Przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd.
2. Przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.
3. Informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Zawarta w obu przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia

sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotne znaczenie ma charakter informacji, gdyż zaznaczyć należy, że w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu. Z kolei wskazanie w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu oznacza, że jest to norma o charakterze generalnym, którą należy wyklądać mając na uwadze systemowo uregulowane zasady prawa zamówień publicznych i każdorazowo oceniać przez pryzmat zaistniałych okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok z 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2705/17). Dla stwierdzenia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp błędne przekonanie zamawiającego powinno mieć znaczenie dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba wypowiedziała się o tej przesłance m.in. w wyrokach z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17 i 30 października 2017 r. sygn. akt KIO 2151/17.

Badając zależności pomiędzy omawianymi podstawami wykluczenia, Izba wielokrotnie wskazywała, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, będąca kwalifikowanym wprowadzeniem zamawiającego w błąd, konsumuje hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp (m.in. w wyrokach z 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 836/17, 20 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1132/17, czy z 19 września 2017 r. sygn. akt KIO 1829/17).

W orzecznictwie wyrażony został również pogląd, że wprowadzające w błąd informacje dotyczą nie tylko oświadczenia własnego wykonawcy, ale także mogą dotyczyć oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, które wykonawca przedkłada zamawiającemu (wyrok z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17).

W wyroku z 12 maja 2017 r. sygn. akt 836/17 Izba podkreśliła, że dla zbadania czynności wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp niezbędne jest ustalenie, czy wykonawca działał umyślnie, z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd (wina umyślna), czy też nieumyślnie, jednakże z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności wymaganej od podmiotu działającego na rynku w sposób profesjonalny (kwalifikowany stopień winy nieumyślnej). Pojęcie „zamierzone działanie” wymaga

wykazania, że jest to świadomie zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Z kolei „rażące niedbalstwo” odnoszone jest do naruszenia reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Jest to szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania wykonawcy, kiedy stopień naganności czynności tak znacząco odbiega od modelu właściwego w danym stanie faktycznym, że nie można go pogodzić nawet z miernikiem typowym dla zwykłej formy winy nieumyślnej. Zatem o przypisaniu winy w tej postaci decyduje zachowanie się wykonawcy, w określonych warunkach sprawy, w sposób znacząco odbiegający od właściwego miernika staranności. Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności – rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości, że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa – kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien był przewidzieć. Stosownie do art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w tym zakresie, stosuje się art. 355 § 1 k.c., zatem przypisanie wykonawcy niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy ten zachował się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego miernika staranności, podwyższonego zgodnie z art. 355 § 2 k.c. w związku z zawodowym charakterem działalności wykonawcy. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Pogląd taki został wyrażony w wyrokach z: 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17, 7 czerwca 2017 r. sygn. akt 1004/17 oraz z 3 lipca 2017 r. sygn. akt 1243/17.

Okoliczności podania informacji nieprawdziwych powinny być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości. Nie jest wystarczające zaistnienie pewnego stanu niepewności lub wywołanie wątpliwości co do rzetelności czy kompletności przedstawionych informacji. Aby mogło dojść do podważenia zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy informacji przedstawionych przez wykonawcę, powinny zostać przedstawione dowody, najczęściej spoza dokumentacji postępowania – wówczas dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy, podważającego stan wiedzy oparty na dokumentacji postępowania (wyrok z 18 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 576/17).

W orzecznictwie kształtuje się interpretacja, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp ocena wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania następuje na moment przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, w oparciu o zgromadzony na etapie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego materiału. To na podstawie przedstawionych przez wykonawców w postępowaniu o zamówienie dokumentów następuje bowiem decyzja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej (wyroki z: 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17 i z 5 maja 2017 r. sygn. akt KIO 734/17).

Orzecznictwo stanęło również wobec konieczności udzielenia odpowiedzi o możliwość samooczyszczenia się (*self-cleaning*) wykonawcy, wobec którego zaistniały podstawy do wykluczenia z postępowania zawarte w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp, czyli relacji tych przepisów z art. 24 ust. 8 Pzp. Izba podzieliła wypracowaną linię wykładni dotyczącą samej procedury *self-cleaningu*, zaś w zakresie wykluczenia wykonawcy wyłącznie z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd szczególnego znaczenia nabrało zagadnienie oceny okoliczności faktycznych, w jakich doszło do posłużenia się przez wykonawcę nieprawdziwymi informacjami, a także jakie działania wykonawca przedsięwziął po ich podaniu zamawiającemu. Zaznaczono, że nie da się jednoznacznie wykluczyć zaistnienia sytuacji, w szczególności gdy procedura udzielenia zamówienia publicznego jest rozłożona w dość długim czasookresie, w której po złożeniu dokumentu JEDZ zmieniają się okoliczności dotyczące składającego ten dokument wykonawcy, w ten sposób, że ujawnią się nowe, nieznanne wcześniej wykonawcy okoliczności, które mogą mieć wpływ na ocenę sytuacji wykonawcy w postępowaniu, co w konsekwencji może wprowadzać zamawiającego w błąd (wyroki z: 21 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1087/17, 6 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1138/17, 14 września 2017 r. sygn. akt 1751/17). Uznano, że powinno się odróżnić sytuację wykonawcy, który po stwierdzeniu, iż informacje przekazane zamawiającemu są nieprawdziwe, podejmuje czynności mające na celu usunięcie tego stanu, od wykonawcy, który nie podejmuje żadnych środków i działań, pomimo możliwości samodzielnego wyjaśnienia zamawiającemu okoliczności złożenia oferty z nieprawidłowymi informacjami (wyroki z: 6 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1138/17 oraz z 19 września 2017 r. sygn. akt 1829/17). Ponadto, badając to zagadnienie, Izba wielokrotnie podkreślała brak możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej, mającej wpływ na wynik postępowania, informacją prawdziwą (tak m.in. w wyrokach z: 4 maja 2017 r. sygn. akt 734/17, 7 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1004/17, 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1058/17, 4 października 2017 r. sygn. akt 1987/17, 10 października 2017 r. sygn. akt 2003/17).

Nie ulega wątpliwości, że omówione przesłanki wykluczenia mają na celu ochronę uczciwej konkurencji podczas ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz sprzyjają wykonawcom zachowującym należyłą staranność w toku postępowania o udzielenie zamówienia i chronią ich przed konsekwencjami nieprofesjonalnego lub nierzetelnego zachowania konkurencji, zatem na szczególną uwagę zasługuje zalecenie Izby wskazane w wyroku z 14 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1085/17, że okres przeznaczony

na opracowanie oferty, czyli od opublikowania lub zamieszczenia ogłoszenia o postępowaniu do upływu terminu na składanie ofert powinien być wykorzystany przez wykonawcę nie tylko do sporządzenia i złożenia oferty, ale także do sprawdzenia czy podawane informacje są rzetelne i w sposób możliwie najpełniejszy oddają aktualny stan rzeczy.

#### **4. Wykluczenie wykonawcy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp**

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp określający podstawę wykluczenia wykonawcy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy został wprowadzony do Pzp ustawą nowelizującą i stanowi wdrożenie do porządku krajowego regulacji art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej. Zgodnie z regulacją prawa krajowego omawiana podstawa wykluczenia może znaleźć zastosowanie w odniesieniu do wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Ustawodawca krajowy zdecydował się nadać omawianej podstawie wykluczenia charakter fakultatywny, w związku z tym może ona znaleźć zastosowanie wyłącznie w przypadku przewidzenia jej w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ lub w zaproszeniu do negocjacji.

Orzecznictwo Izby w roku 2017 wyjaśniło przesłankę istotnego stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Ukształtował się pogląd, zaprezentowany m.in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 139/17, zgodnie z którym przesłanki „istotności” niewykonania lub nienależytego wykonania umowy nie należy utożsamiać wyłącznie z określonym stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym. Znaczenie ma bowiem art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej, w którym jest mowa o znaczących lub uporczywych niedociągnięciach w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy. W związku z tym regulacja art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp obejmuje swym zakresem także przypadki spełnienia przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie, jak również powtarzające się nagminnie takie same wady świadczenia wykonawcy, choćby nie w zakresie najistotniejszych wymagań, w tym notoryczne niedochowanie terminu wykonania zamówienia (także wyroki z 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 706/17, czy z 4 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1166/17).

Izba podkreślała doniosłość spoczywającego na zamawiającym obowiązku ustalenia wszystkich przesłanek wykluczenia określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp oraz odniesienia się do nich w treści uzasadnienia informacji o czynności wykluczenia. Stwierdzono, iż brak

wykazania przez zamawiającego chociażby jednej z przesłanek uregulowanych przez ustawodawcę w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy na jego podstawie (wyroki z: 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 741/17, KIO 746/17, 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 782/17, 4 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1166/17, 19 października 2017 r. sygn. akt KIO 2095/17, 11 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2522/17).

Z analizy stanów faktycznych spraw rozpoznawanych przez Izbę wynika, iż szczególnie trudnościami napotykała konieczność wykazania przez zamawiających przesłanki, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz przesłanki istotności niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zamawiający podejmowali decyzję o zastosowaniu przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp wyłącznie na podstawie posiadanych informacji, że z danym wykonawcą inny zamawiający rozwiązał umowę w sprawie zamówienia publicznego, odstępując od ustalania pozostałych przesłanek składających się na tę podstawę wykluczenia. W takich przypadkach Izba uznawała, iż wobec zaniechania przez zamawiającego wykazania wszystkich przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, czynność ta została przez niego dokonana z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (wyroki z: 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 741/17, KIO 746/17, 4 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1166/17, 19 października 2017 r. sygn. akt KIO 2095/17). W orzecznictwie Izby prezentowano pogląd, że zamawiający nie może opierać się wyłącznie na informacji otrzymanej od innego zamawiającego, lecz musi dokonać własnej oceny pod kątem ziszczenia się wszystkich przesłanek wykluczenia wykonawcy wskazanych przez ustawodawcę (wyroki z: 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 741/17, KIO 746/17, 4 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1166/17). Izba za spóźnione uznawała wykazywanie przesłanek wykluczenia przez zamawiającego dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Znaczenie treści uzasadnienia czynności wykluczenia wykonawcy było przez Izbę poruszane również na płaszczyźnie proceduralnej, tj. w kontekście zakresu zaskarżenia i rozpoznania odwołania przez Izbę (wyroki z: 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 741/17, KIO 746/17, 11 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2522/17). Wskazywano, iż w ramach postępowania odwoławczego ocenie Izby poddawana jest czynność zamawiającego, wynikająca z treści przekazanego wykonawcy zawiadomienia, z uwzględnieniem wskazanej tam podstawy prawnej i faktycznej. Tylko od takiej czynności wykonawcy przysługuje uprawnienie do złożenia odwołania i podniesienia zarzutów opartych na wskazanych przez zamawiającego podstawach. W konsekwencji treść uzasadnienia czynności wykluczenia warunkuje również zakres rozpoznania sprawy przez Izbę.

Z wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp ściśle związana jest wprowadzona ustawą nowelizującą nowa instytucja przewidująca możliwość



tw. samooczyszczenia wykonawcy (*ang. self-cleaning*). Została ona uregulowana w przepisach art. 24 ust. 8-10 Pzp i polega na możliwości przedstawienia przez wykonawcę, co do którego zachodzi podstawa wykluczenia, dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Zasady wykazania przez wykonawcę podjęcia działań naprawczych budzą dylematy widoczne w orzecznictwie. Jednym z nich jest kwestia przyznania przez wykonawcę faktu popełnienia deliktu jako warunku koniecznego uznania procedury tzw. samooczyszczenia za skuteczną. Za takim poglądem opowiedziała się Izba w wyrokach z 3 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 139/17 oraz z 8 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1034/17. Odmienne stanowisko, zaprezentowane w wyroku z 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 706/17, zostało wywiedzione z istoty (celu) instytucji samooczyszczenia, jaką jest konieczność wykazania przez wykonawcę jego rzetelności, tj. udowodnienia podjęcia wszelkich możliwych działań, nakierowanych na to, aby sytuacje skutkujące zaistnieniem wobec niego podstawy wykluczenia nie wystąpiły w przyszłości.

W związku z rozpoznawaniem zarzutów dotyczących naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp pojawiło się także zagadnienie (wspólne dla wszystkich podstaw wykluczenia), czy zamawiający jest zobowiązany do sygnalizacji wykonawcy zamiaru wykluczenia go z postępowania.

Sygnalizacja ta może polegać, po pierwsze, na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia treści JEDZ w zakresie odnoszącym się do określonej podstawy wykluczenia, a po drugie, na poinformowaniu go o stwierdzeniu występowania podstawy wykluczenia i umożliwieniu mu przedstawienia dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp (wyrok z 9 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 163/17). W orzecznictwie Izby zaprezentowany został również pogląd, że przed podjęciem czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania zamawiający obowiązany jest umożliwić mu wykazanie przeprowadzenia procedury samooczyszczenia (wyrok z 4 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1166/17).

W wyroku z 23 października 2017 r. sygn. akt KIO 2106/17 Izba opowiedziała się za poglądem, zgodnie z którym zamawiający nie jest zobowiązany do wzywania wykonawcy do przedstawienia dowodów, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp, co oznacza, że ich przedstawienie na etapie oceny podmiotowej jest obowiązkiem wykonawcy.

W omawianych rozstrzygnięciach istotne znaczenie mają niezwykle złożone i skomplikowane stany faktyczne poszczególnych sporów odwoławczych, zwłaszcza w sytuacji, gdy strony postępowania przed Izbą są jednocześnie w trakcie sporu sądowego dotyczącego poprzedniej umowy. Oświadczenia składane w postępowaniu odwoławczym

związane z okolicznościami faktycznymi i ocenami prawnymi badanymi przez sąd mogą mieć znaczenie dla rezultatów postępowania sądowego.

Z analizy treści wnoszonych do Izby odwołań wynika, iż zarzuty odnoszące się do postawy wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp często są podnoszone łącznie z zarzutami naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. W orzecznictwie Izby zwrócono uwagę, że powiązanie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp z zarzutami dotyczącymi art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp rodzi ten skutek procesowy, że brak potwierdzenia zarzutu zaniechania wykluczenia z powodu nienależytego wykonania lub niewykonania umowy oznacza, że zamawiający nie został wprowadzony w błąd przez wykonawcę (wyrok z 12 maja 2017 r. sygn. akt KIO 782/17, wyrok z dnia 12 października 2017 r. sygn. akt KIO 1992/17).

Na podkreślenie zasługuje, że dla wyniku postępowania odwoławczego dotyczącego wykluczenia wykonawcy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. przesądzające znaczenie ma rozkład ciężaru dowodu oraz wynikające z niego powinności stron postępowania. Dotyczy to z jednej strony odwołującego – w przypadku, gdy w odwołaniu stawiany jest zarzut zaniechania wykluczenia innego wykonawcy (wyrok z 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 706/17), a z drugiej strony zamawiającego – w sytuacji, gdy odwołanie wnosi wykonawca, w odniesieniu do którego zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu z postępowania (wyrok z 4 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1166/17).

Znaczenie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp dla prawidłowego i efektywnego udzielania zamówień publicznych pozwala oczekiwać kolejnych rozstrzygnięć na tle nowych stanów faktycznych.

## **5. Problematyka procedury odwróconej w orzecznictwie Izby**

Ustawą nowelizującą wprowadzono do Pzp tzw. procedurę odwróconą, o której stanowi art. 24aa Pzp. Regulacja ta stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 dyrektywy klasycznej, w którego świetle w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji. W zamyśle ustawodawcy procedura odwrócona miała zmniejszyć obowiązki formalne na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia przez ograniczenie konieczności złożenia dokumentów podmiotowych i ich oceny tylko w odniesieniu do jednego wykonawcy, co ma znaczenie dla przyspieszenia procesu udzielenia zamówienia.

Istotę procedury odwróconej na gruncie Pzp wyraża art. 24aa ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca,

którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. W orzecznictwie Izby zwracano uwagę, że procedura odwrócona polega, w pierwszej kolejności, na zbadaniu ofert pod kątem przesłanek odrzucenia wynikających z art. 89 ust. 1 Pzp oraz ustalonych kryteriów oceny ofert. Następnie, i tylko w odniesieniu do wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną jako najkorzystniejszą (ofertę, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w przyjętych w danym postępowaniu kryteriach oceny ofert), zamawiający przechodzi do badania sytuacji podmiotowej wykonawcy, tj. kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Stanowisko takie zaprezentowane zostało w wyrokach Izby z 17 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 44/17, 13 marca 2017 r. sygn. akt KIO 359/17, czy z 20 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 643/17.

W przywołanym orzeczeniu z 17 stycznia 2017 r. Izba dokonała rozróżnienia pojęć „oferty ocenionej jako najkorzystniejsza” (art. 24aa ust. 1 Pzp) oraz „wyboru najkorzystniejszej oferty”, o którym mowa w art. 91 ust. 1 Pzp, stwierdzając, że zamawiający nie ma obowiązku wyboru oferty ocenionej pierwotnie jako najkorzystniejsza, jeżeli podlega ona odrzuceniu. W tej sprawie odwołujący zaskarżył zaniechanie wyboru złożonej przez niego oferty ocenionej jako najkorzystniejszej, pomimo że wobec zastosowania trybu przewidzianego w art. 24 aa ust. 1 Pzp, tj. dokonania oceny ofert, ustalenia braku podstaw do wykluczenia odwołującego oraz spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, a także pomimo nie uchylania się od zawarcia umowy, oferta odwołującego została odrzucona. Odwołujący argumentował, że zastosowanie procedury odwróconej uniemożliwiało odrzucenie oferty po dokonaniu jej oceny jako najkorzystniejszej. Dopiero w przypadku nieuczynienia przez odwołującego zadość wezwaniu do przedstawienia informacji i dokumentów (art. 26 ust. 2 Pzp), zamawiający byłby uprawniony do jego wykluczenia. Odwołujący stwierdził, że skoro jego oferta nie podlegała odrzuceniu na etapie oceny, to w wypadku wykonania takiego wezwania z art. 24 aa ust. 2 Pzp *a contrario* wynika, że zamawiający powinien prowadzić postępowanie w dalszym ciągu i dokonać ostatecznego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i niepodlegającej wykluczeniu, a ostatecznie zawrzeć z nim umowę. Oddalając odwołanie, skład orzekający podkreślił, że formalizm, w tym wypadku wynikający z procedury odwróconej (najpierw ocena merytoryczna, a potem kwalifikacja podmiotowa), sam w sobie nie może decydować o automatycznym wyborze oferty odwołującego, tylko dlatego, że Zamawiający przeszedł z etapu oceny merytorycznej oferty na etap kwalifikacji podmiotowej. Wyjaśniając różnicę pomiędzy oceną oferty a jej wyborem, Izba wskazała, że ten ostatni jest wynikiem szerszego procesu wybierania oferty, na który składa się czynność oceny oferty. Zamawiający nie tylko

może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 12 Pzp), ma także obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy w wypadku zaistnienia jakiegokolwiek z przesłanek wynikających z art. 89 ust.1 Pzp.

W okresie sprawozdawczym Izba wypowiedziała się również w kwestii dopuszczalności rezygnacji ze stosowania procedury odwróconej. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że przepis art. 24aa ust. 1 Pzp określa warunek, od którego spełnienia zależy możliwość zastosowania procedury odwróconej (przewidzenie takiej możliwości w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu), nie przesądza jednak o dopuszczalności rezygnacji ze stosowania omawianej procedury. Zagadnienie to było przedmiotem rozważań Izby w wyroku KIO z 20 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 643/17. W sprawie tej skład orzekający wskazał, że możliwa i dopuszczona jest rezygnacja z prowadzenia postępowania na podstawie art. 24aa ustawy, jednakże musi ona nastąpić przed terminem składania ofert, jak również musi być jednoznacznie przedstawiona podmiotom chcącym ubiegać się o zamówienie; niedopuszczalna jest dorozumiana rezygnacja z procedury odwróconej, jak również rezygnacja z tej procedury po terminie składania ofert.

W orzecznictwie Izby problematyka procedury odwróconej zaznaczyła się również w kontekście zagadnienia związanego z postępowaniem odwoławczym, a to materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. W wyrokach z 9 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 99/17, KIO 100/17 oraz z 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 367/17 Izba zajmowała się kwestią legitymacji do wniesienia odwołania przez wykonawcę, którego oferta, w warunkach prowadzenia postępowania przy zastosowaniu procedury odwróconej, uplasowała się na dalszej pozycji w rankingu oceny ofert. W przywołanych orzeczeniach składy orzekające uznawały, że odwołującym się wykonawcom, których oferty zajmują kolejne pozycje w rankingach oceny ofert, przysługuje legitymacja do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Uzasadniając taki pogląd, podkreślano, że brak kwestionowania wszystkich ofert wyżej sklasyfikowanych i ograniczenie się wyłącznie do podważenia wyboru ofert najkorzystniejszych nie może uzasadniać wniosku o braku interesu w uzyskaniu zamówienia, bądź możliwości poniesienia szkody. Izba akcentowała bowiem, że w procedurze odwróconej zamawiający przeprowadza kompleksowe badanie, uwzględniające zarówno ofertę, jak i sytuację podmiotową wykonawcy tylko w stosunku do tego wykonawcy, który złożył ofertę uznaną za najkorzystniejszą.

W zamyśle ustawodawcy procedura odwrócona miała uprościć i przyspieszyć proces udzielania zamówień publicznych, redukując czynności zamawiającego w zakresie badania sytuacji podmiotowej wykonawców do niezbędnego minimum, tj. w stosunku do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza. Z ograniczeniem zaangażowania

zamawiającego w czynność wyboru najkorzystniejszej oferty związane jest poszerzenie możliwości kwestionowania tej czynności przez rozszerzenie kręgu wykonawców spełniających przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp. Dla przyszłej oceny procedury odwróconej może mieć znaczenie zagadnienie, które nie zaznaczyło się w orzecznictwie Izby w minionym roku tj. problematyka uchylania się wykonawcy, którego oferta wybrana została jako najkorzystniejsza w tej procedurze, od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 24aa ust. 2 Pzp).

## **6. Problematyka podwykonawstwa**

Definicję umowy o podwykonawstwo zawiera art. 2 pkt 9b Pzp, który stanowi, iż ilekroć w ustawie jest mowa o umowie o podwykonawstwo – należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Zasadą wynikającą z art. 36a ust. 1 Pzp jest, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wyjątek określa ust. 2 tego artykułu, z którego wynika, iż zamawiający może zastrzec w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi czy też prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy, przy czym nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa traktowane jest jako naruszenie w postępowaniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 36a ust. 2a Pzp wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12–14 na świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót.

Co do zasady wykonawca, który zamierza uczestniczyć w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, samodzielnie decyduje, czy w trakcie realizacji zamówienia będzie korzystał z podwykonawców, czy też całe zamówienie zostanie zrealizowane przez tego wykonawcę. Odmienne regulacje zawarte są w przepisach dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, z których wynika, że zamawiający może zobowiązać wykonawcę do zawarcia umowy o podwykonawstwo, określając w ogłoszeniu o zamówieniu przedział wartości obejmujących minimalny i maksymalny procent wartości umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, który ma być przedmiotem umowy o podwykonawstwo ( art. 131m i nast. Pzp).

Spory rozpoznawane przez Izbę w roku 2017 związane z powołanymi regulacjami umożliwiły ustalenie kierunku interpretacji nowych przepisów wprowadzonych ustawą nowelizacyjną.

Wyjaśnienia domagała się kwestia, czy brak wskazania przez wykonawcę w ofercie nazwy podwykonawcy w sytuacji, gdy zamawiający, działając na podstawie art. 36b ust. 1 Pzp, żądał podania tych nazw, stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powodującą obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Orzecznictwo Izby wypracowało stanowisko, że podanie w ofercie nazw podwykonawców ma charakter informacyjny, w związku z czym brak podania w formularzu ofertowym informacji o podwykonawcach nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w związku z tym nie skutkuje odrzuceniem oferty.

W wyroku z 13 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 192/17 Izba wyraziła pogląd, że za brakiem możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w przypadku braku wskazania w ofercie nazw podwykonawców na żądanie zamawiającego, przemawia m.in. to, iż stosownie do przepisów Pzp wskazany w ofercie podwykonawca na etapie realizacji umowy może być zastąpiony innym oraz dopuszczona jest możliwość późniejszej weryfikacji podwykonawcy. Nadto żądanie wskazania podwykonawcy odnosi się do wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania firm podwykonawców, co uwzględniając art. 71 Dyrektywy klasycznej należy rozumieć jako podanie ewentualnych proponowanych podwykonawców. Tym samym „zamiar”, o którym mowa w art. 36b ust. 1 Pzp odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę. Izba zauważyła także, iż uznanie, że brak podania w ofercie wyczerpującej listy firm podwykonawców, skutkuje odrzuceniem oferty, prowadziłoby do nadmiernego formalizmu oraz skutkowałoby dyskryminacją wykonawców, którzy zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy nie podaliby nazw podwykonawców, którzy nie są im jeszcze znani. Wykonawcy ci znaleźliby się w zdecydowanie gorszej sytuacji niż wykonawcy, którzy podaliby nazwy podwykonawców, pomimo iż takie podmioty w tej roli nie wystąpią, tylko po to, aby uniknąć odrzucenia oferty. Izba stwierdziła również, iż podwykonawstwo dotyczy etapu realizacji zamówienia i podanie nazw podwykonawców ma charakter wtórny, istotne znaczenie ma treść oferty, w rozumieniu opisu i wskazania zakresu zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje, i które zaciąga. Podobne stanowisko zaprezentowała Izba w wyrokach z: 4 września 2017 r. sygn. akt KIO 1756/17, 4 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 534/17 i KIO 540/17, 21 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2336/17. W wyroku z 17 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2320/17 Izba wyraziła również pogląd, że nie ma uzasadnienia dla bardziej rygorystycznego traktowania wykonawców, którzy na etapie składania ofert jeszcze nie znają

podwykonawców, ale już planują część zamówienia powierzyć innym podmiotom, niż tych, którzy dopiero na etapie realizacji zamówienia zdecydują się na powierzenie części zamówienia innemu podmiotowi.

Opowiadając się za omawianym kierunkiem wykładni w wyroku z 22 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 234/17 Izba wyraziła pogląd, iż sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów. Wszelkie niezgodności powinny być oceniane z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia.

Również w wyroku z 4 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1528/17 Izba wyraziła przekonanie, że wskazanie przez wykonawcę zakresu prac, jakie zamierza powierzyć podwykonawcy, ma charakter informacyjny i nie przesądza o zgodności, czy o braku zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Ustalony kierunek wykładni art. 36b ust. 1 Pzp kładzie nacisk na interpretację tego przepisu w kontekście innych regulacji ustawy i k.c. Informacje dotyczące nazw podwykonawców nie stanowią treści oferty *sensu stricto* i w związku z tym brak podania w ofercie informacji o podwykonawcach nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, skutkującej odrzuceniem oferty. Wykonawcy na etapie składania oferty nie muszą znać pełnej listy podwykonawców, a ich wskazanie może nastąpić także na etapie realizacji umowy.

Inaczej przedstawia się sprawa podwykonawstwa w sytuacji, gdy wykonawca polega na zdolnościach lub zasobach innych podmiotów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stosownie bowiem do art. 22a ust. 2 Pzp w takim przypadku wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, przy czym stosownie do ust. 4 tego art. w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te realizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, a zatem, co wielokrotnie jest podkreślane w orzeczeniach Izby, konieczne jest realne zaangażowanie podmiotu trzeciego w wykonanie tych części prac. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, na którego zasobach wykonawca polega, nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu

lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową wymaganą dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Problemem, jaki wielokrotnie wymagał rozstrzygnięcia Izby, była kwestia możliwości powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę w sytuacji, gdy w momencie składania oferty nie wskazywał on w tym zakresie podmiotu trzeciego, lecz opierał się na własnych zdolnościach.

W orzecznictwie Izby w roku 2017 kształtowała się wykładnia wskazanych przepisów ustawy uwzględniająca nie tylko nowe regulacje prawa europejskiego, ale również tezy wynikające z wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt). Wyrażono pogląd, że w sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę dla potwierdzenia spełnienia konkretnego warunku udziału opiera się jedynie na własnych zdolnościach, a okaże się, że przedłożone przez niego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia tego warunku, nie może w ramach uzupełnienia na wezwanie zamawiającego przedstawić dokumentów podmiotów trzecich i dopiero na tym etapie powołać się na ich zdolności w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dyrektywa klasyczna nie przewiduje możliwości powołania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału przez wykonawcę, który w momencie składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach. Pogląd ten został wyrażony w wyrokach z: 21 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2336/17, 16 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1581/17 i 4 września 2017 r. sygn. akt 1755/17. W wyroku z 31 sierpnia 2017 r. sygn. akt 1661/17 Izba podkreśliła, że stanowisko TSUE zostało sformułowane na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, które obowiązują także na gruncie nowych dyrektyw. Zasady te, jak również zasada przejrzystości, stoją na przeszkodzie negocjacom pomiędzy zamawiającym a wykonawcami po otwarciu ofert. Oznacza to, że oferta nie może być modyfikowana, w tym pod względem podmiotowym, po terminie składania ofert, z zastrzeżeniem możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie innym podmiotem trzecim, lub przez samego wykonawcę, który to wyjątek wynika z art. 63 dyrektywy klasycznej i art. 22a ust. 6 Pzp.

W wyroku z 18 lipca 2017 r. sygn. akt 1380/17 Izba potwierdziła możliwość posłużenia się potencjałem podmiotu udostępniającego swoje zasoby, o którym mowa w art. 22a Pzp, zwracając jednocześnie uwagę, że z obowiązujących przepisów dyrektyw,



Pzp oraz orzecznictwa TSUE wynika, iż uprawnienie to jest ograniczone pewnymi warunkami wskazanymi m.in. w art. 22a ust. 2-4 Pzp, jak i w czasie, tj. w chwili składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ewentualnie, jeśli nie było obowiązku takiego wskazania w ofercie lub wniosku – w chwili przedstawiania dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 Pzp. Jeżeli natomiast wykonawca nie uczyni tego w tym momencie, uprawnienie to wygasa.

Podsumowując, należy zauważyć, że zagadnienia związane z podwykonawstwem występują nie tylko na etapie realizacji umów, ale są również istotne w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W roku 2017 ujawniły się problemy wymagające rozstrzygnięcia Izby, dotyczące zarówno oceny zdolności podmiotowej wykonawców, w związku z powołaniem się na zasoby podwykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak czynności badania i oceny ofert, w związku z wymaganiem wskazania nazw podwykonawców w ofercie. Wykładnia przepisów dotycząca podwykonawców w omawianym zakresie pozwala na twierdzenie, że orzecznictwo Izby dokonuje odczytania nowych norm z uwzględnieniem prawa europejskiego i przy poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych.

## **7. Udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów w trybie z wolnej ręki**

Zarzuty dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę odbioru albo odbioru i zagospodarowania odpadów w poprzednich latach wielokrotnie stały się przedmiotem postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Rok 2017 przyniósł nowe zagadnienia orzecznicze związane z wprowadzoną ustawą nowelizującą możliwością zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w związku z udzielaniem tzw. zamówień *in-house*. Stanowią o tym art. 67 ust. 1 pkt 12-15 Pzp, wdrażające do polskiego porządku prawnego art. 12 Dyrektywy klasycznej. Zamówienia *in-house* zostały wyłączone z obowiązku stosowania dyrektyw w sprawie zamówień, natomiast polski ustawodawca zdecydował się na objęcie Pzp takich zamówień dopuszczając możliwość udzielenia ich w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-15 Pzp.

W art. 12 Dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny podsumował dorobek TSUE zapoczątkowany wyrokiem z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal). Stanowisko wypracowane przez TSUE głosi, że wyjątek od stosowania zasady, aby umowa o charakterze odpłatnym została zawarta pomiędzy instytucją zamawiającą a podmiotem prawnie od niej odrębnym, dotyczący udzielania zamówień typu *in-house*, jest uzasadniony argumentem, że władza publiczna, jaką jest instytucja zamawiająca, ma możliwość

wypełniania ciężących na niej w interesie publicznym zadań własnymi środkami o charakterze administracyjnym, technicznym lub innym, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb, oraz że wyjątek ten może być rozszerzony na sytuacje, w których kontrahent jest podmiotem odrębnym od instytucji zamawiającej pod względem prawnym, jeżeli ta ostatnia sprawuje nad wykonawcą kontrolę analogiczną do tej, jaką podmiot ten sprawuje nad własnymi służbami, i gdy wykonuje on zasadniczą część swojej działalności na rzecz instytucji zamawiających, które posiadają w nim udziały. W takich wypadkach można uznać, że instytucja zamawiająca angażuje swoje własne środki – zob. wyroki: z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal), pkt 50, z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 (Stadt Halle i RLP Lochau), pkt 48 i 49 oraz z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-15/13 (Datenlotsen Informationssysteme), pkt 25.

Orzeczenia Izby dotyczące udzielenia zamówienia z wolnej ręki wydane w 2017 r. zapadły na kanwie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–3a Pzp, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

1. Zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób.
2. Ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a.
3. W kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

W wyroku z 7 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 96/17 przedmiotem sporu było zastosowanie przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp do świadczenia usług odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych. Izba badała w tym przypadku spełnienie przesłanek zawartych w tym przepisie w zakresie:

1. Nieprzeprowadzenia przez zamawiającego analizy, czy zastosowanie tego trybu nie narusza zasady uczciwej konkurencji.
2. Nadużycia pozycji dominującej przez zamawiającego.
3. Pojęcia reorganizacji.

4. Wiarygodności prognoz handlowych.
5. Nadużycia pozycji dominującej przez zamawiającego.
6. Wykazania, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego.
7. Obejścia ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach w zakresie nieruchomości zamieszkałych.

Przy wykładni art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp Izba odwołała się do ustawodawstwa europejskiego. Uznała, że przepisy Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, podobnie jak Pzp, „nie nakładają na zamawiającego obowiązku wykazania, że planując udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki jest obowiązany także wykazać, przedstawiając analizy, że nie narusza zasad konkurencji w inny sposób, aniżeli poprzez wykazanie przesłanek wymaganych art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp dla zastosowania tej podstawy prawnej [...]”. Ponadto Izba nie podzieliła twierdzenia odwołującego, że decyzja o udzieleniu zamówienia *in-house* powinna zostać poprzedzona analizą w przedmiocie konkurencji na rynku właściwym dla przedmiotowego zamówienia. Uznano, że skoro Pzp, w tym art. 67 ust. 1 – podobnie art. 12 Dyrektywy klasycznej – takiego obowiązku nie przewiduje, nie można domagać się od zamawiającego przedłożenia takiej analizy w jakiejś szczególnej formie. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem odwołującego i przystępujących po jego stronie wykonawców, że zainteresowanie zamówieniem przez inne podmioty (po ogłoszeniu informacji o zamiarze zawarcia umowy) powoduje, że zamawiający nie może udzielić zamówienia w trybie *in-house*, bo prowadziłoby to do naruszenia konkurencji.

Odnosnie zarzutu nadużycia przez zamawiającego pozycji dominującej na rynku właściwym, Izba nie zgodziła się z wnioskiem płynącym z argumentacji odwołującego, że skorzystanie przez zamawiającego z instytucji *in-house* prowadzi z założenia do nadużycia przez niego pozycji dominującej. Podkreśliła, że zarówno Dyrektywa klasyczna, jak i Pzp regulując instytucję *in-house* uznają uprzywilejowaną pozycję zamawiającego pod warunkiem, że spełnione zostają określone przepisami przesłanki zastosowania tej szczególnej instytucji. W przekonaniu Izby przyznana zamawiającemu niewątpliwa przewaga w wyborze procedury i możliwość zastosowania instytucji *in-house* mogą być postrzegane jako ograniczenie konkurencji, ale tylko w granicach wyznaczonych prawem.

Natomiast badając przesłankę wskazaną w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp, Izba uznała, że reorganizacja w rozumieniu art. 67 ust. 9 Pzp nie musi wyłącznie sprowadzać się do takiego zakresu zmian organizacyjnych, który odpowiadałby utworzeniu nowego podmiotu.

Podobny pogląd został wyrażony w wyroku z 21 kwietnia 2017 r. sygn. akt KIO 625/17, w którym Izba wskazała, że z przepisów Pzp nie wynika, aby dla udzielenia z wolnej ręki zamówienia tzw. *in-house* konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Izba zważyła, że z art. 67 ust. 9 Pzp wynika, że udzielenie zamówienia *in-house* może dotyczyć nowo utworzonej osoby prawnej. Oznacza to, że tworzenie przez zamawiających bezpośrednio lub za pośrednictwem kontrolowanych przez nich osób prawnych nowych spółek w celu udzielenia im zamówienia *in-house* jest dopuszczalne zarówno w świetle dyrektywy zamówieniowej, jak i Pzp.

W orzeczeniu z 7 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 158/17 Izba badała istnienie przesłanek kontroli oraz przeważającego charakteru działalności wykonywanej przez zamawiającego i w tej sprawie doszła do wniosku, że z dokumentów finansowych przedłożonych przez zamawiającego za rok 2015 wynika, że wykonawca, z którym przeprowadzono negocjacje nie spełnia wymogu, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego. W szczególności wzięła pod uwagę, że przychody z działalności – usług świadczonych na rzecz innych niż gmina podmiotów – księgowano na koncie 711 jako przychody z pozostałych usług, a ich stosunek do wielkości przychodów ze świadczenia usług na rzecz gminy stanowi wiarygodny wskaźnik – procent działalności, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 b) Pzp. Wielkość zaksięgowana na koncie 711 znacząco przekracza dopuszczalny maksymalny udział w wysokości 10%. Zakładając nawet, że dopuszczalne są różne metody wyliczenia przedmiotowego wskaźnika, a przedstawione dane wyjściowe dla roku 2016 r. są poprawne, średnioroczny przychód z realizacji zadań powierzonych przez zamawiającego niewątpliwie nie osiąga wymaganego ustawowego poziomu ponad 90%. Złożone do akt rozliczenia finansowe przystępującego na dzień 31 grudnia 2014 r. podobnie wskazują, że około 20% przychodów spółki nie dotyczy działalności zleconej przez gminę. Tym samym skład orzekający, wobec odmiennych wartości ze sprawozdania finansowego za 2015 r. w stosunku do kalkulacji danych do wyliczenia wskaźnika, uznał za wiarygodne informacje ujęte w sprawozdaniach finansowych.

Problem ze spełnieniem przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp miał także wykonawca w sprawie o sygn. akt KIO 328/17. W wyroku z 3 marca 2017 r. Izba stwierdziła, że zamawiający wykazał przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) i c) Pzp, natomiast ani w informacji o zamiarze zawarcia umowy, ani w toku postępowania odwoławczego zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp., odnoszącej się do procentowego udziału działalności

dotyczącej wykonywania zadań powierzonych spółce przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę. Celem wykazania, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę, koniecznym było – mając na uwadze, że ze względu na rozpoczęcie działalności spółki w roku 2016 r, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata są niedostępne – ustalenie procentu działalności, o którym mowa w lit. b) za pomocą „wiarygodnych prognoz handlowych” (art. 67 ust. 9 Pzp). Tymczasem w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy brak było jakichkolwiek informacji o ustaleniu procentu działalności spółki kontrolowanej, co więcej również w toku rozprawy zamawiający nie wykazał, że spełnienie wymagania co do procentowego udziału działalności zostało ustalone zgodnie z wymaganiami art. 67 ust. 9 Pzp, tj. w oparciu o wiarygodne prognozy handlowe.

W wyroku z 27 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2567/17 Izba sprzeciwiła się pogładowi, że zawarcie porozumienia pomiędzy dwiema gminami wyłącznie na podstawie art. 74 ustawy o samorządzie gminnym uprawnia jedną z nich do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na odbiór i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości znajdujących się na terenie drugiej z tych gmin. Izba w przedmiotowej sprawie wzięła pod uwagę wyrok TSUE z dnia 13 czerwca 2013 r. w sprawie C-386/11 (Piepenbrock), gdzie TSUE doszedł do przekonania, że umowa na mocy której – bez ustanawiania współpracy mającej na celu realizację wspólnej misji publicznej między umawiającymi się jednostkami publicznymi – jednostka publiczna powierza innej jednostce publicznej zadanie utrzymania w czystości określonych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, pomieszczeń administracyjnych oraz szkół, zastrzegając sobie prawo kontroli odpowiedniego wykonania tego zadania, w zamian za rekompensatę finansową mającą odpowiadać kosztom poniesionym przy realizacji tego zadania, przy czym ta druga jednostka jest ponadto uprawniona do skorzystania z podmiotów trzecich, które w danym przypadku są zdolne do działania na rynku w celu realizacji tego zadania, stanowi zamówienie publiczne na usługi.

Izba uznała, że wskazana ocena TSUE znajduje zastosowanie do badanego porozumienia, które jest zamówieniem objętym zakresem stosowania dyrektywy klasycznej i nie stanowi zamówienia, którego można udzielić w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 lub 15 Pzp. Podkreślono, że na podstawie porozumienia przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi następuje za rekompensatą, a strona powierzająca posiada uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia – w tym w wypadku niewłaściwej realizacji zadania.

Z omawianych rozstrzygnięć płynie wniosek, że najwięcej trudności następcza zamawiającym wykazanie przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp, co może

prowadzić do konkluzji, że w roku 2017 wiele spółek komunalnych zajmujących się gospodarką odpadami nie jest w stanie spełnić kryterium ponad 90% działalności na rzecz swojej gminy w ciągu ostatnich trzech lat.

Kształtujące się w roku 2017 orzecznictwo Izby dotyczące powołanego przepisu jest jednolite. W kolejno wydawanych rozstrzygnięciach Izba powołuje się na wcześniejsze orzeczenia i zawartą w nich argumentację. Doniosłe znaczenie ma również orzecznictwo TSUE, które dało początek instytucji zamówień *in-house* w prawodawstwie europejskim, a w konsekwencji również w Pzp.

#### **8. Znaczenie częściowego uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu dla sytuacji procesowej stron i uczestnika postępowania odwoławczego**

Zgodnie z brzmieniem znowelizowanego art. 186 ust. 4 Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Przepis art. 186 ust. 4a Pzp stanowi z kolei, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania wywiera wpływ na co najmniej trzy obszary istotne proceduralnie w postępowaniu odwoławczym. Są nimi: ustalenie wyznaczonego ustawowo zakresu rozpoznania odwołania, wskazanie strony odpowiedzialnej za wynik postępowania odwoławczego oraz powiązane z nim rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów.

Omówienie wskazanych zagadnień wymaga przypomnienia zasadniczego celu przedmiotowej instytucji, którym jest umożliwienie wydania rozstrzygnięcia przez Izbę wyłącznie w odniesieniu do zarzutów, które pozostają spornymi pomiędzy stronami. Na mocy znowelizowanych przepisów zamawiający uzyskał możliwość częściowego uwzględnienia odwołania (zarzutów) bez konieczności uchylenia się od skutków wszystkich czynności objętych zarzutami. Obecne rozwiązanie powinno usprawnić przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przede wszystkim przez ograniczenie czasu, o jaki ulega ono wydłużeniu w związku z postępowaniem odwoławczym. Ma wpływ również na liczbę odwołań wnoszonych na powtórzone czynności w postępowaniu. Zgodnie z poglądem wypracowanym w orzecznictwie Izby w poprzednich latach, zarzuty w stosunku do których ziściły się przesłanki wskazane w art. 189 ust. 2 Pzp nie podlegają skierowaniu na rozprawę. Pogląd ten należy odnieść również do częściowego uwzględnienia zarzutów

odwołania, gdyż art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp nakazuje odrzucenie odwołania wniesionego na czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Najczęściej oświadczenie dotyczące zarzutów odwołania zamawiający składa przed otwarciem rozprawy, w odpowiedzi na odwołanie lub ustnie do protokołu posiedzenia niejawnego prowadzonego z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. Nie ma jednak przeszkód formalnych, aby oświadczenie to złożone zostało przez zamawiającego po otwarciu rozprawy. Oświadczeniu zamawiającego przypisane zostały skutki proceduralne opisane w art. 186 Pzp w postaci umorzenia postępowania odwoławczego, bądź ograniczenia zakresu rozpoznania odwołania do części nieuwzględnionych zarzutów, przy braku sprzeciwu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Skutki te powiązane zostały z momentem, w którym oświadczenia te zostają złożone, a jest nim etap poprzedzający otwarcie rozprawy.

Odnosząc się zatem do zakresu rozpoznania w sytuacji złożenia przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w części zarzutów, stwierdzić należy, że Izba może wydać postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (bez rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów) lub orzec wyrokiem (przy sprzeciwie – również w zakresie uwzględnionych zarzutów). Do wydania postanowienia konieczne jest wystąpienie łącznie kilku przesłanek, jakimi są: złożenie oświadczenia przez zamawiającego, cofnięcie przez odwołującego pozostałych zarzutów, brak zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego albo, w przypadku zgłoszenia takiego przystąpienia, niewniesienie sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutów przez zamawiającego (art. 186 ust 3a Pzp). W sytuacji braku wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego lub wniesienia sprzeciwu przez wykonawcę przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego, Izba zobowiązana jest rozpoznać odwołanie (art. 186 ust. 4 i 4a Pzp).

W orzeczeniu z 6 marca 2017 r. sygn. akt KIO 298/17 (wydanym w sprawach połączonych sygn. akt KIO 283/17, KIO 291/17, KIO 298/17) Izba orzekła w sytuacji, gdy zamawiający uwzględnił w części zarzuty, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, natomiast wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec oświadczenia zamawiającego.

Izba zwróciła uwagę na brzmienie przepisów, w których ustawodawca reguluje zakres rozpoznania odwołania wyłącznie w odniesieniu do dwóch aspektów proceduralnych.

Po pierwsze, w sytuacji zgłoszenia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego i nie wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, wskazując, że Izba rozpoznaje odwołanie w całości. Po drugie, w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego nie ma przystępującego, a odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów, przesądzając, że wówczas Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Izba uznała, że sytuację, w której nie został zgłoszony sprzeciw wobec części zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, należy oceniać tak, jakby po stronie zamawiającego nie zostało zgłoszone przystąpienie, czyli w oparciu o art. 186 ust. 4a Pzp. Wskazano, że skoro decyzją ustawodawcy Izba powinna ograniczyć rozpoznanie odwołania do zarzutów niewycofanych przez odwołującego, to dla tego skutku procesowego brak sprzeciwu przystępującego po stronie zamawiającego jest obojętny prawnie.

W orzeczeniu z 19 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1058/17 Izba rozpoznała tylko te zarzuty, w odniesieniu do których przystępujący zgłosił sprzeciw wobec ich uwzględnienia przez zamawiającego. W pozostałym zakresie Izba uznała, że wobec oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu w części zarzutów i oświadczenia odwołującego o cofnięciu odwołania w pozostałym zakresie, zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3a Pzp. Przepis ten dopuszcza umorzenie postępowania przez Izbę na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów.

Wskazane orzeczenia merytorycznie odnosiły się do zarzutów, których zamawiający nie uwzględnili i które stanowiły w momencie rozpoznawania odwołań przedmiot sporu pomiędzy stronami.

Kolejnym zagadnieniem związanym z oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu w części zarzutów odwołania, jest wskazanie strony odpowiedzialnej za wynik postępowania i w związku z tym ponoszącej z tego tytułu koszty tego postępowania, co zostało ujęte w art. 186 Pzp. Analiza tych przepisów może skłaniać do wniosku o niedostatecznym zakresie regulacji ustawowej w związku z szerszym spektrum sytuacji, jakie mogą zaistnieć w sprawach prowadzonych z udziałem wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Ustawodawca w art. 186 ust. 6 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b Pzp wskazuje bowiem na podstawę do zniesienia kosztów postępowania, które ulega umorzeniu oraz w art. 186 ust. 6 pkt 4 Pzp w sposób kompleksowy określa zasady rozliczenia kosztów w postępowaniu toczącym się



na skutek sprzeciwu oraz braku wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego. Zasadniczo przy sprzeciwie wniesionym wobec uwzględnienia w części zarzutów przez zamawiającego stroną odpowiedzialną za wynik może być odwołujący (jeżeli jego zarzuty okażą się niezasadne, a odwołanie zostanie oddalone) lub przystępujący (jeżeli zarzuty, których dotyczy sprzeciw okażą się zasadne i na tej podstawie odwołanie zostanie uwzględnione), co odpowiada treści przepisu art. 186 ust. 6 pkt 3 Pzp. W praktyce często występują jednak sytuacje, kiedy zarzuty, których zamawiający nie uwzględnił, decydują o uwzględnieniu odwołania.

Jakkolwiek przepisy określają wprost w art. 186 ust. 6 pkt 3 Pzp strony ponoszące koszty postępowania prowadzonego na skutek sprzeciwu (odwołujący lub wnoszący sprzeciw), to wskazanie strony odpowiedzialnej za wynik postępowania odwoławczego może budzić wątpliwości w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni w części zarzuty dopiero na rozprawie, a wykonawca przystępujący po jego stronie wniesie sprzeciw. Art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. a Pzp wskazuje na zamawiającego jako ponoszącego koszty, jeżeli uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu po otwarciu rozprawy (w związku z przypadkiem opisanym w art. 186 ust. 3). Zasady rozliczenia kosztów postępowania prowadzonego na skutek wniesienia sprzeciwu określone w art. 186 ust. 6 pkt 3 Pzp nie zostały powiązane z momentem, w którym zamawiający składa oświadczenie o uwzględnieniu w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przy uwzględnieniu w części zarzutów przez zamawiającego dopiero na rozprawie, przy wniesionym sprzeciwie, sprawa podlegać powinna rozpoznaniu w całości (gdyby odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów). W tej sytuacji stroną ponoszącą koszty mógłby być tak zamawiający (z racji zarzutów uwzględnionych przez Izbę, co do których nie składał oświadczenia o ich uwzględnieniu – art. 186 ust. 6 pkt 4b Pzp), jak wnoszący sprzeciw (przy uwzględnieniu odwołania) czy odwołujący (przy oddaleniu odwołania). W przypadku uwzględnienia odwołania może dojść do kolizji podstaw z art. 186 ust. 6 pkt 3b i 4b Pzp. Również przepisy rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego w § 5 ust. 2 pkt 2 uwzględniają wyłącznie sytuację, w której to wykonawca wnoszący sprzeciw, niezależnie od rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego, a które były decydującymi dla uwzględnienia odwołania, poniesie koszty postępowania odwoławczego. Należy w tym miejscu wskazać, iż ogólne odwołanie się do odpowiedzialności stron za wynik postępowania odwoławczego (ust. 4), nie rozwiewa wątpliwości kogo należy obciążyć kosztami postępowania toczącego się na skutek sprzeciwu wobec uwzględnienia w części zarzutów przez zamawiającego po otwarciu rozprawy. Ustawodawca nie uzależnia bowiem w każdym przypadku rozstrzygnięcia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego od rozstrzygnięcia w przedmiocie poszczególnych

zarzutów, ale od wyniku postępowania, czyli od uwzględnienia lub oddalenia odwołania w zakresie w jakim było ono skierowane do rozpoznania na rozprawie. Pozostaje zatem otwartym pytanie o stronę przegrywającą (odpowiedzialną za wynik postępowania) w przypadku uwzględnienia przez Izbę w całości odwołania, które poprzedzone zostało oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu jedynie części zarzutów, przy wniesionym w tym zakresie sprzeciwie wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

## **9. Dopuszczalność odwołania w postępowaniu na usługi społeczne**

Ustawą nowelizującą wyodrębniono w dziale III rozdziale 6 Pzp szczególną kategorię zamówień w postaci zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Regulacja ta stanowi wdrożenie do polskiego porządku prawnego art. 74-76 dyrektywy klasycznej oraz art. 91-93 dyrektywy sektorowej. Przedmiotem zamówienia w procedurze objętej tymi przepisami mogą być jedynie usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy klasycznej oraz z załączniku XVII do Dyrektywy sektorowej, o czym stanowi art. 138h Pzp.

W powołanych przepisach przewidziano specjalną procedurę udzielania zamówień na usługi społeczne, jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub 1 000 000 euro w przypadku zamówień sektorowych (art. 138g Pzp). W procedurze udzielania tych zamówień zgodnie z art. 138k-138m Pzp zastosowanie znajdują zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, przepisy art. 17 i 18 Pzp, działu I rozdziału 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3 i działu VI, zaś odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy art. 22-22d, art. 24, art. 29-30b, art. 32-35 i art. 93 Pzp.

W odniesieniu do usług społecznych, których wartość jest mniejsza niż kwoty wskazane w art. 138g ust. 1 Pzp, ustawodawca dał zamawiającym możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez danego zamawiającego procedurą spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2-4 Pzp. Przepisy te zobowiązują zamawiających do udzielenia zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (ust. 2), do zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenia o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności termin składania ofert, opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości i zakresu zamówienia, a także kryteria oceny ofert (ust. 3). Przepis art. 138o ust. 4 Pzp zobowiązuje zamawiającego po udzieleniu zamówienia do niezwłocznego zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej,

a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, informacji o udzieleniu zamówienia z podaniem nazwy albo imienia i nazwiska podmiotu, z którym zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający zobowiązany został do niezwłocznego zamieszczenia na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, informacji o nieudzieleniu zamówienia.

Na tle opisanego powyżej, odrębnego sposobu uregulowania dwóch grup usług społecznych wątpliwości uczestników procesu udzielania zamówień publicznych wzbudziła możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniach na usługi społeczne o wartości poniżej kwot wskazanych w art. 138g ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze omówione przepisy Pzp, stanęła na stanowisku, że dyspozycja art. 138o Pzp daje wytyczne co do zasad prowadzenia tego typu postępowań. Zamawiający uprawniony jest zatem do samodzielnego określenia szczegółowej procedury, w ramach której udzieli zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 Pzp, z uwzględnieniem zasad opisanych w art. 138o Pzp. W pozostałym zakresie zamawiający nie jest związany regulacjami Pzp. Z tego względu brak jest podstaw do oceny przez Izbę czynności zamawiającego, gdyż ocenie Izby mogą być poddane jedynie czynności i zaniechania zamawiającego, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp). Izba zważyła również, że przepisy Pzp nie przewidują odesłania do stosowania przepisów działu VI Pzp w przypadku zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż określona w art. 138g ust. 1 Pzp, tak jak czynią to w przypadku takich postępowań o wartości równej lub przekraczającej wskazane w art. 138g Pzp kwoty (art. 138l Pzp). Z powyższego Izba wywiodła, że wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o Pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego. Takie stanowisko zaprezentowane zostało m.in. w postanowieniach z: 6 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1227/17, 9 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2283/17, 13 listopada 2017 r. sygn. akt 2339/17 i 13 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2579/17.

Izba wskazywała także, że zaprezentowane powyżej stanowisko znajduje potwierdzenie w przepisach rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego, które regulują kwestię wysokości wpisu od odwołania wnoszonego od czynności podjętych w postępowaniu na usługi społeczne o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Przepisy tego rozporządzenia nie określają natomiast kwoty wpisu należnego w postępowaniach na usługi

społeczne o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Odmienne poglądy wynikają z wyroku z 27 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 1127/17, w którym Izba za dopuszczalne uznała wniesienie odwołania w postępowaniu na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138g ust. 1 Pzp.

Rozstrzygnięcie to zostało zaskarżone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który w złożonej skardze wyraził przekonanie, że w postępowaniach na usługi społeczne prowadzonych na podstawie art. 138o Pzp ustawodawca nie przewidział możliwości wniesienia odwołania. Prezes Urzędu, argumentując swoje stanowisko, zwrócił uwagę, że art. 138o Pzp stanowi samodzielny regulację dotyczącą udzielania zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138g ust. 1 Pzp, w którym ustawodawca nie zawarł odesłania do stosowania przepisów działu VI Pzp regulującego zagadnienie środków ochrony prawnej, tak jak uczynił to w art. 136l Pzp dotyczącym zamówień na usługi społeczne o wartości powyżej progów, o których mowa w art. 138g ust. 1 Pzp. Prezes Urzędu wskazał ponadto na przepisy rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego, które nie regulują kwestii wpisu od odwołania wnoszonego od czynności podjętych w postępowaniu na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w art. 138g ust. 1 Pzp.

Pogląd Prezesa Urzędu nie został podzielony przez Sąd Okręgowy w Olsztynie, który w postanowieniu z 25 sierpnia 2017 r. sygn. akt IX Ca 807/17 stanął na stanowisku, że dualizm regulacji postępowań na usługi społeczne nie ingeruje w zakres uprawnień wykonawców do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. W ocenie Sądu przyjęcie stanowiska Prezesa Urzędu doprowadziłoby do sytuacji, że podmioty, którym przysługują środki ochrony prawnej (art. 179 ust. 1 Pzp) nie mogłyby skarżyć nawet czynności zamawiającego podjętych w trybie art. 138o Pzp, a brak kontroli dotyczyłby nawet prawidłowości działań zamawiającego w zakresie elementów stanowiących treść ogłoszenia o zamówieniu (art. 138o ust. 3 Pzp). Zdaniem Sądu stanowisko takie stoi w sprzeczności z art. 180 ust. 1 Pzp, który co do zasady dopuszcza zaskarżalność niezgodnych z przepisami Pzp czynności bądź zaniechań zamawiającego, a wyjątki od tej zasady przewidziane zostały w art. 180 ust. 2 Pzp. Sąd zwrócił również uwagę, że żaden z przepisów działu VI Pzp ani sam art. 138o Pzp nie wyłącza stosowania przepisów o ochronie prawnej w odniesieniu do jakiegokolwiek postępowania uregulowanego w Pzp. Sąd stwierdził także, że kwestia wysokości wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w art. 138g ust. 1 Pzp została uregulowana w § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie kosztów postępowania odwoławczego.

W roku 2017 Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała jednolity pogląd o wynikającym z regulacji Pzp braku możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniach na usługi społeczne o wartości poniżej progów wskazanych w art. 138g ust. 1 Pzp, wyrażony m.in. w przywołanych orzeczeniach Izby. Analiza przepisów, które były podstawą omawianych rozstrzygnięć wskazuje jednak na niedostatki obowiązujących rozwiązań ustawowych. Zwraca również uwagę brak konsekwencji ustawodawcy, który nie dając wykonawcom możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach na usługi społeczne o wartości niższej od kwot wskazanych w art. 138g ust. 1 Pzp, dokonał jednocześnie poszerzenia katalogu przesłanek, w których możliwe jest wniesienie odwołania w postępowaniach o innym przedmiocie zamówienia, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (art. 180 ust. 2 Pzp). Wydaje się, że kwesta ta powinna stanowić przedmiot szczególnej uwagi ustawodawcy w przyszłości.

## **Część IV: Inna działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2017 r.**

### **1. Jubileusz 10-lecia Krajowej Izby Odwoławczej**

5 grudnia 2017 r. – dokładnie 10 lat od dnia złożenia ślubowania przez pierwszych członków Krajowej Izby Odwoławczej – odbyła się uroczystość jubileuszu X-lecia Izby. Rocznica zgromadziła obecnych i byłych członków KIO oraz przedstawicieli organów administracji centralnej, organów kontroli, instytucji europejskich i środowisk naukowych. Zaproszenie przyjęli również przedstawiciele sądownictwa, samorządów zawodowych adwokatów i radców prawnych oraz stowarzyszeń działających w obszarze zamówień publicznych. Jubileusz był okazją do świątecznego spotkania, podsumowania 10 letniej działalności Izby i spojrzenia w przyszłość.

Ogrom pracy wykonanej w ciągu minionego 10-lecia oraz zaangażowanie członków Izby w wykonywanie obowiązków orzeczniczych zostały docenione przez dostojnych gości. Dostrzeżono sprawność działania Izby w rozpoznawaniu spraw bardzo skomplikowanych i o znacznej wartości, dobrą jakość orzecznictwa oraz znaczenie orzecznictwa dla całego systemu zamówień publicznych. Podkreślone zostało, że prestiż Izby jako bezstronnego, niezawisłego i powszechnie akceptowanego trybunału uczciwie ważącego racje stron zbudowała 10-letnia praca członków KIO. Ocenom tym towarzyszyło przekonanie, że w przyszłości rola Izby będzie istotna, a doświadczenie i zaangażowanie jej członków pozwolą sprostać wyzwaniom stawianym przez zmieniające się uwarunkowania prawne. Wyrażono życzenia docenienia tej pracy i dostrzeżenia, jak szczególnych wymaga ona kompetencji i z jakim wysiłkiem się wiąże.

Gratulacjom i życzeniom towarzyszyły prelekcje merytoryczne. Z różnych perspektyw ukazywały one orzecznictwo Izby oraz poddawały ocenie rozwiązania instytucjonalne systemu środków ochrony prawnej w perspektywie jego rozwoju. Wskazano na znaczenie rozstrzygnięć TSUE dla praktyki stosowania prawa zamówień publicznych, wpływ orzecznictwa KIO na stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych oraz zagadnienia z zakresu kontroli instancyjnej orzecznictwa Izby. Podkreślono, że aktualnie Izba jest w pełni spełniającym swoją misję profesjonalnym organem rozstrzygającym spory, a przyszłe prawo zamówień publicznych powinno umocnić niezawisłość i pełną niezależność Izby oraz dowartościować pracę członków Izby, którzy rozstrzygają sprawy o porównywalnej wartości i wadze jak sądy okręgowe.

W związku z konferencją została wydana monografia, zawierająca referaty zaproszonych gości oraz członków KIO prezentujące zagadnienia związane z wykładnią przepisów Pzp.

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

W roku 2017 Krajowa Izba Odwoławcza kontynuowała działania mające na celu podnoszenie jakości orzecznictwa. Działania te prowadzone były w trzech zasadniczych obszarach. Pierwszy z nich dotyczył poszerzania wiedzy przede wszystkim z zakresu zamówień publicznych oraz dziedzin prawa związanych z rozstrzygnięciem sporów odwoławczych i był realizowany w formie szkoleń grupowych oraz uczestnictwa w konferencjach. Drugi, wynikający z konieczności wypracowania spójnej wykładni nowych regulacji Prawa zamówień publicznych oraz utrwalenia wypracowanych kierunków interpretacji, obejmował narady orzecznicze oraz seminaria z udziałem Prezesa Urzędu oraz przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych. Członkowie Krajowej Izby Odwoławczej podnosili również indywidualnie swoje kwalifikacje zawodowe przydatne w toku rozstrzygnięcia sporów w zamówieniach publicznych oraz dzielili się wiedzą i doświadczeniem z dziedziny zamówień publicznych.

## **3. Szkolenia zbiorowe**

W okresie sprawozdawczym tematyka szkoleń organizowanych dla członków Krajowej Izby Odwoławczej obejmowała zagadnienia związane ze zmianami Pzp oraz podstawowe zagadnienia i umiejętności praktyczne mogące mieć znaczenie w pracy orzeczniczej. Przedmiotem zainteresowania członków Izby było postępowanie o udzielenie koncesji oraz wykładnia znowelizowanych przepisów Pzp z uwzględnieniem wybranych zagadnień cywilnoprawnych. Poddano analizie orzecznictwo TSUE w zakresie zamówień publicznych z ostatnich lat. Kontynuowano również szkolenie w zakresie zagadnień etyki prawniczej oraz kompetencji i umiejętności warsztatowych przydatnych w pracy orzeczniczej. Zagadnienia te miały na celu utrwalenie wiedzy i dobrej praktyki orzekających członków Izby oraz poszerzenie wiedzy i umiejętności koleżanek i kolegów, którzy zaczęli pracę w roku 2017. Ponadto poświęcono dodatkową uwagę tematyce pierwszej pomocy w sytuacji zagrożenia życia.

## **4. Narady orzecznicze i seminaria**

W celu wypracowania jednolitych stanowisk prezentowanych przez poszczególne składy orzekające członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali udział w naradach orzeczniczych, na których poddawano rozważaniom i dyskusji kwestie formalne i merytoryczne istotne w praktyce orzeczniczej. Refleksję nad zmienionymi przepisami Pzp rozpoczęto jeszcze przed wejściem w życie noweli i kontynuowano w roku sprawozdawczym. Analizie poddano zagadnienie dopuszczalności odwołania w postępowaniach na usługi społeczne o mniejszej wartości oraz problematykę podziału zamówienia na części. Narady orzecznicze w roku 2017 dotyczyły również bieżących

problemów interpretacyjnych w miarę ich ujawniania się w orzecznictwie. Dyskutowano m.in. kwestie aktualności oświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz znaczenie obowiązku wskazania nazw podwykonawców w JEDZ. Uwagę poświęcono również zakresowi przedmiotowemu art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp. Poddano także analizie rozstrzygnięcia o charakterze formalnoprawnym podejmowane przez skład orzekający w czasie posiedzenia.

Celem narad jest podniesienie jakości i w miarę możliwości ujednoczenie orzecznictwa. Rezultaty narad wskazują na ich użyteczność z punktu widzenia wykonywania zadań Izby jako organu pierwszej instancji posiadającego wyłączną właściwość w zakresie rozstrzygnięcia odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Narady orzecznicze służą wymianie poglądów, podsumowaniu argumentacji oraz omawianiu nowych zagadnień ujawniających się w praktyce orzeczniczej.

W roku sprawozdawczym kontynuowano spotkania o charakterze seminaryjnym. Cyklicznie odbywające się seminaria stanowią forum wymiany poglądów między członkami Izby oraz przedstawicielami UZP i przyczyniają się do kształtowania jednolitej wykładni przepisów Pzp.

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

Wymianie doświadczeń i poznaniu zamówień publicznych w szerokim spektrum problemów istotnych dla różnych środowisk czynnych w systemie zamówień publicznych służyło uczestnictwo w konferencjach. W roku 2017 r. członkowie Krajowej Izby Odwoławczej brali m.in. udział w konferencjach:

1. Zorganizowanej 13 marca 2017 r. przez wydawnictwo CH Beck pod patronatem merytorycznym Katedry Prawa Administracyjnego i Zamówień Publicznych Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie pod tytułem „Udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych. Trudności i wątpliwości praktyki”.
2. „Umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle przepisów nowej ustawy – stan prawny i praktyczne zastosowanie”, zorganizowanej przez UZP 21 kwietnia 2017 r. w Warszawie.
3. III Międzynarodowej Konferencji Naukowej, której organizatorem był Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego. Tematem konferencji, która odbyła się 29 maja 2017 r. w Łodzi, była „Reforma Prawa Zamówień Publicznych nt. Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych”.
4. X Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań”, której



współorganizatorami byli Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu w Białymstoku oraz UZP, w dniach 26-27 czerwca 2017 r.

5. XII Forum Przetargów Publicznych w dniach 16-18 października 2017 r. w Jachrance, której organizatorem był miesięcznik „Przetargi Publiczne”, a tematem było „Prawo zamówień publicznych rok po nowelizacji – problemy występujące w praktyce i orzecznictwie”.
6. Konferencji pod tytułem „Jak skutecznie udzielić zamówienia publicznego”, zorganizowanej przez UZP 7 listopada 2017 r. w Warszawie.
7. „Zamówienia publiczne w państwach UE po reformie – implementacja dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE, praktyka stosowania, wyzwania na przyszłość”, zorganizowanej przez UZP 28 listopada 2017 r. w Warszawie.

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

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

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

Zeszyt nr 25 zawiera 153 tez orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wybranych spośród blisko 700 orzeczeń zapadłych w związku z odwołaniami rozpoznanymi przez Izbę w okresie od stycznia do kwietnia 2016 r.

W Zeszycie nr 26 zaprezentowano 192 tezy, które zespół redakcyjny wybrał spośród około 1000 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w okresie od maja do września 2016 r.

W Zeszycie nr 27 zamieszczono natomiast 196 tez wybranych spośród ponad 1200 orzeczeń Izby wydanych w okresie pierwszego półrocza 2017 r.

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

6 lutego 2017 r. w Krajowej Izbie Odwoławczej gościli przedstawiciele władz państwowych Ukrainy oraz organów odpowiedzialnych za środki ochrony prawnej oraz kontrolę w obszarze zamówień publicznych. W składzie delegacji uczestniczyli również

przedstawiciele Transparency International Ukraine oraz zaangażowani w proces harmonizacji ukraińskiego systemu zamówień publicznych ze standardami Unii Europejskiej. W czasie wizyty goście zapoznali się ze strukturą, kompetencjami i zasadami funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej.

6 marca 2017 r. oraz 2 października 2017 r. przedstawiciele władz Izby wzięli udział w spotkaniu organów rozpoznających środki ochrony prawnej zorganizowanym przez Komisję Europejską. Celem spotkań jest stworzenie sieci organów odwoławczych pierwszej instancji działających w państwach członkowskich Unii Europejskiej, a tym samym forum wymiany doświadczeń i dobrych praktyk w związku z rozpoznawaniem środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych.

## Podsumowanie

Rok 2017 r. – dziesiąty rok funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej w systemie zamówień publicznych – upłynął pod znakiem wypracowania wykładni nowych przepisów Pzp oraz weryfikacji dotychczasowego dorobku orzeczniczego pod kątem jego zastosowania do interpretacji znowelizowanych przepisów Pzp. Pomimo uszczuplonego w pierwszym półroczu potencjału kadrowego Izba zachowała sprawność rozpoznawania odwołań. Znaczący wzrost liczby członków Krajowej Izby Odwoławczej od września 2017 r. postawił wyzwanie w postaci zachowania wypracowanych i stabilnych dotychczas kierunków orzeczniczych. Temu zadaniu Izba sprostała.

Izba – mając świadomość, że rozstrzygnięcia zapadające w postępowaniu odwoławczym kształtują wykładnię przepisów Pzp – stale podejmuje działania zmierzające do uzyskania przez uczestników rynku zamówień publicznych pewności prawa oraz ograniczenia charakterystycznej dla organów rozpoznających sprawy o charakterze spornym groźby zaistnienia rozbieżnej wykładni przepisów.

Działania te oraz trud i zaangażowanie wkładane przez członków Izby w wykonywanie obowiązków orzeczniczych zostały dostrzeżone przez uczestników jubileuszowego spotkania z okazji 10-lecia Izby. Pozwala to na konkluzję, że Krajowa Izba Odwoławcza przez 10 lat swego istnienia zajęła trwałe miejsce w polskim systemie zamówień publicznych i jest powszechnie postrzegana jako sprawnie działający organ pierwszej instancji.

Rozwój rynku zamówień publicznych, jego znaczenie dla całości gospodarki kraju, stawia przed Izbą kolejne wyzwania. Są one widoczne w dyskusji nad ambitnymi celami, które powinny być realizowane przez udzielanie zamówień publicznych: innowacyjność, kwestie społeczne i środowiskowe. Wyzwaniem stojącym przed Izbą jest również stały wzrost złożoności faktycznej i prawnej rozpoznawanych spraw odwoławczych. Mamy zatem nadzieję, że zapowiadane zmiany Pzp przyniosą umocnienie statusu Izby oraz instrumenty prawne umożliwiające Izbie efektywne wykonywanie jej zadań, adekwatnie do zadań stojących przed systemem zamówień publicznych.