

Załącznik nr 1 do Uchwały Nr 1/2015  
Zgromadzenia Ogólnego  
Krajowej Izby Odwoławczej  
z dnia 25 czerwca 2015 r.

**Informacja o działalności  
Krajowej Izby Odwoławczej  
w 2014 r.**

**Warszawa 2015 r.**

**SPIS TREŚCI:**

<b>WYKAZ WAŻNIEJSZYCH SKRÓTÓW UŻYWANYCH W INFORMACJI .....</b>	<b>4</b>
<b>WPROWADZENIE .....</b>	<b>6</b>
<b>CZĘŚĆ 1 OGÓLNA INFORMACJA O FUNKCJONOWANIU KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W 2014 R. ....</b>	<b>8</b>
1. PODSTAWY PRAWNE FUNKCJONOWANIA IZBY .....	8
2. SKŁAD OSOBOWY IZBY .....	9
3. ORGANY IZBY .....	9
4. RZECZNIK DYSCIPLINARNY .....	10
5. DZIAŁALNOŚĆ POZAORZECZNICZA IZBY .....	10
5.1. <i>Szkolenia</i> .....	10
5.2. <i>Działalność edukacyjna</i> .....	11
5.3. <i>Współpraca z mediami</i> .....	11
5.4. <i>Udział w konferencjach</i> .....	11
6. USTAWA PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W 2014 R. ....	12
<b>CZĘŚĆ 2 DZIAŁALNOŚĆ MERYTORYCZNA IZBY I ZWIĄZANE Z NIĄ DANE STATYSTYCZNE ZA 2014 R. ....</b>	<b>18</b>
1. ROZPOZNAWANIE ODWOŁAŃ .....	18
1.1. <i>Wpływ odwołań</i> .....	18
1.2. <i>Ogólna charakterystyka postępowań, w których wniesiono odwołania</i> .....	19
1.3. <i>Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych</i> .....	19
1.4. <i>Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań</i> .....	19
1.5. <i>Odwołania skierowane do łącznego rozpoznania</i> .....	20
1.6. <i>Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa KIO</i> .....	20
1.7. <i>Rodzaje rozstrzygnięć</i> .....	21
1.8. <i>Kary finansowe, skrócenie okresu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego lub jej unieważnienie</i> .....	21
1.9. <i>Zdania odrębne</i> .....	21
1.10. <i>Powołanie biegłego</i> .....	22
1.11. <i>Prawomocność orzeczeń</i> .....	22
1.12. <i>Terminowość rozpoznawania odwołań</i> .....	22
1.13. <i>Ogłaszanie orzeczeń</i> .....	22
1.14. <i>Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby</i> .....	23
2. ROZPOZNAWANIE WNIOSKÓW O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY .....	24
3. ROZPOZNIANIE ZASTRZEŻEŃ OD WYNIKÓW KONTROLI PREZESA UZP .....	24
3.1. <i>Rodzaje wydanych opinii</i> .....	24
3.2. <i>Skargi na podjęte uchwały</i> .....	25
<b>CZĘŚĆ 3 WYBRANE ZAGADNIENIA Z ORZECZNICTWA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ .....</b>	<b>26</b>
1. CHARAKTER PRÓBKI W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA .....	26
2. CENY JEDNOSTKOWE W OFERCIE A CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI .....	32
3. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA W POSTĘPOWANIACH O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO .....	37
4. WYBRANE ASPEKTY W POSTĘPOWANIACH O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO NA USŁUGI POCZTOWE W ORZECZNICTWIE IZBY W 2014 R. ....	47
5. PROBLEMY ZWIĄZANE Z ZABEZPIECZENIEM ROSZCZEŃ STRON, WYKONALNOŚCIĄ I PRAWOMOCNOŚCIĄ ORZECZEŃ KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ .....	54
6. ODESŁANIA PREJUDYCJALNE IZBY DO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ .....	62
7. PODSTAWY ODRZUCENIA ODWOŁANIA – WYBRANE ZAGADNIENIA Z ORZECZNICTWA KIO .....	72

## Krajowa Izba Odwoławcza

8.	WNIOSKI O UCHYLENIE ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY – WYBRANE ZAGADNIENIA.....	81
9.	PRZESŁANKI UDZIELENIA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W TRYBIE ZAMÓWIENIA Z WOLNEJ RĘKI W UCHWAŁACH IZBY W SPRAWIE ZASTRZEŻEŃ OD WYNIKÓW KONTROLI PREZESA UZP W 2014 R. ....	89
<b>PODSUMOWANIE.....</b>		<b>97</b>

## Wykaz ważniejszych skrótów używanych w Informacji

Dz. U.	Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
Dyrektywa klasyczna	Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114)
Izba lub KIO	Krajowa Izba Odwoławcza
K.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r., poz. 121 z późn. zm.)
K.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 101 z późn. zm.)
NSA	Naczelny Sąd Administracyjny
Prezes Urzędu lub Prezes UZP	Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
rozporządzenie w sprawie regulaminu	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964)
rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów	rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)
SN	Sąd Najwyższy
SO	sąd okręgowy
specyfikacja lub SIWZ	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
TK	Trybunał Konstytucyjny
TSUE lub Trybunał	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości – ETS)
Urząd lub UZP	Urząd Zamówień Publicznych

Krajowa Izba Odwoławcza

ustawa Pzp lub Pzp	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.)
uznk	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.)

## Wprowadzenie

*Informacja* obejmuje swoim zakresem działalność Krajowej Izby Odwoławczej w 2014 r.

Pierwsza część *Informacji* dotyczy ogólnych podstaw funkcjonowania Izby w 2014 r., z uwzględnieniem w szczególności podstaw prawnych jej funkcjonowania, realizowanych zadań oraz składu osobowego KIO, a także działalności pozaorzeczniczej związanej m.in. z podnoszeniem kwalifikacji zawodowych oraz z uczestnictwem w wydawniczej działalności UZP. W tej części przedstawiono również istotne dla działalności orzeczniczej Izby zmiany ustawy Pzp, które weszły w życie w październiku 2014 r.

W części drugiej *Informacji* przedstawione zostały dane statystyczne dotyczące rozpoznawanych odwołań, wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze oraz zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP, a także skarg wnoszonych na orzeczenia Izby.

Część trzecia *Informacji* przedstawia istotne zagadnienia z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w 2014 r. W części tej zamieszczono omówienie kwestii związanych z: charakterem próbki składanej w postępowaniach (str. 26), czynem nieuczciwej konkurencji polegającym na zaniżaniu cen jednostkowych w ofertach (str. 32), zastrzeganiem tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (str. 37), zamówieniami na usługi pocztowe (str. 47). Przedstawione zostały również zagadnienia związane z zabezpieczeniem roszczeń stron oraz wykonalnością i prawomocnością orzeczeń Izby (str. 54). W tej części zaprezentowane zostały także zagadnienia objęte pytaniami prejudycjalnymi skierowanymi w 2014 r. przez Izbę do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (str. 62). Informacja przedstawia ponadto wybrane kwestie dotyczące podstaw odrzucenia odwołania (str. 72), zagadnienia związane z wykonywanymi przez Izbę zadaniami dotyczącymi rozpatrywania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy (str. 81) oraz zastrzeżeń zgłaszanych od wyniku kontroli przeprowadzonych przez Prezesa UZP, w odniesieniu do których omówione zostały zastrzeżenia dotyczące stwierdzonych przez Prezesa Urzędu naruszeń przepisów określających podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki (str. 89).

*Informacja* została oparta na:

- dokumentacji postępowań odwoławczych i wydanych w ich wyniku orzeczeniach Izby;
- dokumentacji postępowań kontrolnych prowadzonych przez Prezesa Urzędu oraz uchwałach Izby dotyczących zastrzeżeń wydanych w tych sprawach;

## Krajowa Izba Odwoławcza

- dokumentacji postępowań w sprawie rozpoznawania wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy;
- skargach na orzeczenia Izby oraz wyrokach sądów okręgowych wydanych w sprawie tych skarg;
- danych statystycznych UZP.

## **CZĘŚĆ 1 Ogólna informacja o funkcjonowaniu Krajowej Izby Odwoławczej w 2014 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<sup>1</sup>, jako stały organ wyłącznie właściwy do rozpoznawania w pierwszej instancji odwołań od niezgodnych z prawem czynności lub zaniechań zamawiających w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Izba ma charakter organu sądowego w rozumieniu art. 267 TFUE<sup>2</sup>, co potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r.<sup>3</sup> Organizację Izby oraz status jej członków określają przepisy Działu V Rozdział 4 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze uregulowane zostało przepisami ustawy Pzp (art. 179-198 ustawy Pzp), a jeżeli ustawa Pzp nie stanowi inaczej – odpowiednie zastosowanie znajdują również przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym). Obok przepisów ustawowych, kwestie związane z postępowaniem odwoławczym regulują akty wykonawcze: rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania<sup>4</sup> oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań<sup>5</sup>. Kontrolę instancyjną orzeczeń Izby sprawują sądy okręgowe właściwe dla siedziby zamawiającego, a prawo wniesienia skargi przysługuje stronom i uczestnikom postępowania oraz Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (art. 198a i 198b ustawy Pzp).

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

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

W 2014 r. w Izbie obowiązywał wprowadzony zarządzeniem Prezesa Izby Nr 2/2011 z dnia 11 kwietnia 2011 r. *Wewnętrzny regulamin organizacji pracy Krajowej Izby Odwoławczej*, regulujący najważniejsze aspekty organizacji pracy Izby i – w braku regulacji

---

<sup>1</sup> Dz.U. z 2007 Nr 82 poz. 560

<sup>2</sup> Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. U.E. C 115 z 9 maja 2008 r.

<sup>3</sup> Orzeczenie z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact

<sup>4</sup> Dz. U. Nr 41, poz. 238

<sup>5</sup> Dz. U. z 2014 r. poz. 964



ustawowych albo aktów wykonawczych – wprowadzający ujednolicony system wzorów standardowych pism i formularzy stosowanych w praktyce funkcjonowania Izby, w tym wyroków, postanowień czy uchwał.

## **2. Skład osobowy Izby**

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

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

Zgodnie z art. 173 ust. 1 ustawy Pzp w skład Izby może wchodzić do 100 członków. Faktycznie jednak stan liczebny Izby jest znacznie niższy.

W 2014 r. w skład Izby zostało powołanych czterech nowych (wyłonionych w przeprowadzonym w 2013 r. postępowaniu kwalifikacyjnym) członków, którzy w dniu 12 lutego 2014 r. złożyli ślubowanie przed Wiceprezesem Rady Ministrów. W związku z tym skład osobowy Izby został zwiększony do 40 osób, a następnie, po rezygnacji jednego członka Izby, wyniósł 39 osób.

Rok 2014 był kolejnym okresem, w którym nie zostało podwyższone ani zwaloryzowane wynagrodzenie członków Izby. Tym samym, od 2008 r. poziom wynagrodzeń pozostaje na niezmienionym poziomie, ustalonym na podstawie kwoty bazowej wskazanej w ustawie budżetowej, stosownie do art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1999 r. o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej oraz o zmianie niektórych ustaw<sup>6</sup> oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 9 lipca 2007 r. w sprawie wielokrotności kwoty bazowej stanowiącej podstawę ustalenia wynagrodzenia zasadniczego Prezesa, wiceprezesa oraz pozostałych członków Krajowej Izby Odwoławczej<sup>7</sup>.

## **3. Organy Izby**

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

- Prezes,
- Wiceprezes,

---

<sup>6</sup>Dz.U.1999.110.1255 ze zm.

<sup>7</sup>Dz.U.2007.128.885.

– Zgromadzenie ogólne.

Prezes i Wiceprezes Izby powoływani są przez Prezesa Rady Ministrów na wniosek Prezesa UZP na trzyletnią kadencję. W okresie objętym *Informacją* nie nastąpiły zmiany na tych stanowiskach, funkcję Prezesa Izby pełnił Paweł Trojan, zaś funkcję Wiceprezesa Izby – Anna Chudzik.

Zgromadzenie ogólne tworzą wszyscy członkowie Izby.

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

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

Z dniem 15 kwietnia 2014 r. rzecznikiem dyscyplinarnym Izby została Honorata Łopianowska, zastępując na tym stanowisku Lubomirę Matczuk-Mazuś, która pełniła funkcję rzecznika przez dwie kolejne kadencje.

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. Działalność pozaorzecznicza Izby**

##### **5.1. Szkolenia**

Podnoszenie kwalifikacji przez członków Izby jest jednym z instrumentów pozwalających na wypracowanie spójnych stanowisk przy podejmowaniu rozstrzygnięć przez Izbę w kluczowych dla systemu zamówień publicznych kwestiach, z uwzględnieniem norm prawa europejskiego.

W 2014 r. członkowie Izby uczestniczyli w szkoleniach, które prowadzili sędziowie, specjaliści z dziedziny informatyki, budownictwa oraz psychologii. Tematyka szkoleń obejmowała następujące zagadnienia:

– Problematyka VAT;

- Postępowanie dowodowe;
- Etyka członka KIO;
- Zarządzanie stresem oraz podstawy psychologii i metodyki prowadzenia rozpraw;
- Zagadnienia informatyczne w problematyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej;
- Metodyka prowadzenia rozpraw i sporządzania uzasadnień;
- Stosowanie przepisów Prawa budowlanego przy realizacji inwestycji.

## **5.2. Działalność edukacyjna**

W okresie sprawozdawczym zespół złożony z członków Izby i przedstawiciela Urzędu, pod kierownictwem członka Krajowej Izby Odwoławczej – Małgorzaty Stręciwilk, opracował kolejne trzy zeszyty orzecznicze propagujące wiedzę w zakresie stosowania przepisów ustawy Pzp wśród uczestników rynku zamówień publicznych. Zeszyty przedstawiają ponad 600 tez z orzeczeń Izby wydanych w okresie od kwietnia 2013 r. do czerwca 2014 r. oraz ponad 80 tez z orzeczeń sądów okręgowych dotyczących spraw z 2012 r.

## **5.3. Współpraca z mediami**

W Izbie, w celu zapewnienia stałej współpracy z mediami, w tym przekazywania informacji o działalności KIO, działa rzecznik prasowy. Od połowy stycznia 2014 roku funkcję rzecznika prasowego Izby pełni Justyna Tomkowska. W ramach swojej działalności rzecznik prasowy udzielał przedstawicielom mediów ogólnopolskich i lokalnych bieżących informacji o działalności Izby i prowadzonych postępowaniach odwoławczych. Dodatkowo, w ramach działalności informacyjnej, Prezes i Wiceprezes Izby udzielili w 2014 r. wywiadów dla prasy branżowej oraz dla działów prawnych dzienników ogólnopolskich (m.in. na temat roli Izby w systemie zamówień publicznych i koncepcji zmian legislacyjnych dotyczących statusu Izby, zasad korzystania ze środków ochrony prawnej, skierowanych przez Izbę odesłań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej).

## **5.4. Udział w konferencjach**

W dniach 1-3 października 2014 r. Izba była reprezentowana na II Międzynarodowej Konferencji pod patronatem Marszałka Województwa Małopolskiego Wojciecha Kozaka *Woda i Środowisko 2014* w Raclawicach. Przedstawiciele Izby wygłosili podczas konferencji referaty: *Wybór rzetelnego wykonawcy na gruncie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszącej się do przesłanek wykluczenia uregulowanych w uchylonym art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a* oraz *Pojęcie rażąco niskiej ceny w zamówieniach publicznych*.

Przedstawiciele Krajowej Izby Odwoławczej uczestniczyli w IX Forum Przetargów Publicznych, które odbyło się w dniach 13-15 października 2014 r. w Centrum Kongresowym Warszawianka w Jachrance k. Warszawy. Konferencję otwierało wystąpienie Prezesa KIO na temat problemów praktycznych w stosowaniu norm uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 1 oraz 1a ustawy Pzp w kontekście nowelizacji przepisów regulujących przesłanki wykluczenia z postępowania nierzetelnych wykonawców.

Członkowie KIO uczestniczyli również w *Międzynarodowej Konferencji Naukowej Prawo Zamówień Publicznych – stan obecny i kierunki zmian*, która odbyła się w Warszawie, w dniach 20-21 listopada 2014 r. Organizatorami Konferencji byli: Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego, Katedra Prawa Europejskiego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika oraz Miesięcznik Przetargi Publiczne. Motywami przewodnimi Konferencji były: rocznica uchwalenia i wejścia w życie ustawy z 1994 r. o zamówieniach publicznych, uchwalenie w 2004 roku ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przyjęcie w lutym 2014 przez organy Unii Europejskiej trzech dyrektyw w zakresie zamówień publicznych. Członkowie Izby przygotowali referaty, z których jeden, pt. *System środków ochrony prawnej i organów je realizujących oraz propozycje zmian tego systemu* został wygłoszony podczas Konferencji. Referaty z konferencji zostały wydane w publikacji *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*.

## **6. Ustawa Prawo zamówień publicznych w 2014 r.**

Z dniem 19 października 2014 r. weszły w życie przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wprowadzone zmiany dotyczą istotnych z punktu widzenia praktyki orzeczniczej obszarów, związanych m.in. z zakresem stosowania ustawy, opisem przedmiotu zamówienia i kryteriami oceny ofert, powoływaniem się na potencjał innych podmiotów, katalogiem przesłanek wykluczenia wykonawców, badaniem ofert pod kątem realności zaoferowanej ceny. Analiza znowelizowanych przepisów pozwala określić obszary, w których nastąpi eliminacja dotychczasowych wątpliwości, a jednocześnie wskazać problemy, których rozwiązania poszukiwane będą w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W odniesieniu do zmian dotyczących udzielania zamówień na usługi o charakterze niepriorytetowym o wartości mniejszej od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wskazać należy na przyznanie zamawiającym uprawnienia do znacznego ograniczenia stosowania ustawy Pzp, z zachowaniem zasad określonych art. 5a ust. 2-4 ustawy Pzp, tj. wyboru wykonawcy w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminacyjny, z obowiązkiem publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz

o jego udzieleniu lub o nieudzieleniu. Zarysującym się na tym tle problemem, na które zapewne orzecznictwo Izby będzie poszukiwać odpowiedzi, jest kwestia zakresu wyłączenia pozostałych przepisów ustawy w postępowaniach prowadzonych na podstawie art. 5a.

Odpowiedzią na dotychczasowe – będące często przedmiotem rozstrzygnięć Izby – problemy związane z wyłączaniem jawności dokumentów składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, jest znowelizowany art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym już w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawca ma nie tylko wskazać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje, ale również wykazać, że te informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przeprowadzona zmiana sankcjonuje kształtującą się dotychczas praktykę, albowiem wymaganie wykazywania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w terminie składania ofert lub wniosków było już stosowane przez zamawiających, choć zjawisko to nie przybrało znamion powszechności. Może mieć to wpływ na przyspieszenie procedury oceny przez zamawiającego zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jedną z istotniejszych zmian wprowadzonych omawianą nowelą odnosi się do przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania, w wykonaniu obowiązku transpozycji przepisów dyrektyw oraz jednoczesnego uwzględnienia wskazówek interpretacyjnych ujętych w wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2012 r., w sprawie C-465/11 w odniesieniu do przepisu art. 45 ust. 2 lit. d Dyrektywy klasycznej. Nowelizacja uchyliła dotychczasowe przepisy art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp, normujące w kazuistyczny sposób dwie szczególne przesłanki wykluczenia wykonawców, i wprowadziła w treści art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nową przesłankę wykluczenia z postępowania nierzetelnego wykonawcy. Przesłanka ta oparta jest na ogólnej hipotezie zbliżonej swoją treścią do tych ujętych w dyrektywach. Ustawodawca posłużył się we wspomnianym przepisie pojęciem „zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych”, które w ramach stosowania normy prawa krajowego powinno się odnosić do pojęcia „winny poważnego wykroczenia zawodowego” uregulowanego w treści dyrektyw. Jednocześnie ustawodawca uzależnił stosowanie nowego przepisu w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od okoliczności, czy podmiot zamawiający przewidział taką możliwość w treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ lub treści zaproszenia do negocjacji. Analiza dotychczasowego orzecznictwa odnoszącego się do przesłanek wykluczenia, uregulowanych w treści uchylonych przepisów, tj. art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp, pozwala na przyjęcie, iż wypracowane przez TSUE, sądy okręgowe oraz Krajową Izbę Odwoławczą zasady będą miały w pełni zastosowanie do art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, gdyż hipoteza nowo uchwalonego przepisu jest bardzo pojemna i zawiera w sobie również

przypadki szczególne uregulowane w uchylonych jednostkach redakcyjnych ustawy Pzp. Zatem zasady wypracowane wobec obowiązujących dotychczas norm szczegółowych należy uznać za w pełni aktualne. Uchwalony przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp w zdaniu drugim określa przesłankę wyłączającą obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania, stanowiąc, że pomimo ziszczenia się okoliczności uregulowanych w zdaniu pierwszym art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, nie wyklucza się wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Należy zwrócić uwagę na bardzo pojemną i elastyczną (co do dostępnych podmiotowi instrumentów, ich znaczenia i wagi, jak również momentu ich podjęcia) przesłankę wyłączającą możliwość wykluczenia wykonawcy w oparciu o nowo uchwalony art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Zastosowane przez ustawodawcę rozwiązanie łagodzi sankcyjny charakter wprowadzonego przepisu i wprowadza dodatkowy element ocenny przy jego stosowaniu. Wypracowanie właściwych wytycznych stosowania tego przepisu będzie niewątpliwie zadaniem orzecznictwa Izby.

Z punktu widzenia praktyki orzecznictwa Izby ważne znaczenie ma zmiana przepisów dotyczących powoływania się na zasoby innego podmiotu przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze, ustawa wyraźnie dopuściła możliwość posiłkowania się sytuacją ekonomiczną podmiotu trzeciego (co do tej pory wywodzone było jedynie w drodze prounijnej wykładni prawa krajowego) eliminując pojawiające się w tym zakresie wątpliwości. Ponadto, wprowadzono art. 26 ust. 2e, zgodnie z którym podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Choć przepis ten reguluje sytuację po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. materię odnoszącą się do etapu realizacji przedmiotu zamówienia, stanowi on odpowiedź na problematykę związaną z procedurą udzielenia zamówienia, tj. uregulowaną w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp instytucją udostępnienia zasobów wykonawcy przed podmiot trzeci.

Wśród zmian będących odpowiedzią na postulaty uczestników rynku zamówień publicznych jest zmiana art. 29 w ust. 4 ustawy Pzp, wprowadzająca uprawnienie dla zamawiającego do określenia w opisie przedmiotu zamówienia m.in. wymagań związanych z realizacją zamówienia dotyczących zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności. Zagadnieniem, przed którym może stanąć orzecznictwo Izby

jest kwestia oceny, czy w określonych realiach zachodzi konieczność zatrudnienia na podstawie umowy o pracę ze względu na przedmiot czynności.

Art. 46 ust. 4a Pzp, dotyczący przesłanek zatrzymania wadium, po nowelizacji stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zmiana jest próbą wyważenia zasadnej ochrony zamawiających przed znowami wykonawców, a zapobieżeniem nieuzasadnionemu zatrzymywaniu wadium, co w praktyce było częste i wielokrotnie kwestionowane w postępowaniach odwoławczych. Jednocześnie doszło do rozszerzenia przedmiotowego przesłanek zatrzymania wadium. Katalog przesłanek obowiązkowego zatrzymania przez zamawiającego wadium rozszerzono o trzy nowe, tj. niezłożenie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, informacji o tym, że nie należy się do grupy kapitałowej oraz niewyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Zauważalna jest również zmiana polegająca na rezygnacji z regulacji, zgodnie z którą wadium nie podlegało zatrzymaniu, jeżeli wykonawca udowodnił, że niezłożenie dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Zagadnieniem objętym nowelizacją, a będącym bardzo często przedmiotem rozstrzygnięć Izby, jest badanie ofert pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zasadniczą zmianą w tym zakresie jest wprowadzenie obowiązku wezwania wykonawcy do wyjaśnień w sytuacji, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Użycie w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrotu „w szczególności” wskazuje, iż zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie również w innych sytuacjach niż wskazane przykładowo w ustawie, a wykonawca zobowiązany jest do udzielenia tych wyjaśnień, co zawsze uzależnione jest od rodzaju przedmiotu zamówienia, warunków oraz czasu w jakim jest prowadzone. W dotychczasowym orzecznictwie, którego dorobek może mieć zastosowanie w ramach nowej regulacji, wskazywano, iż zakres wyjaśnień powinien być określony przez zamawiającego, zaś samo wezwanie powinno być precyzyjne, zrozumiałe i przejrzyste. Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyraźnie nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Ustawodawca wśród przesłanek, które należy uwzględnić w trakcie oceny wyjaśnień,

zawarł szczegółowe wytyczne związane z kosztami wynagrodzenia odnosząc je do przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Powyższe będzie miało zastosowanie w przypadku, jeżeli cena oferty zawiera koszty pracy. Nowela wprowadziła również szczegółową regulację rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie rażąco niskiej ceny w toku postępowania odwoławczego (art. 190 ust. 1a ustawy Pzp) oraz skargowego (art. 198 ea ustawy Pzp) wskazując, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył jeżeli jest stroną postępowania albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (interwenientem w postępowaniu skargowym) lub ciężar dowodu spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego lub stroną (interwenientem w postępowaniu skargowym).

Kolejnym obszarem, którego zmiana zapewne znajdzie odzwierciedlenie w odwołaniach wnoszonych do Krajowej Izby Odwoławczej, jest regulacja dotycząca kryteriów oceny ofert. Ustawodawca wprowadził zasadę, że cena może stanowić jedyne kryterium oceny ofert, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Tym samym zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z wyjątkiem trybu zapytania o cenę i licytacji elektronicznej jest, iż podmiot zamawiający oprócz ceny stosuje inne pozacenowe kryteria, wymienione przykładowo w treści art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, celem wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W przepisie tym wskazano na przykładowe kategorie kryteriów oceny ofert. Odwołania, które wpłynęły do Izby pod koniec 2014 r. pozwalają stwierdzić, że zasadniczą kwestią sporną na tle powyższej regulacji bywa zakwalifikowanie przedmiotu zamówienia jako powszechnie dostępnego o ustalonych standardach jakościowych<sup>8</sup>. Pomocne w tym zakresie mogą być poglądy wypracowane przez orzecznictwo na tle art. 70 ustawy Pzp, dotyczącego trybu zapytania o cenę. Innym spornym aspektem mającym odzwierciedlenie w odwołaniach wnoszonych tuż po nowelizacji, było określenie wagi poszczególnych kryteriów pozacenowych, a także dopuszczalności stosowania jako kryterium terminu płatności wynagrodzeń<sup>9</sup>. Dodatkowo wskazać należy, że trudności praktycznych przysparzać może ustalanie kryteriów pozacenowych w zgodzie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, tj. bez odnoszenia ich do właściwości wykonawcy.

W odwołaniach wniesionych do Izby po wejściu w życie nowelizacji zauważalne było kwestionowanie przygotowanych przez zamawiających projektów umów, które nie uwzględniały nowej regulacji określonej w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, nakazującej zamieszczenie w umowach zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy zasad

<sup>8</sup> Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2395/14

<sup>9</sup> Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2014 r. sygn. akt KIO 2349/14



wprowadzania zmian wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian obciążeń publicznoprawnych mających wpływ na koszty wykonania zamówienia. Wydaje się, że przyczyną tych odwołań w 2014 r. było głównie nieuwzględnienie przez zamawiających nowych przepisów w postępowaniach wszczynanych tuż po ich wejściu w życie, nie zaś szczególne problemy interpretacyjne dotyczące tych regulacji, które w okresie objętym informacją jeszcze się nie zarysowały.

W odniesieniu do przepisów przejściowych ustawy nowelizującej, istotna dla praktyki jest treść art. 3 tej ustawy, oznaczająca, że z dniem 19 października 2014 r. przepisy art. 24 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy Pzp przestały obowiązywać i nie mogą być stosowane w żadnym postępowaniu, bez względu na jego etap oraz moment wszczęcia. Tym samym w postępowaniach, w których minął termin na modyfikację ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, brak jest możliwości wykluczenia tzw. nierzetelnych wykonawców, ze względu na brak możliwości wprowadzenia do postępowania przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Omówiona nowelizacja, z uwagi na datę jej wejścia w życie, nie znalazła w 2014 r. szerszego odzwierciedlenia w orzecznictwie Izby. Odwołania, które wpłynęły pod koniec roku, dotyczyły postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących kryteriów oceny ofert oraz zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, jednak znaczna część z nich nie doczekała się rozstrzygnięć merytorycznych ze względu na wystąpienie podstaw do umorzenia postępowania. Tym samym zasadniczego odzwierciedlenia nowych regulacji w orzecznictwie Izby należy spodziewać się w 2015 r. Z pewnością orzecznictwo stanie przed zadaniem wypracowania linii orzeczniczej w wielu kwestiach mogących wywoływać problemy interpretacyjne.

## CZĘŚĆ 2 Działalność merytoryczna Izby i związane z nią dane statystyczne za 2014 r.

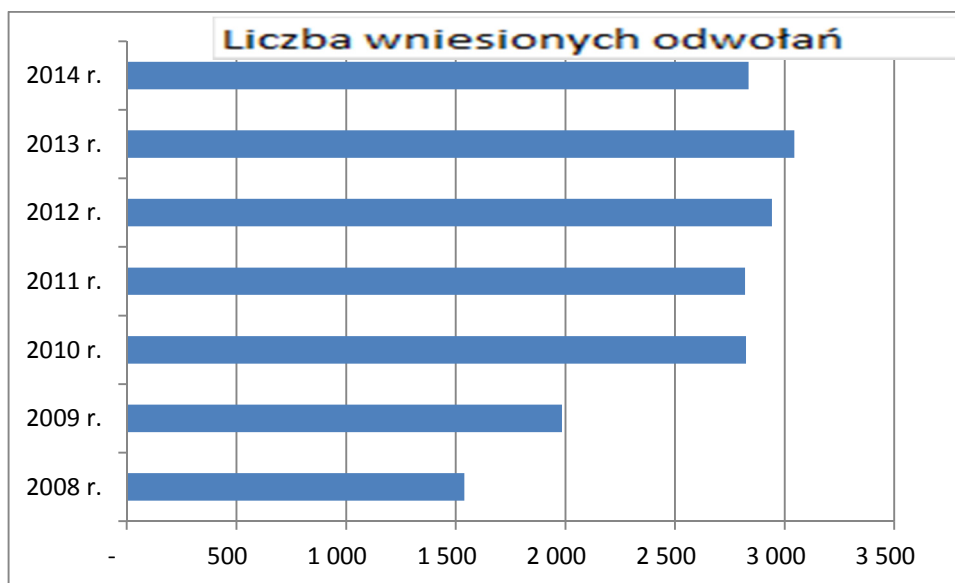
### 1. Rozpoznawanie odwołań

#### 1.1. Wpływ odwołań

W 2014 r. wpłynęło do Prezesa Izby 2836 odwołań, a w tym 37 odwołań dotyczących zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Natomiast liczba odwołań rozpoznanych w tym okresie przez Izbę (składy orzekające lub Prezesa Izby w ramach art. 187 ust. 3 Pzp) wyniosła 2835 (w tym 181 odwołań wniesionych pod koniec 2013 r.). Do rozpoznania w 2015 r. pozostały 182 odwołania wniesione pod koniec 2014 r. oraz jedno wniesione w 2013 r.

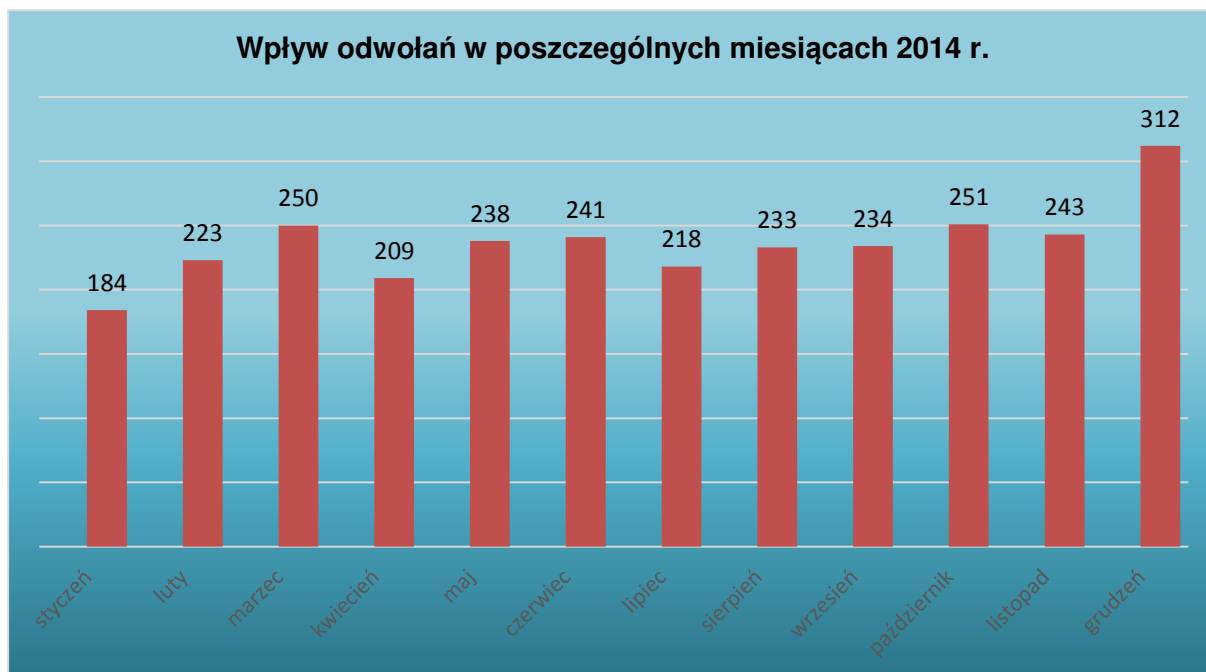
Dla porównania można wskazać, że w 2013 r. do Izby wpłynęły 3044 odwołania, w roku 2012 – 2942 odwołania, a w roku 2011 – 2820 odwołań.

Ogólna liczba 2836 wniesionych odwołań w 2014 r. oznacza utrzymywanie się zbliżonego poziomu wpływu odwołań (ok. 3000 rocznie).



W dalszym ciągu dominującym sposobem wnoszenia odwołań była forma pisemna i w taki sposób wniesiono 2329, czyli 82,1% odwołań, a 507 odwołań (17,9%) zostało wniesionych w formie elektronicznej, za pośrednictwem skrzynki podawczej ePUAP. Zauważalne jest zwiększanie się liczby odwołań wnoszonych elektronicznie – w 2013 r. z tej formy skorzystano w 486 przypadkach (16%), w 2012 r. – 432 (niemal 15%), w 2011 r. – 11%, a w 2010 r. – 4,5%.

Wpływ odwołań w poszczególnych miesiącach 2014 r. kształtował się następująco:



Można zauważyć, że największą liczbę odwołań odnotowano w IV kwartale 2014 r. (806 odwołań), a najmniejszą – w I kwartale okresu sprawozdawczego (657). W II i III kwartale wpłynęło odpowiednio prawie tyle samo odwołań (688 i 685).

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

Dominowały odwołania wniesione w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, których wartość przekracza tzw. progi unijne – w tej grupie progowej wniesiono 2247, czyli 79% (w 2013 r. był prawie taki sam odsetek – 77,5%). Pozostałe 588 (21%) odwołań dotyczyło postępowań o wartościach podprogowych. W jednym przypadku brak było danych odnośnie wartości zamówienia.

Z kolei w podziale na przedmiot zamówienia najwięcej spośród ogólnej liczby 2836 odwołań dotyczyło usług – 41%, dostaw – 39%, robót budowlanych – 20% (a więc podobnie jak w 2013 r., kiedy 44% odwołań dotyczyło usług, 35% – dostaw i 21% – robót budowlanych).

## 1.3. Statystyka przystąpień do postępowań odwoławczych

Do toczących się w okresie sprawozdawczym postępowań odwoławczych zgłoszono 2697 przystąpień, w tym 2076 po stronie zamawiającego (77%), a 621 po stronie odwołującego (23%).

## 1.4. Wyznaczanie składów do rozpoznawania odwołań

Stosownie do przepisu art. 188 ust. 1 Pzp, Izba rozpoznaje odwołanie w składzie jednoosobowym, a ze względu na szczególną zawieszność sprawy lub jej precedensowy

charakter Prezes Izby może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzyosobowym. O wyznaczenie sprawy w powiększonym składzie może także wystąpić z wnioskiem do Prezesa Izby – w świetle § 13 ust. 4 rozporządzenia w sprawie regulaminu – wyznaczony do rozpoznania sprawy członek KIO.

W 2014 r. Izba rozpoznała w składzie jednoosobowym 2277 odwołań (87%), a w składzie trzyosobowym – 348 odwołań (13%). W 2013 r. wynosiło to odpowiednio: 81% i 19%

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

Stosownie do przepisu 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 604, tj. 21% w stosunku do liczby wszystkich rozpoznanych odwołań (natomiast w 2013 r. skierowano do łącznego rozpoznania 20% odwołań).

### **1.6. Czynności formalnoprawne podejmowane przez Prezesa KIO**

W 2014 r. 717 wniesionych odwołań (25%) zawierało braki formalne, o których mowa w art. 187 ust. 3 ustawy Pzp (w 2013 r. w konieczność wezwania wykonawców do uzupełnienia odwołania wystąpiła w przypadku 22,5% odwołań).

Spośród 2835 odwołań rozpoznanych w 2014 r. zwróconych zostało 216 odwołań (8%), w tym przez Prezesa Izby: z powodu nieuiszczenia wpisu – 65 odwołań, z powodu niezpełnienia braków formalnych – 35 odwołań, a z powodu niezpełnienia zarówno wpisu, jak i braków formalnych – 111. Składy orzekające zwróciły 3 odwołania z powodu nieuiszczenia wpisu oraz 2 odwołania z powodu niezpełnienia braków formalnych. Dla porównania – w 2013 r. zostało zwróconych 259 odwołań (8,5%).

Najczęstszą przyczyną zwrotu odwołania było niezpełnienie braków formalnych.

Najczęstszym brakiem formalnym w 2014 r., powodującym zwrot odwołania, był:

- 1) brak dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu – 106 odwołań;
- 2) braki pełnomocnictwa – 41 odwołań;
- 3) braki w treści odwołania wskazane w art. 180 ust. 3 Pzp – 41 odwołań;
- 4) brak odpisu z KRS – 34 odwołania.

### **1.7. Rodzaje rozstrzygnięć**

Rozpoznaniu przez składy orzekające Izby podlegało 2619 odwołań (92%), w wyniku czego:

- 1) 889 odwołań zostało oddalonych (33,9%);
- 2) 588 odwołań zostało uwzględnionych (22,5%);
- 3) 534 postępowania zostały umorzone wskutek wycofania odwołania (20,4%);
- 4) 523 postępowania zostały umorzone w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania (20%);
- 5) 85 odwołań zostało odrzuconych (3,2%).

W 2013 r. było to odpowiednio: 1) 34,8%, 2) 26,2%, 3) 18,1%, 4) 16,9%, 5) 4,1%.

W 1477 sprawach rozpoznanych merytorycznie w 2014 r., orzeczenia uwzględniające odwołanie stanowiły 40% (588 spraw), a oddalające – 60% (889 spraw). Natomiast w 2013 r. odsetek odwołań uwzględnionych i oddalonych to odpowiednio: 43% i 57% ogólnej liczby odwołań rozpoznanych merytorycznie.

W kolejnych latach nie występują znaczące różnice w rodzaju wydawanych orzeczeń.

Należy zwrócić uwagę na wyraźne zmniejszenie się liczby odwołań odrzucanych, co niewątpliwie wynika z faktu, że od 2010 r., w którym odrzucono aż 10% odwołań, nie było zmian przepisów w tym zakresie.

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

W 2014 r. Izba w żadnym postępowaniu nie nałożyła na zamawiającego kary finansowej ani nie skróciła okresu obowiązywania umowy. W żadnym przypadku Izba nie orzekła o unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przedstawione dane pozwalają stwierdzić, że wyroki, które odnoszą się do stanu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po zawarciu umowy stanowią znikomy odsetek spraw rozpatrywanych przez Izbę.

### **1.9. Zdania odrębne**

Do wydanych w okresie sprawozdawczym wyroków członkowie składów orzekających zgłosili 2 zdania odrębne. Zdania odrębne składane są w pojedynczych przypadkach – w 2013 r. zgłoszono 4 zdania odrębne.

### **1.10. Powołanie biegłego**

W 2014 r. składy orzekające przeprowadziły dowody z opinii biegłego w trzech postępowaniach odwoławczych. Biegli zostali powołani z następujących dziedzin: projektowanie budowlane, hydrotechnika konstrukcji stalowych, energia cieplna.

W 2013 r. z opinii biegłego skorzystano w 10 postępowaniach.

### **1.11. Prawomocność orzeczeń**

W 2014 r. w oparciu o regulację § 36 ust. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu, Prezes Izby stwierdził prawomocność 35 orzeczeń, we wszystkich przypadkach Prezes Izby dokonał tego na wniosek strony.

### **1.12. Terminowość rozpoznawania odwołań**

W 2014 r. średni czas postępowania wynosił 14 dni. Najkrócej trwające postępowanie odwoławcze trwało 3 dni. Dla porównania – w 2013 r. średni czas postępowania wynosił 16 dni.

Co do zasady w 2014 r. zachowywany był 15-dniowy instrukcyjny termin na rozpoznanie odwołań, wskazany w art. 189 ust. 1 Pzp, także w sytuacjach potrzeby podjęcia dodatkowych czynności, które Izba zobowiązana była wykonać przed skierowaniem odwołania na posiedzenie lub rozprawę, jak np. wezwanie do uzupełnienia braków formalnych odwołania (wstrzymujące do 3 dni dalsze procedowanie w sprawie), czy wezwanie do zgłoszenia sprzeciwu od uwzględnienia odwołania przez zamawiającego (również wymagające upływu do 3 dni).

W dalszym ciągu zasada szybkości postępowania konfrontowana jest w praktyce z rosnącym, także w ramach regulacji Prawa zamówień publicznych, stopniem skomplikowania przepisów, zawością danej sprawy, jej wagą lub precedensowym charakterem. Niejednokrotnie rozpoznawane są sprawy wielozarzutowe, dotyczące postępowań o złożonym, wieloaspektowym lub specjalistycznym przedmiocie zamówienia. Wskazane okoliczności, w tym m.in. waga i skomplikowanie rozpoznawanych spraw, skutkują niekiedy koniecznością rozpoznania odwołania na wielu posiedzeniach (na kolejno wyznaczanych terminach) nawet przez okres wielu tygodni.

### **1.13. Ogłaszanie orzeczeń**

Zgodnie z art. 196 ust. 2 Pzp, Izba w sprawie zawitej może odroczyć wydanie orzeczenia na czas nie dłuższy niż 5 dni. W 911 przypadkach (co stanowi 62% z ogólnej liczby wydanych wyroków) Izba – z uwagi na zawość sprawy – uznała za konieczne skorzystanie z tego uprawnienia. W 2013 r. było to 916 odroczonej orzeczeń (53%), co

wskazuje na rosnący stopień skomplikowania spraw. Jednocześnie związane to jest z rozpoznawaniem spraw w większości przypadków na jednej rozprawie i koniecznością późniejszej analizy materiału dowodowego oraz argumentów stron.

#### **1.14. Skargi do sądów okręgowych na orzeczenia Izby**

W okresie 2014 r. wniesiono 133 skargi na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, co stanowi prawie 5% liczby spraw odwoławczych zakończonych w 2014 r. (w 2013 r. odpowiednio wskaźniki te wyniosły 144 skarg (5,2%), w 2012 r. – 152 skarg (6%), a w 2011 r. – 148 skarg (5%). Podział tej liczby, według podmiotów wnoszących skargę, przedstawia się następująco:

- 1) 76 (57%) skarg wniesionych przez odwołujących;
- 2) 24 (18%) skargi wniesione przez zamawiających;
- 3) 20 (15%) skarg wniesionych przez przystępujących;
- 4) 13 (10%) skarg wniesionych przez Prezesa UZP.

Na podstawie przekazanych KIO orzeczeń sądów okręgowych ustalono (według stanu na dzień 15 marca 2015 r.), że w 2014 r., sądy rozpoznały 75 skarg na orzeczenia Izby, w tym:

- 1) 28 skarg zostało odrzuconych (37,33%);
- 2) 27 skarg zostało oddalonych (36%);
- 3) 13 skarg skutkowało zmianą orzeczenia (17,33%);
- 4) 4 postępowania zostały umorzone (5,33%);
- 5) 3 skargi skutkowały uchyleniem orzeczenia (4%);

W toku jest 58 spraw.

Dla porównania – w 2013 r. wniesionych zostało 144 skarg, czyli w stosunku do 5,2% orzeczeń Izby, w tym: 83 skargi (58%) zostały wniesione przez odwołujących; 41 skarg (29%) – przez zamawiających; 11 skarg (8%) – przez przystępujących oraz 9 skarg (6%) – przez Prezesa UZP.

Analiza danych statystycznych wskazuje na utrzymujący się, znaczny odsetek skarg na orzeczenia Izby odrzucanych przez sądy okręgowe, przy czym w zdecydowanej większości przypadków (22 spośród 28 skarg) jest to spowodowane brakiem uiszczenia opłaty sądowej wymaganej od skargi.

## **2. Rozpoznawanie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy**

W 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała 54 postanowienia w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w tym:

- 1) 30 odmawiających uchylenia zakazu zawarcia umowy (56%);
- 2) 13 uchylających zakaz zawarcia umowy (24%);
- 3) 11 umarzających postępowanie w sprawie wniosku (20%).

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

Omówienie wniosków zamieszczono w Części 3 pkt 8 *Informacji*.

## **3. Rozpoznanie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP**

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

### **3.1. Rodzaje wydanych opinii**

W 2014 r. Izba wydała w formie uchwał 113 opinii, w tym:

- 1) 87 (77%) nie uwzględniających zastrzeżeń;
- 2) 18 (16%) uwzględniających zastrzeżenia w całości;
- 3) 8 (7%) uwzględniających częściowo zastrzeżenia.





Dla porównania – w 2013 r. Izba wydała w formie uchwał 121 opinii, w tym: 97 (80%) nie uwzględniających zastrzeżeń, 12 (10%) uwzględniających zastrzeżenia w całości, 12 (10%) uwzględniających częściowo zastrzeżenia.

### 3.2. Skargi na podjęte uchwały

W 2014 r. sądy administracyjne wydały 2 postanowienia w sprawie uchwał Krajowej Izby Odwoławczej dotyczących zastrzeżeń od wyniku kontroli:

1. Sprawa ze skargi na uchwałę KIO z 23 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO/KU 2/14) – Postanowienie WSA w Warszawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14 o odrzuceniu skargi. Sąd stwierdził brak kognicji sądów administracyjnych w zakresie skarżonej opinii, podtrzymując tym samym wyrażany w latach wcześniejszych w orzecznictwie pogląd o braku możliwości zaskarżenia uchwały Izby<sup>10</sup>.
2. Sprawa z zażalenia na postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 22 stycznia 2014 r. (sygn. akt V SA/Wa 2036/13) o odmowie przywrócenia terminu do wniesienia skargi na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z 26 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO/KD 58/13). Postanowieniem z 27 listopada 2013 r. WSA w Warszawie odrzucił skargę na uchwałę KIO/KD 58/13 z powodu nie usunięcia braków formalnych skargi (postanowienie jest prawomocne).

W 2013 r. sądy administracyjne wydały 3 postanowienia, utrzymując w nich dotychczas wyrażone stanowisko, co do braku możliwości zaskarżenia uchwały Izby.

<sup>10</sup> Wyrażone np. w postanowieniu NSA z dnia 13 października 2011 r., sygn. akt II GSK 1189/11.

## **CZĘŚĆ 3 Wybrane zagadnienia z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej**

### **1. Charakter próbki w postępowaniu o udzielenie zamówienia**

#### **Istota i znaczenie próbki w postępowaniu**

Prezentacja próbki jest sposobem namacalnego, empirycznego zbadania cech przedmiotu składającego się na ofertę. Może ona przybrać postać oględzin oferowanego przedmiotu (przykładowo materiałów biurowych), zbadania jego właściwości, sprawdzenia walorów użytkowych (sprawdzenie działania mechanizmów mebli, urządzeń), smakowych (degustacja posiłku), testowania sprzętu komputerowego (powszechne testy działania sprzętu), zbadania działania systemu informatycznego oraz przewidzianych w jego ramach wymaganych lub deklarowanych przez wykonawcę funkcjonalności czy nawet zbadania umiejętności osób, które mają osobiście świadczyć usługę stanowiącą przedmiot zamówienia. Dostrzega się, że przeprowadzanie procedury testowej (prezentacji) zwłaszcza w odniesieniu do systemów komputerowych, stosowanych rozwiązań systemowo-sprzętowych, jest rozpowszechnione w postępowaniach przetargowych i nie budzi wątpliwości, chociaż sama procedura badania próbki nie jest wprost uregulowana w ustawie i z tych względów opiera się na ustalonych w tym zakresie regułach w SIWZ.

Przepis art. 25 ust. 1 ustawy stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert – oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Próbka przewidziana została w przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdzie w § 6 ust. 1 pkt 1 wskazano, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności: próbek, opisów lub fotografii produktów, które mają zostać dostarczone, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

#### **Cel wymagania próbki w postępowaniu**

Próbka, a w konsekwencji – przeprowadzenie prezentacji jej cech i właściwości oraz działania, sprawdzenie walorów oferowanego przedmiotu, czy zbadanie umiejętności osób może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy), sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu

według przyjętych kryteriów pozacenowych, a wreszcie – zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

### **Kwestia dopuszczalności uzupełnienia próbki**

Przedmiotem rozważań dotyczących próbki w postępowaniu o zamówienie publiczne jest kwestia dopuszczalności uzupełnienia próbki. Spory zasadzają się na kwestii, czy w konkretnej sytuacji próbka ma charakter oferty (oświadczenia woli w rozumieniu art. 66 § 1 KC), czy też dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W tym drugim wypadku mamy do czynienia z dokumentem potwierdzającym, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego (nazywanym powszechnie „dokumentem przedmiotowym”), w postaci próbki, który to dokument podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Natomiast w sytuacji, gdy próbka traktowana jest w kategorii treści oferty, nie podlega ona uzupełnieniu, zaś próba dopełnienia oferty o niezłączoną do niej próbkę, bądź zamiany próbki nie spełniającej wymagań postawionych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą niezgodną z SIWZ bądź następczą – zmianą oferty po terminie składania ofert, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Przyjmuje się, że w tej mierze rozstrzygające są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej na użytek konkretnego postępowania. Przy braku takich postanowień jednoznacznie przesądzających o znaczeniu próbki, ocenie podlega charakter wymagania.

W orzecznictwie uznawano, że jeśli próbka, procedura jej badania została w SIWZ przewidziana w celu ustalenia spełnienia wymogów, które podlegają ocenie punktowej w wyznaczonym kryterium oceny ofert pod względem jakościowym, nosi ona cechy oferty, zaś próbka w takim wypadku nie podlega uzupełnieniu<sup>11</sup>. Podobnie jest, gdy za pomocą próbki wyrażana jest treść dotycząca oferowanego przedmiotu<sup>12</sup>.

Jednocześnie wskazuje się, że jeśli przedmiot oferowanego świadczenia jest zaprezentowany w ofercie, dołączone do niej próbki stanowią dokument potwierdzający, że oferowany przedmiot odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ. Potwierdzeniem jest stanowisko, zgodnie z którym: „Izba stwierdziła, że nie było sporne pomiędzy stronami, że próbka, jest – na gruncie ustawy Pzp – tzw. dokumentem potwierdzającym, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (tzw. dokumentem przedmiotowym). Na powyższe wskazuje

<sup>11</sup> wyrok KIO z 7 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 544/15, KIO 555/14

<sup>12</sup> wyrok KIO z 3 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 559/14

jednoznacznie treść § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 19 lutego 2013 r. poz. 231 z późn. zm.). Nie było również sporne pomiędzy stronami, że w razie niezłożenia lub złożenia błędnego, nieprawidłowego dokumentu przedmiotowego, po stronie zamawiającego aktualizuje się, co do zasady, obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp<sup>13</sup>.

Takie stanowisko wyrażone zostało także w wyroku SO w Kielcach z 12 września 2014 r. w sprawie VII Ga 124/14, w uzasadnieniu którego Sąd nie podzielił stanowiska, zgodnie z którym egzemplarze wzorcowe stanowiły integralną część oferty, uznając, że gdyby tak miało być, to z SIWZ winno wynikać, że badanie i ocena wzorców nastąpi pod kątem spełniania określonych kryteriów wyboru najlepszej oferty. Zdaniem Sądu, zgodnie z SIWZ zamawiający przyjął cenę jako jedyne kryterium wyboru, zatem nie mogło ono odnosić się do badania wzoru. W konsekwencji Sąd podzielił stanowisko wyrażone w skarżonym wyroku KIO z 29 maja 2014 r. w sprawie KIO 980/14, że przedstawione egzemplarze wzorcowe liczników należy taktować jako tzw. próbki, które są przedkładane na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp na potwierdzenie, że oferowany wyrób ma właściwości żądane przez zamawiającego. W takiej ocenie, zdaniem Sądu utwierdza fakt, że wymaganie przedstawienia wzorców zostało zamieszczone w części SIWZ zatytułowanej „Elementy składowe ofert” wśród dokumentów podmiotowych, jak i przedmiotowych, typu oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków techniczno-jakościowych, instrukcje obsługi, schemat połączeń itp. W ocenie Sądu, powyższe przesądza o tym, że egzemplarze wzorcowe będą podstawą do oceny czy oferowane przez wykonawcę liczniki odpowiadają parametrom metrologicznym pożądanym przez zamawiającego, a jeżeli jednak zamawiający powziął wątpliwość czy przedstawione wzorce odpowiadają jego wymaganiom, a – jak zauważył Sąd - chyba miało to miejsce, skoro zwracał się z zapytaniem do jednostki certyfikującej, to winien był postąpić zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp żądając uzupełnienia wzorów o stosowne nalepki. Sąd nie podzielił przy tym oceny, że prowadziłoby to do naruszenia zasady niedopuszczalności zmiany oferty, uznając, że niedopuszczalne byłoby żądanie takiego uzupełnienia dokumentów, które prowadziłoby do zaoferowania zamawiającemu innego przedmiotu aniżeli pierwotnie wskazany w ofercie przykład, prowadzącego do zastąpienia jednego urządzenia, co do którego nie wiadomo czy spełnia wymagania techniczne zamawiającego, na inne urządzenie, takie wymagania spełniające.

---

<sup>13</sup> wyrok KIO z 22 września 2014 r. sygn. akt KIO 1862/14, analogicznie: wyrok KIO z 28 października 2014 r. sygn. akt KIO 2120/14, wyrok KIO z 29 maja 2014 r. sygn. akt KIO 980/14

### **Kwestia szczegółowości opisu scenariusza prezentacji próbki**

W orzecznictwie roku 2014 poruszano kwestię szczegółowości opisu scenariusza, według którego zamawiający będzie dokonywał oceny próbki.

W wyroku KIO z 4 lipca 2014 r., w sprawie KIO 1211/14, KIO 1221/14, KIO 1222/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała zasadność stawianego w postępowaniu odwoławczym zarzutu w zakresie dotyczącym zaniechania precyzyjnego opisanie scenariusza prezentacji próbki systemu. Powyższej oceny dokonano w odniesieniu do postawionego wymagania złożenia próbki oferowanego systemu, umożliwiającej weryfikację oferowanych funkcjonalności, w szczególności w zakresie podlegającym ocenie punktowej w ramach kryterium oceny ofert, w postaci oprogramowania aplikacyjnego, zainstalowanego na sprzęcie wykonawcy (np. przenośnym komputerze) jako w pełni działającego i konfigurowanego umożliwiającego weryfikację oferowanej funkcjonalności. W postępowaniu zamawiający postawił wymaganie, aby próbka została złożona wraz z ofertą, podkreślając w SIWZ, że próbka jest rozumiana jako dokument zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, a ponadto, że zgodnie z art. 97 ust. 2 ustawy Pzp, zwróci próbki wykonawcom, których oferty nie zostały wybrane, na ich wniosek, a próbkę wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, zamawiający, zgodnie z art. 97 ust. 1, będzie przechowywać jako załącznik do protokołu przez okres 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób gwarantujący jego nienaruszalność. Izba ustaliła też, że zamawiający sprecyzował, iż Zamawiający zastrzega sobie możliwość zaproszenia Wykonawcy by dokonał prezentacji/demonstracji oferowanego oprogramowania aplikacyjnego, w pełni skonfigurowanego i zainstalowanego na swoim sprzęcie IT, w celu weryfikacji faktycznie oferowanej funkcjonalności ZSI według wcześniej określonego scenariusza. Czas na uruchomienie zdeponowanej próbki wraz z rozpoczęciem prezentacji to max. 20 min. O możliwości prezentacji systemu Wykonawca zostanie powiadomiony przez Zamawiającego z zachowaniem odpowiednich terminów wymaganych w PZP. Scenariusz prezentacji systemu Wykonawca otrzyma od Zamawiającego razem z powiadomieniem o możliwości jej przeprowadzenia.

- 1) Jeżeli w trakcie prezentacji dojdzie do stwierdzenia jakiegokolwiek niezgodności prezentowanego systemu z deklaracją Wykonawcy zawartą w ofercie co do jego parametrów funkcjonalnych oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

- 2) Jeżeli Wykonawca nie stawi się w celu dokonania prezentacji w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie i czasie, zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że nie zostało wykazane, aby ograniczenie czasu uruchomienia próbki systemu i rozpoczęcia jej prezentacji do 20 minut było nadmierne dostrzegając, że termin dotyczył okresu od momentu rozpoczęcia czynności włączenia systemu do chwili rozpoczęcia jego prezentacji, a zatem najbardziej wstępnego etapu prezentacji próbki, a także że do terminu tego nie wlicza przerw będących następstwem obiektywnych przeszkód w inicjalizacji próbki systemu nieleżących po stronie wykonawcy. Podkreślono też, że zamawiający nie limitował w żaden sposób czasu na przygotowania do rozpoczęcia uruchamiania próbki systemu, a 20 minut nie dotyczyło również trwania samej prezentacji próbki systemu. Izba zwróciła jednak uwagę, że zamawiający nie określił w SIWZ skutków, jakie należy wiązać z niezachowaniem przez wykonawcę 20-minutowego terminu, stwierdzając, że jeżeli skutek niedochowania terminu nie zostanie doprecyzowany, to kwestionowane postanowienie może być postrzegane jedynie jako termin instrukcyjny. Przy takiej interpretacji długość terminu uruchomienia próbki systemu nie stanowi treści SIWZ, ale postanowienie o charakterze formalnym. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że zamawiający w niedostateczny sposób określił w SIWZ scenariusz, według którego będzie odbywać się prezentacja próbki systemu, co polegało na tym, że:

- zamawiający w ogóle zaniechał opisu scenariusza, wskazując, że wykonawca otrzyma go razem z powiadomieniem o możliwości jej przeprowadzenia. W tej mierze Izba stwierdziła, że z uwagi na konieczność odpowiednio wcześniejszego przygotowania próbki, dotyczącej systemu, który ma zostać dostarczony i wdrożony dopiero w wyniku udzielenia zamówienia, postanowienie to należało uznać za niedopuszczalne.
- Izba nie dopatrzyła się realizacji postulatu opisanego scenariusza prezentacji próbki w zmianie SIWZ polegającej na wskazaniu, że celem prezentacji będzie „weryfikacja oferowanych funkcjonalności w odniesieniu do wymagań ogólnych zawartych w pkt 2.1 załącznika nr 1 do SIWZ oraz wymagań technicznych, za spełnienie których zostaną przyznane punkty w ramach kryterium oceny ofert „Wymagania techniczne”, opisanych w poz. 1-6 tabeli w pkt 7 ppkt III SIWZ”. Zdaniem składu orzekającego, z uwagi na doniosłą rolę, jaką może odegrać prezentacja próbki systemu, jej scenariusz wymaga dalszego dookreślenia, a doprecyzowanie to powinno obejmować wskazanie w sposób możliwie szczegółowy i konkretny, jedynie najważniejszych funkcjonalności systemu, wraz z opisaniem efektu, jaki wykonawcy obowiązani będą zaprezentować (osiągnąć).

Izba nie podzieliła zarzutu, aby próbkę ograniczyć jedynie do płyty CD z oprogramowaniem systemowym, uznając, że zamawiający ma prawo żądać, aby wykonawca zaprezentował funkcjonalności systemu na swoim sprzęcie, zaś takie rozwiązanie chroni zamawiającego przed ewentualnymi zarzutami wykonawców co do nieprawidłowego przebiegu prezentacji z powodu np. wad sprzętu zamawiającego, na którym miałyby być uruchomiona płyta CD. Zamawiający ma prawo zbadać działanie próbki systemu w warunkach, za które odpowiadają wykonawcy. Za niezasadny uznano argument odwołującego, jakoby sprzęt wykonawcy, na którym ma być zainstalowana próbka systemu, miał być mieniem znacznej wartości, uznając, że koszt nawet nowego notebooka wynosi ok. 2,5 tys. zł, co stanowi relatywnie niewielką wartość wobec wartości całego zamówienia, jakie wykonawca spodziewa się uzyskać, przy czym nie ma przeszkód aby wykonawca posłużył się sprzętem używanym. Ponadto wykonawcom, których oferty nie zostaną wybrane jako najkorzystniejsze, próbki zostaną zwrócone na ich wniosek, a dysponowanie przez zamawiającego tymi próbkami jest zatem czasowo ograniczone. Jedynie próbkę pochodzącą od wykonawcy wybranego zamawiający obowiązany będzie przechowywać przez okres wskazany w ustawie.

Zdaniem Izby, nie mogło natomiast stanowić przedmiotu skutecznego zarzutu zaniechanie przez zamawiającego utrwalania przebiegu prezentacji za pomocą kamery wideo. Izba zgodziła się, że takie utrwalenie byłoby najbardziej optymalne ze względów dowodowych, jednak obowiązkiem zamawiającego, w myśl zasady pisemności postępowania, o której mowa w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, jest jedynie utrwalenie przebiegu czynności dokonywanych w postępowaniu w takiej właśnie formie. Zamawiający nie ma obowiązku utrwalania czynności dokonywanych w postępowaniu za pomocą kamery wideo. Izba uznała stanowisko zamawiającego, który oświadczył w trakcie rozprawy, że z przebiegu prezentacji próbki systemu sporządzony zostanie protokół, do którego uczestnicy czynności będą mogli zgłaszać uwagi i że jest to dostateczny sposób utrwalenia przebiegu takiej czynności.

W wyroku z 27 sierpnia 2014 r. o sygn. akt KIO 1630/14, Krajowa Izba odwoławcza uznała za dopuszczalną możliwość przetestowania wiedzy i umiejętności ekspertów, którzy mają wykonywać przedmiot zamówienia przez przeprowadzenie po złożeniu oferty testu umiejętności w postaci opracowania wykonanego przez ekspertów wskazanych w ofercie. Izba uznała też, że kryteria oceny takie jak „poprawność”, „niezbędność”, „trafność” czy „kompletność”, zestawione z przedmiotem zamówienia, który stanowi opracowanie analiz eksperckich, nie mogą być uznane za nieodpowiednie do przedmiotu zamówienia.

Reasumując:

- dla wyeliminowania wątpliwości co do charakteru próbki bądź jako treści oferty, bądź jako dokumentu przedmiotowego, pożądane jest zamieszczenie w SIWZ postanowień, które to jednoznacznie rozstrzygną,
- przy braku tego rodzaju postanowień, konieczna jest analiza charakteru próbki na gruncie danego postępowania i ocena – na podstawie cech i znaczenia dla postępowania – próbki jako treści oferty bądź jako dokumentu przedmiotowego,
- przy prezentacji próbki systemu informatycznego, powinny być sprecyzowane przynajmniej takie elementy scenariusza prezentacji, jak: czas przygotowania i trwania prezentacji; to, na czym sprzęcie zostanie taka prezentacja przeprowadzona; w jakiej konfiguracji tego sprzętu; oczekiwany rezultat prezentacji, który będzie stanowił o jej pozytywnym przebiegu: potwierdzenie istnienia określonych funkcjonalności, decydujące o zgodności oferty SIWZ, albo uzyskaniu punktów według kryterium pozacenowego. Niekiedy pożądanym będzie określenie warunków zewnętrznych, w jakich prezentacja próbki zostanie przeprowadzona (temperatura, wilgotność),
- pożądane (optymalne z dowodowego punktu widzenia) jest w niektórych sytuacjach nagrywanie prezentacji próbki, ale taki obowiązek nie wynika z ustawy.

## **2. Ceny jednostkowe w ofercie a czyn nieuczciwej konkurencji**

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej niejednokrotnie staje przed zadaniem rozstrzygnięcia zarzutów dotyczących prawidłowej kalkulacji ceny rozpatrywanej przez pryzmat nie tylko ceny zaniżonej - rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, ale także czynu nieuczciwej konkurencji. W kontekście regulacji zawartych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem z zakresu nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 tej ustawy) a także utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy).

W świetle regulacji powyższej ustawy, stawiane są niejednokrotnie zarzuty wskazujące na to, że zaniżenie cen jednostkowych stanowi działanie kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, mimo że cena rozpatrywana jako całość nie nosi znamion rażąco niskiej. Tego rodzaju stanowisko wyrażane było w szczególności w sytuacjach, gdy w postępowaniu występowały ceny jednostkowe, odnoszące się do określonych elementów



zamówienia wyraźnie wycenianych albo wynagrodzenie ustalone było na zasadzie kosztorysu. Stanowisko wskazujące na dopuszczenie się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, wyrażającego się wyceną poszczególnych elementów lub jednostek wycenianych w kosztorysie poniżej rzeczywistych kosztów wykonania danego elementu, odnoszono także do nierzetelnej i nie oddającej realnych kosztów wykonania wyceny elementu, który podlegał ocenie przez pryzmat przyjętych kryteriów oceny ofert. W tym ostatnim wypadku upatrywano nierzetelnej i zaniżonej wyceny danego elementu w zamiarze uzyskania wyższej punktacji w ramach kryterium podlegającego ocenie. Dotyczy to przykładowo sytuacji, gdy w danym postępowaniu zamawiający czynił kryterium oceny ofert nie tylko cenę zaoferowaną za realizację przedmiotu zamówienia, ale wprowadzał dodatkowe kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, takie jak cena za wykonanie danego etapu, cena określonego elementu sprzętu, licencji czy serwisu.

W roku 2014 orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej także poruszało tę problematykę.

Podjęmowano próby precyzowania czynu nieuczciwej konkurencji wyrażającego się zaoferowaniem cen odrębnie ocenianych na poziomie nierealnym i oderwanym od realiów rynkowych, wskazując, że znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Podkreślano, że prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł, a przeciwnie – obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, że przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów<sup>14</sup>.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrażała także pogląd<sup>15</sup>, że ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację, narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa

<sup>14</sup> wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 216/14

<sup>15</sup> wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 216/14

i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna, ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, nie otrzymają punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca, który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. W jednej z rozpatrywanych spraw skład orzekający podkreślił, że odwołujący nawet nie kryje się z rzeczywistymi pobudkami swoich działań wskazując w odwołaniu, iż wykorzystał sytuację, w której zamawiający „nie potrafił przewidzieć skutków zastosowanych przez siebie kryteriów oceny ofert”. W konkluzji stwierdzono, że zaniżenie ceny za realizację elementu przedmiotu zamówienia, stanowiącego usługę podziału działki na większą liczbę niż dwie pozwoliłoby odwołującemu zdobyć maksymalną liczbę punktów, tj. 40 pkt w ramach kryterium dotyczącego ceny za podział na większą liczbę niż dwie działki i w rezultacie doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji bowiem inni wykonawcy, niezależnie od tego czy zaoferowali ceny na poziomie nawet zbliżonym do minimalnych istniejących na rynku otrzymaliby praktycznie 0 pkt. W świetle różnic pomiędzy ww. ceną zaoferowaną przez odwołującego a cenami zaoferowanymi w innych ofertach w tym kryterium, drugie kryterium oceny ofert (cena za usługę podziału na dwie pierwsze działki) pozostałoby pozbawione większego znaczenia. Biorąc pod uwagę wpływ, jaki zaoferowanie tak niskiej ceny miało na punktację w ramach oceny ofert, niewątpliwie należy uznać, iż celem zaniżenia ceny za realizację ww. usługi było zdobycie maksymalnej liczby punktów i poprzez to działanie na szkodę innych wykonawców oraz zamawiającego. Izba stwierdziła, że takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, który kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z takim wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza i zakłóca rynkowe reguły uczciwego konkurowania. Skład orzekający podkreślił, że podtrzymuje wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czynu nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji praktyki manipulowania cenami, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11, wyrok wydany w sprawie o sygn. akt KIO 7/13, łączonych KIO 1240 1246, 1248/13). Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu miało być „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i wreszcie ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie.

W konkretnej sprawie<sup>16</sup> skład orzekający uznał, że działanie wykonawcy polegające na zaferowaniu ceny 1 grosz za określone pozycje kosztorysu oraz zawyżeniu wyceny innych pozycji kosztorysu stanowi manipulację stawkami kosztorysu, kwalifikowaną jako czyn nieuczciwej konkurencji, co skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Skład orzekający uznał, że dzięki tego rodzaju działaniu wykonawca stworzył sytuację, która mogłaby mu umożliwić skredytowanie przez zamawiającego robót wykonywanych na późniejszych etapach realizacji zamówienia, a wykonawca nie wykazał prawidłowości i rzetelności kalkulacji wyceny zakwestionowanych w odwołaniu pozycji kosztorysu. Tego rodzaju działanie uznano za sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy realizacji zamówienia, prowadząc w konsekwencji do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu SN z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścili się przystępujący do zastanych norm prawnych powołanej ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy, a zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia

---

<sup>16</sup> wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 października 2014 r. sygn. akt KIO 2046/14

oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok SN z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Podobnej oceny dokonała Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zasadność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, z uwagi na to, że w postępowaniu na kompleksowe mechaniczne czyszczenie jezdni ulic<sup>17</sup> wykonawca dokonał kalkulacji części cen jednostkowych w sposób nierentowny, odbiegający od kosztów ponoszonych na wykonanie tego rodzaju zadania, innych zaś relatywnie wysoko, bilansując koszty na różne elementy zamówienia i zakładając, że określone z nich wykona z większą niż zakładana przez zamawiającego częstotliwością. Izba ustaliła, że w analizowanym postępowaniu ceny jednostkowe wskazane przez wykonawców w formularzu ofertowym nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac, stanowiących jeden z niezależnych elementów przedmiotu zamówienia. Kryterium oceny ofert stanowiła cena całkowita jednak jej kalkulacja przez wykonawcę miała być dokonywana jedynie na użytek porównania ofert. Ustalono, że przedmiot zamówienia nie jest usługą, w ramach której ilości poszczególnych rodzajów prac określonych przez zamawiającego w kosztorysie będą stałe i nie będą ulegać zmianie i że z tego względu zamawiający przewidział, iż wynagrodzenie będzie wypłacane wykonawcy według określonych w ofercie cen jednostkowych. Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna była zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Manipulację cenami za poszczególne elementy związane z wykonywaniem zamówienia skład orzekający potraktował jako czyn nieuczciwej konkurencji, a zaniżone ceny jednostkowe uznał za rażąco niskie. W uzasadnieniu podkreślono, że wykonawca przypisując poszczególnym usługom inne wartości niż rzeczywiście winny im być przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dawało mu możliwość uzyskania - pod pozorem niskiej ceny za cały przedmiot zamówienia – wysokiego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Działanie to nie wypełnia wprost przesłanek żadnego z czynów nieuczciwej konkurencji opisanych w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak działanie wykonawcy należy oceniać w świetle art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby, przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi

<sup>17</sup> wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 września 2014 r. sygn. akt KIO 1844/14

podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia, z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny - służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen – do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla zamawiającego. Zamawiający zlecając prace wycenione wysoko musiałby zapłacić ukrytą w ich cenie cenę za wykonanie pozostałych prac, co do których nie ma pewności, czy i w jakim wymiarze zostaną zlecone w toku realizacji umowy. Jednocześnie, przeniesienie kosztów usług pozwoliłoby wykonawcy na uzyskanie znacznie wyższego wynagrodzenia niż uzyskane w sytuacji rzetelnej wyceny poszczególnych usług. Takie działanie nie jest jedynie formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, ale ma dla zamawiającego konkretny wymiar finansowy, a w konsekwencji nie zasługuje na ochronę i oznacza wypełnienie przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podsumowując, orzecznictwo – stając przed koniecznością rozstrzygnięcia o stawianych w danej sytuacji zarzutach, dotyczących poprawności wyceny elementów jednostkowych oferty, poszczególnych pozycji składającego się na nią kosztorysu – stosownie do tego, czy ta wycena ma znaczenie dla etapu realizacji albo wyboru najkorzystniejszej oferty, traktuje jako czyn nieuczciwej konkurencji manipulację cenami jednostkowymi polegającą na wycenie części cen na poziomie nierealnym, bardzo niskim, części zaś odpowiednio zawyżonym, uznając, że w takim wypadku oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

### **3. Tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego**

W 2014 roku Krajowa Izba Odwoławcza w ponad 200 orzeczeniach wypowiedziała się na temat szeroko rozumianej tajemnicy przedsiębiorstwa. W ostatnich latach da się bowiem zauważyć istotny wzrost odwołań zawierających ten zarzut i problemy orzecznicze związane z tym pojęciem. Instytucja tajemnicy przedsiębiorstwa jest bowiem powszechnie nadużywana przez wykonawców i nader często nie służy ochronie ich uzasadnionych interesów organizacyjnych, marketingowych czy ekonomicznych, lecz ma na celu utrudnienie podmiotom konkurencyjnym weryfikacji prawidłowości czynności podmiotów zamawiających dokonanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zjawisko to

nabiera na sile w postępowaniach, gdzie zainteresowanie wykonawców jest znaczne, zaś żądane przez podmioty zamawiające dokumenty (podmiotowe i przedmiotowe) odnoszą się do wysokich wymagań stawianych w ramach warunków udziału w postępowaniu oraz przedmiotu zamówienia. Zjawisko to jest bowiem powszechnie dostrzegalne w ramach skomplikowanych usług (budowa systemów informatycznych, usługi teleinformatyczne, usługi doradztwa inwestycyjnego i prawnego), dostaw związanych z instalacją, rozmieszczeniem i obsługą przedmiotu dostawy (sprzęt komputerowy, sprzęt medyczny, sprzęt elektroenergetyczny, maszyny i urządzenia górnicze). Problem ten występuje także w usługach o mniejszym stopniu skomplikowania, gdzie jednak występuje bardzo silna konkurencja (usługi sprzątania, usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, usługi gospodarki leśnej). Zastrzeżeniem coraz powszechniej obejmowane są wyjaśnienia składane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak również uzasadnienie objęcia poszczególnych informacji zastrzeżeniem w oparciu o treść przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Rok 2014 pokazał, iż problem ten stał się jednym z najbardziej newralgicznych zjawisk krajowego systemu zamówień publicznych. Zjawisko to przysparza nie tylko trudności interpretacyjnych związanych z oceną określonych stanów faktycznych, ale również trudności proceduralnych w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej, na skutek niedoskonałych regulacji art. 189 ust. 6 ustawy Pzp. Przepis ten bowiem umożliwia rozpoznanie odwołania na rozprawie, której jawność została wyłączona, jednakże nie uwzględnia on okoliczności, że ujawnienie pewnych informacji może naruszać interesy uczestnika postępowania odwoławczego (przystępującego), nie przyznając mu uprawnienia do złożenia wniosku o wyłączenie jawności rozprawy oraz do udziału w rozprawie prowadzonej z wyłączeniem jawności.

O ile sam fakt możliwości zastrzegania informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa wynika wprost z przepisów ustawy Pzp, to już okoliczności takiego zastrzeżenia budziły dosyć spore wątpliwości interpretacyjne.

Najczęstszym z podnoszonych przez odwołujących zarzutów były zarzuty dotyczące naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Ustęp 1 omawianego przepisu to ogólnie sformułowana zasada, jaka jest stosowana przy udzielaniu zamówień publicznych, a mianowicie zasada jawności, natomiast omawiany ustęp 3 wskazanego przepisu stanowi wyjątek od tej zasady. Wyjątek powyższy określa, na jakich płaszczyznach, polach, stosując jakie przepisy możliwe jest dokonanie odstępstwa od zasady jawności postępowania i tym samym wyłączenie pewnych informacji spod obowiązku udostępnienia ich podmiotom zainteresowanym. Zakres ten, wyznaczony przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, odnosi się do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dlatego też rozpoznając zasadność stawianych zarzutów w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej koniecznym staje

się ustalenie, czy doszło do naruszenia zasady jawności postępowania, czy wręcz odwrotnie – objęcie określonych treści tajemnicą przedsiębiorstwa znajdowało swoje uzasadnienie w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w swoim art. 11 definiuje, jakie czyny stanowią lub mogą stanowić naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu tejże ustawy, a które to odniesienie znajduje zastosowanie w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Art. 11 uznk wskazuje bowiem, że:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy.
2. Przepis ust. 1 stosuje się również do osoby, która świadczyła pracę na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego - przez okres trzech lat od jego ustania, chyba że umowa stanowi inaczej albo ustał stan tajemnicy.
3. Przepisu ust. 1 nie stosuje się wobec tego, kto od nieuprawnionego nabył, w dobrej wierze, na podstawie odpłatnej czynności prawnej, informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Sąd może zobowiązać nabywcę do zapłaty stosownego wynagrodzenia za korzystanie z nich, nie dłużej jednak niż do ustania stanu tajemnicy.
4. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Najczęstszym, podnoszonym w odwołaniach składanych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej argumentem jest okoliczność wskazana w ust. 4 art. 11 uznk, poprzez niezasadne (zdaniem odwołujących) zastrzeżenie i objęcie pewnych dokumentów (informacji) tajemnicą przedsiębiorstwa i wyłączenie ich spod ogólnej reguły jawności postępowania, bądź odwrotnie – poprzez niezasadne uznanie (przez zamawiającego), że określone dokumenty (informacje) nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku objęcia zarzutem tego ostatniego przypadku w ramach środków ochrony prawnej zachodzi jednak wątpliwość, czy dochodzi do spełnienia warunku odnoszącego się do interesu w uzyskaniu zamówienia – uregulowanego w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Na podkreślenie zasługuje tutaj fakt, iż zakres zastrzeżonych informacji, a zatem i przedmiot badania, może być stricte powiązany z zakresem określonym przepisem art. 11 ust. 4 uznk, poprzez odniesienie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, tj. nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których

przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Powyższe oznacza, że muszą istnieć, co najmniej następujące okoliczności, które mogą pozwolić zastrzec określone dokumenty (treści) tajemnicą przedsiębiorstwa: nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą oraz podjęcie przez zastrzegającego informacje przedsiębiorcę niezbędnych działań w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów (treści). Dopiero udowodnienie zaistnienia tych elementów łącznie może stanowić podstawę do przyjęcia za prawidłowe czynności zastrzeżenia określonych dokumentów (treści) jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Za informację posiadającą wartość gospodarczą w orzecznictwie uważa się informację handlową, która jak definiuje Sąd Najwyższy „obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym” (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. sygn. I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59).

Tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być informacje o źródłach zaopatrzenia i zbytu, ponieważ określają one podstawowe działania związane z prowadzeniem danego przedsiębiorstwa, a w określonych sytuacjach upowszechnienie tych danych mogłoby szkodzić interesom przedsiębiorców (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96, Wokanda 1997, nr 10, s. 55).

Dla przykładu należy wskazać na kilka orzeczeń SN, NSA oraz KIO, które zostały wydane w odniesieniu do zarzutów obejmujących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wypracowano szereg generalnych zasad pozwalających na ocenę poszczególnych stanów faktycznych pod kątem skuteczności zastrzeżenia informacji. Zasady te pozwalają na ocenę czynności uczestników rynku, którego specyficznym elementem jest rynek zamówień publicznych. W wyroku z dnia 28 lutego 2007 r. sygn. akt V CSK 444/06 Sąd Najwyższy podniósł, iż „Tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności”.

W wyroku z dnia 17 lipca 2013 roku, sygn. akt I OSK 608/13 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że „skutkiem objęcia oferty, złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, jest związanie tą klauzulą zamawiającego, który działając w charakterze podmiotu zobowiązanego do udzielenia informacji publicznej,



nie ma innej możliwości niż odmówić udostępnienia dokumentów. Nie mogą wywołać zamierzonego skutku próby dowodzenia, czy to we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, czy to w skardze do sądu administracyjnego, że oferta nie zawiera rozwiązań świadczących o jej unikalności przez co brak podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Sąd administracyjny nie jest ponadto uprawniony do oceny, czy istniały podstawy do zastosowania klauzuli w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego z uwagi na fakt, że okoliczność ta podlega kognicji sądów powszechnych”. W powyższym orzeczeniu Naczelny Sąd Najwyższy odniósł się do zakresu kognicji sądownictwa administracyjnego w przedmiocie oceny skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W wyroku z dnia 22 lipca 2014 roku, sygn. akt KIO 1384/14, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż „każdemu z wykonawców przysługuje prawo do złożenia odwołania w sytuacji, gdy zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie dokumentów w postępowaniu. Nieodtajnienie przez zamawiającego dokumentów złożonych w postępowaniu powoduje, że wykonawca nie ma możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa (dokonania wglądu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne, celem dokonania oceny prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie ofert wykonawców w postępowaniu). Tym samym, należy uznać, że wykonawca, który kwestionuje czynność zamawiającego polegającą na braku odtajnienia dokumentów innego wykonawcy w postępowaniu, posiada interes w złożeniu odwołania na tę czynność zamawiającego. Dokonanie wglądu do ofert złożonych przez innych wykonawców w postępowaniu oraz możliwość zaskarżenia czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie ofert w postępowaniu, jest uprawnieniem Odwołującego i w związku powyższym szkoda, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na tym, że nie miałby możliwości skorzystania ze swoich uprawnień (...). Naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem. Jest to równoznaczne z występowaniem interesu do zaskarżenia takich czynności lub zaniechań (...). W definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte są określone działania i czynności podejmowane w celu jej ochrony, co oznacza, że jeżeli istotnie działanie takie zostały podjęte, to powinny istnieć materialne dowody ich podjęcia (...). W przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa każdy przedsiębiorca doskonale wie, jaką wartość ma określona informacja i jakie mogą być konsekwencje jej ujawnienia, jakiego rodzaju i gdzie poniesie straty wskutek jej ujawnienia, jaką konkretnie może ponieść stratę i jaka będzie jej wysokość. Stwierdzenie przypuszczające oznacza jedynie, że wykonawca wcale nie jest pewny, że ujawnienie zastrzeżonych przez niego informacji, rzeczywiście spowodowałoby dla niego negatywne konsekwencje, w szczególności naraziło na straty (...). Skoro nazwy wystawców referencji

oraz nazwy oprogramowań znalazły się w treści referencji, w których nie zastrzeżono, że nie mogą być ujawniane, to również nie było podstaw do utajnienia informacji w zakresie oprogramowania, które w skróconej formie pojawiło się w wykazie. (...). Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy. (...). Nie można zastrzec, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Cena jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. (...). Wykonawca powinien udowodnić, że informacja ma charakter poufny i że wykonawca strzeże poufności tej informacji. Okoliczności tych nie można się domyślać, ani domniemywać, lecz powinny one zostać udowodnione przez wykonawcę w toku postępowania. Brak jest podstaw do uznania poufności informacji, których poufności wykonawca próbuje wykazać ogólnikowymi stwierdzeniami i sloganami". W powyższym orzeczeniu Izba odniosła się do istoty pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa, postępowania dowodowego w tym zakresie oraz dotknęła istotnej kwestii jaką jest spełnienie przez wnoszącego odwołanie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W innym wyroku, z dnia 6 czerwca 2014 roku, sygn. akt KIO 1032/14, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „dokument zawierający wykaz osób może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa ze względu na fakt, iż zawiera informację o sposobie organizacji kadrowego zaplecza. Wskazuje on osoby z imienia i nazwiska, z podaniem informacji nie tylko co do kwalifikacji, ale także sposobu dysponowania osobą i jej roli w realizacji inwestycji. Ochronie może podlegać w tym przypadku zbiór tych wszystkich informacji, gdyż przystępujący do przetargu wykonawca funkcjonuje na rynku usług, a jakość, renomę przedsiębiorstwa w sektorze usługowym buduje prawidłowy sposób doboru osób tę usługę realizujących. To dobór osób wchodzących w skład przedsiębiorstwa lub osób, którymi wykonawca zamówienia dysponuje ma kluczowe znaczenie dla realizacji usługi. (...). Dla uznania czynu danego przedsiębiorcy za czyn nieuczciwej konkurencji istotne jest określenie, czy dane działanie wynika z istoty konkurencji, czy też jest podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji. Przedsiębiorca ma bowiem prawo zastrzeżenia istotnych informacji, tak aby nie były one dostępne konkurencji. Nie można z góry odmówić wykonawcy prawa do korzystania z przysługujących mu środków prawnych zmierzających do ochrony poszczególnych informacji, które w jego ocenie mogą stanowić tajemnicę

przedsiębiorstwa niedostępną innym przedsiębiorcom działającym na rynku. Działanie takie znajduje swoje uzasadnienie w mechanizmie wolnej konkurencji”. W powyższym orzeczeniu podniesiono istotą kwestię zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu kadry w postępowaniu, którego przedmiotem są usługi. Izba uznała, iż takie zastrzeżenie jest dopuszczalne ze względu na rolę jaką sprawuje personel i jego właściwy dobór w ramach świadczonych usług. Oznacza to, iż o skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zdecydowało powiązanie zastrzeżonych informacji z przedmiotem zamówienia i możliwy wpływ ich ujawnienia na skuteczność doboru personelu i roli, jaką w przyszłości będą pełnić poszczególne osoby.

W wyroku z dnia 25 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 189/14 Izba wskazała, że „ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Przy czym, obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem”. Powyższe uzasadnienie prawne odnosi się do kwestii zasadności dokonanego zastrzeżenia i formułuje postulat, iż zamawiający jest każdorazowo zobligowany do zbadania skuteczności zastrzeżenia i zbadania spełnienia przesłanek ustawowych determinujących prawo do ochrony takich informacji.

W kolejnym orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 9 stycznia 2014 roku, sygn. akt KIO 2932/13) zostało wskazane, że „zastrzeżeniu, jako tajemnica przedsiębiorstwa, może podlegać cały dokument lub tylko niezbędne fragmenty tych wyjaśnień, czy nawet określone postanowienie w nim zawarte, chyba, że ujawnienie takiego fragmentu (element) informacji stanowiłoby podstawę do skutecznej dedukcji na temat całości informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże ten fakt to wykonawca, powinien wykazać. Ocenie zatem powinien podlegać każdy zastrzeżony dokument, w tym przypadku pismo oraz jego załączniki. (...). Ochronie w myśl art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) podlegają wyłącznie informacje, których ujawnienie godzi w obiektywne interesy przedsiębiorcy, przekraczające ramy danego

postępowania. Tym samym skorzystanie z instytucji zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić metody na uniemożliwienie dostępu do treści oferty konkurującym wykonawcom, celem uniemożliwienia zapoznania się z treścią oferty i oceny jej zgodności z wymaganiami ogłoszenia oraz specyfikacji, albowiem takie korzystanie z uprawnień zmierzałoby do nieuzasadnionego ograniczenia jawności postępowania”. W orzeczeniu tym Izba zwróciła uwagę na istotny aspekt, iż korzystanie przez wykonawcę z prawa ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być nadużywane i mieć jedynie na celu ograniczenie konkurencyjnym wykonawcom możliwości weryfikacji poprawności czynności podmiotu zamawiającego. Izba uznała również, iż zastrzeżenie winno odnosić się tylko do tych elementów oferty, które walor tajemnicy posiadają bez możliwości rozciągania zastrzeżenia na cały dokument lub całą ofertę.

W kolejnym wyroku z dnia 7 lipca 2014 roku, sygn. akt KIO 1228/14 Izba wskazała, że „nie jest możliwe odtajnienie zastrzeżonych informacji, które to informacje pozwoliły na takie ukształtowanie ceny oferty w ujęciu specyficznych rozwiązań, które mogłyby być dostępne pozostałym wykonawcom, gdyż odtajnienie takie miałoby znaczący wpływ na sytuację firmy w przyszłych postępowaniach, ułatwiając konkurencji, nawet wręcz przyjęcie rozwiązań tych wykonawców w sporządzaniu własnych ofert, niwelując przewagę konkurencyjną tych wykonawców”. W powyższym orzeczeniu Izba odniosła się do hipotetycznych skutków ujawnienia zastrzeżonych informacji i przez pryzmat tych skutków dokonała oceny skuteczności zastrzeżenia.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 października 2014 roku, sygn. akt KIO 1831/14 wskazała, że „zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, poczynsz od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady

ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania (...). Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy, jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone – należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, a contrario dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

- informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną

przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa". W powyższym orzeczeniu Izba odniosła się do istoty zasady jawności postępowania oraz wyjątków od tej zasady obligujących podmioty zamawiające do prowadzenia postępowania mającego na celu ustalenie, czy dane okoliczności przesądzają o możliwości odstępstwa od jednej z naczelných zasad postępowania jaką jest zasada jawności wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazała również jakie konsekwencje wiążą się dla wykonawców z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. że muszą się oni liczyć z faktem upubliczniania niektórych informacji. Tego bowiem wymagają zasady transparentności i przejrzystości postępowania mające swoje źródło w przepisach UE.

W roku 2014 ustawodawca podjął starania pozwalające na przyspieszenie procedury oceny i badania czynności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji. Z dniem 19 października 2014 r. weszły bowiem w życie przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wprowadzone zmiany dotyczą istotnych z punktu widzenia praktyki orzeczniczej obszarów, w tym wyjątków w zakresie jawności postępowania odnoszących się do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odpowiedzią na dotychczasowe – będące często przedmiotem rozstrzygnięć Izby – problemy związane z wyłączeniem jawności dokumentów składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, jest znowelizowany art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym już w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykonawca ma nie tylko wskazać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje, ale również wykazać, że te informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

#### **4. Wybrane aspekty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pocztowe w orzecznictwie Izby w 2014 r.**

Okres sprawozdawczy był drugim rokiem obowiązywania nowej ustawy Prawo pocztowe<sup>18</sup>, której zasadniczym celem była dalsza liberalizacja na rynku usług pocztowych. Liberalizacja rynku usług pocztowych otworzyła w szerszym zakresie możliwość zlecenia w trybach konkurencyjnych usług pocztowych dotychczas uznawanych za zastrzeżone. Końcowym etapem liberalizacji jest konkurs na wyłonienie operatora wyznaczonego, którego zwycięzca będzie świadczył powszechne usługi pocztowe przez okres 10 lat, począwszy od 1 stycznia 2016 r. Konkurs taki został ogłoszony przez Urząd Komunikacji Elektronicznej 30 grudnia 2014 r., zaś termin składania ofert wyznaczono na 14 kwietnia 2015 r.<sup>19</sup>

Okres sprawozdawczy był czasem, w którym rolę operatora wyznaczonego zobowiązanego do świadczenia powszechnych usług pocztowych, z mocy przepisów przejściowych pełniła Poczta Polska S.A.

W okresie sprawozdawczym wpłynęły do Izby 24 odwołania w sprawach dotyczących postępowań o udzielenie zamówień publicznych na rynku usług pocztowych. Najczęstszymi zagadnieniami, które zostały poruszone w orzecznictwie Izby były kwestie dotyczące potencjału technicznego, dopuszczalności nadania przez wykonawcę przesyłek specjalnych w imieniu zamawiającego w placówkach operatora wyznaczonego oraz kwestia dopuszczalności wykonywania usługi doręczeń świadczeń z ubezpieczenia społecznego do rąk świadczeniobiorców pod wskazanym adresem przez inne podmioty aniżeli operator wyznaczony.

#### **Kwestia potencjału technicznego w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na usługi pocztowe**

Cechą wyróżniającą omawiane postępowania były wymagania zamawiających odnośnie zdolności technicznej stawiane wobec potencjalnych wykonawców jak i świadczonej przez nich usługi. Powyższe wynika z natury tego typu usług, w których jednym z istotniejszych elementów świadczących o zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, jak również przesądzających o jakości świadczonej usługi jest liczba, charakter oraz zagęszczenie placówek operatora. O tego typu zagadnieniach Izba rozstrzygała w orzeczeniach wydanych w sprawach o sygn. akt KIO 1428/14, KIO 1350/14, KIO 2004/14, KIO 2498/14. Pierwsze dwa z powołanych orzeczeń zapadły w wyniku rozstrzygnięcia odwołań skierowanych wobec postanowień SIWZ. W swoich odwołaniach odwołujący podnosili, że postanowienia SIWZ w zakresie potencjału technicznego lub opisu przedmiotu

<sup>18</sup> Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2012 r., poz. 1529)

<sup>19</sup> <http://www.uke.gov.pl/ogloszenie-konkursu-na-operatora-pocztowego-wyznaczonego-do-swiadczenia-uslug-powszechnych-15221>

zamówienia są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia bądź nie znajdują uzasadnienia w usprawiedliwionych potrzebach zamawiającego.

W wyroku z dnia 17 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1350/14 Izba orzekła na tle stanu faktycznego, w którym w treści SIWZ zamawiający dopuścił także możliwość obsługi klienta w lokalu, w którym prowadzona jest jeszcze inna – aniżeli pocztowa – działalność gospodarcza. W takim jednak przypadku zastrzeżono, że jednostka wykonawcy musi posiadać wyodrębnione stanowisko obsługi klientów w zakresie usług pocztowych, oznakowane w sposób widoczny nazwą lub logo wykonawcy. Odwołujący domagał się modyfikacji powołanego postanowienia co do konieczności wyodrębnienia stanowiska uznając, że zawęży ono konkurencyjność postępowania uniemożliwiając złożenie mu oferty. W omawianym orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza uznała kwestionowane postanowienie za zgodne z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp argumentując, że sporny wymóg mieści się w wyłącznym uprawnieniu Zamawiającego do kształtowania warunków realizacji zamówienia. Podkreślono, że wymóg wyodrębnienia stanowiska w lokalu wykonawcy, w którym prowadzona jest także inna niż pocztowa działalność gospodarcza, nie zaburza konkurencji i nie prowadzi do uprzywilejowania któregoś z wykonawców. Ponadto oczekiwanie przez zamawiającego określonego standardu świadczenia usługi nie narusza przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

W wyroku z dnia w sprawie o sygn. akt KIO 1428/14 Izba orzekła na tle stanu faktycznego, w którym zamawiający, prowadzący postępowanie w imieniu i na rzecz wielu instytucji zamawiających zażądał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponował zapleczem organizacyjno-technicznym, tj. co najmniej jedną stałą placówką pocztową w każdej gminie na terytorium RP wg aktualnego na dzień 1 stycznia 2014 roku podziału administracyjnego kraju, w której można odebrać przesyłkę pocztową lub kwotę pieniężną określoną w przekazie pocztowym i która doręcza adresatom przesyłki pocztowe lub kwoty pieniężne określone w przekazach pocztowych. W przypadku gmin, które posiadają więcej niż 6000 mieszkańców - wykonawca zobowiązany jest wskazać, że dysponuje lub będzie dysponował, co najmniej jedną placówką pocztową na każde rozpoczęte 6000 mieszkańców. (...).

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając proporcjonalność opisanego warunku wzięła pod uwagę m.in. szacowaną liczbę nadawanych przesyłek, jak również fakt, że przedmiotem zamówienia było świadczenie usług pocztowych w obrocie krajowym i zagranicznym dla 283 jednostek administracji państwowej, w tym jednostek im podległych, znajdujących się na terenie wszystkich 16 województw Rzeczypospolitej Polskiej. Podkreślono także, że każdy zamawiający przygotowujący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi brać pod uwagę jego indywidualne potrzeby i wymagania, tak aby przedmiot przyszłej umowy był



realizowany zgodnie z założeniami, jakie zamierzał osiągnąć. Co istotne, Krajowa Izba Odwoławcza nie uznała, aby wymogi odnośnie potencjału technicznego odnoszące się do operatora wyznaczonego, wynikające z odrębnych przepisów stanowiły nieprzekraczalny poziom potencjału technicznego, jakiego można wymagać od operatorów pocztowych ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z powyższego, w orzecznictwie Izby uznano, że zamawiający – w rozpatrywanych stanach faktycznych – mieli prawo formułować w specyfikacji istotnych warunków zamówienia relatywnie wysokie wymagania tak w zakresie zdolności technicznej operatora pocztowego, jak i sposobu świadczenia przez niego usługi pocztowej. Tego typu wymagania, o ile są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia lub znajdują uzasadnienie w potrzebach zamawiającego, nie są uznawane za zaburzające uczciwą konkurencję i nie prowadzą do uprzywilejowania któregoś z wykonawców.

Kolejne dwa orzeczenia dotyczyły kwestii prawidłowości oceny zdolności technicznej operatora pocztowego dokonanej przez zamawiającego w postępowaniu. W wyroku z dnia 11 grudnia 2014 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2498/14 Izba orzekła w przedmiocie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, który zdaniem odwołującego nie wykazał spełnienia warunku w zakresie potencjału technicznego wymaganego od operatora publicznego w tym postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje na ten temat. W swym rozstrzygnięciu Izba dostrzegła, że zgodnie z brzmieniem warunku opisanego w specyfikacji, który nie został skutecznie zakwestionowany w odpowiednich terminach, wykonawca miał jedynie wykazać, że dysponuje lub będzie dysponował określonym zapleczem organizacyjno-technicznym. Z powyższego wywiedziono, że w żaden sposób Zamawiający nie żądał spełnienia warunku tylko i wyłącznie na dzień składania ofert, skoro dopuszczał spełnienie warunku na zasadzie: „będzie dysponował”. Powyższa okoliczność okazała się zasadniczą przyczyną, z powodu której odwołanie w omawianym zakresie oddalono.

W wyroku z dnia 27 października 2014 roku wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2004/14 Izba orzekła w przedmiocie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, który zdaniem odwołującego, nie wykazał spełnienia warunku w zakresie potencjału technicznego wymaganego od operatora publicznego w tym postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje na ten temat. Jednym z elementów warunku opisanego w specyfikacji był wymóg, aby w sytuacji gdy placówka operatora znajduje się w lokalu, w którym prowadzona jest inna działalność gospodarcza, posiadała wyodrębnione stanowisko do obsługi klientów w zakresie usług pocztowych.

W swym rozstrzygnięciu Izba podkreśliła, że wymóg dysponowania odpowiednimi zasobami i potencjałem badany jest na datę składania ofert. W konsekwencji, to na tę datę odwołujący, jako strona wnioskująca o wykluczenie, a więc obarczona ciężarem dowodowym, winien był wykazać, że oferta kwestionowanego wykonawcy czy też on sam nie spełnia określonych wymagań. Podkreślono również, że pojęcia wyodrębnionego stanowiska nie należy utożsamiać z koniecznością funkcjonowania odrębnego okienka, przy którym oferowane są wyłącznie usługi pocztowe. Przy ocenie tego wymogu bardziej właściwe wydaje się ujęcie funkcjonalne, w ramach którego klient może zawrzeć umowę o świadczenie usług pocztowych w specjalnie do tego wyznaczonym miejscu, które zostało przez operatora odpowiednio oznakowane. Powyższe okoliczności okazały się zasadniczymi przyczynami, z powodu których odwołanie w omawianym zakresie oddalono.

Jak wynikało z orzecznictwa Izby, zasadniczym elementem brany przez Izbę pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku w zakresie potencjału technicznego wymaganego od operatora pocztowego była treść i wykładnia warunku opisanego w specyfikacji. Przy ocenie, czy informacje mają charakter nieprawdziwy, kluczowe znaczenie miało również ustalenie momentu, w którym kwestionowane oświadczenie złożono. Oddalenie odwołań było również skutkiem niedostatecznej jakości materiału dowodowego, jaki Izbie przedstawił podmiot, na którym spoczywał ciężar dowodu.

### **Kwestia dopuszczalności nadania przez wykonawcę przesyłek specjalnych w imieniu zamawiającego w placówkach operatora wyznaczonego**

Z powodu ustanowienia w odrębnych przepisach, że termin uważa się za zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu Prawa pocztowego, w razie konieczności zachowania przez zamawiającego terminów na dokonanie określonych czynności, pisma muszą zostać nadane w placówce Poczty Polskiej S.A., która posiada taki status. Z uwagi na niekiedy marginalny zakres takich przesyłek niektórzy zamawiający nie decydowali się na udzielanie w tym zakresie odrębnego zamówienia operatorowi wyznaczonemu. Ponadto ogłaszając postępowania obejmujące całość nadawanych przez nich przesyłek pocztowych określali wymogi odnośnie sposobu realizacji usługi bez uwzględnienia specyfiki tego typu przesyłek. Następnie, w toku postępowania, np. w odpowiedziach na pytania dotyczące treści specyfikacji, w celu dopuszczenia konkurencji w postępowaniach, w odniesieniu do przesyłek specjalnych zamawiający rozszerzali przedmiot zamówienia o usługi pośrednictwa. Dopuszczali możliwość, aby po odebraniu wyznaczonych przesyłek pocztowych od zamawiającego, w tym samym dniu zostały one dostarczone do placówki operatora wyznaczonego i nadane w imieniu zamawiającego, a wykonawca następnie dostarczał zamawiającemu uzyskane potwierdzenie nadania. Zazwyczaj jednak, pomimo wyraźnego

dopuszczenia takiej możliwości, zamawiający nie dostosowywali opisu przedmiotu zamówienia do dopuszczonej przez siebie możliwości.

W tej sytuacji odwołujący kwestionowali, że wykonawca zaoferował usługę pośrednictwa w świadczeniu usługi pocztowej, choć przedmiotem zamówienia jest wyłącznie świadczenie usług operatora pocztowego w rozumieniu art. 2 ust. 1 Prawa pocztowego. Wskazywali, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, powołując się na niezgodność zaoferowanej usługi pośrednictwa z postanowieniami specyfikacji, które nie dość precyzyjnie uwzględniały specyfikę takiej usługi.

Krajowa Izba Odwoławcza w opisanych stanach faktycznych konsekwentnie stwierdzała, że wskutek wyjaśnień bądź modyfikacji specyfikacji postępowanie, które pierwotnie dotyczyło usługi pocztowej rozumianej jako stosunek łączący zamawiającego z operatorem pocztowym, w części uległo przekształceniu. Uznawano, że w części dotyczącej nadawania przesyłek specjalnych przez wykonawcę w placówkach operatora wyznaczonego, przedmiotem zamówienia nie jest usługa pocztowa, ale usługa pośrednictwa, zaś operator wyznaczony nie będzie podwykonawcą części przedmiotu zamówienia. Przyjmowano, że taki sposób realizacji przedmiotu zamówienia nie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż został wyraźnie dopuszczony przez zamawiającego. Pogląd taki przedstawiono w wyroku z 22 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2601/14, jak również w wyroku z dnia 31 października 2014 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2160/14. Argumentowano przy tym, że wszelkie ewentualne, zaistniałe w takim wypadku niejasności, niekonsekwencje i niedostatki dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, powinny być podnoszone i kwestionowane w stosownych terminach przewidzianych w art. 182 ustawy Pzp. Dostrzec należy, że podobne stanowisko w zbliżonym stanie faktycznym Izba prezentowała w wyroku z dnia 19 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1362/13). Warto również zauważyć, że rozstrzygnięcie i rozważania Izby przedstawione w ostatnio powołanym orzeczeniu zostały w pełni podzielone przez SO w Gliwicach, który wyrokiem z 26 listopada 2013 r. (sygn. akt X Ga 287/13) oddalił skargę. Zaznaczenia wymaga przy tym, że wobec obydwu orzeczeń Izby, jakie wydano w okresie sprawozdawczym (to jest wyroku z 22 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2601/14, jak również wyroku z dnia 31 października 2014 r. sygn. akt KIO 2160/14) zostały wywiedzione skargi. Rozstrzygnięcie, jakie zapadnie w wyniku rozpoznania skarg pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy będzie można mówić o ukształtowaniu się jednolitej linii orzeczniczej w omawianym zakresie.

**Kwestia dopuszczalności wykonywania usługi doręczeń świadczeń z ubezpieczenia społecznego rolników do rąk świadczeniobiorców pod wskazanym adresem przez inne podmioty aniżeli operator wyznaczony**

Kolejną kategorię spraw, jakie Izba rozpoznawała w okresie sprawozdawczym stanowiły odwołania w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, których przedmiotem były usługi doręczania w formie gotówki świadczeń emerytalno-rentowych z ubezpieczenia społecznego rolników do rąk świadczeniobiorców w ich miejscu zamieszkania.

Odwołujący powołując się na przepisy art. 2 ust. 1 pkt 5 , art. 3 pkt 16, art. 15 ust. 1 pkt 3 oraz art. 15 ust. 2 prawa pocztowego wywodzili, że świadczenie usługi doręczania w formie gotówki świadczeń emerytalno-rentowych do rąk świadczeniobiorców w ich miejscu zamieszkania odpowiada definicji przekazu pocztowego, przy czym usługi w zakresie przyjmowania przekazów pocztowych zarezerwowane zostały w sposób wyłączny dla operatora wyznaczonego. Zdaniem odwołujących, za takim stanowiskiem miała przemawiać literalna, systemowa i celowościowa wykładnia przepisu art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników<sup>20</sup> (u.s.r.). Zgodnie zaś z art. 49 ust. 1 u.s.r., wypłata świadczenia z ubezpieczenia następuje przez doręczenie uprawnionemu należnej kwoty za pośrednictwem operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) lub innej osoby. Za zgodą uprawnionego Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego może stosować inne formy wypłaty.

Odwołujący w tej sytuacji zarzucali, że zamawiający dopuścili się naruszeń ustawy Pzp przez dopuszczenie do przetargu, którego przedmiotem jest realizacja usługi przekazu pocztowego, podmiotów, które nie mają uprawnień do wykonywania usługi przekazu pocztowego zgodnie z regulacją ustawy Prawo pocztowe. Wywodzili, że opis przedmiotu zamówienia błędnie wskazuje, że może on być wykonywany przez podmioty świadczące usługi płatnicze w formie przekazu pieniężnego, podczas gdy przedmiotem zamówienia może być jedynie usługa przekazu pocztowego i jedynie podmiot uprawniony do wykonywania tej usługi winien zostać dopuszczony do udziału w przetargu.

Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu swych orzeczeń uznawała, że przedmiotem analizowanych postępowań o udzielenie zamówienia jest usługa doręczania uprawnionym wypłaty świadczenia z ubezpieczenia społecznego. Zatem opis przedmiotu zamówienia, jaki zamawiający sformułowali w specyfikacjach, nie daje podstaw do stwierdzenia, jakoby przedmiotem zamówienia miała być usługa przekazu pocztowego. Analiza zaś powołanych

---

<sup>20</sup> Dz. U. z 2013 r. poz. 1403

przepisów prawa pocztowego doprowadziła do przyjęcia w tych orzeczeniach wniosku, że operator wyznaczony, w przeciwieństwie do innych operatorów pocztowych, czy innych osób, nie może odmówić zawarcia umowy o świadczenie usługi pocztowej przez przyjęcie przekazu pocztowego ze świadczeniami z ubezpieczenia społecznego rolników.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza przyjmowała, że wykładnia art. 49 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników nie prowadzi do wniosku, aby tylko Poczta Polska S.A. była uprawniona do realizacji przedmiotu zamówienia opisywanego w specyfikacjach. W wyroku z dnia 26 maja 2014 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 928/14 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że art. 49 ust. 1 ustawy u.s.r. nie stoi na przeszkodzie przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi doręczania uprawnionemu należnej kwoty z tytułu ubezpieczenia społecznego rolników za pośrednictwem, obok operatora wyznaczonego, także innej osoby, w szczególności prowadzącej działalność w zakresie doręczania świadczeń w sposób opisany w SIWZ. Analogiczny pogląd przedstawiono w wyroku Izby z dnia 29 maja 2014 r. sygn. akt KIO 929/14. W orzeczeniu tym stwierdzono, że skoro ustawa o ubezpieczeniu społecznym rolników dopuszcza do świadczenia przedmiotu zamówienia również przez „inną osobę”, oprócz Poczty Polskiej (art. 49 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników), to trudno podzielić argumentację Odwołującego, że tylko on jest uprawniony do realizacji przedmiotu zamówienia. Stanowisko takie zostało zaprezentowane również w wyroku Izby z 18 sierpnia 2014 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1539/14. W świetle przepisu art. 49 ust. 1 u.s.r. nie tylko Poczta Polska S.A. jest uprawniona do doręczania uprawnionym należnych im kwot z ubezpieczenia społecznego rolników. Ponadto, w u.s.r. nie wskazano, że świadczenia mają być doręczane w miejscu zamieszkania, a sposób doręczania wynika tylko i wyłącznie z przepisu art. 49 tej ustawy.

Warto również zauważyć, że rozstrzygnięcie Izby przedstawione w ostatnio powołanym orzeczeniu zostało podzielone przez SO w Białymstoku, który wyrokiem z 30 października 2014 r. (sygn. akt II Ca 898/14) oddalił skargę. W orzeczeniu tym Sąd wyraził pogląd, że na gruncie obecnie obowiązującego art. 49 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniu społecznym rolników tak operator wyznaczony (...) jak i każda inna osoba mogą doręczać świadczenia z ubezpieczenia w sposób przewidziany dla przekazu pocztowego, tj. doręczenie do rąk pod wskazanym adresem.

## **5. Problemy związane z zabezpieczeniem roszczeń stron, wykonalnością i prawomocnością orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej**

### **5.1. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą**

Zgodnie z preambułą dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane (89/665/EWG)<sup>21</sup> właściwe organy odwoławcze muszą być upoważnione do podjęcia środków tymczasowych mających na celu zawieszenie procedur udzielania zamówień publicznych lub wykonania jakichkolwiek decyzji podejmowanych przez instytucję zamawiającą. Jako minimum zabezpieczenia interesów wykonawców dyrektywa nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia takiej regulacji, aby instytucja zamawiająca nie mogła zawrzeć umowy przed podjęciem przez organ odwoławczy decyzji w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub o odwołanie. Zawieszenie wygasa nie wcześniej niż okres zawieszenia typu *standstill*.

Jednocześnie art. 2 ust. 8 tejże dyrektywy państwa członkowskie zostały zobowiązane do zapewnienia efektywnego wykonania decyzji podjętych przez organy odwoławcze.

Celem opracowania jest wskazanie problemów ujawniających się w orzecznictwie na tle zaimplementowanego rozwiązania. Zagadnienie środków tymczasowych w polskiej procedurze odwoławczej zostało uregulowane w art. 183 ust. 1 ustawy, który wprowadza środek tymczasowy w postaci zakazu zawarcia przez zamawiającego umowy o zamówienie publiczne do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Ustawodawca przyjął przy tym rozwiązanie, które pozwala na podjęcie przez Krajową Izbę Odwoławczą decyzji o niestosowaniu tego środka tymczasowego – procedura rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy objęta jest regulacją art. 183 ust. 2-6 ustawy Pzp. W praktyce orzeczniczej Izby taki zakres uregulowania prowadzi do powstania dwóch zagadnień problemowych.

Pierwszy dotyczy dopuszczalności rozpoznawania przez Izbę wniosków o zabezpieczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pochodzących od wykonawców.

Podkreślenia wymaga, że art. 183 ust. 1 ustawy Pzp zabrania zamawiającemu jedynie zawarcia umowy o zamówienie publiczne, natomiast nie zakazuje podejmowania

---

<sup>21</sup> Dz.U.U.E.L.1989.395.33, Dz.U.U.E-sp.06-1-246 Dz.U.U.E.L.1992.209.1 Dz.U.U.E.L.2007.335.31 Dz.U.U.E.L.2014.94.1

innych czynności związanych z przebiegiem procedury udzielania zamówienia publicznego. Dodatkowo, zakaz zawarcia umowy przestaje obowiązywać z chwilą wydania orzeczenia kończącego postępowanie przed Izbą, co oznacza, że zamawiający po wydaniu orzeczenia przez Izbę może zawrzeć umowę przed upływem terminu na wniesienie skargi na orzeczenie Izby do sądu okręgowego. Może to stanowić przeszkodę w merytorycznej kontroli sądowej orzeczenia Izby i prowadzić do skutecznego pozbawienia wykonawcy prawa do rozpoznania sprawy przez sąd, czego będzie dotyczyła druga część opracowania.

Izba stanęła przed tym problemem w sprawie o sygn. akt KIO 824/14, w której wykonawca przed upływem terminu na wniesienie skargi do sądu okręgowego złożył w sądzie wnioski o zabezpieczenie postępowania przez zakazanie zamawiającemu wykonania jakichkolwiek czynności faktycznych lub prawnych prowadzących do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub podejmowanych w ramach wykonania praw lub obowiązków wynikających z przedmiotowej umowy. Sąd okręgowy wydał w tej sprawie postanowienie o przekazaniu wniosku o zabezpieczenie do rozpoznania Krajowej Izbie Odwoławczej. Sąd uzasadniając swoją decyzję wskazał na treść art. 730 § 1 K.p.c. i prawo wnioskodawcy do żądania zabezpieczenia w każdej sprawie cywilnej podlegającej rozpoznaniu przez sąd lub sąd polubowny. Odwołał się do treści art. 391 § 1 K.p.c. i dopuszczalności stosowania w postępowaniu przed sądem II instancji przepisów o postępowaniu przed sądem I instancji oraz do art. 734 zd. 1 i 3 K.p.c. i wywiódł, że postępowanie drugoinstancyjne zaczyna się toczyć z chwilą przekazania środka odwoławczego wraz z aktami sprawy sądowi odwoławczemu i dlatego do rozpoznania wniosku o zabezpieczenie przed przekazaniem sądowi okręgowemu skargi właściwa jest Krajowa Izba Odwoławcza jako organ I instancji.

Postępowanie z uwagi na niewniesienie przez wykonawcę skargi w terminie zostało umorzone z uwagi na bezprzedmiotowość orzekania. Niemniej jednak ujawnił się problem dopuszczalności rozpoznania przez Izbę wniosku wykonawcy o zabezpieczenie postępowania. Zagadnieniem problemowym jest również to, czy udzielenie zabezpieczenia w toku postępowania odwoławczego zostało z mocy art. 183 ust. 2 ustawy Pzp ograniczone wyłącznie do zamawiającego i do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przed Izbą. Jeśli przyjąć, że jest to regulacja kompleksowa, to wyklucza ona udzielenie zabezpieczenia na wniosek wykonawcy w postępowaniu odwoławczym. Z uwagi na przepis art. 198a ust. 2 ustawy Pzp sądownictwo powszechne dopuszcza wnoszenie wniosków o zabezpieczenie po wniesieniu skargi (tak Postanowienie SO w Krakowie z dnia 5 listopada 2009 r. sygn. akt XII Ga 350/09, LEX nr 564640), przy czym wskazuje się, że jakkolwiek wniosek o zabezpieczenie jest dopuszczalny, to jednak odpowiednie stosowanie przepisów o

apelacji prowadzi do tego, że przy rozpoznawaniu wniosku o zabezpieczenie trzeba uwzględniać specyfikę postępowania skargowego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawa Pzp zezwala zamawiającemu na zawarcie umowy po wydaniu wyroku przez KIO. Postępowanie skargowe przed sądem nie tamuje więc zawarcia umowy. Ze względu na specyfikę zamówień publicznych, w których z założenia postępowanie ma być szybkie i prowadzić w konsekwencji do rychłego zawierania umów, trzeba przyjmować, że tylko w wyjątkowych przypadkach może nastąpić udzielenie zabezpieczenia poprzez zakaz zawarcia umowy

Drugim zagadnieniem wiążącym się ze środkami tymczasowymi w ustawie Pzp jest to, że zamawiający nie ma zakazu dokonywania innych niż zawarcie umowy czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po wniesieniu odwołania, a Izba nie została wyposażona w prawo do zawieszania postępowania lub wydawania zakazów podejmowania konkretnych czynności w postępowaniu do czasu rozpoznania odwołania. Skutkiem takiego uregulowania jest to, że zamawiający kontynuuje postępowanie o zamówienie publicznego podejmując dalsze czynności bez oczekiwania na rozstrzygnięcie odwołania, a wynik postępowania odwoławczego podważa prawidłowość tych nowo dokonanych czynności. Dotyczy to najczęściej takich sytuacji, jak upływ terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, upływ terminu na składanie ofert, dokonanie czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej itp., a odwołanie dotyczy czynności dokonanych wcześniej, np. ustalonej treści ogłoszenia o zamówieniu lub treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub dokonanego badania i oceny ofert przed zaproszeniem do aukcji. Takie sytuacje w praktyce orzeczniczej występują często, stąd konieczne jest wprowadzenie rozwiązania zapobiegającemu zbędnemu unieważnianiu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i gwarantującego szerszą możliwość naprawy czynności lub zaniechań zamawiającego. Ma to także znaczenie dla efektywności wydatkowania środków publicznych, gdyż prowadzenie nowego postępowania jest kosztowniejsze niż jego kontynuacja.

Dalsze zagadnienia dotyczą wykonalności i prawomocności wyroku Izby.

Instytucję prawomocności reguluje szczerunkowo art. 195 ust. 3 ustawy Pzp stanowiąc, że orzeczenie Izby, ale tylko takie, w którym Izba orzekła o nałożeniu na zamawiającego kary finansowej, staje się prawomocne odpowiednio z dniem upływu terminu do wniesienia skargi lub z dniem wydania przez sąd w wyniku rozpatrzenia skargi na orzeczenie Izby wyroku oddalającego skargę. Natomiast art. 197 ustawy Pzp dotyczy wykonalności i stanowi, że orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Przepis art. 781 § 2 K.p.c. stosuje się odpowiednio. Wykonalność jest stwierdzana przez sąd na wniosek strony. Strona jest obowiązana załączyć do wniosku



oryginał lub poświadczony przez Prezesa Izby odpis orzeczenia Izby. Sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby nadającego się do wykonania w drodze egzekucji, nadając orzeczeniu klauzulę wykonalności.

W tym zakresie dostrzegane są przez Izbę następujące problemy wynikające z orzecznictwa:

- czy orzeczenie Izby inne niż nakładające na zamawiającego karę finansową staje się kiedykolwiek prawomocne, zatem czy możliwe jest powoływanie się na zasadę powagi rzeczy osądzonej,
- czy istnieją orzeczenia Izby nie nadające się do wykonania w drodze egzekucji,
- jeśli odpowiedź na pytanie 2 jest twierdząca, to czy zamawiający może skutecznie uchylać się od wykonania wyroku Izby,
- o jakim sądzie mowa jest w przepisie art. 197 ustawy Pzp ,
- czy i jaki jest wpływ postępowania o stwierdzenie wykonalności orzeczenia Izby na postępowanie skargowe,
- jaka jest efektywność wykonania wyroku Izby, skoro wyrok nie jest wyposażony w atrybut natychmiastowej wykonalności, a prawo wykonania orzeczenia Izby przez zamawiającego oparte jest wyłącznie na art. 183 ust. 1 ustawy,
- czy zamawiający może uchylać się od wykonania orzeczenia Izby do czasu rozpoznania wniesionej przez niego skargi na wyrok Izby,
- czy wykonawca może skutecznie domagać się od zamawiającego, aby powstrzymał się od wykonania wyroku Izby do czasu rozpoznania skargi wniesionej przez wykonawcę,
- jaka jest wzajemna relacja pomiędzy art. 197, a art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, art. 186 ust. 2 i 3 oraz art. 189 ust. 2 pkt 5, stanowiącymi wyraz zasady koncentracji środków ochrony prawnej oraz wskazującymi na nałożenie na zamawiającego obowiązku niezwłocznego wykonania wyroku Izby, sądu, albo uwzględnionych żądań wykonawcy bez konieczności nadawania orzeczeniu Izby klauzuli wykonalności.

Wyżej przedstawione zagadnienia problemowe obrazują stanowiska stron postępowania odwoławczego zawarte w wyroku z dnia 18 marca 2014 r. sygn. akt: KIO 423/14.

Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykonania wyroku Izby odwołując się do uchwały SN z dnia 24 listopada 2005 r. (sygn. akt: III CZP 85/05) – która jednak zapadła w odmiennym stanie prawnym, tj. w okresie kiedy obowiązywały protesty, a zamawiającemu nie wolno było zawrzeć umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem

protestu, który – jeśli została wykorzystana pełna procedura odwoławcza – upływał z chwilą wydania orzeczenia przez sąd okręgowy. Zgodnie z tą uchwałą, jeżeli wyrok Zespołu Arbitrów (obecnie Krajowej Izby Odwoławczej) jest skuteczny i wykonalny, to zamawiający zobowiązany jest go wykonać, a ewentualne wniesienie skargi do sądu okręgowego nie wstrzymuje jego wykonania. Odwołujący powoływał także, orzecznictwo Izby wskazujące na wiążący charakter jej wyroków np. postanowienie KIO z dnia 5 maja 2011 r. (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), wyrok KIO z dnia 29 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 2244/12), wyrok KIO z dnia 5 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1815/11).

Zamawiający natomiast podnosił, że w wyniku wniesionej przez niego skargi powołany wyrok KIO nie jest prawomocny. Prawomocność jest to bowiem stan prawny odnoszący się bądź to do rozstrzygnięć organów administracyjnych, lub do orzeczeń sądowych, mający miejsce wówczas, gdy orzeczenie sądowe bądź rozstrzygnięcie organu administracji nie może być zmienione, czy uchylone poprzez wniesienie środka odwoławczego lub zaskarżenia. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wniósł skargę na wyrok KIO. Tym samym wydany wyrok nie jest prawomocny do czasu rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy, a zamawiający nie ma obowiązku jego wykonania. Zdaniem zamawiającego twierdzenie, że powinien wykonać wyrok, który zaskarżył, jest co najmniej nielogiczne i nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach prawa.

Izba rozstrzygając przedmiotową sprawę wskazała, że ocena postępowania zamawiającego dotyczy nowych czynności podjętych w postępowaniu z uwzględnieniem skutków wynikających z uprzednio wydanych rozstrzygnięć Izby na gruncie prowadzonego postępowania oraz okoliczności faktycznych sprawy. Zdaniem Izby formułowane przez odwołującego zarzuty zaniechania wykonania wyroku Izby nie mogą prowadzić do sytuacji, w której Izba przejmuje rolę organu egzekucyjnego, czy też ogranicza się do wskazania na czynności, które należało wykonać na podstawie uprzednio zapadłego orzeczenia. Izba podniosła, że wyrok Izby jest „skuteczny” z chwilą jego wydania. Oznacza to, że zamawiający nie ma przeszkód do jego wykonania nawet w sytuacji, w której wniesiona zostaje skarga na wyrok Izby. Jednocześnie milczenie ustawodawcy w przedmiocie terminu wykonania orzeczenia Izby powoduje, że nie sposób zamawiającemu, w przypadku braku niezwłocznego podjęcia działań w tym zakresie, przypisać jakiegokolwiek naruszenia obowiązków.

Przywołane orzeczenie wskazuje zatem przede wszystkim na to, że zamawiający jest uprzywilejowany przez ustawodawcę w procedurze odwoławczej, gdyż może nie wykonywać orzeczenia Izby do czasu rozpoznania własnej skargi, ale jednocześnie może orzeczenie dla siebie korzystne wykonać, nawet jeśli wykonawca wniesie skargę, która następnie zostanie

przez sąd oceniona jako zasadna, co jednak nie przesądza o zwycięstwie wykonawcy, gdyż w przypadku zawarcia umowy postępowanie skargowe zostanie umorzone.

Konsekwencją przyjęcia takiego modelu efektywności wykonania orzeczeń organu odwoławczego, tak Izby, jak i sądu okręgowego, jest także trudność w ocenie momentu zaistnienia powagi rzeczy osądzonej, a to z kolei przekłada się na możliwość zastosowania art. 185 ust. 6 i art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. Znaczna liczba spraw będących przedmiotem rozpoznania przez Izbę dotyczy bowiem odwołań na niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie orzeczenia Izby lub niewykonanie czynności przez zamawiającego zgodnie z żądaniami wykonawcy w przypadku uwzględnienia odwołania.

Przykładami mogą być sprawy, w których zapadły niżej wskazane orzeczenia: wyrok Izby z dnia 1 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 527/14, wyrok z dnia 3 kwietnia 2014 r. sygn. akt: KIO 604/14, wyrok z dnia 24 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 641/14, postanowienie z dnia 5 maja 2014 r. sygn. akt KIO 775/14, wyrok z dnia 13 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1091/14, postanowienie z dnia 8 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1318/14, postanowienie z dnia 26 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1673/14, wyrok z dnia 28 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1693/14, wyrok z dnia 10 września 2014 r. sygn. akt KIO 1804/14, postanowienie z dnia 16 października 2014 r. sygn. akt KIO 2062/14.

## **5.2. Postępowanie skargowe**

Przedstawione powyżej zagadnienia w kontekście obowiązującej zasady dwuinstancyjności orzekania w sprawach zamówień publicznych dają również asumpt do rozważań nad celowością regulacji tych zagadnień przy najbliższej nowelizacji ustawy. Problematykę z tym związaną sygnalizują również orzeczenia sądów okręgowych zapadłe w sprawach skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 2014 r. Przedstawione poniżej orzeczenia obrazują wpływ czynności podjętych po wydaniu orzeczenia przez Izbę (w tym zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego) na sposób procedowania sądów okręgowych i rodzaj wydanych rozstrzygnięć.

1. Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie w sprawie sygn. akt IV Ca 979/14 z dnia 23 października 2014 r. od wyroku KIO z dnia 3 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 986/14, uchylający zaskarżony wyrok odnośnie zadań nr 6 i 9 i umarzający postępowanie w tym zakresie. Z treści uzasadnienia wyroku wynika, że wszystkie zarzuty skargi są zasadne i że skarga zasługuje na uwzględnienie w całości. Jednakże z uwagi na fakt, że umowa w części zadań została zrealizowana Sąd orzekanie w tym zakresie uznał za zbędne. Dlatego też w zakresie zrealizowanych zadań uchylił zaskarżony wyrok KIO i postępowanie w tym zakresie umorzył na podstawie art.198 f ust.3 pzp w zw. z art.355 k.p.c. w zw. z art.198 a ust.2 pzp.

2. Wyrok Sądu Okręgowego w Kielcach VII Wydział Gospodarczy w sprawie sygn. akt VII Ga 150/14 z dnia 3 października 2014 r. od wyroku KIO z dnia 10 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1316/14, którym Sąd zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uwzględnił odwołanie i orzekł o skróceniu obowiązywania umowy zawartej w dniu 16 czerwca 2014r. do dnia 31 grudnia 2014 r. Z treści uzasadnienia wynika, że KIO pominęła istotną okoliczność zawarcia umowy przed wydaniem wyroku Izby. Sąd Okręgowy uwzględniając skargę zmienił wyrok w ten sposób, że uwzględnił odwołanie i orzekł o skróceniu obowiązywania umowy na podstawie art.198 f ust.2 w związku z art.192 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Skracając stosownie umowę Sąd miał na względzie interes publiczny jakemu umowa miała służyć, w tym przeznaczenie materiałów medycznych. Sąd uznał również za niecelowe nałożenie kary finansowej na szpital mając na względzie jego sytuacją finansową, w tym interes pacjentów.
3. Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku o sygn. akt II Ca 880/14 z dnia 5 listopada 2014 r. od wyroku KIO z dnia 8 sierpnia 2014 r. sygn. akt 1504/14, którym Sąd zmienił zaskarżony wyrok, stwierdzając naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez: a) bezpodstawne odrzucenie oferty skarżącego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp, b) zaniechanie wyboru oferty skarżącego jako najkorzystniejszej w Zadaniu 1 i Zadaniu 2 – wbrew treści przepisu art. 91 ust.1 Pzp, c) niezawarcie umów w sprawie zamówienia publicznego ze skarżącym, a w miejsce tego zawarcie umów z innymi wykonawcami, których oferty zawierały wyższe ceny od cen skarżącego, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Sąd stwierdził: „uznanie racji skarżącego skutkuje zatem koniecznością uwzględnienia wniesionej skargi i zmianą zaskarżonego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Mając na względzie okoliczność, że umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały już zawarte z innymi podmiotami, pozostało jedynie przychylić się do ostatecznych wniosków skargi i stwierdzić naruszenie przepisów ustawy (...)”.
4. Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie o sygn. akt V Ca 99/15 z dnia 3 lutego 2015 r. od wyroku KIO z dnia 10 grudnia 2014 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2452/14, KIO 2473/14, KIO 2474/14 postanowił umorzyć postępowanie. Z treści uzasadnienia postanowienia wynika, że skarżący cofnęli skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej. Sąd stwierdził, że czynność ta nie podlega ocenie Sądu i czyni zbędnym wydanie merytorycznego orzekania, co skutkuje umorzeniem postępowania na podstawie art. 198 f ust. 3 ustawy Pzp. Cofnięcie skargi nastąpiło z uwagi na zaspokojenie interesu skarżących. W toku postępowania skarżący zostali ponownie zakwalifikowani do „pierwszej piątki” wykonawców zaproszonych do składania ofert.

5. Postanowienie Sądu Okręgowego w Gdańsku o sygn. akt XII Ga 182/14 z dnia 24 czerwca 2014 r. od postanowienia KIO z dnia 12 lutego 2014 r. o sygn. akt KIO 209/14, którym Sąd umorzył postępowanie w sprawie. Z treści uzasadnienia wynika, że skarżąca, której odwołanie na postanowienia ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia odrzucono, cofnęła skargę. W uzasadnieniu wniosku skarżąca podała, że zamawiający w dniu 28 lutego 2014 r. unieważnił postępowanie przetargowe w związku z czym skarga stała się bezprzedmiotowa. Postępowanie umorzono z racji cofnięcia na mocy przepisu art. 391 § 2 k.p.c.
6. Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach o sygn. akt XIX Ga 193/14 z dnia 24 kwietnia 2014 r. od wyroku KIO z dnia 5 marca 2014 r. o sygn. akt KIO 327/14, uchylające zaskarżony wyrok w części nakazującej zamawiającemu dokonanie zaniechanej czynności odrzucenia oferty wykonawcy i umarzające postępowanie w tym zakresie. Z treści uzasadnienia wynika, że skarżący kwestionował orzeczenie KIO tylko w zakresie, w jakim nakazano odrzucenie oferty wykonawcy. Zamawiający z kolei uwzględniając treść orzeczenia unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej, powtórzył badanie i ocenę ofert i odrzucił ofertę tego wykonawcy. Cena pozostałej najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z czym zamawiający unieważnił postępowanie. Sąd mając na uwadze treść skargi jak i decyzję zamawiającego stwierdził, że orzekanie w zakresie objętym zaskarżeniem stało się zbędne.
7. Postanowienie Sądu Okręgowego w Koszalinie o sygn. akt VII Ca 518/14 z dnia 14 lipca 2014 r. od postanowienia KIO z dnia 23 maja 2014 r. o sygn. akt KIO 951/14, którym Sąd zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że umorzył postępowanie odwoławcze. W uzasadnieniu Sąd stwierdził, że wniosek wykonawcy o umorzenie postępowania w istocie rzeczy oznacza cofnięcie odwołania. Ów wniosek jest egzemplifikacją przyczyny sprawiającej, że wydanie merytorycznego orzeczenia stało się zbędne. Tą przyczyną zaś była czynność Zamawiającego w postaci unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tych okolicznościach sąd uznał, że zniknął przedmiot postępowania i orzekania, czyli orzeczenie co do istoty stało się bezprzedmiotowe. Owa bezprzedmiotowość dotyczy obu faz postępowania, czyli przed Krajową Izbą Odwoławczą i przed sądem powszechnym”.
8. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach o sygn. akt XIX Ga 385/14 z dnia 11 sierpnia 2014 r. od postanowienia KIO z dnia 21 maja 2014 r. o sygn. akt KIO 963/14, zmieniający zaskarżone postanowienie i oddalający odwołanie. Z treści uzasadnienia wynika, że KIO postanowieniem odrzuciło odwołanie (z powodu wadliwego pełnomocnictwa). Sąd Okręgowy uznał zasadność skargi w zakresie odrzucenia

odwołania. (...) *Konstatując, sąd rozpoznający niniejszą sprawę uznając bezzasadność odrzucenia odwołania winien ocenić zasadność merytoryczną tego środka ochrony prawnej. Dodać jeszcze należy, że zawarcie umowy przez zamawiającego z wykonawcą nie stanowi podstawy do umorzenia postępowania skargowego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 października 2005r. zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba, że umowa została wykonana (III CZP 73/05, OSNC 2006, Nr 7-8 poz. 121). (...) W konsekwencji nie doszło do naruszenia art.91 a ust.1 w zw. z art. 91 ust.1 p.z.p. albowiem przeprowadzenie aukcji elektronicznej było dopuszczalne. Merytoryczne rozpoznanie skargi w zakresie nią objętą prowadziło do zmiany zaskarżonego orzeczenia i oddalenia odwołania na podstawie art.198f ust.2 zd. 2 w zw. z art.198a ust. 2 p.z.p. i art.385 k.p.c.”*

Dokonując podsumowania materiału w zakresie postanowień i wyroków sądów okręgowych 2014 r. można stwierdzić, że okoliczność wykonalności wyroków po ogłoszeniu orzeczenia przez Izbę, a także brak instytucji zawieszenia postępowania na czas procedury odwoławczej i skargowej, powoduje w wielu wypadkach umorzenie postępowań przed sądami okręgowymi. Przyczynami umorzeń postępowań skargowych przez sądy okręgowe są cofnięcia skarg przez skarżących, jak też stwierdzenia przez sądy bezprzedmiotowości orzekania w sprawie. Okolicznościami towarzyszącymi umorzeniom postępowań skargowych są: unieważnienia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiających, zawarcie umowy na realizację zamówienia, zrealizowanie zawartej umowy lub inne czynności zamawiającego, które zaspokajają interes skarżącego.

W orzecznictwie sądów okręgowych za 2014 r. odnotowano dwa przypadki, gdzie sąd okręgowy nie uznał za przeszkodę do merytorycznego rozpoznania skargi okoliczności zawarcia umowy, przy czym jeden z sądów orzekł co do żądań skargi, a drugi sąd z uwagi na zawarcie umowy stwierdził w sentencji okoliczność naruszenia przepisów ustawy. Z kolei odnotowano tylko jeden przypadek wystąpienia przez skarżącego o zabezpieczenie skargi, lecz go nie rozpoznano z uwagi na brak wniesienia opłaty sądowej.

## **6. Odesłania prejudycjalne Izby do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**

W roku 2014 Krajowa Izba Odwoławcza podjęła starania jednoznacznego wyjaśnienia istotnych kwestii proceduralnych związanych z udzielaniem zamówień publicznych, w szczególności kwestii badania spełniania przez wykonawców warunków

udziału w postępowaniu. Za najefektywniejsze dla osiągnięcia celu uznała uzyskanie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, uznając, że wskazanie przez Trybunał poglądu w zakresie znaczenia i sposobu stosowania przepisów, jest w stanie w największym stopniu zagwarantować stałość i jednolitość praktyki orzeczniczej. Korzystając z regulacji art. 267 TFUE (zgodnie z którym w przypadku, gdy pytanie związane z wykładnią traktatów jest podniesione przed sądem jednego z państw członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania) Izba dwukrotnie zwróciła się do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi wykładni przepisów prawa unijnego. Możliwość skorzystania przez Izbę z takiego uprawnienia została przesądzona orzeczeniem TSUE z 13 grudnia 2012 r.<sup>22</sup>

### **Sprawa C-324/14**

Pierwsze z odesłań prejudycjalnych dotyczy kwestii związanych z korzystaniem z zasobów innych podmiotów przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz skutków nieprawidłowości zaistniałych przy przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Postanowieniem z 18 czerwca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1014/14 Izba zdecydowała o zadaniu Trybunałowi pytań dotyczących wykładni postanowień art. 48 ust. 3 w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, tj., czy ww. przepisy można interpretować w ten sposób, że:

- 1) za „stosowne sytuacje”, w których wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, należy uznać każdą sytuację, w której dany wykonawca nie posiada wymaganych przez instytucję zamawiającą kwalifikacji i zechce się na taką zdolność innych podmiotów powołać? Czy też wskazanie, że wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów jedynie w „stosownych sytuacjach” należy uznać za ograniczenie wskazujące, że takie powoływanie się może następować jedynie wyjątkowo, a nie jako reguła przy kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?
- 2) poleganie przez wykonawcę na zdolnościach innych podmiotów w zakresie ich wiedzy i doświadczenia „niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań” oraz „dysponowanie zasobami” tych podmiotów oznacza, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca nie musi mieć z tymi podmiotami żadnych powiązań lub mieć bardzo luźne i nieokreślone powiązania, tj. może wykonywać zamówienie samodzielnie (bez udziału innego podmiotu) albo udział ten może polegać na „doradztwie”, „konsultacjach”, „szkoleniu” itp.? Czy też podmiot, na którego zdolności powołuje się wykonawca, musi

---

<sup>22</sup> Sygn. akt C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact)

rzeczywiście i osobiście wykonać zamówienie w zakresie, w jakim jego zdolności były deklarowane?

- 3) wykonawca, który ma własne doświadczenie, ale w zakresie mniejszym, niż chciałby wykazać zamawiającemu (np. niewystarczającym do złożenia oferty na wszystkie części zamówienia), może powoływać się dodatkowo na zdolności innych podmiotów w celu poprawienia swojej sytuacji w postępowaniu?
- 4) zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ może (lub nawet powinien) wskazać zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu, czy inny podmiot będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca powołał się na jego zdolności?

Izba zwróciła się również do TSUE o rozstrzygnięcie, czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców zezwala:

- 1) na takie powoływanie się na zdolności innego podmiotu, o których mowa w art. 48 ust. 3, w ramach którego nastąpi sumowanie zdolności dwóch lub więcej podmiotów, które nie posiadają zdolności w zakresie wiedzy i doświadczenia wymaganych przez instytucję zamawiającą?
- 2) na taką interpretację art. 44 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którą spełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez instytucję zamawiającą może być jedynie formalne dla celów udziału w postępowaniu i niezależne od rzeczywistych kwalifikacji wykonawcy?
- 3) na to, by, w przypadku, gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wykonawca po złożeniu ofert, np. w ramach uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, zadeklarował, do której części zamówienia należy zakwalifikować wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu?

W związku z tym, że przedmiotem sporu były czynności zamawiającego w postępowaniu, w którym przewidziano aukcję elektroniczną, Izba wskazała również na wątpliwości:

- co do możliwości unieważnienia przeprowadzonej aukcji i powtórzenia aukcji elektronicznej w przypadku, gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli prawidłowe oferty;



- co do możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana w wyniku takiej aukcji bez jej powtarzania, w przypadku, gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby jej wynik.

Dodatkowo Izba zadała pytanie, czy przy interpretacji przepisów dyrektywy 2004/18/WE dozwolone jest posługiwanie się treścią przepisów i preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, pomimo że nie upłynął czas na jej implementację, jako przesłanką interpretacyjną w zakresie, w jakim wyjaśnia ona pewne założenia i intencje ustawodawcy unijnego, a nie jest sprzeczna z przepisami dyrektywy 2004/18/WE.

Spór w sprawie prowadzonej przed Izbą powstał w wyniku decyzji zamawiającego o wykluczeniu z postępowania odwołującego się wykonawcy, który wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykazał dysponowanie doświadczeniem w realizacji usług związanych z przedmiotem zamówienia, z których część zrealizowana została przez inny podmiot, a wykonawca przedłożył zobowiązanie tego podmiotu do „udostępnienia niezbędnych zasobów”, z którego wynika następujący sposób wykorzystania udostępnionych zasobów: usługi doradcze obejmujące m.in. przeszkolenie pracowników, udzielanie konsultacji, w tym pomoc w rozwiązywaniu problemów, jakie mogą pojawiać się na etapie realizacji zamówienia. W ramach wyjaśnień, o które poprosił zamawiający, wykonawca oświadczył, że będą to usługi doradcze obejmujące konsultacje oraz przeszkolenie pracowników. Usługi doradcze będą polegać na udzieleniu pełnego wsparcia merytorycznego poprzez wydawanie opinii oraz stałe konsultacje w zakresie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uznał ww. przekazania zasobów innego podmiotu za wystarczające i wskazał, że zasoby takie jak wiedza i doświadczenie nie mogą zostać udostępnione z pominięciem ich charakteru, tj. bez osobistego, realnego uczestnictwa innego podmiotu w realizacji zamówienia i wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Wykonawca nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, jednak „z ostrożności” wskazał, że gdyby zamawiający uznał wykazane doświadczenie za niewystarczające, zaliczenie jego pozostałego doświadczenia do poszczególnych części zamówienia powinno nastąpić według wskazanej przez niego kolejności. Wskazał przy tym, że jeżeli wykonawca złoży ofertę na kilka części, może być ona traktowana odrębnie dla każdej z nich, dlatego ewentualne wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty nie powinno dotyczyć całego zamówienia, lecz jego poszczególnych części, co do których wykonawca nie spełnił warunków. Zamawiający nie zmienił swojego stanowiska, nie zaliczył również częściowego doświadczenia wykonawcy i wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Uzasadniając postanowienie o skierowaniu pytań prejudycjalnych do TSUE Izba podkreśliła, że powoływanie się na art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc tym samym na art. 48 ust. 3 i art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, stało się tak powszechne, że najprawdopodobniej występuje w niemal każdym postępowaniu, w którym zamawiający postawił jakiegokolwiek warunki udziału w postępowaniu.

Izba wskazała, że z przepisów dyrektywy 2004/18/WE wynika, że powoływanie się na zdolności innego podmiotu może następować w „stosownych sytuacjach”, a więc nie wszystkich, ale brak jest wskazania, jakie sytuacje są „stosowne”, a jakie nie, i kto powinien tę „stosowność” określać i w jaki sposób. Ma to szczególne znaczenie w zakresie wymogu posiadania przez wykonawców określonej przez instytucję zamawiającą wiedzy i doświadczenia. Izba stanęła na stanowisku, że koncepcja posłużenia się przy wykonaniu zamówienia wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu przy realizacji danych prac nie jest z założenia niesłuszna, pod warunkiem, że podmiot ten zrealizuje właśnie tę część zamówienia, dla której jego doświadczenie było deklarowane, a zamawiający ma zagwarantowane, że tę część zamówienia wykona podmiot posiadający wymagane doświadczenie. Według Izby, wykonywanie umowy bez udziału podmiotu, na którego wiedzę i doświadczenie wykonawca się powołał, wywołuje wątpliwości co do zgodności z zasadą równego traktowania wykonawców i przejrzystości, gdyż powoduje obejście przepisów dotyczących kwalifikacji wykonawców i bezpośrednio narusza interesy innych wykonawców. Izba wskazała też, że występująca w rozpatrywanej sprawie sytuacja obrazuje konieczność określenia generalnych zasad, na jakich wykonawcy mogą powoływać się na zdolności innych podmiotów. Gdyby zasady te były wiadome przy przystępowaniu do przetargu, odwołujący złożyłby ofertę na tyle części, na ile posiada własne doświadczenie, w inny sposób określił zasady współpracy z tym podmiotem albo zawarł umowę z innym przedsiębiorcą. Natomiast w braku wiedzy o przyszłej ocenie jego zdolności przez instytucję zamawiającą, pozbawił się możliwości uzyskania zamówienia w jakiegokolwiek części. Tym samym, zdaniem Izby, słuszne się wydaje, aby zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ wskazywał zasady, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, np. w jaki sposób inny podmiot powinien uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, czy będzie ponosił odpowiedzialność solidarną z wykonawcą za prawidłową realizację zamówienia w zakresie, w jaki sposób można łączyć potencjały wykonawcy i innego podmiotu. Jednak najistotniejsze jest, by takie zasady zostały określone w samych przepisach prawa – tak, by jednakowo dotyczyły wszystkich wykonawców we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Kolejnym zagadnieniem, które podniosła Izba, jest to, czy wykonawca po złożeniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, np. w ramach uzupełnienia

lub wyjaśnienia dokumentów, może zadeklarować, do której części zamówienia należy zakwalifikować wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jeżeli nie zrobił tego w chwili złożenia oferty lub wniosku. Z jednej strony bowiem wykonawca spełnia postawione warunki w stosunku do niektórych części, zatem nie ma przeszkód, by został częściowo zakwalifikowany, z drugiej – nie wiadomo, do których konkretnie części przypisać jego doświadczenie. Najbardziej racjonalne, i dla tego wykonawcy najkorzystniejsze, byłoby, aby doświadczenie to przypisać do części, w której ma największe szanse na wybranie jego oferty. Jednak oznacza to jednocześnie, że szanse innych wykonawców na uzyskanie zamówienia w danej części maleją, co z kolei może powodować ich przekonanie, że wykonawca ten jest traktowany w sposób korzystniejszy, niż oni – w szczególności, gdy nie wszyscy wykonawcy złożyli oferty na wszystkie części zamówienia (np. z braku potencjału dla złożenia oferty na wszystkie części) i ma dla nich znaczenie, ilu wykonawców konkuruje w konkretnej części. Przy podejmowaniu decyzji, na którą z kilku części zamówienia powinni złożyć ofertę, wykonawcy analizują też, na które części oferty mogą złożyć konkurenci. Nie może być tak, że wykonawca dysponujący potencjałem wymaganym dla np. jednej części składa ofertę na wszystkie części, sprawdza, kto złożył ofertę dla danej części i wybiera sobie część priorytetową. Wykonawcy znają wzajemnie swój potencjał, zatem mogą ocenić szanse uzyskania zamówienia przy ofertach konkurentów. Wybierając kolejność części priorytetowych wykonawca kierował się jakimiś subiektywnymi kryteriami i wybrał kolejność, w której ocenił swoje szanse na uzyskanie zamówienia na największe. Zezwolenie wykonawcy na wybór części, co do której ma być zaliczony jego potencjał, mogłoby być uznane przez innych wykonawców za niedopuszczalne konsultacje i negocjacje oferty pomiędzy zamawiającym a wykonawcą.

Izba zwróciła również uwagę, na wątpliwości dotyczące kwestii unieważnienia aukcji elektronicznej i jej powtórzenia w przypadku, gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo. Ze względu na brak obowiązku poinformowania wykonawców o ocenie ofert zarówno w zakresie podstaw do wykluczenia wykonawcy, jak i ich odrzucenia (oraz czekania na złożenie i rozstrzygnięcie odwołań w tym zakresie), aukcja może zostać przeprowadzona w warunkach, w których nie wezmą w niej udziału wszyscy wykonawcy, którzy powinni zostać zaproszeni – albo przeciwnie – wezmą w niej udział wykonawcy, którzy nie złożyli prawidłowych ofert. Wątpliwości dotyczą zwłaszcza pierwszej z ww. sytuacji – w takim wypadku stosowne byłoby unieważnienie przeprowadzonej aukcji i przeprowadzenie kolejnej, już z udziałem tego wykonawcy. Powstaje pytanie, czy taka praktyka jest zgodna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak też z zasadą przejrzystości postępowania. Nie wiadomo, czy wykonawca, który nieprawidłowo nie został dopuszczony do aukcji, w jej wyniku złożyłby najkorzystniejszą

ofertę, zatem nie można stwierdzić, czy błąd zamawiającego był istotny dla postępowania. Niemożność unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej prowadziłyby zaś do konieczności unieważnienia całego postępowania.

### **Sprawa C-387/14**

Drugie z odesłań prejudycjalnych dotyczy kwestii związanych z wykazywaniem posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, uzupełnianiem dokumentów wymaganych przez zamawiającego oraz kwestii dotyczących złożenia w postępowaniu nieprawdziwych informacji. Postanowienie o skierowaniu pytań do TSUE zostało wydane w sprawie o sygn. akt KIO 1240/14, w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Łódzkie – Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego na „modernizację istniejących oraz wdrożenie nowych systemów informatycznych w zakładach opieki zdrowotnej podległych Samorządowi Województwa Łódzkiego w ramach projektu Usługi Regionalnego Systemu Informacji Medycznej (RSIM-Usługi)”.

Postanowieniem z 25 lipca 2014 r. Izba zdecydowała o zadaniu Trybunałowi następujących pytań dotyczących interpretacji postanowień dyrektywy 2004/18/WE:

1. Czy art. 51 w związku z art. 2 dyrektywy zezwalają na to, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać inne realizacje (tj. wykonane dostawy), niż wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, a w szczególności, czy może wskazać realizacje innego podmiotu, na korzystanie z zasobów którego nie wskazywał w ofercie?
2. Czy w świetle orzeczenia Trybunału z 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Manova, art. 51 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że uzupełnianie dokumentów jest możliwe jedynie w zakresie dokumentów, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też uzupełnianie dokumentów możliwe jest także w innych przypadkach, np. poprzez dołączenie dokumentów, które nie istniały przed tym terminem, lecz które w sposób obiektywny mogą potwierdzić spełnienie warunku?
3. W przypadku odpowiedzi na pytanie 2. wskazującej, że możliwe jest uzupełnianie także dokumentów innych niż wskazane w orzeczeniu C-336/12 Manova, czy możliwe jest uzupełnianie dokumentów sporządzanych przez wykonawcę, podwykonawców lub inne podmioty, na których zdolności wykonawca się powołuje w przypadku, gdy nie zostały one przedstawione wraz z ofertą?

4. Czy art. 44 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a z art. 2 dyrektywy zezwala na takie powoływanie się na zasoby innego podmiotu, w ramach którego nastąpi sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które pojedynczo nie posiadają wymaganej wiedzy i doświadczenia w przypadku, gdy doświadczenie oraz przedmiot zamówienia są niepodzielne?
5. Czy art. 44 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a oraz z art. 2 dyrektywy zezwala na takie powoływanie się na doświadczenie grupy wykonawców, że wykonawca, który realizował zamówienie jako jeden z grupy wykonawców, może się powoływać na realizację wykonaną przez tę grupę niezależnie od tego, jaki był jego udział w realizacji tego zamówienia, czy też może powoływać się jedynie na swoje własne, realnie uzyskane doświadczenie, które zdobył realizując daną część zamówienia, która została mu przypisana w ramach grupy?
6. Czy art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy można interpretować w ten sposób, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania uznając, że winą we wprowadzeniu w błąd jest samo przekazanie instytucji zamawiającej informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, a mających wpływ na decyzję instytucji zamawiającej w zakresie wykluczenia wykonawcy (i odrzucenia jego oferty) niezależnie od tego, czy wykonawca dokonał tego umyślnie i celowo, czy też z winy nieumyślnej, poprzez lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności? Czy za „winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji” można uznać tylko wykonawcę, który przedstawił informacje nieprawdziwe (niezgodne ze stanem faktycznym), czy też wykonawcę, który przedstawił informacje prawdziwe, lecz przedstawił je w taki sposób, by instytucja zamawiająca powzięła przekonanie, że wykonawca spełnia postawione przez nią wymogi, pomimo że ich nie spełnia?
7. Czy art. 44 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a oraz z art. 2 dyrektywy zezwala na takie powoływanie się przez wykonawcę na posiadane doświadczenie, w ramach którego wykonawca powoła się łącznie na dwie lub więcej umów jako jedno zamówienie, pomimo że zamawiający w ogłoszeniu ani specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał takiej możliwości?

Spór w prowadzonej przed Izbą sprawie powstał w wyniku wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który zdaniem odwołującego powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, tj. z powodu złożenia informacji nieprawdziwych, mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz braku wykazania spełniania warunków udziału

w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, wykonawca, którego dotyczą zarzuty, podlegał wykluczeniu, gdyż żadne z wykazanych zamówień nie obejmowało swoim zakresem jednej z części funkcjonalnych wymaganych przez zamawiającego. Wykonawca został wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i przedstawił nowy wykaz dostaw, w którym powołał się na doświadczenie innego podmiotu w zakresie realizacji dwóch dostaw oraz przedłożył zobowiązanie tego podmiotu „do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” oraz uczestnictwa w realizacji zamówienia w charakterze doradcy i konsultanta. Zamawiający uznał powyższe realizacje za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Na tle powyższego stanu faktycznego Izba powzięła wątpliwości, czy zgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest, aby wykonawca w ramach uzupełnienia dokumentów mógł wskazać inne realizacje, niż wskazał w pierwotnym wykazie dostaw, a w dodatku – realizacje innego podmiotu, na zasoby którego nie powoływał się w ofercie. Zdaniem Izby dopuszczenie takiej możliwości może budzić uzasadnione wątpliwości co do preferencyjnego traktowania takich wykonawców oraz wywoływać u pozostałych wykonawców wrażenie negocjowania pomiędzy zamawiającym a wykonawcą oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Według Izby, uzupełniane dokumenty można podzielić na kilka grup: 1) dokumenty, co do których w sposób obiektywny można ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 2) dokumenty, co do których nie można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, 3) dokumenty, o których wiadomo, że zostały wystawione później, ale dotyczą sytuacji wcześniejszej, a więc nie spełniają warunku wcześniejszego obiektywnego istnienia, ale, ich uzupełnienie nie powoduje nieuzasadnionego preferencyjnego traktowania wykonawcy. Istotne jest zatem ustalenie, czy orzeczenie w sprawie C-336/12 (Manova) wskazuje na jedyną możliwość uzupełnienia dokumentów, czy też wskazuje tylko jedną z możliwości, która nie jest sprzeczna z art. 51 dyrektywy 2004/18/WE, lecz nie zamyka drogi do uzupełniania również innych dokumentów.

Kolejną kwestią, która wzbudziła wątpliwości Izby, była możliwość sumowania doświadczenia dwóch wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał wykazania się realizacją dwóch zamówień o wskazanym zakresie i wartości. Był to wymóg niepodzielny, dotyczył dwóch realizacji tego samego rodzaju, odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, który również był jednego rodzaju (m.in. jednej branży). Zamawiający jako dwie wymagane realizacje zaakceptował po jednym z zadań wykonanych przez dwa podmioty, a więc żaden z tych wykonawców nie

wykazał, że spełnił ww. warunek i posiada wymagane doświadczenie w zakresie realizacji dwóch dostaw. Według Izby takie podejście prowadzi do obejścia przepisów dotyczących kwalifikacji wykonawców i bezcelowości wymagania konkretnego doświadczenia. Jeśli zamawiający uznał, że minimalne požądane przez niego doświadczenie wykonawca może zdobyć tylko przez realizację co najmniej dwóch dostaw, to wykazanie się przez dwa podmioty tylko jedną dostawą nie jest wystarczające.

W kwestii wprowadzenia instytucji zamawiającej w błąd i nieprawdziwych informacji Izba zauważyła, że z treści art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE wynika, iż sposób wprowadzenia przesłanki wykluczenia wykonawców opisanej w art. 45 ust. 2 lit. g do prawa krajowego został pozostawiony ustawodawcom krajowym. Zgodnie z dyrektywą, z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W prawie krajowym ma ona brzmienie: „złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania”. Zdaniem Izby przesłanka ta została implementowana prawidłowo. Ustawodawca krajowy odgórnie zdefiniował pojęcia użyte w dyrektywie, za „winnego wprowadzenia w błąd” uznając tego, kto „złożył nieprawdziwe informacje”, a za „poważne wprowadzenie w błąd” – gdy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Złożenie nieprawdziwych informacji jest więc niezależne od powodów lub stopnia winy wykonawcy: umyślna czy nieumyślna, zamiar bezpośredni czy ewentualny, lekkomyślność, czy niedbalstwo, jak również tego, czy nieprawdziwe informacje dotyczą bezpośrednio wykonawcy, czy też osoby (członka personelu) lub podmiotu trzeciego. Zatem wykonawca ponosi tu odpowiedzialność za sam skutek, czyli stwierdzenie, że informacje mijają się z prawdą (jego winą jest, że złożył dokumenty danej treści), co pozwala uniknąć zamawiającemu dowodzenia wykonawcy winy i jej rodzaju. Zdaniem Izby można stwierdzić, że odpowiedzialność za złożenie nieprawdziwych informacji jest w pewnym sensie odpowiedzialnością „na zasadzie ryzyka” i „winy w wyborze” – wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszystko, co zamawiającemu złożył (albo co pominął).

Kolejną wątpliwością, o rozstrzygnięcie której Izba zwróciła się do TSUE, jest to, czy pojęcie „zamówienie” należy rozumieć jako konkretną umowę i tym samym każdą część traktować jako osobne zamówienie, czy też uznać raczej za jedno zadanie do wykonania i cały system uznać za jedno zamówienie. Izba zauważyła, że sporu tego nie rozwiązuje sama wykładnia językowa ani odniesienie się do definicji „zamówienia publicznego” zawartego w dyrektywie i ustawie Pzp. W sprawie zawistej przed Izbą obie części zamówienia wykonywane były jako jedno przedsięwzięcie stanowiące pewną całość, które było realizowane z zachowaniem jednolitości i ciągłości miejsca i czasu. Zatem, zdaniem Izby, w tym konkretnym przypadku ograniczenie jednego zadania/zamówienia do jednej

umowy nie wydaje się właściwe – skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził (pomijając w tym momencie podnoszoną w sporze kwestię, czy zakres prac był zgodny z wymaganiami). Izba zwróciła uwagę, że istotne znaczenie ma też inna kwestia, tj. czy z punktu widzenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców możliwe jest, aby wykonawca powołał się na dwie umowy, a więc dwa zamówienia jako jedno zamówienie, w dodatku nie informując o tym fakcie zamawiającego, bowiem być może inni wykonawcy również mogliby powołać się na swoje doświadczenie łączone z różnych umów i złożyć ofertę, gdyby zakładali, że taka możliwość jest dopuszczona.

Podsumowując treść pytań skierowanych przez Izbę w 2014 r. do TSUE, należy stwierdzić, że dotyczą one kwestii będących bardzo często przedmiotem rozstrzygnięć w postępowaniach odwoławczych i wywołujących wątpliwości interpretacyjne tak Izby, jak i sądów okręgowych. Udzielenie przez Trybunał wyjaśnień co do prawidłowej wykładni przepisów unijnych pozwoli nadać właściwe znaczenie przepisom prawa krajowego, co przysłuży się ujednoczeniu praktyki zamawiających i wypracowaniu spójnego orzecnictwa.

## **7. Podstawy odrzucenia odwołania – wybrane zagadnienia z orzecnictwa KIO**

Merytoryczne rozpoznanie odwołania poprzedza – zgodnie z art. 189 ust.4 ustawy Pzp – badanie przez wyznaczony do rozpoznania danego odwołania skład orzekający Izby, czy nie zachodzą podstawy jego odrzucenia, na podstawie przesłanek określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Okoliczności wskazane tym przepisem stanowią negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania, co do jego meritum w zakresie zgłaszanych zarzutów i żądań. W takim wypadku następuje wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania, które jest postanowieniem kończącym postępowanie odwoławcze, a zatem także na to postanowienie służy skarga do sądu okręgowego. W myśl art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: (1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy; (2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony; (3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie; (4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się; (5) odwołanie dotyczy



czynności, 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; (6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2; (7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.

### **Brak zastosowania przepisów ustawy Pzp**

Krajowa Izba Odwoławcza – zgodnie z ustawą Pzp – może orzekać tylko, co do odwołań wniesionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zdefiniowanego w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Zatem w przypadku procedur prowadzonych z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp m.in. przez podmiot niewymieniony w art. 3 tej ustawy Pzp, skład orzekający nie jest właściwy do udzielenia ochrony prawnej uczestnikom takiej procedury. Także inne wyłączenia na gruncie ustawy Pzp – chociażby w odniesieniu do zamówień realizowanych na podstawie procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansowej, jeżeli zamówienie ma być finansowane z udziałem środków, których przyznanie jest uzależnione od zastosowania procedur innych niż określone w ustawie (art. 4 pkt 1 lit. a i inne wyłączenia zawarte w tym przepisie) lub zamówień sektorowych poniżej progu określonego w art. 133 ust. 1 ustawy Pzp – powodują, że takie odwołanie podlega odrzuceniu. W wydanych postanowieniach, wskazując w ich uzasadnieniu na brak stosowania ustawy Pzp, Izba zwracała uwagę na:

- 1) informacje o prowadzeniu postępowania według odrębnej procedury oraz o odrębnym trybie podważania czynności zamawiającego, niż tryb określony w Dziale VI ustawy Pzp „Środki ochrony prawnej”, zamieszczane w podstawowych dokumentach zamawiającego, udostępnianych wykonawcom – ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym i specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla tego postępowania<sup>23</sup>;
- 2) wartość zamówienia sektorowego regulowanego przepisem art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 133 ust. 1 tej ustawy. W myśl wskazanego artykułu przepisy rozdziału 5 ustawy Pzp stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, (zamówienia sektorowe), z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania działalności w postaci tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami i określoną – o ile wartość zamówienia sektorowego jest większa niż kwoty określone w przepisach

<sup>23</sup> Postanowienie KIO 273/14 z dnia 3.03.2014 r.

wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Do zamówień o mniejszej wartości do wskazanych zamówień sektorowych nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp<sup>24</sup>;

- 3) ustawę o koncesji na roboty budowlane lub usługi, a to na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>25</sup>; zgodnie z tym przepisem, jeżeli wynagrodzeniem partnera prywatnego jest prawo do pobierania pożytków z przedmiotu partnerstwa publiczno-prywatnego, albo przede wszystkim to prawo wraz z zapłatą sumy pieniężnej, do wyboru partnera prywatnego i umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym stosuje się przepisy ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>26</sup>.

### **Odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony**

Na gruncie ustawy Pzp podmiotem uprawnionym do wnoszenia środków ochrony prawnej, w tym odwołań jest podmiot wymieniony w art. 179 ustawy Pzp. W orzecznictwie Izby podkreśla się w szczególności, że takim nieuprawnionym podmiotem jest wykonawca, który wchodząc w skład konsorcjum w związku ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ustawy Pzp, wnosi nie w imieniu konsorcjum, ale samodzielnie – we własnym imieniu – odwołanie<sup>27</sup>. W przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odwołanie wnosi się w imieniu wszystkich wykonawców. Członek konsorcjum, nawet gdy ma status lidera, nie jest uprawniony do samodzielnego, tylko i wyłącznie we własnym imieniu, działania przy wnoszeniu odwołania. W wydanych postanowieniach Izba podkreślała także, że odwołanie wniesione wyłącznie przez jednego z członków konsorcjum, dla którego brak jest skutecznego pełnomocnictwa, który mógłby reprezentować oba podmioty, skutkuje odrzuceniem odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdzenie tych okoliczności, a także nieujawnienie prawidłowo podmiotu wnoszącego odwołaniu (błędne oznaczenie i brak możliwości ustalenia wnoszącego odwołanie na podstawie jego treści) powoduje, że taki odwołujący nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej.

### **Odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie**

Terminy na wniesienia odwołania, o których stanowi art. 182 ust. 1-4 ustawy Pzp są terminami zawitymi i uchybienie takiemu terminowi skutkuje odrzuceniem odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z ustawą Pzp odwołanie wnosi się w wyznaczonym ustawą terminie, w którym nie tylko powzięto, ale również, w którym przy

<sup>24</sup> Postanowienie KIO 1554/14 z dnia 11.08. 2014 r.; Postanowienie KIO 1556/14 z dnia 11.08. 2014 r.

<sup>25</sup> ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>25</sup> (Dz. U. Nr 19, poz. 101, Nr 157, poz. 1241 i Nr 223, poz. 1778)

<sup>26</sup> Postanowienie KIO 1793/14 z dnia 22.09. 2014 r.

<sup>27</sup> Postanowienia: KIO 330/14 z dnia 04.03. 2014 r., KIO 332/14 z dnia 04.03. 2014 r., KIO 1868/14 z dnia 29.09. 2014 r., KIO 2024/14 z dnia 16.10. 2014 r., KIO 2339/14 z dnia 21.11. 2014 r. ; Postanowienie KIO 2635/14 z dnia 22.12. 2014 r.; Postanowienie KIO 2697/14 z dnia 31.12. 2014 r.;

zachowaniu należytej staranności – zgodnie z jej art. 182 ust. 3, można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W świetle przywołanego przepisu, dla obliczenia terminu na wniesienie odwołania decydujące znaczenie może mieć zatem sama możliwość powzięcia wiadomości o czynności zamawiającego, przy założeniu zachowania przez wykonawcę należytej staranności. Niedopełnienie wskazanych wymogów obciąża wnoszącego odwołanie. Ponadto, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania w formie pisemnej konieczne jest jego doręczenie w wymaganym ustawą terminie Prezesowi KIO<sup>28</sup>. Stanowisko takie potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt II CZP 90/13. Powyższa zasada doręczeń jest skutkiem zmiany przepisów ustawy Pzp, obowiązujących od roku 2009<sup>29</sup>. W wyniku nowelizacji uchylony został przepis, zgodnie z którym równoznaczne z wniesieniem odwołania było jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego. Pomimo upływu kilku lat od zmiany przepisów, w 2014 r. nadal występowały przypadki nadawania odwołań na poczcie tuż przed upływem terminu na ich wniesienie, co powodowało, że odwołanie wpływało do Prezesa Izby po terminie i skutkowało odrzuceniem odwołania<sup>30</sup>.

W postanowieniach wydanych w roku 2014 Izba zwracała również uwagę na następujące zagadnienia:

1. Aukcja jest częścią postępowania i w istocie stanowi czynność zamawiającego podlegającą odrębnej ocenie, co do przeprowadzenia jej w zgodzie z obowiązującymi przepisami ustawy. Tym samym nie jest uprawnione twierdzenie, że odwołanie dotyczące naruszenia przepisów o aukcji elektronicznej można wnieść dopiero po otrzymaniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w trybie art. 92 ustawy Pzp. Termin na wniesienie odwołania dotyczącego nieprawidłowości w przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, faktycznych czynności/zaniechań w jej toku, przykładowo nieprawidłowe przygotowanie platformy aukcyjnej, uniemożliwiającej złożenie oferty (kolejnych postępień) powinno być kwestionowane w terminie licznym zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, od dnia wystąpienia zdarzeń w toku prowadzonej aukcji lub od dnia, w którym przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia<sup>31</sup>.
2. Czynność polegająca na przystąpieniu do negocjacji zmierzających do przedłużenia okresu obowiązywania umowy dotyczącej zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki może być zaskarżona od daty publikacji komunikatu, informującego o przeprowadzeniu

<sup>28</sup> Postanowienie KIO 912/14 z dnia 19.05. 2014 r.

<sup>29</sup> ustawa z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778)

<sup>30</sup> Postanowienie KIO 136/14 z dnia 19.05. 2014 r.

<sup>31</sup> Postanowienie KIO 2860/14 z dnia 07.01. 2014 r.

rozmów z wykonawcą realizującym umowę oraz współpracującymi z nim firmami, w sprawie przedłużenia obowiązywania dotychczasowej umowy w okresie przejściowym, a zatem ze względu na rodzaj zaskarżonej czynności ma zastosowanie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp<sup>32</sup>;

3. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy braku odrzucenia jego oferty, czy też wyboru najkorzystniejszej oferty może być skarżone – zgodnie z art. 182 ust. 2 Pzp – z chwilą przekazania do wykonawcy informacji związanych z oceną ofert. Uzyskanie przez odwołującego dodatkowych informacji np. w trybie dostępu do informacji publicznej nie może prowadzić do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, który jako termin zawity nie podlega przywróceniu bez względu na przyczynę<sup>33</sup>.
4. Nie każda zmiana specyfikacji powoduje przedłużenie terminu do kwestionowania jej postanowień, a jedynie taka, która jest związana z zarzutami odwołania w ten sposób, iż skutkiem tych zmian zamawiający ukształtował nowy warunek, czy nowe wymaganie mające zasadniczy wpływ na treść oferty, a także jej załączników. Ustalenie zatem, że kwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ, w tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zachowały swoje pierwotne brzmienie w treści SIWZ, zamieszczonej etapie wszczęcia postępowania na stronie internetowej zamawiającego powoduje, że od pierwotnej daty jej zamieszczenia należy liczyć bieg terminu do wniesienia odwołania<sup>34</sup>.
5. Termin na wniesienie odwołania nie podlega przywróceniu bez względu na przyczynę, nawet gdy jego niedochowanie jest spowodowane przerwą techniczną w działaniu platformy e-PUAP, szczególnie, gdy taka informacja została z odpowiednim wyprzedzeniem podana do wiadomości użytkowników platformy, co umożliwia wykonawcy przedsięwziąć określone działania i środki dla zabezpieczenia poprawności formalnoprawnej złożonego odwołania, w tym dotrzymania terminu na jego złożenie. Ustawodawca obok formy elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym, elektronicznym podpisem, przewidział również możliwość wnoszenia odwołania bezpośrednio do Prezesa Izby w formie pisemnej. Ponadto przerwy serwisowe w świadczeniu usług w ramach ePUAP przewidziane są rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 kwietnia 2011 r. w sprawie zakresu i warunków korzystania z elektronicznej platformy usług administracji publicznej, tj. ePUAP (§ 6 ust. 2), gdzie wskazano, iż Minister informuje na ePUAP o przerwach serwisowych w świadczeniu usług wynikających ze zmian i ulepszeń a w przypadku braku takiej możliwości – przez

<sup>32</sup> Postanowienie KIO 2857/14 z dnia 02.01. 2014 r.

<sup>33</sup> Postanowienie KIO 584/14 z dnia 07.04. 2014 r.

<sup>34</sup> Postanowienie KIO 839/14 z dnia 16.05. 2014 r.

zamieszczenie informacji o takich przerwach w Biuletynie Informacji Publicznej. Tym samym brak jest gwarancji nieograniczonej czasowo dostępności platformy ePUAP<sup>35</sup>.

6. Stosowanie powiadomień o wyniku postępowania, wskazanych w specyfikacji, z użyciem więcej niż jednej formy powiadomień, o których mowa w art. 27 ust. 1 ustawy Pzp – listownie, faksem lub drogą elektroniczną nie uprawnia wykonawcy – co do zasady – do żądania ustalania terminu od daty doręczenia pisemnej (listem) informacji<sup>36</sup>. Przesłanie wykonawcy powiadomienia (czy np. wezwania) drogą elektroniczną lub faksem umożliwia odwołującemu pozyskanie informacji o wadliwej czynności od momentu jej przestania. Ustawa Pzp tylko w okolicznościach wskazanych w art. 182 ust. 1 uzależnia termin na wniesienie odwołania od sposobu przesłania informacji, stanowiącej podstawę jego wniesienia odwołania, wyznaczając w odniesieniu do informacji uzyskanych przesyłką listową dłuższe terminy na wniesienie odwołania;
7. Art. 182 ust. 4 ustawy Pzp zakłada możliwość złożenia odwołania w określonych terminach w sytuacji, gdy zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy lub mimo takiego obowiązku nie przesłał wykonawcy zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, lub nie zaprosił wykonawcy do złożenia oferty w ramach dynamicznego systemu zakupów lub umowy ramowej. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy jest narzędziem przewidzianym w przepisach ustawy Pzp za regulacjami prawa unijnego<sup>37</sup> w odniesieniu do tzw. „trybów niekonkurencyjnych”, dla których obowiązujące przepisy prawa nie przewidują publicznego ogłoszenia o zamówieniu, kierowanego do szerokiego, nieograniczonego kręgu potencjalnych wykonawców. Do obliczania biegu terminu na złożenie odwołania w przypadku zarzutu niezasadnego zastosowania przykładowo trybu zamówienia z wolnej ręki zastosowanie znajduje art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. Według stanowiska Izby o tej okoliczności wnoszący odwołanie, przy zachowaniu należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju, mógł powziąć informację z treści ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, opublikowanego przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym UE, który jest oficjalnym publikatorem właściwym dla publikacji ogłoszeń dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartościach równych bądź przekraczających wartości progów unijnych<sup>38</sup>.

**Powolywanie się w odwołaniu wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się**

<sup>35</sup> Postanowienie KIO 3039/14 z dnia 14.01. 2014 r.

<sup>36</sup> Postanowienie KIO 3038/14 z dnia 17.01. 2014 r.

<sup>37</sup> art. 3a dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej 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 z 20.12.2007 r., s. 31

<sup>38</sup> Postanowienie KIO 872/14 z dnia 14.05. 2014 r.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wnoszący odwołanie nie może w jednym postępowaniu wnosić kolejnego odwołania, powołując się na te same okoliczności faktyczne. Rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan powagi rzeczy osądzonej. Ze stanowiska Izby – w sprawach rozpoznawanych w roku 2014 – wynika, że nie może odnieść skutku odwołanie:

- 1) wniesione wobec zmienionej treści specyfikacji – nakazanej orzeczeniem Izby – z uwagi na zbieżność okoliczności będących przedmiotem wcześniejszego rozstrzygnięcia przez Izbę; w tym przypadku Izba zobowiązana jest – mając również na uwadze wytyczne z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp – do uwzględnienia stanu rzeczy ustalonego w postępowaniu odwoławczym wywołanym uprzednim odwołaniem i uwzględniając zakres dokonanej po wniesieniu odwołania jego modyfikacji<sup>39</sup>;
- 2) tożsame w brzmieniu z uprzednio wniesionym w zakresie okoliczności związanych z zarzutem naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – w terminie przewidzianym w przepisach ustawy Pzp, w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, a także dokonanie wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej<sup>40</sup>.

**Odwołanie dotyczy czynności, 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**

Ta negatywna przesłanka procesowa oznacza, że czynność wykonana zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu okręgowego rozpoznającego skargę nie może być przedmiotem ponownego odwołania. Zakaz ten dotyczy także czynności dokonanej w rezultacie uwzględnienia odwołania w zakresie kompetencji zamawiającego, o której stanowi art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. W przypadku odmiennego dokonania uprzednio zaskarżonej czynności, taka czynność jest nową czynnością, podlegającą zaskarżeniu i wskazane w punkcie 5 ust. 2 art. 189 ustawy Pzp ograniczenie nie ma zastosowania. W wydanych w roku 2014 na tej podstawie postanowieniach, Izba zwracała uwagę, że:

1. Odwołujący domagając się usunięcia nazw własnych produktów, elementów urządzeń oraz rozwiązań im dedykowanych ze specyfikacji (lub dokumentów stanowiących załączniki do SIWZ) powinien jednocześnie zaproponować, jakie postanowienia należy

<sup>39</sup> Postanowienia: KIO 562/14 z dnia 02.04. 2014 r., KIO 2427/14 z dnia 24.11. 2014 r.

<sup>40</sup> Postanowienie KIO 2062/14 z dnia 16.10. 2014 r.

wprowadzić w miejsce usuniętych nazw własnych, a wzmiankując o braku „opisania kryteriów równoważności”, także sformułować ich określenie, z uwagi m.in. na fakt, że na rynku polskim oferowanych jest wiele urządzeń (w tej sprawie: sterowania ruchem kolejowym) konkurencyjnych w stosunku do wskazanych w dokumentacji budowlanej i wykonawczej. Żądanie usunięcia nazw własnych oraz ich zastąpienia czymś innym (opisem) nie uprawnia Izby do samodzielnego wykreowania treści specyfikacji i zastąpienia usuniętych postanowień innymi, w szczególności w sytuacji, gdy ich treści nie zaproponowano. Generalny nakaz „doprowadzenia SIWZ do zgodności z przepisami” mógłby nie być egzekwowalny. W takich okolicznościach zamawiający może samodzielnie wybrać rozwiązanie odnośnie urządzeń równoważnych. W konsekwencji taka zmiana zakwestionowanych postanowień siwz jest zgodna z żądaniem wykonawcy i ponownie wniesione odwołanie do tych zmienionych postanowień podlega odrzuceniu w oparciu o pkt 5 ust. 2 art. 189 ustawy Pzp<sup>41</sup>.

2. Uwzględnienie przez zamawiającego w całości odwołania oraz niewniesienie przez zainteresowanego wykonawcę sprzeciwu i umorzenie z tego powodu przez Izbę postępowania odwoławczego nie pozwala temu wykonawcy na kwestionowanie podjętych przez Zamawiającego czynności, będących następstwem czynności uwzględnienia w całości odwołania. Odwołujący nie wnosząc sprzeciwu w postępowaniu odwoławczym, zakończonym postanowieniem z uwagi na uwzględnienie w całości odwołania, godził się ze wszystkimi zarzutami i wnioskami (żądaniaми) odwołania i musiał liczyć się z możliwością konwalidacji przez zamawiającego czynności polegającej np. na ponownym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art.26 ust. 3 ustawy Pzp, także w zakresie oferty konkurencyjnej.

**Odwołanie wniesione w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, dotyczące innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp**

Przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wskazanych w tym przepisie, tj. 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, 4) odrzucenia oferty odwołującego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie KIO powyższa norma prawna zawiera zamknięty katalog czynności Zamawiającego, wobec których dopuszczalne jest wniesienie odwołania.

<sup>41</sup>Postanowienie KIO 775/14 z dnia 05.05. 2014 r.

W tym zamkniętym katalogu czynności zamawiającego nie ma czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przy czym w zakresie rezultatów badania i oceny ofert wykonawcy mogą odwołać się wyłącznie od czynności, które bezpośrednio eliminują ich z postępowania, czyli od wykluczenia ich z postępowania lub odrzucenia ich oferty. Zatem w świetle art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp takie odwołanie podlega odrzuceniu bez jego merytorycznego rozpatrzenia, niezależnie od rangi i powagi zarzutów w nim podniesionych, nawet w sytuacji, gdy wybór oferty narusza przepisy ustawy Pzp lub postępowanie zamawiającego związane z opisem przedmiotu zamówienia może powodować, że wykonawca w konsekwencji nie będzie mógł uczestniczyć w postępowaniu z uwagi na warunki sformułowane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z orzecznictwem Izby odrzuceniu podlega każde odwołanie, które nie dotyczy czynności wymienionej w art. 180 ust. 2 Pzp. W 2014 r. faktyczne podstawy odrzucenia odwołania w uparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp dotyczyły podnoszonego wyłącznie zarzutu, bezpodstawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia lub cofnięcia decyzji o jego unieważnieniu i kontynuacji postępowania<sup>42</sup>. Odrzuceniu podlegało także odwołanie, w którym zarzuty były podniesione do oferty konkurencyjnej uznanej za najkorzystniejszą<sup>43</sup>. Przykładowo, z uwagi na brak wymaganego uprawnienia do wykonywania działalności, której dotyczy zamówienie<sup>44</sup> i w konsekwencji brak odrzucenia oferty wybranego wykonawcy<sup>45</sup> lub zaniechania jego wykluczenia<sup>46</sup>. Także kwestie związane z rażąco niską ceną konkurencyjnych ofert w tych postępowaniach o mniejszej wartości nie są objęte kognicją Izby<sup>47</sup>. Wymaga również podkreślenia, że nie jest możliwe wniesienie odwołania na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ związane z opisem przedmiotu zamówienia<sup>48</sup>, przykładowo na czynność zakwalifikowania przedmiotu zamówienia, jako „roboty budowlane”, podania błędnych (niepełnych) kodów Wspólnego Słownika Zamówień (kodów CPV), uzależnienia udzielenia zamówienia od wykazania spełniania przez przedmiot zamówienia wymagania dostępności w wersji produkcyjnej wszystkich funkcjonalności, podanych w PFU, opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie w treści PFU znaków towarowych<sup>49</sup>. Także w związku z przepisem art. 180 ust.2 ustawy Pzp przedmiotem rozpoznania przez Izbę nie mogą być kryteria oceny ofert<sup>50</sup>.

### **Nieprzesłanie zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp**

<sup>42</sup> Postanowienia: KIO 2993/14 z dnia 10.01. 2014 r., KIO 494/14 z dnia 24.03. 2014 r., KIO 752/14 z dnia 24.04. 2014 r., KIO 3040/14 z dnia 13.01. 2014 r., KIO 912/14 z dnia 19.05. 2014 r., KIO 1498/14 z dnia 28.07. 2014 r., KIO 2113/14 z dnia 20.10. 2014 r.;

<sup>43</sup> Postanowienie KIO 494/14 z dnia 24.03. 2014 r.

<sup>44</sup> Postanowienia: KIO 2990/14 z dnia 09.01. 2014 r., KIO 2991/14 z dnia 09.01. 2014 r.

<sup>45</sup> Postanowienie KIO 2020/14 z dnia 08.10. 2014 r.

<sup>46</sup> Postanowienia: KIO 1304/14 z dnia 02.07. 2014 r., KIO 1585/14 z dnia 14.08. 2014 r., KIO 2548/14 z dnia 11.12. 2014 r., KIO 2551/14 z dnia 11.12. 2014 r.

<sup>47</sup> Postanowienia: KIO 588/14 z dnia 28.03.2014 r., KIO 882/14 z dnia 14.05. 2014 r.

<sup>48</sup> Postanowienia: KIO 898/14 z dnia 15.05. 2014 r., KIO 2195/14 z dnia 31.10. 2014 r.

<sup>49</sup> Postanowienie KIO 209/14 z dnia 12.02. 2014 r.

<sup>50</sup> Postanowienie KIO 1130/14 z dnia 17.06. 2014 r.



Zgodnie ze wskazanym art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, wnosząc odwołanie wykonawca zobowiązany jest jego kopię przekazać zamawiającemu i to w taki sposób, aby ten mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. W orzecznictwie Izby wskazano, że samo nadanie pisma w urzędzie pocztowym i jego wpływ do zamawiającego po upływie terminu do wniesienia odwołania jest niewystarczające dla uznania, że termin ustawowy został dochowany, gdyż możliwość taka powinna wynikać wprost z przepisu ustawy (za uchwałą SN z 7 lutego 2014 r., sygn. akt III CZP 90/13)<sup>51</sup>. Także tego warunku nie spełnia powiadomienie o zamiarze wniesienia odwołania<sup>52</sup>, albowiem różnica pomiędzy zawiadomieniem o tym, że odwołanie zostanie wniesione od zawiadomienia, że odwołanie zostało wniesione jest na tyle istotna, że w przypadku wniesienia odwołania wykonawca zobowiązany jest przekazać jego kopię, a zamawiający ma obowiązek w ciągu dwóch dni przesłać ją pozostałym wykonawcom z wezwaniem do przystąpienia do odwołania (art.185 ustawy Pzp). Także nieprzekazanie wraz z odwołaniem istotnych dla sprawy dowodów o merytorycznym charakterze (jego załączników), przy pomocy których wykonawca uzasadnia podnoszone zarzuty i które są niezbędne do merytorycznej przez zamawiającego oceny ich zasadności będzie kwalifikowało takie odwołanie do jego odrzucenia z uwagi na nie przekazanie jego kopii<sup>53</sup>.

W konkluzji stwierdzić należy, że negatywne przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp pozwalają na realizowanie postulatu szybkości postępowania i spójności jego wyniku. Z doświadczeń orzeczniczych Izby wynika jednak, że zasadne byłyby zmiany legislacyjne dotyczące kwestii związanych z przesłankami odrzucenia odwołania, a polegające na dopuszczeniu – w postępowaniach o wartości przedmiotu zamówienia nieprzekraczającej tzw. progów unijnych – możliwości wnoszenia odwołań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia oraz kryteriów oceny ofert, wyboru najkorzystniejszej oferty, a także unieważnienia postępowania. Warte rozważenia byłoby również wprowadzenie zasady, że dla zachowania terminu na wniesienie odwołania wystarczające jest nadanie odwołania w urzędzie pocztowym.

## **8. Wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy – wybrane zagadnienia**

Ważnym zadaniem orzeczniczym Krajowej Izby Odwoławczej, wypełnianym w ramach prowadzonych postępowań odwoławczych, jest rozpoznawanie zgodnie z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W myśl wskazanego przepisu Izba może uchylić na wniosek zamawiającego zakaz zawarcia umowy do czasu

<sup>51</sup> Postanowienia: KIO 1117/14 z dnia 16.06. 2014 r., KIO 1476/14 z dnia 28.07. 2014 r.

<sup>52</sup> Postanowienie KIO 1359/14 z dnia 15.07. 2014 r.

<sup>53</sup> Postanowienie KIO 2352/14 z dnia 01.12. 2014 r.

ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W wydanych w roku 2014 postanowieniach Izba, biorąc pod uwagę treść składanych wniosków, w szczególności zwracała uwagę na niezdefiniowany w ustawie Pzp interes publiczny wymagany przepisem art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, wskazując na uchwałę Trybunału Konstytucyjnego<sup>54</sup>, zgodnie z którą korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć mają służyć ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Trybunał ten także w wyroku z dnia 9 listopada 2010 r. sygn. akt. II K 13/07 podniósł, że interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, którego funkcja w procesie stosowania prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego o możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych, jednostkowych stanów faktycznych. Zwrócono także uwagę na konieczność łącznego wykazania okoliczności wskazanych przepisem dotyczących bezpodstawności ochrony interesu wykonawcy składającego odwołanie oraz przewagi ewentualnych negatywnych skutków dla interesu publicznego, przewyższającego korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów wskazanych przepisem art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

### **Przesłanki odmowy uchylecia zakazu zawarcia umowy**

Odmawiając uchylecia zakazu zawarcia umowy, Izba w uzasadnieniu postanowień wskazywała na brak wypełnienia przesłanek z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp<sup>55</sup>, podnosząc w szczególności, że nie zostały wykazane negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie. Stwierdziła także, że dla zastosowania tej szczególnej instytucji konieczne jest co najmniej uprawdopodobnienie przez zamawiającego istnienia powołanych we wniosku okoliczności. Izba zwracała uwagę w szczególności na następujące okoliczności:

<sup>54</sup> Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96)177

<sup>55</sup> Postanowienia: KIO/W 26/14 z dnia 01.08.2014 r., KIO/W 9/14 z dnia 17.03.2014 r., KIO/W 11/14 z dnia 17.03.2014 r., KIO/W 17/14 z dnia 23.04.2014

1. we wniosku ma być wykazana realna, a nie jedynie hipotetyczna konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia<sup>56</sup>;
2. rozpatrując wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie dokonuje oceny zasadności wniesionego odwołania<sup>57</sup>;
3. istnienie racjonalnej i prawnej możliwości zawarcia ewentualnej krótkookresowej umowy przejściowej np. na okres 1 miesiąca z dotychczasowym wykonawcą z zastosowaniem dopuszczonych ustawą procedur<sup>58</sup>;
4. obowiązek realizacji ustawowych zadań, jakie nakładają na gminę przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku, nie przemawia za koniecznością uchylenia tylko z tego powodu przez Izbę zakazu zawarcia umowy<sup>59</sup>;
5. w odniesieniu do argumentacji dotyczącej konieczności dokonania rozliczeń finansowych, Izba wskazywała na postanowienia umów, które dopuszczały zmiany warunków umowy, np. co do terminów rozliczeń końcowych na uzasadniony wniosek Pożyczkobiorcy (zamawiającego)<sup>60</sup>;

W odniesieniu do wniosku uzasadnianego zagrożeniem interesu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa Izba zwróciła uwagę, że zamawiający nie podjął nawet próby udokumentowania, w jaki sposób niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku i dlatego zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem postępowania odwoławczego mogłoby zapobiec naruszeniu istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. Podkreśliła także, że ustawa Pzp nie zawiera regulacji specjalnych dotyczących uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze nawet, jeśli przedmiotem zamówienia jest priorytetowa usługa w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności<sup>61</sup>.

W odniesieniu do wniosków jednostek służby zdrowia, Izba zwracała uwagę na ogólnikowość argumentacji oraz brak należytego udokumentowania podnoszonych we wniosku okoliczności, wskazując m.in., że powoływanie się na źródło finansowania zamówienia (np. przyznana przez Ministerstwo Zdrowia dotacja celowa) oraz na poprawę komfortu świadczenia usług na rzecz pacjentów szpitala było na tyle ogólne, że z tych okoliczności nie można było wywieść negatywnych skutków dla interesu publicznego

<sup>56</sup> Postanowienie KIO/W 9/14 z dnia 17.03.2014 r.

<sup>57</sup> Postanowienie KIO/W 10/14 z dnia 24.03.2014 r.

<sup>58</sup> Postanowienia: KIO/W 12/14 z dnia 27.03.2014 r., KIO/W 22/14 z dnia 01.07.2014 r.

<sup>59</sup> Postanowienie KIO/W 22/14 z dnia 1 lipca 2014 r.

<sup>60</sup> Postanowienie KIO/W 27/14 z dnia 27.08.2014 r.

<sup>61</sup> Postanowienie KIO/W 1/14 z dnia 08.01.2014 r.

przewyższających korzyści związane z ochroną interesów wykonawców<sup>62</sup>. Także powołanie się na pilność udzielenia zamówienia, wynikającą z zobowiązań umownych, nie jest wystarczające do uznania wniosku za uzasadniony<sup>63</sup>. Również niewykazanie w żaden sposób, że realizacja przedmiotu zamówienia nie będzie możliwa w krótkich terminach po zakończeniu postępowania odwoławczego, chociażby ze względu na sytuację rynkową czy specyfikę zamówienia, stanowi przeszkodę do uwzględnienia wniosku nawet w przypadku, gdy brak specjalistycznego sprzętu RTG w nowym budynku szpitala może mieć nieudowodniony negatywny wpływ na dostępność do usług dla pacjentów i wiązać się z określonymi trudnościami organizacyjnymi związanymi bądź to z transportem obecnie używanego aparatu RTG do nowego budynku, bądź z odpowiednim rozlokowaniem pacjentów pomiędzy budynkami szpitala<sup>64</sup>. W uzasadnieniu postanowień Izba wskazywała na brak dowodów na poparcie twierdzeń, a nawet brak uprawdopodobnienia podnoszonych we wnioskach okoliczności, w szczególności niewykazanie, że środki na zakup sprzętu diagnostycznego muszą być rozliczone do określonej daty (np. brak załączenia do wniosku umowy zawartej z Ministerstwem Zdrowia, z której wynikałyby terminy wykorzystania dotacji oraz bezwzględny zakaz ich wydłużenia).

### **Uchylenie zakazu zawarcia umowy**

Uwzględniając wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba miała na względzie specyfikę przedmiotu zamówienia i jednocześnie fakt wykazania negatywnych skutków dla interesu publicznego. Uchylając zakaz zawarcia umowy, Izba zwróciła uwagę na następujące okoliczności:

1. W sprawie o sygn. akt: KIO/W 7/14 (postanowienie z dnia 25 lutego 2014 r.) zamówienie dotyczyło grupy osób niepełnosprawnych z dysfunkcją wzroku oraz ich prawa udziału w sprawdzianach oraz w egzaminach przeprowadzanych przez zamawiającego, który wskazał, że nieuwzględnienie wniosku mogłoby powodować brak możliwości udziału w sprawdzianach oraz egzaminach umożliwiających kontynuację dalszej nauki osobom z dysfunkcją wzroku w powszechnie obowiązujących terminach sprawdzianów i egzaminów. Podobną argumentację podniesiono w sprawie o sygn. akt: KIO/W 13/14 (postanowienie z dnia 31 marca 2014 r.), która dotyczyła usługi szkolenia dedykowanego osobom będącym w szczególnej sytuacji na rynku pracy (z wykształceniem podstawowym i gimnazjalnym, z mniejszości narodowych, do 25 roku życia), które miały możliwość zdobycia kwalifikacji zawodowych, a tym samym możliwość podjęcia zatrudnienia. Niezawarcie umowy faktycznie nie pozwoliłoby na przeprowadzenie szkolenia w wymaganym umową terminie, a tym samym zmniejszyłoby szansę na podjęcie pracy,

<sup>62</sup> Postanowienie KIO/W 38/14 z dnia 18.11.2014 r.

<sup>63</sup> Postanowienie KIO/W 29/14 z dnia 27.09.2014 r.

<sup>64</sup> Postanowienie KIO/W 18/14 z dnia 02.05.2014 r.

gdyż sektor budowlany jest branżą, którą cechuje sezonowość zatrudnienia nowych pracowników (okres wiosenny i letni). Także w sprawie o sygn. akt: KIO/W 15/14 (postanowienie z dnia 14 kwietnia 2014 r.) przedmiot zamówienia dotyczył przeszkolenia ponad 9 000 polonistów, nauczycieli-egzaminatorów oceniających wypowiedzi zdających egzamin maturalny z języka polskiego w części ustnej. Realizacja tego przedsięwzięcia o charakterze oświatowym, mająca w efekcie służyć określonej społeczności uczniów klas maturalnych w całej Polsce, w sposób istotny, co do wymaganego terminu, została zagrożona. W sprawie tej Izba dodatkowo miała na uwadze wadliwość odwołania i konieczność kierowania wezwania do uzupełnienia braków formalnych odwołania wyłącznie drogą pocztową, ze względu na niewskazanie w treści odwołania kontaktu faksowego i mailowego, co uniemożliwiło dostarczenie przesyłki z wezwaniem do uzupełniania braków formalnych odwołania w szybkim terminie.

2. W sprawie o sygn. akt: KIO/W 23/14 (postanowienie z dnia 2 lipca 2014 r.) skład orzekający Izby postanowił skierować pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości, którego szczegółowa treść sprecyzowana została w postanowieniu z 18 czerwca 2014 r. i jednocześnie Izba postanowiła zawiesić rozprawę do czasu wydania orzeczenia przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Skład orzekający dostrzegł, że przedmiotem postępowania jest wykonanie usług polegających na kompleksowym mechanicznym oczyszczaniu jezdni ulic w sezonie zimowym i letnim, a niewykonywanie obowiązków w tym zakresie spowodowałoby przede wszystkim zagrożenie bezpieczeństwa ruchu, a w konsekwencji zdrowia i życia jego uczestników. W przypadku powstania szkody na mieniu lub osobie, zamawiający mogłoby ponieść odpowiedzialność cywilnoprawną na zasadzie winy za powstałe szkody, co wiązać się będzie z realną koniecznością wypłaty znacznych odszkodowań. Dostrzeżono, że biorąc pod uwagę kilkunastomiesięczny okres na rozpoznanie pytań prejudycjalnych przez TSUE, orzeczenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zapadnie przed końcem obowiązywania obecnych umów.
3. W sprawie o sygn. akt: KIO/W 24/14 (postanowienie z dnia 7 lipca 2014 r.) zamawiający wskazał, że został zmuszony do podjęcia decyzji o zawieszeniu prowadzenia planowej diagnostyki nowotworów od 3 lipca 2014 r., co zagraża zdrowiu pacjentów. Izba stwierdziła, że w tym przypadku niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania będzie godzić w interes publiczny, który w tym przypadku przejawia się jako interes pacjentów, w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów wykonawcy.
4. W sprawie o sygn. akt: KIO/W 25/14 (postanowienie z dnia 23 lipca 2014 r.) Izba uznała, że zamawiający wykazał wagę interesu publicznego, który uzasadnia rezygnację z zakazu

zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę, gdyż rekultywacja środowiska gruntowego na terenie byłego MPS zlokalizowanego w kompleksie wojskowym związana jest z przekazaniem w bieżącym roku kalendarzowym nieruchomości do trwałego zarządcy tego terenu. Izba zwróciła również uwagę, że odwołanie zostało ograniczone wyłącznie do kwestionowania zatrzymania wadium, co z kolei pozostawało bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a zakaz zawarcia umowy, powiązany jest bezpośrednio z możliwością udzielenia zamówienia i zawarcia umowy z wykonawcą wybranym, co może nastąpić, gdy zostały wyczerpane możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej na dokonany wybór oferty.

5. W sprawie o sygn. akt: KIO/W 35/14 (postanowienie z dnia 13 października 2014 r.) zamawiający w odniesieniu do przesłanek zastosowania instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy oparł się na istotnych okolicznościach mających znaczenie dla uchylenia tego zakazu, wskazał bowiem na datę 15 października 2014 r., jako termin zawarcia umowy, który musiał być dotrzymany ze względu na warunki umowy przewidujące zapewnienie dla wykonawcy 75 dni na czynności obejmujące wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych wraz z ewentualną dostawą systemu telekomunikacyjnego, jego zainstalowaniem, uruchomieniem i przeprowadzeniem testów. Brak możliwości zawarcia umowy w powyższym terminie uniemożliwiłby zapewnienie usług telefonii stacjonarnej bezpośrednio po zakończeniu obowiązywania trwającej umowy i doprowadziłby – w ocenie Izby – do sytuacji, w której nastąpiłoby zakłócenie prawidłowego funkcjonowania tak wielu ważnych dla państwa i obywateli instytucji.
6. W sprawie o sygn. akt: KIO/W 44/14 (postanowienie z dnia 9 grudnia 2014 r.) Izba stwierdziła, że w przypadku niezawarcia umowy przed rozstrzygnięciem odwołania, interes publiczny w tej sprawie przejawia się jako interes ekonomiczny Województwa Łódzkiego – nie jako samej jednostki administracji, ale jego mieszkańców, którzy odczuwają negatywne skutki utraty przez województwo dofinansowania unijnego, albowiem z uwagi na konieczność zwrotu tego dofinansowania, województwo nie będzie mogło przeznaczyć kilkunastu milionów złotych (w tym dodatkowy koszt dla województwa w postaci odsetek) na realizację innych, ważnych społecznie celów, a ranga strat zamawiającego i odwołującego jest nieporównywalna.
7. W sprawie o sygn. akt: KIO/W 48/14 (postanowienie z dnia 23 grudnia 2014 r.) przedmiot zamówienia podzielony został na części i w częściach: 4 i 8 odwołujący nie złożył oferty a w częściach 1, 5 i 10 nie mógł uzyskać zamówienia, bo jego oferta nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a w stosunku do ofert, które zostały wybrane jako najkorzystniejsze odwołujący nie sformułował żadnych zarzutów, które mogłyby

spowodować wykluczenie wykonawców lub odrzucenie tych ofert. W związku z tym Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy w częściach 1, 4, 5, 8 i 10 z uwagi na niewykazanie prawdopodobieństwa doznania przez wykonawcę wnoszącego odwołanie uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

8. W sprawie o sygn. akt: KIO/W 49/14 (postanowienie z dnia 23 grudnia 2014 r.) Izba zwróciła uwagę na specyfikę przedmiotu zamówienia, związaną z dostawą paliwa do pojazdów zamawiającego, służących do zimowego utrzymania dróg. Celem, jaki miał być osiągnięty w wyniku wykonania umowy o zamówienie publiczne było zatem zapewnienie bezpieczeństwa w ruchu drogowym na drogach powiatu, poprzez odśnieżanie, zwalczanie śliskości, usuwanie zatorów śnieżnych czy też usuwanie powstających zimą ubytków w nawierzchni drogowej. Powyższe miało umożliwić mieszkańcom powiatu dojazd do pracy, szkół, szpitali, a także zapewnić właściwym służbom ratunkowym możliwość interwencji w sytuacjach zagrożenia życia, zdrowia i mienia. Realizacja zamówienia mogła również zapobiec kolizjom czy wypadkom samochodowym, których skutkiem może być uszczerbek na zdrowiu użytkowników dróg. Izba zwróciła również uwagę na przypadające pomiędzy 6 a 15 grudnia rozpoczęcie sezonu zimowego utrzymania dróg, w II strefie klimatycznej, do której należą tereny zamawiającego. Izba podkreśliła, że podstawowy interes, jaki może doznać uszczerbku w wyniku działań i zaniechań zamawiającego, jawi się utratą korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia przez odwołującego wykonawcę, a z punktu widzenia tego wykonawcy, będącego profesjonalistą na rynku obrotu paliwami, zysk, jaki wiązać się będzie z realizacją dostaw paliwa dla zamawiającego, biorąc pod uwagę niewielką flotę zamawiającego i stosunkowo niewielką wartość oferty, utrata korzyści nie jest znacząca.
9. W sprawie o sygn. akt: KIO/W 52/14 (postanowienie z dnia 30 grudnia 2014 r.) w ocenie Izby, sytuacja opisana we wniosku, pozwalała na obiektywne ustalenie istnienia negatywnych skutków dla interesu publicznego w przypadku przedłużenia się procedury zawarcia umowy i negatywnych konsekwencji dla możliwości prawidłowego realizowania spoczywającego na Gminie obowiązku zorganizowania publicznego transportu zbiorowego. Społeczna konieczność zapewnienia regularnego przewozu osób określonymi liniami komunikacyjnymi oraz bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania potrzeb przewozowych społeczności na obszarze gminy obejmuje zapewnienie dojazdu mieszkańców do pracy, czy do placówek oświatowych, w zintegrowaniu komunikacji miejskiej z komunikacją kolejową.

W oparciu o uzasadnienia przedstawiane we wnioskach o uchylenie zakazu zawarcia umowy rozpoznawanych przez Izbę w roku 2014 można sformułować następujące tezy dotyczące możliwości uchylenie zakazu zawarcia umowy:

- uchylenie zakazu zawarcia umowy w świetle art. 183 ust. 2 ustawy Pzp jest możliwe tylko w przypadku kumulatywnego wykazania wszystkich przesłanek w nim określonych;
- realizacja celu związanego z udzielanym zamówieniem musi mieć związek z interesem publicznym<sup>65</sup>, a nie z partykularnym interesem zamawiającego;
- na etapie rozpatrywania wniosku Izba nie bada ani skuteczności wniesionego odwołania, ani nie analizuje jego zasadności, co do podnoszonych w nim zarzutów;
- Izba nie ma możliwości poszukiwania z urzędu faktów mających przemawiać na korzyść zamawiającego, gdyż jej obowiązkiem jest jedynie wyczerpująco ocenić te, które zostały wskazane we wniosku;
- uchylając zakaz zawarcia umowy Izba nie może opierać się na twierdzeniach ogólnych niepopartych rzeczową argumentacją;
- obowiązek właściwego i terminowego przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego jest obowiązkiem zamawiającego, a zwlekanie z przeprowadzeniem procedury przetargowej nie uzasadnia uchylenia zakazu zawarcia umowy;
- argumentacja przedstawiana we wniosku o uchylenie zakazu nie może stanowić jedynie zbioru przypuszczeń i teoretycznych rozważań niepopartych żadnymi obiektywnymi dowodami;
- nierozpoczęcie robót w określonym czasie i hipotetyczny brak możliwości zrealizowania zadania w danym roku oraz hipotetyczne zagrożenie utraty środków pochodzących z dofinansowania nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do pozytywnego rozpatrzenia wniosku.
- potrzeba sprawnego wykonywania zadań, do których powołany jest zamawiający, w tym wykonywanie zadań statutowych i diagnostyki za pomocą urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia, powinna być wkomponowana w sposób i czas przeprowadzenia poszczególnych czynności postępowania.

---

<sup>65</sup> Definicję tego interesu zawierają uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. sygn. akt W 8/96 oraz z dnia 9 listopada 2010 r. sygn. akt. II K 13/07.



**9. Przesłanki udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w uchwałach Izby w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa UZP w 2014 r.**

Zamówienie z wolnej ręki, jak to wynika z przepisu art. 66 ust. 1 Pzp, jest niekonkurencyjnym trybem udzielenia zamówienia publicznego, ponieważ stanowi efekt negocjacji tylko z jednym wykonawcą. Jego zastosowanie jest odstępstwem od wyrażonej w art. 10 ust. 1 Pzp zasady pierwszeństwa przetargowych trybów udzielania zamówień publicznych, wobec czego dopuszczalne jest wyłącznie w przypadkach przewidzianych w Pzp (argument z art. 10 ust. 2 Pzp). Nadmienić należy, że wyjątkowość tego trybu udzielenia zamówienia publicznego powoduje konieczność ścisłej interpretacji przesłanek dopuszczalności jego zastosowania.

Powyższe zagadnienie było w okresie sprawozdawczym częstym przedmiotem uchwał w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli, podejmowanych przez Izbę w trybie przepisu art. 167 ust. 3 Pzp. Podkreślić należy, że na 113 uchwał podjętych w 2014 r. 41 dotyczyło wspomnianego trybu udzielania zamówień publicznych. W 32 przypadkach Izba nie uwzględniła umotywowanych zastrzeżeń zamawiających, którzy kwestionowali wyniki przeprowadzonych przez Prezesa UZP kontroli.

W dalszej części opracowania w syntetyczny sposób zaprezentowano rozstrzygnięcia Izby krytycznie oceniające legalność wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W uchwale z dnia 5 marca 2014 r., sygn. akt: KIO/KD 12/14 Izba nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego stwierdzając, że bezzasadnie udzielił zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przedmiotem zamówienia udzielonego zwycięzcy konkursu, w którym nagrodę stanowiło zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, była budowa i wdrożenie zintegrowanego systemu rachunkowości i kadr. Zgodnie z postanowieniami zawartej z wykonawcą umowy zobowiązany był on m.in. do opracowania zarówno koncepcji biznesowej systemu, jak i samego systemu (z uwzględnieniem stworzenia jego prototypu oraz niezbędnych modyfikacji wynikających z prac wdrożeniowych) wraz z jego wdrożeniem (pilotażowym i docelowym), przygotowania posiadanej przez zamawiającego platformy sprzętowej do wdrożenia systemu, przeprowadzenia szkoleń w zakresie obsługi systemu, udzielenia licencji na oprogramowanie systemowo-narzędziowe pochodzące od osób trzecich, a także do świadczenia usług serwisowych systemu i oprogramowania wykonanego na jego potrzeby.

Prezes UZP, oceniając legalność wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, stwierdził, że opisany powyżej przedmiot zamówienia nie mieści się w pojęciu nagrody konkursowej, tą

bowiem mogło być tylko zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem będzie szczegółowe opracowanie wyłonionej w konkursie pracy (argument z art. 111 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 111 ust. 2 Pzp). Zdaniem Prezesa UZP przedmiotem zamówienia w skontrolowanym postępowaniu było *de facto* wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia inwestycyjnego, nie zaś uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej, o czym świadczy m.in. zakres zawartej z wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy w sprawie zamówienia publicznego, będącej następstwem udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający w umotywowanych zastrzeżeniach stwierdził m.in., że przedmiotem zamówienia z wolnej ręki udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp nie musi być wyłącznie opracowanie pracy konkursowej, bowiem nie ma wymogu tożsamości przedmiotu konkursu z przedmiotem nagrody. Podkreślił, że w świetle art. 125 Pzp miał obowiązek wydania (wypłacenia) określonej w regulaminie konkursu nagrody, ergo – zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Powołując się na przepis art. 110 Pzp i art. 1 pkt 11 lit. e Dyrektywy klasycznej wskazał również, że zamówienie z wolnej ręki udzielone w wyniku przeprowadzenia i rozstrzygnięcia konkursu, a następnie przeprowadzenia negocjacji i zawarcia umowy dotyczy opracowania oprogramowania i jego wdrożenia, wobec czego na każdym etapie realizacji mamy do czynienia z dziełem chronionym prawami autorskimi. Zamawiający podkreślił przy tym, że wszelkie istotne elementy przedmiotu zamówienia opisanego w objętym kontrolą postępowaniu, niemające charakteru twórczego (związane, przykładowo, z realizacją szkoleń), wykonywał samodzielnie oraz, że nie zakupił on jakichkolwiek licencji na oprogramowanie.

W uzasadnieniu uchwały Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP stwierdzając m.in., że co do zasady nie musi zachodzić tożsamość (rozumiana jako identyczność) przedmiotu konkursu z przedmiotem nagrody, ponieważ efektem zarówno procedury konkursowej, jak i realizacji umowy zawartej w następstwie udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w okolicznościach wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp, jest powstanie dwóch odrębnych dzieł. W pierwszym przypadku – jak to wynika z przepisu art. 110 Pzp – będzie to praca konkursowa w określonej dziedzinie (przykładowo – z katalogu zawartego w art. 110 *in fine* Pzp), w drugim zaś – zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 111 ust. 1 pkt 3 i art. 111 ust. 2 Pzp – dzieło stanowiące szczegółowe opracowanie pracy konkursowej, czyli odrębnego, chronologicznie wcześniejszego, dzieła.

Izba – odnosząc się pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot zamówienia udzielanego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 2 Pzp – uznała, że kryje się pod nim taki utwór, który doprecyzowuje, uszczegóławia, stanowi rozwinięcie

myśli twórczej wyrażonej w dziele stanowiącym pracę konkursową. Przyjęła również, że skoro efektem szczegółowego opracowania utworu ma być kolejny utwór, to wszystkie czynności składające się na to opracowanie muszą mieć charakter twórczy, nie zaś czysto techniczny (wykonawczy).

Izba stwierdziła ponadto, że w przypadku, gdy realizacja danego zamierzenia inwestycyjnego rozpoczyna się procedurą konkursową, to po jej zakończeniu konieczne jest przeprowadzenie jeszcze dwóch etapów: procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem musi być szczegółowe opracowanie pracy konkursowej, w przedstawionym wcześniej rozumieniu, a następnie – procedury dotyczącej *stricte* realizacji przedsięwzięcia na podstawie uzyskanego wcześniej szczegółowego opracowania, oraz że zamawiający drugi z opisanych etapów niezasadnie pominął.

W stanie faktycznym, na gruncie którego zapadła uchwała z dnia 19 maja 2014 r., sygn. akt: KIO/KD 46/14 zamawiający udzielił zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na usługę utrzymania czystości taboru na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Jako uzasadnienie podał, że konieczność udzielenia zamówienia w tym trybie wyniknęła z wypowiedzenia mu umowy zawartej z dotychczasowym wykonawcą, a nadto ze względu na groźbę nałożenia na niego kar umownych przez podmiot, na rzecz którego zamawiający świadczy usługi transportu zbiorowego, w sytuacji zaprzestania utrzymywania taboru w ciągłej czystości. Podkreślił, że nieprzewidywalność opisanej sytuacji wykluczała udzielenie zamówienia w innym trybie.

Prezes UZP zakwestionował legalność wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki stwierdzając m.in., że nie została spełniona przesłanka związana z koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Podał, że powinna ona być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Zamówienie z wolnej ręki dotyczyć może wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Prezes UZP wskazał, że zamówienie, które z uwagi na jego wielkość musi być realizowane przez wiele miesięcy, co do zasady nie może być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. W konsekwencji stwierdził, że zamawiający nie wykazał, aby została spełniona powyższa okoliczność. Okres na jaki zamawiający udzielił zamówienia (27 miesięcy) był zbyt długi i nie odpowiadał celowi zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki.

Izba, podzielając stanowisko Prezesa UZP, wskazała, że zamawiający powołując się na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp nie może udzielić zamówienia w zakresie przekraczającym konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. W tym konkretnym stanie faktycznym, z uwagi na charakter usługi (konieczność zapewnienia czystości w środkach komunikacji miejskiej), jej świadczenie nie mogło zostać przerwane. Nie oznaczało to jednak, iż zaistniała natychmiastowa konieczność wykonania całego zamówienia. Zamawiający zobowiązany był zapewnić wykonanie usługi, jej ciągłość, udzielając zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, jedynie na czas niezbędny do wyłonienia kolejnego wykonawcy już w trybie konkurencyjnym. Przesłanka ta wskazuje bowiem nie na pilną konieczność zawarcia umowy, ale na konieczność jej natychmiastowego wykonania. Dlatego też w oparciu o tę właśnie przesłankę niemożliwe jest zawarcie umowy wieloletniej, a w tym przypadku taka sytuacja ma miejsce.

Przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia była również przedmiotem analizy Izby w uchwale z dnia 8 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO/KD 70/14, w której ocenie poddana została prawidłowość udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp na dokończenie robót budowlanych związanych z wykonaniem i uruchomieniem instalacji wentylacji mechanicznej oraz wodno-kanalizacyjnej w ramach wykonawstwa zastępczego.

Prezes UZP – kwestionując zajęcie przesłanki natychmiastowego wykonania zamówienia – stwierdził, że należy ją odróżnić od przesłanki pilnego udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uznał, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp nie dotyczy udzielania zamówień, których wykonanie jest rozłożone w czasie, np. trwa miesiąc, jak w omawianej sprawie. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywanych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na wykonanie zamówienia. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę życia i zdrowia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. Zagrożenie niedotrzymania terminów określonych w umowie o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej, na które powoływał się zamawiający, nie stanowi interesu w powyższym rozumieniu, co zostało potwierdzone w orzecznictwie (wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt: V SA/Wa 3123/08, Lex nr 507731).

Izba – uznając zastrzeżenia zamawiającego za nieuzasadnione – wskazała, że nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego ich wykonania. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia wynika najczęściej z konieczności przeciwdziałania lub usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać,

a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia. Przykładem takiej sytuacji może być wystąpienie w sposób niespodziewany klęski żywiołowej (np. powodzi) i z tego względu istnieje potrzeba natychmiastowej realizacji zamówień niezbędnych do zapobieżenia, ograniczenia lub natychmiastowego usunięcia jej skutków (np. zakupy na akcję ratowniczą, wykonanie prac umożliwiających jedyny dojazd do miejscowości, prace porządkowe mające na celu zapobieżenie epidemiom itp.) – wówczas, po spełnieniu przewidzianych prawem przesłanek, uzasadnione jest skorzystanie z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W sprawie zakończonej uchwałą z dnia 4 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO/KD 97/14, przedmiotem rozważań Izby było wykazanie przez Zamawiającego spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki na świadczenie kompleksowej pomocy prawnej na rzecz jednostki samorządu terytorialnego na podstawie przepisu art. 5 ust. 1a Pzp.

Zamawiający – uzasadniając udzielenie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przytoczoną powyżej podstawę prawną – wyjaśnił, że przedmiot zamówienia obejmuje opiniowanie czynności podjętych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym m.in.: udział w postępowaniu przetargowym po stronie zamawiającego w charakterze biegłego, opiniowanie pod względem prawnym poprawności dokumentacji postępowania oraz wszelkich działań z tym związanych, obsługa prawna procesu kontraktowania zamówień publicznych polegająca w szczególności na opiniowaniu projektów umów przygotowanych przez zamawiającego, a także udzielanie porad i opinii prawnych oraz wyjaśnianie stosowania prawa zamówień publicznych. Dodał, że powyższe czynności wykonawcy były istotne, ponieważ w okresie obowiązywania wcześniejszej umowy zawartej z nim, zamawiający wszczął trzy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które trwały nieprzerwanie także już po wygaśnięciu wcześniejszej umowy. Podkreślił, że brak profesjonalnego podmiotu trudniącego się doradztwem prawnym w zakresie postępowań w sprawie zamówień publicznych, mógłby doprowadzić do powstania uchybień w stosowaniu przepisów Pzp lub innych błędów mających niekorzystny wpływ na interesy zamawiającego, związane z prowadzonymi postępowaniami. Stąd, zastosowanie innych, konkurencyjnych trybów nie gwarantowało udzielenia temu wykonawcy zamówienia na obsługę prawną w wymaganym terminie, albo nawet w ogóle uniemożliwiłyby wyłonienie takiego wykonawcy.

Zamawiający stwierdził ponadto, że wybranie innego podmiotu do obsługi prawnej stanowiłoby naruszenie praw autorskich do dokumentów wytworzonych na potrzeby ww. postępowań przez dotychczasowego wykonawcę usługi, gdyż w przypadku udzielenia zamówienia na kompleksową obsługę prawną innemu podmiotowi konieczne byłoby zawarcie przez zamawiającego odrębnej umowy z dotychczasowym wykonawcą. Przedmiotem umowy byłoby przeniesienie praw autorskich do wytworzonych przez niego

dokumentów, w oparciu o które zamawiający prowadzi postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Innym ewentualnym rozwiązaniem byłoby zawarcie umowy o udzielenie przez dotychczasowego wykonawcę za wynagrodzeniem licencji na korzystanie z tych dokumentów. Zamawiający podkreślił, że zawarcie takich umów znacznie zwiększyłyby kwotę, jaką zobowiązany byłby przeznaczyć na kompleksową obsługę prawną, bowiem zawierałaby ona zarówno wynagrodzenie z tytułu praw autorskich dla poprzedniego wykonawcy oraz wynagrodzenie z tytułu świadczenia obsługi prawnej dla nowego wykonawcy.

Prezes UZP zakwestionował stanowisko zamawiającego stwierdzając, że nie wykazał on zajścia którejkolwiek z przesłanek wymienionych w art. 5 ust. 1a Pzp. Stwierdził, że nie była uprawniona ocena, że tylko dotychczasowy wykonawca był w stanie wykonać omawiane zamówienie przy jednoczesnym nienarażaniu zamawiającego na wzrost ceny za pełnioną usługę. W szczególności, nie było, w ocenie Prezesa UZP, zasadne takie stwierdzenie bez uprzednio przeprowadzonego rozeznania rynku oraz bez uprzedniego zastosowania trybu konkurencyjnego, który pozwalałby na zapoznanie się z ofertami wielu podmiotów i tym samym wybór najkorzystniejszej z punktu widzenia zamawiającego oferty. Podkreślił, że na rynku usług prawniczych istnieje wiele kancelarii prawnych, które w swojej działalności mają także świadczenie usługi wsparcia w zakresie zamówień publicznych i mogłyby zrealizować przedmiot zamówienia. Natomiast odnosząc się do argumentacji zamawiającego, jakoby za wyborem do obsługi prawnej dotychczasowego wykonawcy w trybie niekonkurencyjnym przemawiały także względy posiadania przez niego praw autorskich stwierdził, że nie ma podstaw aby w myśl przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U.2006.90.631 ze zm.) uznać, że przedmiot zamówienia mieści się w definicji przedmiotu prawa autorskiego i tym samym miałby być objęty ochroną w nim przewidzianą.

Izba, w uzasadnieniu uchwały uznającej zastrzeżenia zamawiającego za niezasadne, wskazała, że przepis art. 5 ust. 1a Pzp stwarzał odrębną od art. 67 ust. 1 Pzp podstawę udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem objęte były usługi niepriorytetowe, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować dla zamawiającego co najmniej jedną z następujących okoliczności: zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, poniesieniem straty w mieniu publicznym czy uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. Izba podkreśliła, że Zamawiający musi wykazać ustalone w sposób obiektywny okoliczności, dające podstawę do przypuszczeń, że konsekwencją zastosowania trybu niekonkurencyjnego byłyby np.

skutki wskazywane w art. 5 ust. 1a pkt 1-4 Pzp. Ponadto wyjaśniła, że niezbędne jest wykazanie nie tylko celowości odstąpienia od trybów podstawowych (trybu przetargu nieograniczonego oraz ograniczonego), ale również od negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego i licytacji elektronicznej, a także niemożności zastosowania trybu zapytania o cenę. Możliwość stosowania trybów niepoprzedzonych ogłoszeniem o zamówieniu stanowi odstępstwo od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w związku z czym przesłanki pozwalające na ich zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Możliwość przewidziana w art. 5 ust. 1a Pzp powinna ponadto uwzględniać zasadę proporcjonalności, a zatem powinna być stosowana tylko w takim zakresie, w jakim tych samych celów nie da się osiągnąć za pomocą środków mniej ograniczających konkurencję. Fakt, że przepis art. 5 ust. 1a Pzp ma charakter otwarty nie zwalnia zamawiającego od podania faktycznego i prawnego uzasadnienia zastosowania wybranego trybu (por. uchwały KIO z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt: KIO/KD 37/11, 4 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO/KD 56/12, czy z 6 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO/KD 49/14).

Izba krytycznie oceniła argument, w świetle którego w przypadku niezawarcia z dotychczasowym wykonawcą umowy na następny okres, to nowy wykonawca musiałby uzyskać licencje do korzystania z dokumentacji wykonanej (opiniowanej) przez swojego poprzednika. Zamawiający nie wskazał bowiem, w oparciu o jaki przepis ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych lub postanowienia umowne, takie uprawnienie w ogóle mu przysługuje. Przedmiotem zarówno obecnej, jak i poprzedniej umowy było świadczenie usług obsługi prawnej, w tym opiniowanie i przygotowywanie szeregu dokumentów przetargowych, a nie udostępniania zamawiającemu dokumentacji będącej własnością wykonawcy. Takie działanie nie jest, zdaniem Izby, działalnością twórczą o indywidualnym charakterze powodującą powstanie utworu w rozumieniu prawa autorskiego. Zgodnie z art. 1 ust. 1 wspomnianej ustawy przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). Ustawa ta wskazuje jako przedmiot prawa autorskiego różnego rodzaju utwory, takie jak np. wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe), plastyczne, fotograficzne, lutnicze, wzornictwa, architektoniczne, urbanistyczne, muzyczne itd. Trudno doszukać się w tym zakresie usług prawniczych wykonywanych na rzecz zleceniodawcy za wynagrodzeniem.

Izba uznała również, że nawet gdyby można byłoby wywieść, że dana usługa prawnicza jest dziełem objętym ochroną prawa autorskiego to i tak w żaden sposób nie upoważniało to zamawiającego do udzielenia zamówienia niezgodnie z przepisami Pzp. W ich świetle nie jest dopuszczalna taka sytuacja, że konieczność powierzenia realizacji

zamówienia tylko danemu wykonawcy, będą uzasadniały błędne, czy niewłaściwe sformułowania umowy zawartej przez zamawiającego w przeszłości z danym wykonawcą, przejawiające się w braku zagwarantowania sobie praw do dokumentów przez niego wytworzonych. Akceptowanie takiej sytuacji powodowałoby na bliżej nieokreślony czas, wyłączenie raz już udzielonych cyklicznych zamówień na usługi, z rygorów udzielania zamówień publicznych wskazanych w Pzp (por. uchwała KIO z dnia 11 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO/KD 54/13).

Podsumowując, analiza rozstrzygnięć Izby zapadłych w 2014 r. wskazuje, że zamawiający w dalszym ciągu mają trudności w zidentyfikowaniu okoliczności uprawniających do wszczęcia procedury udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Świadczy o tym fakt, że tylko w około jednej na pięć spraw (21,95%) Izba uwzględniła argumentację zamawiających zawartą we wniesionych zastrzeżeniach. Niezależnie od przedstawionych powyżej przykładowych rozstrzygnięć, najwięcej uwagi wymaga, zdaniem Izby, prawidłowe stosowanie przesłanek udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a i b oraz pkt 3 Pzp, ponieważ w oparciu o te podstawy zamawiający najczęściej wszczynali postępowania o udzielanie zamówień publicznych w omawianym trybie.



## Podsumowanie

Rok 2014 był okresem względnej stabilności przepisów dotyczących zamówień publicznych. Znacząca nowelizacja ustawy Pzp, która weszła w życie 19 października 2014 r., nie zdążyła wywrzeć istotnego wpływu na orzecznictwo Izby w okresie objętym *Informacją*. Problemy wynikające z tej nowelizacji znajdą zapewne szersze odzwierciedlenie w orzeczeniach wydawanych przez Izbę w kolejnym roku.

Nowelizacją z 2014 r., dotyczącą m.in. możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej, była zmiana wprowadzona ustawą z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>66</sup>, podnosząca do równowartości kwoty 30.000 euro próg, od którego stosuje się ustawę Pzp. Należy jednak stwierdzić, że powyższa zmiana nie spowodowała wyraźnego zmniejszenia liczby wpływających do Izby odwołań. Mimo ponaddwukrotnego podwyższenia tzw. progu bagatelności wpływ odwołań w 2014 r. utrzymał się na poziomie zbliżonym do roku poprzedniego.

Wydarzeniem z 2014 r., mającym dużą wagę dla funkcjonowania środków ochrony prawnej, był wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 kwietnia 2014 r.<sup>67</sup>, wydany na skutek skargi konstytucyjnej wniesionej przez konsorcjum złożone z dwóch wykonawców. TK stwierdził, że art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Przedmiotowy wyrok TK rozszerzył wykonawcom i zamawiającym dostępność do korzystania z możliwości wnoszenia skarg na orzeczenie Izby, która to możliwość była ograniczona wysokością opłat od skargi, ustaloną w wyniku nowelizacji z 2009 r.<sup>68</sup> Wydawało się, że wyrok Trybunału spowoduje zwiększenie liczby orzeczeń Izby poddawanych kontroli instancyjnej. Dane statystyczne za 2014 r. pokazują jednak, że odsetek orzeczeń zaskarżonych nie wzrósł w stosunku do lat ubiegłych.

Wkładem w ujednoczenie linii orzeczniczej w najbardziej kontrowersyjnych zagadnieniach, jakimi są korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, sumowanie potencjałów różnych wykonawców, a także złożenie nieprawdziwych informacji w postępowaniu, są dwa wystąpienia do TSUE.

---

<sup>66</sup> Dz. U. z 2014 r. poz. 423

<sup>67</sup> Sygn. akt SK 12/13

<sup>68</sup> Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591)

Wypada także wskazać, że rok 2014 był kolejnym okresem, w którym Izbie udało się utrzymać wysoki wskaźnik terminowości rozpatrywania spraw odwoławczych i wysoką efektywność działalności Izby. Średni czas trwania postępowań odwoławczych był nawet o 2 dni krótszy niż w roku poprzednim.

W odniesieniu do zagadnień orzeczniczych, które stanowiły częsty przedmiot rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej, należy wyrazić nadzieję, że planowane zmiany przepisów dotyczących zamówień publicznych, obok implementacji przepisów unijnych, będą również odpowiedzią na te spośród dostrzeganych w orzecznictwie problemów, które wymagają ingerencji legislacyjnej.