

# X-LECIE FUNKCJONOWANIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Monografia

**Redakcja:**  
**Małgorzata Stręciwilk**  
**Małgorzata Rakowska**

# **X-LECIE FUNKCJONOWANIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

Monografia

Pod redakcją  
**Małgorzaty Stręciwilk**  
**Małgorzaty Rakowskiej**

Warszawa 2017 r.

## X-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej

### Skład, łamanie i druk:

**COAR**

Centrum Obsługi  
Administracji Rządowej

Wydział Poligrafii

02-903 Warszawa, ul. Powsińska 69/71

### Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

[www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)

e-mail: [uzp@uzp.gov.pl](mailto:uzp@uzp.gov.pl)

ISBN: 978-83-88686-56-6

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2017 r.

# SPIS TREŚCI

<b>Słowo wstępne</b> . . . . .	5
<b>Część pierwsza. Zagadnienia wprowadzające</b> . . . . .	7
<b>Wstęp</b> – <i>Małgorzata Stręciwilk</i> . . . . .	9
1. Od arbitrażu niezawodowego do zawodowego – <i>Tomasz Czajkowski</i> . . . . .	11
2. 10-lecie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej – co dalej? – <i>Prof. dr hab. Ryszard Szostak</i> . . . . .	40
3. Wpływ dyrektyw Unii Europejskiej oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w zakresie zamówień publicznych na działalność Krajowej Izby Odwoławczej – <i>Prof. dr hab. Maciej Szpunar</i> . . . . .	48
4. Skarga do sądu na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w systemie środków zaskarżenia. Kontrola instancyjna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej – <i>Prof. dr hab. Marta Romańska</i> . . . . .	59
<b>Część druga. Zagadnienia szczegółowe dotyczące wybranych regulacji Pzp</b> . . . . .	75
<b>Wstęp</b> – <i>Małgorzata Rakowska</i> . . . . .	77
1. Likwidacja protestu – przyczyny wprowadzenia zmian ustawowych i próba oceny ich wpływu na funkcjonowanie środków ochrony prawnej – <i>Barbara Bettman</i> . . . . .	79
2. Interes prawny a interes w uzyskaniu zamówienia – <i>Katarzyna Prowadzisz, Paweł Trojan</i> . . . . .	88
3. Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia przez KIO – <i>Agnieszka Trojanowska</i> . . . . .	100
4. Wyjątkowość instytucji uchylecia zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w perspektywie KIO – <i>Agata Mikołajczyk, Aneta Młacka</i> . . . . .	108
5. Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego – problemy orzecznicze na tle zmian ustawowych – <i>Izabela Niedziałek-Bujak, Andrzej Niwicki</i> . . . . .	118
6. Tajemnica przedsiębiorstwa. Recepja zmian legislacyjnych w orzecznictwie KIO – <i>Ewa Kisiel, Daniel Konicz, Marzena Teresa Ordysińska</i> . . . . .	126
7. Ewolucja przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nienależytego wykonania zamówienia z perspektywy orzecznictwa – <i>Magdalena Grabarczyk</i> . . . . .	135
8. Korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego – <i>Jolanta Markowska</i> . . . . .	145

9.	Wpływ orzecznictwa KIO na wykładnię art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych – <i>Dagmara Gałczewska-Romek</i> . . . . .	158
10.	Uzasadnione potrzeby zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia – wytyczne orzecznictwa – <i>Marzena Ordysińska</i> . . . . .	164
11.	Wybrane przesłanki odrzucenia odwołania w świetle orzecznictwa KIO i wprowadzonych w tym zakresie zmian legislacyjnych – <i>Katarzyna Brzeska, Anna Chudzik, Justyna Tomkowska</i> . . . . .	172
12.	Stawka podatku VAT w orzecznictwie KIO, SO i SN – <i>Emil Kawa, Ryszard Tetzlaff</i> .	183
13.	Czyn nieuczciwej konkurencji w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – <i>Renata Tubisz</i> . . . . .	195
14.	Kierunki wykładni pojęcia rażąco niskiej ceny w orzecznictwie KIO na tle zmian Prawa zamówień publicznych – <i>Luiza Łamejko</i> . . . . .	204
15.	Inna omyłka – wpływ orzecznictwa KIO na kształt procedury poprawiania omyłek w ofertach wykonawców – <i>Anna Packo</i> . . . . .	213
16.	Znaczenie orzecznictwa KIO dla interpretacji przesłanek do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – <i>Robert Skrzyszewski</i> . . .	221
17.	Problematyka utrzymania czystości w orzecznictwie KIO – <i>Marek Koleśnikow, Lubomira Matczuk-Mazuś</i> . . . . .	226
18.	Zamówienia publiczne w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Wpływ wdrożenia dyrektywy obronnej na działalność orzeczniczą KIO – <i>Emil Kuriata</i> . .	230

## Słowo wstępne

Jubileusz X-lecia funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej to rocznica ważna dla systemu zamówień publicznych. Izba, która rozpoczęła swoją działalność 5 grudnia 2007 r., zastępując Zespoły Arbitrów wyznaczone w drodze losowania z listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu, jest istotnym dla rynku zamówień publicznych organem, zapewniającym stały zawodowy arbitraż w sprawach zamówień publicznych. Z tego właśnie względu ma do spełnienia znaczące zadanie wspierania celów systemu zamówień publicznych poprzez kształtowanie racjonalnej wykładni przepisów prawa i wypracowywanie jednolitej linii orzeczniczej. Zgodnie z zamysłem ustawodawcy utworzenie Krajowej Izby Odwoławczej 10 lat temu miało spowodować wzrost profesjonalizmu osób rozpoznających odwołania wnoszone w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i w naturalny sposób przełożyć się na podniesienie jakości orzecznictwa oraz jego większą jednolitość.

Mijające dziesięć lat funkcjonowania Izby jest świetną okazją do historycznych podsumowań, ale także do zebrania i pogłębionej analizy zagadnień, stanowiących najciekawsze bądź budzące najwięcej wątpliwości obszary tematyczne w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych. Ta myśl stała się główną ideą, przyświecającą organizacji konferencji jubileuszowej z okazji 10. rocznicy powołania do życia Krajowej Izby Odwoławczej.

Niniejsza publikacja, będąca zbiorem artykułów i referatów konferencyjnych, stanowi monograficzne opracowanie zagadnień dotyczących środków ochrony prawnej w systemie zamówień publicznych oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Jej niewątpliwą zaletą jest szerokie spektrum omawianych zagadnień i ich zaprezentowanie w kontekście zmian w przepisach Prawa zamówień publicznych, które miały miejsce na przestrzeni 10 lat funkcjonowania Izby.

Ufamy, że publikacja posłuży Państwu pomocą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – zarówno w ich prowadzeniu ze strony zamawiających, jak i w ubieganiu się o udzielenie zamówień ze strony wykonawców – stanowiąc konkretne wsparcie, zwłaszcza w rozstrzygnięciu kwestii budzących wątpliwości interpretacyjne.

Mamy również nadzieję, że tak wszechstronna analiza zagadnień dotyczących orzecznictwa i systemu odwoławczego może stanowić wskazówkę dla określania perspektyw i kierunków rozwoju tego systemu w przyszłości.

Małgorzata Stręciwiłk



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Małgorzata Rakowska



Prezes Krajowej Izby Odwoławczej



**CZĘŚĆ PIERWSZA**  
**ZAGADNIENIA WPROWADZAJĄCE**





## Wstęp

Pierwsza część publikacji prezentuje zagadnienia wprowadzające autorstwa wybitnych specjalistów, spoglądających na Jubileusz Krajowej Izby Odwoławczej z perspektywy osób, które odegrały istotną rolę w procesie powołania i funkcjonowania Izby, bądź zajmują się problematyką uwarunkowań prawa unijnego czy też kontroli sądowej orzecznictwa KIO.

Prezentowane w tej części referaty dotyczą zasadniczych z punktu widzenia funkcjonowania środków ochrony prawnej kwestii. Te fundamentalne kwestie odnoszą się przede wszystkim do pierwszoinstancyjnego organu właściwego do rozpoznawania sporów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Organem tym, począwszy od 5 grudnia 2007 r., jest Krajowa Izba Odwoławcza. Dwa pierwsze referaty: autorstwa Tomasza Czajkowskiego oraz prof. dra hab. Ryszarda Szostaka dotyczą wprost funkcjonowania tego organu.

Pierwszy z nich dotyka historycznych uwarunkowań powołania do życia Krajowej Izby Odwoławczej. Autor, wieloletni Prezes Urzędu i – co warto zaznaczyć – naoczny świadek, uczestnik czy nawet inicjator wielu z tych historycznych zmian nie tylko w zakresie odwołań, ale też systemu zamówień publicznych w ogóle – w historycznym przekroju dokonuje ciekawej analizy faktów i uwarunkowań, które złożyły się na *status quo* systemu środków ochrony prawnej. Jego wiedza w tym zakresie, poparta osobistym doświadczeniem, jest wyjątkowo ubogacająca i z pewnością może służyć jako solidna podstawa wniosków i działań na przyszłość.

Z kolei artykuł prof. dra hab. Ryszarda Szostaka z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, członka Rady Zamówień Publicznych przy Prezesie UZP, podejmuje kwestie dotyczące Krajowej Izby Odwoławczej jako najważniejszego organu orzekającego w sporach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności odnoszące się do jej przyszłości. Wskazując na różne funkcjonujące w Unii Europejskiej modele orzekania, Autor dokonuje oceny rozwiązania polskiego. Jednocześnie podejmuje próbę odpowiedzi na pytanie o kierunek jego rozwoju w przyszłości, który spełniłby w możliwie najlepszy sposób funkcje przewidziane dla środków ochrony prawnej, postulując przy tym zadbanie o konstytucyjno-ustrojowe umocowanie KIO.

Nie zabrakło w tej części monografii spojrzenia na przedmiotowe zagadnienie z perspektywy szerszego kontekstu prawa unijnego. Rzecznik Generalny w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej, prof. Maciej Szpunar, podjął temat wpływu dyrektyw unijnych i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE na działalność Krajowej Izby Odwoławczej. Cenny dla czytelnika z pewnością będzie materiał omawiający zagadnienia dotyczące zamówień publicznych, w których rozstrzygnięcia wydał w ostatnim czasie TSUE, jak np. dotyczące pojęcia „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE, zamówień podprogowych, procedury odwoławczej w kontekście art. 47 Karty Praw Podstawowych czy też rozróżnienia między zamówieniem publicznym w celu nabycia usług, koncesją na usługi a zezwoleniem lub licencją.

Część pierwszą kończy jakże istotny w systemie odwoławczym temat dotyczący kontroli instancyjnej orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Tym bardziej wartościowe to omówienie, że dokonuje go Sędzia Sądu Najwyższego – prof. dr hab. Marta Romańska z Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. Autorka rzetelnie przedstawia poszczególne kwestie dotyczące skargi do sądu na orzeczenie KIO w systemie środków zaskarżenia, począwszy od określenia gra-

nic podmiotowych i przedmiotowych sprawy, zdefiniowania środków zaskarżenia i środków ochrony prawnej, przez kwestie dotyczące sądu właściwego do rozpoznania skargi, legitymacji do jej złożenia i obowiązujących terminów, a kończąc na omówieniu zakresu rozpoznania w postępowaniu skargowym oraz skutków wydanych orzeczeń.

Ufam, że bogata perspektywa spojrzenia na historię i ważne aspekty orzecznictwa w zakresie zamówień publicznych przedstawione w pierwszej części monografii przez wybitnych ekspertów spotkają się z zainteresowaniem z Państwa strony i będą stanowić inspirację do przyszłych działań ukierunkowanych na dalsze doskonalenie systemu odwoławczego, w szczególności dotyczących funkcjonowania samego organu orzekającego w pierwszej instancji, tj. Krajowej Izby Odwoławczej.

Małgorzata Stręciwilk



Prezes Urzędu Zamówień  
Publicznych

# 1. OD ARBITRAŻU NIEZAWODOWEGO DO ZAWODOWEGO

*Tomasz Czajkowski*

*Były Prezes Urzędu Zamówień Publicznych,  
Wiceprzewodniczący Rady Zamówień Publicznych  
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych*

## 1. UWAGI WSTĘPNE

Polski system zamówień publicznych ustanowiony został dwadzieścia dwa lata temu ustawą z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych<sup>1</sup>. Zawarte w niej przepisy zaczęły obowiązywać od 1 stycznia 1995 r., przy czym samorządy zostały zobowiązane do ich stosowania o rok później. Chociaż dziś ten czas wydaje się stosunkowo odległy, z perspektywy historycznej nie jest to okres długi. Jednakże w Polsce w sferze zakupów publicznych przez te lata wydarzyło się bardzo wiele. Przełamane zostały złe nawyki z przeszłości, ukształtowały się instytucje, spełniające europejskie standardy, rozwinął się dynamiczny rynek zamówień publicznych, którego roczna wartość od dawna znacznie przekracza 100 miliardów złotych.

To wszystko wyraźnie pokazuje, iż uchwalenie i wprowadzenie w życie przepisów normujących udzielanie zamówień publicznych było wydarzeniem niezwykle ważnym dla funkcjonowania państwa, choć z jego rzeczywistej rangi, znaczenia oraz konsekwencji, mało kto zdawał sobie wówczas sprawę. Chyba mało kto był też w stanie przewidzieć, że zakres zmian, obejmujących większość robót budowlanych, dostaw i usług będzie aż tak duży, że tak szybko wykreowany zostanie rynek zamówień publicznych i że będzie on jednym z najszybciej rozwijających się rynków Europy.

Wszystko to nie stało się jednak samo. Było efektem wielu decyzji podejmowanych przez instytucje państwa, a także działalności tysięcy ludzi, którzy to wszystko, co dziś nazywamy systemem zamówień publicznych, budowali i umacniali.

Wbrew pozorom, wprowadzanie nowych zasad, które miały obowiązywać przy zakupach dokonywanych ze środków publicznych, nie było ani proste, ani łatwe. Mało komu podobały się sztywne, sformalizowane rygory, często postrzegane jako zbędna biurokracja oraz przerost formy nad treścią. Szczególne obawy występowały ze strony organów samorządu terytorialnego, niektórzy z ich przedstawicieli twierdzili nawet, że ustawa o zamówieniach publicznych w samorządach się „nie przyjmie”.

Aby dobrze rozumieć zachodzące wówczas procesy oraz obiektywnie oceniać ich efekty, trzeba brać pod uwagę realia, jakie występowały w Polsce przed ich wprowadzeniem. Pamiętać zwłaszcza należy o sporym bagażu złych praktyk, jakie miały miejsce przy zakupach publicznych oraz niedobrych przyzwyczajeniach, które utrwaliły się w latach siedemdziesiątych i osiemdziesiątych. Wielu z nich nie traktowano w pierwszej połowie lat dziewięćdziesiątych jako czegoś niewłaściwego bądź nagannego. Na przykład powszechne było wówczas unie-

---

<sup>1</sup> Dz. U. z 1994 r. Nr 76, poz. 344.

ważnianie przetargów publicznych „bez podania przyczyn”, to znaczy w sytuacji, w której odpowiadało to zamawiającemu.

Twórcy projektu ustawy o zamówieniach publicznych w pełni zdawali sobie sprawę z tego, że jej uchwalenie stanowi pierwszy krok na drodze porządkowania sfery wydatków publicznych, że system zamówień publicznych, który ta ustawa kreowała, będzie się musiał zmieniać wraz ze zmieniającymi się warunkami społeczno-gospodarczymi, w obrębie których miał działać. I tak się też stało. Proces dostosowywania przepisów dotyczących zamówień do dynamicznie kształtującej się, nowej rzeczywistości rozpoczął się jeszcze przed wejściem w życie ustawy o zamówieniach publicznych, bowiem jej pierwsza nowelizacja<sup>2</sup> miała miejsce w październiku 1994 r.

Pomimo stosunkowo niewielkiego merytorycznego znaczenia tej noweli wypada uznać, iż miała ona znaczenie historyczne, bowiem zapoczątkowała ewolucję polskiego systemu zamówień publicznych, która, z mniejszym bądź większym natężeniem, trwa po dzień dzisiejszy.

Istotnym elementem tego procesu były i są przemiany, zachodzące w obrębie instytucji, określanych jako środki ochrony prawnej.

## **2. EWOLUCJA SYSTEMU**

### **2.1. Pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych**

Pierwsze lata po wejściu w życie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. były czasem budowania podstaw dzisiejszego systemu zamówień publicznych. Przypomnijmy, że został on oparty na następujących zasadach: powszechność, jawność postępowania według klarownych, obiektywnych reguł, gwarancja uczciwej konkurencji, równe traktowanie wszystkich dostawców i wykonawców, możliwość kontroli poprawności działania zamawiającego poprzez instytucję protestów i odwołań.

Lata te to także okres „uczenia się” zamówień publicznych zarówno przez zamawiających, jak i przedsiębiorców, stopniowego przekonywania się, iż nowa ustawa to nie „zło konieczne”, a przydatny instrument udzielania i ubiegania się o kontrakty publiczne. Świadomość tego w końcu lat dziewięćdziesiątych z oporami, ale coraz powszechniej, docierała do uczestników systemu zamówień publicznych.

Początkowo powoli, potem coraz bardziej dynamicznie rozwijał się rynek zamówień publicznych. W pierwszych latach obowiązywania ustawy jego wartość wynosiła około 7–8 mld złotych. Był to wówczas rynek w miarę spokojny i stabilny, na którym dominowały zamówienia o stosunkowo niewielkiej wartości, udzielane prawie wyłącznie w trybie przetargu nieograniczonego.

Zasadnicza zmiana na zamówieniowym rynku nastąpiła z początkiem lat dwutysięcznych. Zdecydowało o tym wiele czynników, przede wszystkim znaczące zwiększanie się jego wartości<sup>3</sup> oraz, w związku z tym, zaostrzenie toczącej się na nim walki konkurencyjnej. Wielu

---

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, Dz. U. Nr 130, poz. 645.

<sup>3</sup> W roku 2001 wartość rynku zamówień publicznych wynosiła ok. 24 mld zł, w roku 2003 wzrosła do ok. 37 mld zł.

przedsiębiorców uznało, iż przy ubieganiu się o publiczne zamówienia „cel uświęca środki”. Zapewne głównie to zdecydowało, iż szybko wzrastała liczba odwołań, wnoszonych do Prezesa UZP. Podczas gdy w roku 1995 wniesiono 348 odwołań, w roku 2001 wniesiono ich już 1687, w roku 2002 – 1936, natomiast w roku 2003 już 2292.

W pierwszych latach istnienia systemu zamówień publicznych zjawiskiem pozytywnym była stosunkowo wysoka konkurencyjność postępowań. W roku 1998 średnia liczba ofert składanych w jednym postępowaniu zakończonym wyborem oferty wynosiła 4,7. W kolejnych latach wskaźnik ten systematycznie spadał – do 3,6 w roku 2003. Jednocześnie rósł wskaźnik postępowań, w których zamawiający wybierali ofertę najtańszą – w roku 1998 wynosił 68%, w latach 2003 i 2004 kształtował się na poziomie 83%.

Procesom zachodzącym na zamówieniowym rynku towarzyszyły zmiany w przepisach. Ustawa o zamówieniach publicznych nowelizowana była ponad dwadzieścia razy, a więc średnio dwa razy w roku. Zdecydowana większość spośród tych nowelizacji dotyczyła kilku (niekiedy nawet jednego) przepisów. „Dużych” nowelizacji było stosunkowo niewiele. Niezależnie jednak od zakresu nowelizacji, częste zmiany nowych i dla wielu osób trudnych przepisów, wywoływały spore niezadowolenie, a czasami nawet ostrą krytykę. Wydaje się jednak – przy całym zrozumieniu dla zniecierpliwienia użytkowników ustawy – iż w większości była to krytyka nieuzasadniona. Wprowadzane zmiany były potrzebne, a w wielu przypadkach wręcz konieczne (np. ustanowienie zasady jawności umów o zamówienie publiczne).

## **2.2. Pod rządami Prawa zamówień publicznych**

Po prawie dziesięciu latach funkcjonowania przepisów zawartych w ustawie o zamówieniach publicznych nadszedł czas na zmiany zasadnicze. Przesądziły o tym przede wszystkim procesy zachodzące na zamówieniowym rynku, ale także doświadczenia zdobyte w okresie minionego dziesięciolecia oraz zmieniające się prawo europejskie.

Uchwalenie w styczniu 2004 r., a następnie wdrożenie Prawa zamówień publicznych<sup>4</sup> stanowiło nową jakość w procesie budowy polskiego systemu zamówień publicznych. Przepisy nowego prawa były w pełni zgodne z obowiązującym wówczas prawem europejskim, uwzględniały też zdecydowaną większość norm, zawartych w nowych dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, które zaczynały obowiązywać w 2004 r. Wprowadzając nowe rozwiązania w pełni zachowywały te instytucje, które sprawdziły się pod rządami starej ustawy, oraz umacniały podstawowe zasady, na których opierał się polski system zamówień publicznych.

Potrzeby dokonania istotnych zmian w systemie zamówień publicznych nikt nie negował; w Sejmie i w Senacie panowała w tym zakresie wyjątkowa zgodność poglądów. Zapewne dlatego Prawo zamówień publicznych uchwalone zostało nieomal jednogłośnie, a więc ponad podziałami partyjnymi. Zostało też bardzo dobrze przyjęte przez uczestników systemu.

Po dwóch latach względnej stabilności okazało się jednak, iż nowe przepisy nie rozwiązują wszystkich problemów, występujących w systemie zamówień publicznych. Podjęte więc zostały prace nad opracowaniem projektów zmian, w pierwszej, wstępnej wersji idących bar-

---

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177.

dzo daleko. Ostatecznie jednak dwie pierwsze nowelizacje, poprzedzone szeroką publiczną i ekspercką dyskusją, wprowadziły kilkanaście zmian, korzystnie korygujących przepisy Pzp.

Rynek zamówień publicznych stał się obszarem w pełni otwartym dla przedsiębiorców europejskich, bowiem przestały go chronić tzw. preferencje krajowe. Wbrew obawom wielu wykonawców oraz zamawiających nie spowodowało to jednak gwałtownego napływu ofert spoza granic Polski i w najmniejszym stopniu nie zagroziło rodzimemu biznesowi. Zwiększył się natomiast wyraźnie napływ pieniędzy europejskich, z udziałem których realizowane były przetargi publiczne. To z kolei spowodowało istotny wzrost liczby postępowań, w których przedmiot zamówienia był relatywnie dużej wartości.

Od połowy pierwszej dekady lat dwutysięcznych znacznie zwiększyła się dynamika wzrostu wartości zamówieniowego rynku. W roku wejścia w życie Pzp wynosiła około 70 mld zł, a w „rekordowym” roku 2010 – 167 mld zł. I choć kolejne lata przyniosły spadek wartości rynku (rok 2013 – 140 mld zł, rok 2016 – 107,4 mld zł), wciąż utrzymuje się ona na relatywnie wysokim poziomie, co powoduje, że polski rynek zamówień publicznych jest jednym z największych rynków Unii Europejskiej.

Dla coraz większej liczby przedsiębiorców rynek zamówień publicznych stawał się podstawowym, a nawet jedynym miejscem pozyskiwania kontraktów, których atrakcyjność polegała na tym, że zamawiający publiczny zawsze był wypłacalny. Zapewne głównie z tego powodu w połowie pierwszej dekady lat dwutysięcznych średnia liczba ofert, składanych w jednym postępowaniu wróciła do poziomu z pierwszych lat istnienia systemu i ustabilizowała się na poziomie 4–5. Stan ten nie potrwał jednakże długo. W roku 2014 w postępowaniach o wartości poniżej progów unijnych średnia liczba składanych ofert kształtowała się na poziomie 2,89, w postępowaniach powyżej tych progów – na poziomie 2,46, w roku 2016 w postępowaniach poniżej progów unijnych wskaźnik ten wynosił 2,87.

Odrębny problem, który pojawił się w połowie pierwszej dekady lat dwutysięcznych, dotyczył kryteriów oceny ofert. Mniej więcej w tym okresie zamawiający zaczęli systematycznie ograniczać liczbę kryteriów, według których oceniane były oferty (w r. 2005 – średnio 2,2), a także coraz częściej stosować wyłącznie kryterium cenowe. Według danych UZP w roku 2012 aż w 92% postępowań zamawiający zdecydowali się na zastosowanie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert (w roku 2011 i 2010 – 91% postępowań; w 2009 – 90%; w 2008 – 89%; w 2007 – 87%). Sytuację tę formalnie (zapewne w niewielkim stopniu faktycznie) zmieniła nowelizacja z sierpnia 2014 r.<sup>5</sup> – w roku 2015 cena była jedynym kryterium oceny ofert w 11% postępowań ogłaszanych w TED i 12% postępowań ogłaszanych w BZP.

Wprowadzenie w życie przepisów Pzp nie wpłynęło na osłabienie walki konkurencyjnej wykonawców ubiegających się o zamówienie. Niekiedy przybierała ona formy zagrażające stabilności rynku. Między innymi pojawiła się praktyka „blokowania” postępowań poprzez permanentne zgłaszanie protestów i odwołań, uniemożliwiających często zamawiającemu podjęcie racjonalnych rozstrzygnięć. W roku 2005 liczba odwołań wniesionych do Prezesa UZP osiągnęła rekordową liczbę 4094. Sytuację tę zasadniczo zmieniła nowelizacja Pzp z dnia

---

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień Publicznych, Dz. U. z 2014 r., poz. 1232.

7 kwietnia 2006 r.<sup>6</sup>, która wprowadziła tzw. konsolidację odwołań – dzięki temu w 2007 r. ich liczba spadła do poziomu 1582. Obecnie kształtuje się na poziomie 2877 w roku 2015 i 2496 w roku ubiegłym.

### 2.3. Stan permanentnej nowelizacji

Nie da się wyznaczyć dokładnej cezury czasowej, od której ewolucja systemu przestała być ewolucją i przerodziła się w serię następujących po sobie nowelizacji, podejmowanych często pod wpływem chwili, incydentalnych i czasami sprzecznych wewnątrznie. Okres ten trwał, niestety, stosunkowo długo, bo definitywnie zakończyła go dopiero nowelizacja wdrażająca nowe dyrektywy z dnia 22 czerwca 2016 r.<sup>7</sup>, której przepisy zaczęły obowiązywać w lipcu tegoż roku.

Statystycznie rzecz biorąc w tym czasie Prawo zamówień publicznych nowelizowane było dwanaście razy, nie wliczając w to zmian, wprowadzanych przy okazji nowelizacji innych ustaw. Bywało nawet tak, iż jedna nowelizacja jeszcze nie została uchwalona, a już do Sejmu trafiała następna. Na portalu UZP prawie zawsze znajdował się albo projekt kolejnej noweli, albo „założenia” do niej, albo jakiś inny dokument, odnoszący się do planowanych zmian w prawie.

Nie statystyki są tu jednak najważniejsze, bowiem ilość zmian wobec ich jakości stanowi mniejszy problem. Zasadniczym problemem było to, na jakich przesłankach nowelizacje te były opierane, czego dotyczyły oraz jak je przeprowadzano. Niechlubnym przykładem jest tu przepis art. 24 ust. 1 pkt. 1a, który trafił do ustawy z inicjatywy kilku posłów (przy akceptacji UZP), pomimo tego, iż eksperci, Biuro Analiz Sejmowych, a nawet MSZ wskazywali, iż jest niezgodny z europejskimi dyrektywami. Mimo kilkakrotnych prób usunięcia go z ustawy bądź modyfikacji, przetrwał aż do sierpnia roku 2014. Nie pomogło tu nawet orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości, który wskazał na jego niezgodność z europejskim prawem.

Nie jest to jedyny przykład, można by przedstawić ich sporo. Większość z nich łączy jednak wspólny mianownik – nie przyniosły zakładanych wcześniej rezultatów. W niewielkim stopniu albo wcale nie zapobiegły też patologiom dręczącym system zamówień publicznych oraz występującym w jego obrębie złym praktykom. Kolejne zmiany Prawa zamówień publicznych często szkodziły mu, a nie pomagały, doprowadzając w rezultacie do tego, iż utraciło wewnętrzną spójność i klarowność, przestało być stabilizatorem systemu, gwarantującym jego poprawne funkcjonowanie.

Towarzyszyły temu złe praktyki. Ich przykładem jest ciche, ale przez wiele lat ewidentne promowanie ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, które sankcjonowało bylejąkość, opłacaną często jak towar pierwszej jakości, a przy okazji, w wielu postępowaniach, z konkurencyjności uczyniło kategorię bardziej statystyczną, niż ekonomiczną.

Produktem ubocznym nieprzemyślanych, wyrwanych z systemowego kontekstu nowelizacji było wyraźne zachwianie swoistej równowagi pozycji zamawiającego i wykonawcy, jako

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz. U. z 2006 r. Nr 79, poz. 551.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r., poz. 1020.



głównych graczy występujących na rynku zamówień publicznych, ponad miarę i potrzeby umacniając pozycję zamawiającego kosztem pozycji wykonawcy. Do minimum ograniczono jego możliwości „patrzenia zamawiającemu na ręce” oraz skutecznej obrony własnych interesów. Miało to fatalny wpływ na funkcjonowanie systemu i rynku zamówień publicznych, bowiem żadne instytucje kontrolne państwa nie są w stanie zastąpić mechanizmów kontroli wzajemnej – wzajemnego „patrzenia na ręce” stron postępowania o zamówienie publiczne w trakcie jego prowadzenia.

Ofiarą działań prowadzonych w ramach „permanentnej nowelizacji” padły także, niestety, niektóre instytucje wchodzące w zakres środków ochrony prawnej.

## 2.4. Środki odwoławcze

Podstawy późniejszego „systemu” środków ochrony prawnej wpisane zostały do ustawy o zamówieniach publicznych w jej pierwotnym brzmieniu. Składał się na nie protest i odwołanie „od rozstrzygnięcia lub odrzucenia protestu oraz w przypadku braku rozpatrzenia w terminie”<sup>8</sup>. Odnoszące się do nich przepisy ustawodawca zamieścił w rozdziale zatytułowanym „protesty i odwołania”, określając je następnie (art. 79 ust. 1) jako „środki odwoławcze”. Zapewne dlatego niekiedy mówiło się, iż „ustawa przewiduje istnienie dwóch typów środków odwoławczych”<sup>9</sup>, uznając, iż protest stanowi także „środek odwoławczy”<sup>10</sup>. Skarga do sądu powszechnego na wyrok zespołu arbitrów układ ten uzupełniła dopiero w sierpniu 1997 r., a więc po ponaddwupółletnim okresie jego funkcjonowania.

### 2.4.1. Protest

Zgodnie z art. 80 ustawy protest przysługiwał dostawcy lub wykonawcy „wobec czynności zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne”. Z treści tego przepisu wynika, iż protest mógł być złożony wobec każdej czynności zamawiającego, a zdaniem niektórych komentatorów, także wobec jego beczynności<sup>11</sup>. W przypadku wniesienia protestu, aż do jego ostatecznego rozstrzygnięcia, nie wolno było zawrzeć umowy o zamówienie publiczne.

W tworzącej się doktrynie nieomal od początku uznano, iż w procesie postępowania o zamówienie publiczne instytucja protestu ma szczególne znaczenie. Wskazywano, iż umożliwia on zamawiającemu podjęcie czynności naprawczych, a tym samym chroni go przed konsekwencjami popełnionych błędów. Podkreślano w związku z tym, iż istnienie protestu leży w jego żywotnym interesie. Autor pierwszego podręcznika dotyczącego zamówień publicznych pisał, iż „takie rozwiązanie proceduralne umożliwia uniknięcie postępowania wyższych szczebli odwoławczych w sprawach, które można rozstrzygnąć we wcześniejszym, mniej konfliktowym etapie postępowania”<sup>12</sup>. Patrząc z perspektywy czasu daje się zauważyć, iż stosunkowo szybko, mimo niedoskonałości prawnych i ewidentnych błędów praktyki, instytucja protestu stała się fundamentem późniejszego systemu środków ochrony prawnej.

<sup>8</sup> Art. 86 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych.

<sup>9</sup> J. Baehr, T. Kwieciński, Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz, Warszawa 1995.

<sup>10</sup> Zob. J. Pieróg, W. Łysakowski, Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz, Warszawa 1996, s. 176–177.

<sup>11</sup> J. Baehr, T. Kwieciński, Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz, Warszawa 1995, s. 168.

<sup>12</sup> T. Grzeszczyk, Podręcznik zamówień publicznych, Warszawa 1995, s. 250–251.

Analiza orzecznictwa pierwszych lat działania zespołów arbitrów wykazuje, iż najczęściej protesty wnoszone były wobec następujących czynności zamawiającego<sup>13</sup>:

- nierównego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne i prowadzenie postępowania w sposób wykluczający zachowanie uczciwej konkurencji,
- określania przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy,
- sporządzania SIWZ z naruszeniem dotyczących tego problemu przepisów ustawy, zwłaszcza dotyczących opisu kryteriów oceny ofert oraz dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- odrzucenia oferty,
- unieważnienia postępowania,
- oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Niestety, ani w pierwszych latach działania ustawy o zamówieniach publicznych, ani później, nikt nie przeprowadził badań statystycznych dotyczących składanych protestów oraz sposobu ich rozstrzygnięcia. W piśmiennictwie brak też jest poważniejszych dotyczących ich analiz. Pojawiało się natomiast i pojawia nadal sporo opinii i ocen, od bardzo pozytywnych do skrajnie negatywnych. Jak wiadomo, bez poważniejszego uzasadnienia, ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.<sup>14</sup> instytucję protestu zlikwidowano.

## 2.4.2. Odwołanie

Odwołanie w „pierwotnym” kształcie (podobnie, jak przez wiele następnych lat) nie było samoistnym „środkiem odwoławczym”, bowiem, aby mogło być wniesione, musiał je poprzedzić protest (art. 86 ust. 1). Ponieważ przysługiwało wyłącznie od „jego rozstrzygnięcia lub odrzucenia oraz braku rozpatrzenia w terminie”, zaczęto określać je jako „środek instancyjny”<sup>15</sup>. W odróżnieniu od protestu definiowano je także jako „właściwe postępowanie odwoławcze” oraz „postępowanie odwoławcze *sensu stricte*”<sup>16</sup>. Niezależnie jednak od tego, wpisany do ustawy „układ”: protest – odwołanie, uznany został za funkcjonalny i nie budził istotnych zastrzeżeń zarówno wśród zamawiających, jak i wśród wykonawców zamówień publicznych.

Przyjęcie koncepcji „odwołania” w takiej postaci, jaka wpisana została do ustawy o zamówieniach publicznych, miało daleko idące konsekwencje. Po pierwsze oznaczało, iż w przypadku nieskuteczności protestu spór pomiędzy wykonawcą zamówienia a zamawiającym wykracza poza ich ramy (przestaje być sprawą „wewnętrzną”), a po drugie, aby mógł być skutecznie rozstrzygnięty (aby odwołanie mogło być rozpatrzone) należy ustanowić organ „zewnętrzny”, który tego dokona.

---

<sup>13</sup> J. Pieróg, W. Łysakowski, *Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 166–167.

<sup>14</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 223, poz. 1778.

<sup>15</sup> M. Lemke, J. Pieróg, O. Sielewicz, *Jak wygrać przetarg. Poradnik*, Warszawa 1997, s. 195.

<sup>16</sup> J. Pieróg, W. Łysakowski, *Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz*, Warszawa 1996, s. 164.

### 2.4.3. Skarga do sądu

Nieomal od wejścia w życie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych zwracano uwagę, iż „układ”: protest – odwołanie, rozpatrywane przez „organ zewnętrzny”, tzn. zespół arbitrów, jest „niepełny” z uwagi na brak nadzoru sądowego (czy, jak woleli inni, brak „kontroli” sądowej). Brak ten nadrobiono dwa i pół roku później, bowiem ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych<sup>17</sup> wprowadziła prawo do wnoszenia skargi na wyrok zespołu arbitrów do sądu powszechnego, przyznając je „uczestnikom postępowania” odwoławczego (art. 91a).

Ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych<sup>18</sup> wskazała Sąd Okręgowy w Warszawie jako właściwy do wniesienia skargi (art. 92a) i stan ten został utrzymany do chwili wejścia w życie Prawa zamówień publicznych.

### 2.4.4. System środków ochrony prawnej

Mając na uwadze to, o czym była mowa wyżej, można powiedzieć, iż w latach 1995–1997 ukształtował się, a następnie utrwalił w prawie i w praktyce zespół logicznie i racjonalnie skonstruowanych instytucji, nazwanych później „systemem środków ochrony prawnej”, na które składały się: protest – odwołanie – skarga. Bez nich polski system zamówień publicznych nie mógłby prawidłowo funkcjonować i rozwijać się zgodnie z potrzebami rosnącego dynamicznie rynku.

Niezależnie od tego, jakie zmiany dokonywane były w ramach tego systemu, układ: protest – odwołanie – skarga w swej zasadniczej konstrukcji przetrwał do roku 2009. Objęły go wówczas działania realizowane w ramach „permanentnej nowelizacji”. Najpierw, w listopadzie 2009 r.<sup>19</sup>, nowelizacją ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych drastycznie podwyższono wysokość opłaty od skargi na wyrok KIO, do minimum ograniczając tym samym wykonawcom możliwość korzystania z tego środka ochrony prawnej. Następnie, miesiąc później, ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.<sup>20</sup>, zlikwidowano instytucję protestu, umożliwiającego zamawiającemu uruchomienie procedury naprawczej we własnym zakresie, bez angażowania organów „zewnętrznych”. Potem dokonano zmian dotyczących trybu orzekania Krajowej Izby Odwoławczej, stwarzając możliwość, by w miejsce składów trzyosobowych orzekała jedna osoba.

Zmianom tym towarzyszyły liczne protesty środowisk zamówieniowych, także członków KIO, które jednak nie przynosiły rezultatu. Nie chciało ich słuchać ani ówczesne kierownictwo Urzędu Zamówień Publicznych, ani – niestety – posłowie, spokojnie pracujący nad kolejnymi nowelizacjami. To, że były słuszne, przynajmniej w odniesieniu do wysokości opłaty od skargi na wyrok KIO, potwierdził Trybunał Konstytucyjny, uznając dotyczący jej przepis za niezgodny z Konstytucją. Ale na rozstrzygnięcie takie trzeba było czekać aż cztery lata.

<sup>17</sup> Dz. U. z 1997 r. Nr 123, poz. 778.

<sup>18</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 76, poz. 813.

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. Nr 206, poz. 1591.

<sup>20</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 223, poz. 1778.

### 3. ARBITRAŻ – TRUDNE POCZĄTKI

#### 3.1. Koncepcja sądu polubownego

W czasie prac nad projektem ustawy o zamówieniach publicznych wypracowanie sposobu rozstrzygnięcia sporów powstających przy udzielaniu zamówień bez wątplenia należało do zadań najtrudniejszych. Po wielu dyskusjach, także z udziałem ekspertów, autorzy projektu zdecydowali się na zaproponowanie oryginalnego modelu, stworzonego wyłącznie na potrzeby tej ustawy. Został on oparty z jednej strony na wewnętrznym postępowaniu o charakterze reklamacyjnym (naprawczym), prowadzonym przez samego zamawiającego, z drugiej strony na instytucji „zewnętrznej”, stanowiącej „instancję odwoławczą” w stosunku do decyzji zamawiającego.

Kwestie związane z postępowaniem o charakterze reklamacyjnym nie budziły większych wątpliwości, zarówno formalnych, jak i praktycznych, o wiele trudniejszy problem stanowiły natomiast kwestie dotyczące „instytucji zewnętrznej”, której zadaniem było rozpatrywanie odwołań od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego. Ponieważ nie mogła ona działać w próżni prawnej, a całościowe unormowanie jej na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych byłoby ogromnie trudne, rozwiązano problem poprzez odesłanie kwestii związanych z rozpatrywaniem odwołań do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o sędzię polubownym (art. 87).

Była to decyzja o doniosłym znaczeniu oraz konsekwencjach dla całego systemu zamówień publicznych. Pociągnęła też za sobą równie doniosłe rozstrzygnięcia oraz ich konsekwencje dotyczące utworzenia listy arbitrów, statusu arbitra, sposobu kształtowania składów orzekających oraz trybu rozpatrywania odwołań.

Aczkolwiek rozwiązanie to wydawało się wówczas jedynym możliwym, dotknięte było wewnętrzną sprzecznością, która przez pierwsze lata stanowiła źródło licznych nieporozumień, a nawet problemów. Sprzeczność ta wynikała z faktu, iż sąd polubowny (arbitrażowy) stanowi instytucję, której podstawowym zadaniem jest doprowadzenie do polubownego rozwiązania zaistniałego sporu (osiągnięcie ugody), podczas gdy z istoty postępowania o zamówienie publiczne wynika, iż spór taki może być rozstrzygnięty jedynie w drodze przyznania racji jednej ze stron (nie może skończyć się ugodą). Jak łatwo też zauważyć, nie wszystkie przepisy dotyczące sądu polubownego (Kodeks postępowania cywilnego, Część piąta „Sąd polubowny”, art. 1154–1217), do których odsyłał art. 87 ustawy o zamówieniach publicznych, „przystawały” do zamówieniowej rzeczywistości. Wprawdzie w przepisie tym zawarto zastrzeżenie: „jeśli ustawa nie stanowi inaczej”, w praktyce dawało się to wyraźnie odczuć.

Na potwierdzenie tej tezy przywołać można przepisy dotyczące zapisu na sąd polubowny. Art. 1161 § 1 stanowi, iż „poddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wymaga umowy stron, w której należy wskazać przedmiot sporu lub stosunek prawny z którego spór wyniknął lub może wyniknąć (zapis na sąd polubowny)”. Zapis na sąd polubowny (umowa) dokonywany jest na piśmie. O wiele dalej idące konsekwencje wynikały z przepisów dotyczących powoływania arbitrów, tworzących sąd polubowny. Art. 1171 stanowi, iż strony mogą uzgodnić sposób powoływania arbitrów, przy czym każda ze stron w równej liczbie powołuje „swoich” arbitrów, którzy z kolei ze swego grona wybierają przewodniczącego „superarbitra”.

W praktyce bardzo szybko okazało się, iż zarówno strony sporów, jak i sami arbitrzy, pomimo zastrzeżenia: „jeśli ustawa nie stanowi inaczej”, rozumieją to dosłownie. Strony twierdziły, iż każda ma „swojego” arbitra, który powinien bronić ich racji oraz interesów, a arbitrzy, przyjmując tę narrację, często tak właśnie pojmowali swoją rolę. Trudno też w tym miejscu nie wspomnieć, iż jeden z pierwszych wyroków wydanych przez zespół arbitrów nakazywał stronom ugodę, a koszty postępowania dzielił po połowie. Nie był to zresztą przypadek odosobniony. Z danych, będących w posiadaniu autora wynika, iż w roku 1996 zespoły arbitrów w 38 przypadkach po połowie dzieliły koszty postępowania.

Pomimo wskazanych wyżej ułomności, przyjęcie koncepcji sądu polubownego miało swoją dobrą stronę, której konsekwencje zaważyły na całym postępowaniu odwoławczym, aż po dzień dzisiejszy. Zdecydowało mianowicie o jego cywilistycznym charakterze, co wyłączało możliwość stosowania w tym postępowaniu instytucji postępowania administracyjnego<sup>21</sup>.

### **3.2. Lista arbitrów**

Ustalanie i prowadzenie listy arbitrów regulowało Zarządzenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 stycznia 1995 roku w sprawie określania warunków wpisu na listę arbitrów i skreślenia z listy arbitrów. Rozwiązywało ono sprawę przyszłości, natomiast osoby (arbitrzy), które rozstrzygałyby spory zaistniałe do czasu utworzenia listy arbitrów zgodnej z tym zarządzeniem, potrzebne były „od zaraz”. Dlatego też pierwsza („mała”) lista arbitrów została przygotowana i ogłoszona na podstawie Zarządzenia Prezesa UZP z dnia 26 stycznia 1995 roku. Wpisano na nią 116 osób, spełniających podstawowe kryteria ustalone w zarządzeniu z dnia 2 stycznia 1995 roku.

Równocześnie uruchomiona została procedura zgłaszania kandydatów na arbitrów oraz weryfikacji spełniania przez nich warunków określonych w zarządzeniu Prezesa UZP. W pierwszym półroczu 1995 roku uprawnione do tego instytucje (m.in. ministrowie, wojewodowie, ogólnopolskie organizacje samorządowe, Regionalne Izby Obrachunkowe i samorządy gospodarcze) zgłosiły 1215 kandydatów. Wśród nich było 296 profesorów i doktorów habilitowanych nauk prawnych, sędziów, prokuratorów, radców prawnych oraz notariuszy.

Osoby te (z wyjątkiem profesorów i doktorów habilitowanych nauk prawnych, sędziów, prokuratorów, radców prawnych oraz notariuszy) zostały przeszkolone podczas 10 czterodniowych kursów, a następnie na podstawie Zarządzenia Prezesa UZP z dnia 30 czerwca 1995 roku w sprawie egzaminu kwalifikacyjnego dla kandydatów na arbitrów, poddane szczegółowemu sprawdzianowi.

Ostatecznie, w wyniku egzaminu oraz postępowania kwalifikacyjnego na listę arbitrów zostało wpisanych 595 osób. Lista opublikowana została w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wśród osób wpisanych na listę znajdowało się między innymi 175 prawników (w tym 137 osób posiadających uprawnienia radcy prawnego lub adwokata), 138 inżynierów budowlanych, 87 ekonomistów, 29 inżynierów mechaników. Ponadto na liście arbitrów znalazło się kilkunastu inżynierów innych specjalności, w tym pięciu elektroników, ośmiu doktorów nauk

---

<sup>21</sup> Zob. J. Pieróg, W. Łysakowski, Ustawa o zamówieniach publicznych. Komentarz, Warszawa 1996, s. 177.

technicznych i trzech profesorów. Były też osoby, które ukończyły pedagogikę, socjologię, architekturę, ogrodnictwo, leśnictwo, włókiennictwo, geodezję, geografę, hutnictwo, górnictwo, jak również cybernetykę i filologię rosyjską.

Wiosną 1996 roku przeprowadzony został dodatkowy nabór kandydatów na arbitrów, spośród których po odbyciu szkolenia oraz zdaniu egzaminu kwalifikacyjnego na listę wpisane zostały 54 osoby. Ostatecznie więc lista arbitrów prowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych liczyła 649 osób.

Lista arbitrów została sporządzona i była prowadzona w kolejności alfabetycznej, z uwidocznieniem wykształcenia, specjalności i województwa zamieszkania arbitra. Dla każdego arbitra prowadzone były akta osobowe, w których znajdowały się m.in. dokumenty poświadczające wykształcenie, karierę zawodową oraz dodatkowe uprawnienia. Akta te były na bieżąco aktualizowane i uzupełniane o dodatkowe, dostarczane przez arbitra dokumenty.

Tak duża liczba osób, jaka znalazła się na liście arbitrów, uzasadniana była tym, iż strony, mając wyznaczyć arbitra, powinny mieć możliwość jak największego wyboru, przy uwzględnieniu przede wszystkim zawodu i wykształcenia danej osoby. Przyjęto założenie, iż jeśli przedmiotem zamówienia są np. roboty budowlane, strony sporu wyznaczać będą jako arbitra inżyniera budownictwa, podobnie jak w przypadku zakupu komputerów – informatyka. Tak się też działo w pierwszych latach w większości przypadków, potem okazało się, iż coraz chętniej zarówno zamawiający, jak i wykonawcy wybierając arbitra wskazują prawników.

Dla porządku należy zaznaczyć, iż w okresie obowiązywania listy arbitrów utworzonej na mocy przepisów ustawy o zamówieniach publicznych skreślono z niej 23 osoby, z czego 3 na własny wniosek, 3 z powodu uchybienia obowiązkom arbitra, a pozostałe z powodu śmierci.

### **3.3. Status i obowiązki arbitra**

Art. 88 ustawy o zamówieniach publicznych w brzmieniu uchwalonym stanowił, iż odwołanie rozpatruje zespół trzech arbitrów wybranych z listy prowadzonej przez Prezesa Urzędu, przy czym jednego arbitra wyznacza odwołujący, jednego zamawiający, a jednego Prezes Urzędu, który także wskazuje przewodniczącego zespołu (art. 89 ust. 4). Prezes UZP rozstrzygał też o wyłączeniu arbitra z postępowania odwoławczego.

Żaden przepis ustawy nie odnosił się do statusu arbitra. Art. 92 ustawy zwracał natomiast upoważnienie dla Prezesa Urzędu do określenia w drodze zarządzenia regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań oraz wysokości wynagrodzenia za czynności arbitra.

Na mocy tego upoważnienia Prezes UZP wydał zarządzenie z dnia 5 października 1995 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań w sprawach o udzielenie zamówień publicznych<sup>22</sup>, które stanowiło między innymi, iż „arbitr przy rozpatrywaniu odwołań jest niezawisły, pełni swą funkcję z najwyższą starannością, w sposób bezstronny

---

<sup>22</sup> M.P. z 1995 r. Nr 52, poz. 575.



– nie jest reprezentantem żadnego z uczestników postępowania ani też Prezesa Urzędu” (§ 2 ust. 1). Do obowiązków arbitra należało dokładne zapoznanie się ze sprawą, udział w posiedzeniach zespołu arbitrów i w rozprawach, niezwłoczne informowanie Prezesa Urzędu oraz uczestnika postępowania, który go wyznaczył, o okolicznościach uniemożliwiających wykonanie przez niego obowiązków arbitra, a także zachowanie tajemnicy co do okoliczności ujawnionych w toku postępowania.

Brak w ustawie przepisu dotyczącego statusu arbitra został stosunkowo szybko uzupełniony poprzez wprowadzenie do niej, w trybie nowelizacji z dnia 29 sierpnia 1997 r.<sup>23</sup>, zapisu analogicznego do tego, który znajdował się w przywoływanym wyżej regulaminie (art. 88 ust. 2). Z jakichś powodów pominięto jednakże zwrot, iż arbiter „jest niezawisły”.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż wyznaczanie arbitrów przez strony było bardziej ich prawem, niż obowiązkiem, ponieważ mogły z tego prawa nie skorzystać. W takim przypadku arbitra wyznaczał Prezes Urzędu i możliwe były sytuacje, w których czynił to w stosunku do wszystkich członków składu orzekającego.

Uzupełnieniem i rozwinięciem nielicznych przepisów, dotyczących statusu oraz obowiązków arbitra, które znalazły się w tekście ustawy, oraz przywoływanego wyżej zarządzenia Prezesa UZP, była „Karta etyki arbitra”. Stanowiła ona, iż podstawowymi zasadami obowiązującymi arbitra w związku z wykonywaną funkcją są: uczciwość, rzetelność oraz bezstronność. Mówiła także, iż arbiter powinien dbać o powagę, honor i godność sprawowanej funkcji oraz że obowiązany jest wykonywać ją zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, z należytą starannością, według najlepszej woli i wiedzy, przestrzegając zasad etyki objętych Kartą. Osoba pełniąca funkcję arbitra powinna swoim postępowaniem podczas działalności zawodowej, publicznej, a także w życiu prywatnym dbać o godność arbitra oraz o społeczne zaufanie do systemu zamówień publicznych.

Warto także wskazać, iż przez cały okres istnienia listy arbitrów, a szczególnie w jej pierwszych latach, Urząd Zamówień Publicznych przywiązywał dużą wagę do pracy z arbitrami. Każdego roku odbywały się regionalne, dwudniowe seminaria ze wszystkimi osobami wpisanymi na listę (uczestniczyło w nich po 40–50 osób) oraz dodatkowo, w grupach kilkudziesięcioosobowych, z przewodniczącymi składów orzekających. Na przykład w roku 1995 w listopadzie i grudniu odbyło się 15 takich spotkań, a w roku 1996 – 12 grupowych spotkań wszystkich arbitrów oraz 3 seminaria przewodniczących składów orzekających.

### **3.4. Udział arbitrów w orzekaniu**

Z uwagi na dużą liczbę osób, znajdującą się na liście arbitrów prowadzonej przez Prezesa UZP oraz uzależnienie udziału w składzie orzekającym od decyzji stron, udział poszczególnych arbitrów w rozpatrywaniu odwołań był zróżnicowany. Stosunkowo równo rozkładał się udział osób wyznaczanych przez Prezesa Urzędu. Od początku przyjęte zostały założenia, że wyznacza on osobę, którą wskaże następnie jako przewodniczącego zespołu oraz że w każdym przypadku będzie to prawnik, przede wszystkim po aplikacji radcowskiej, adwokackiej bądź sędziowskiej.

---

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. Dz. U. z 1997 r. Nr 123, poz. 778.

Ze statystyk, jakie były prowadzone w tamtym okresie, wynika, iż w roku 1995 przy wniesionych 348 odwołaniach w orzekaniu uczestniczyło 313 osób, przewodniczyło zespołom orzekającym 95 prawników. W roku 1996 przy rozpatrzonych 738 odwołaniach w orzekaniu uczestniczyło 550 arbitrów, przewodniczyło składom orzekającym 118 prawników. Była to więc sytuacja stosunkowo dobra, bowiem w orzekaniu uczestniczyło ponad 85% osób wpisanych na listę arbitrów. W kolejnych latach wskaźnik ten wyraźnie się obniżył.

Reprezentatywne dla tego okresu są dane, dotyczące roku 2001. Przy 1687 odwołaniach wniesionych do Prezesa UZP, w orzekaniu uczestniczyły 454 osoby (około 70% całej listy), w tym – co ciekawe – tylko 365 osób (około 57% całej listy) wyznaczonych przez strony postępowania odwoławczego. Szczegółowo przedstawia to poniższe zestawienie (dotyczy osób wyznaczanych przez strony):

- 1–2 razy orzekało 116 arbitrów, tj. 18% całej listy,
- 3–5 razy orzekało 90 arbitrów, tj. 14% całej listy,
- 6–10 razy orzekało 51 arbitrów, tj. 8% całej listy,
- 11–15 razy orzekało 16 arbitrów, tj. 2,5% całej listy,
- 16–20 razy orzekało 9 arbitrów, tj. 1,4% całej listy,
- 21–29 razy orzekało 6 arbitrów, tj. 0,93% całej listy,
- 30 i więcej razy orzekało 10 arbitrów, tj. 1,56% całej listy.

Pierwsze trzy osoby z tej ostatniej grupy były wyznaczane przez strony odpowiednio – 76, 63 i 53 razy. Sytuacja ta najprawdopodobniej była wynikiem praktyki, która ukształtowała się stosunkowo szybko. W większości przypadków, jeśli wyznaczający arbitra podmiot kolejny raz miał sprawę odwoławczą, wyznaczał tego samego arbitra. Tendencja ta była jeszcze wyraźniejsza wówczas, kiedy rozstrzygnięcie w „pierwszej” sprawie było korzystne dla strony, która arbitra wyznaczyła.

Stosunkowo nieliczne były przypadki odmowy udziału w orzekaniu. Kiedy arbiter nie mógł uczestniczyć w rozpatrywaniu odwołania, zawsze uzasadniała to ważna przyczyna – stan zdrowia, sytuacja rodzinna lub obowiązki zawodowe. Jest to tym bardziej godne podkreślenia, iż zdecydowana większość osób znajdujących się na liście arbitrów zamieszkiwała i pracowała zawodowo poza Warszawą, a ich udział w orzekaniu wiązał się z koniecznością odbycia podróży i nierzadko dwudniowego pobytu w stolicy.

Analiza, przeprowadzona w UZP w trakcie prac nad projektem Prawa zamówień publicznych, obejmująca cały okres istnienia listy arbitrów wykazała, iż około 20% znajdujących się na niej osób nie orzekało ani razu, a 25% orzekało dwa lub trzy razy. Faktycznie w orzekaniu uczestniczyło więc około połowy arbitrów, jacy znajdowali się na liście prowadzonej przez Prezesa Urzędu<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> W stronę zawodowego arbitrażu, „Rzeczpospolita” Nr 138 z 15 czerwca 2004 r.



### 3.5. Nowy sposób wyznaczania zespołów orzekających

Na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych<sup>25</sup> Prezes UZP uzyskał uprawnienie do wyznaczania wszystkich trzech arbitrów, tworzących zespół orzekający i na jego mocy podjął decyzję o ustanowieniu losowego, komputerowego systemu ich wyznaczania. Został on wprowadzony Zarządzeniem Nr 68 Prezesa UZP z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie rejestracji odwołań od rozstrzygnięcia lub braku rozpatrzenia protestu, wnoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz zasad wyznaczania zespołów arbitrów do ich rozpatrywania.

Na podstawie tego Zarządzenia lista arbitrów funkcjonująca od 1995 r. została podzielona na 5 grup specjalistycznych, z uwzględnieniem posiadanego przez arbitrów wykształcenia, tytułu naukowego, kwalifikacji zawodowych i miejsca pracy. Skład orzekający losowany był do określonej sprawy oznaczonej numerem repertorium, co gwarantowało podczas losowania anonimowość strony wnoszącej odwołanie. W zależności od przedmiotu zamówienia z list tych losowani byli arbitrzy „boczni”, z listy, na której znajdowali się arbitrzy posiadający wykształcenie prawnicze, losowani byli przewodniczący składów orzekających. Nazwiska arbitrów oznaczone były numerami, które używane były podczas losowania. Sam akt losowania odbywał się publicznie, w siedzibie Urzędu Zamówień Publicznych.

Choć nie wszystkim podobał się taki sposób wyłaniania składów orzekających, wprowadzenie go ostatecznie kończyło postrzeganie arbitra jako reprezentanta strony, która go wyznaczyła, zobowiązanego do obrony jej interesów. Ponadto, sam mechanizm losowania, aczkolwiek nieco skomplikowany, sprawdził się w praktyce i był pozytywnie oceniany przez przedstawicieli mediów, którzy obserwowali i relacjonowali jego przebieg.

Stan taki utrzymał się do dnia 2 września 2004 r., kiedy zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych dotychczasowa lista arbitrów przestała obowiązywać.

### 3.6. Orzecznictwo

Przeprowadzenie chociażby skróconej analizy orzecznictwa zespołów arbitrów, nawet przy ograniczeniu jej do drugiej połowy lat dziewięćdziesiątych, znacznie przekroczyłoby ramy tego opracowania. Trudno jednak zupełnie nie odnieść się do kilku kwestii, które z tym orzecznictwem się wiążą. Pamiętać przy tym należy, iż zdecydowana większość arbitrów, będących często wybitnymi specjalistami w swoich zawodach, nie miała żadnej praktyki orzeczniczej, a ich wiedza prawnicza, także z zakresu zamówień publicznych, miała charakter amatorski. Dlatego właśnie ciężar odpowiedzialności za profesjonalizm wykonywania funkcji orzecznich oraz wydawanych orzeczeń wzięli na siebie arbitrzy posiadający wykształcenie prawnicze oraz praktykę w wykonywaniu zawodów prawniczych. Szczególną rolę w tym zakresie sprawowali bez wątpienia przewodniczący składów orzekających. Godny podkreślenia jest także fakt, iż jednostkowe były przypadki niedotrzymania, z „winy” arbitrów, czternastodniowego terminu na rozpatrzenie odwołania.

---

<sup>25</sup> Dz. U. z 2003 r. Nr 165, poz. 1591.

Niezależnie od poziomu i jakości orzecznictwa, zwłaszcza w pierwszym okresie arbitrażu, orzeczenia wydawane przez zespoły arbitrów odczuwalnie wypełniły lukę, istniejącą od chwili wejścia w życie ustawy o zamówieniach publicznych, dotyczącą interpretacji, rozumienia i stosowania jej przepisów. Były odpowiedzią na oczekiwania środowisk zamówieniowych. Bardzo szybko praktyką stało się przywoływanie wydawanych wyroków dla uzasadnienia podejmowanych decyzji, powoływanie się na tezy zawarte w ich uzasadnieniach, interpretowanie budzących wątpliwości przepisów zgodnie ze stanowiskiem przyjmowanym przez zespoły orzekające. Orzecznictwo zespołów arbitrów zaczęło też wyraźnie wpływać na kształtującą się w latach dziewięćdziesiątych zamówieniową doktrynę, piśmiennictwo, a także orzecznictwo sądów powszechnych.

Stosunkowo wcześniej w ówczesnym orzecznictwie arbitrów wobec niektórych problemów dało się też zauważyć pewne prawidłowości, charakterystyczne dla tego, co określane jest jako „linia orzecznicza”. Na początku lat dwutysięcznych w szeregu istotnych kwestii wyraźnie dało się zauważyć zgodność, a nawet jednolitość w rozstrzyganiu podobnych stanów faktycznych i prawnych. Być może przyczyniały się do tego coroczne seminaria organizowane przez UZP dla arbitrów i przewodniczących składów orzekających, na których dyskutowano przede wszystkim kwestie orzecznicze, ale także rosnące doświadczenie samych arbitrów, którzy, niezależnie od udziału w pracach zespołów, intensywnie pracowali nad poszerzeniem i ugruntowaniem wiedzy o zamówieniach publicznych.

Równocześnie jednak, stosunkowo często, zdarzały się wyroki kontrowersyjne czy wręcz rozbieżne przy podobnych, a nawet tożsamyh stanach faktycznych. Przypadki takie były skrętnie wychwytywane, publicznie analizowane i negatywnie komentowane<sup>26</sup>. Powodowało to, iż obok ocen pozytywnych, zaczęły pojawiać się oceny krytyczne, uogólniające przypadki takich wyroków i poddające w wątpliwość kompetencje osób, wpisanych na listę arbitrów.

Niezależnie jednak od tego, dzisiaj, z perspektywy kilkunastu lat, trudno przecenić dorobek, jaki wiąże się z pracą arbitrów w latach 1995–2004. Bez ich orzecznictwa trudno byłoby wyobrazić sobie prawidłowe funkcjonowanie całego systemu zamówień publicznych, a także, w kolejnych latach, efektywne funkcjonowanie „nowego” arbitrażu oraz Krajowej Izby Odwoławczej. To właśnie w tych latach, przy zmieniającym się stanie prawnym oraz niezawodowym charakterze instytucji arbitrażu, powstały fundamenty polskiego orzecznictwa w sprawach zamówień publicznych.

### **3.7. Choroby wieku dziecięcego**

Aby obraz tego okresu był pełen, trudno nie wskazać na nieprawidłowości, jakie występowały w systemie środków ochrony prawnej. Były one następstwem braku odpowiednich regulacji prawnych, ale także wykorzystywania tej sytuacji przez niektórych arbitrów.

Problem podstawowy, który ujawnił się nieomal natychmiast po ogłoszeniu listy arbitrów, dotyczył podejmowania się przez niektóre, wpisane na nią osoby, funkcji pełnomocnika strony, występującej w postępowaniu odwoławczym. Były nawet przypadki, w których arbiter wyznaczony wcześniej przez stronę, w innych sprawach był jej pełnomocnikiem. Postępowanie ta-

---

<sup>26</sup> Trzy wyroki w tej samej sprawie, „Rzeczpospolita” z dnia 6 września 2004 r.

kie było możliwe, ponieważ żaden przepis ustawy tego nie zabraniał, niewiele też skutkowało negatywne stanowisko w tej sprawie większości arbitrów. Analizy prowadzone w Urzędzie Zamówień Publicznych wykazały, iż w roku 2001 funkcji pełnomocnika strony podejmowało się 35 arbitrów, występując łącznie w 132 sprawach, przy czym „rekordzista” robił to aż 33 razy.

Ostatecznie praktyki te zakończyła ustawa z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych<sup>27</sup>, która wprowadziła zakaz występowania osób wpisanych na listę arbitrów w charakterze pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym (art. 88 ust. 5). Ustawa z dnia 26 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych<sup>28</sup> uznała taką sytuację za „rażące naruszenie obowiązków arbitra”, stanowiące podstawę do skreślenia z listy arbitrów (art. 92 ust. 3 pkt 7 oraz ust. 4).

Były także próby docierania do arbitrów przed rozprawą po to, aby „przedstawić dodatkowe dokumenty lub zwrócić uwagę na nadzwyczajne okoliczności faktyczne”. Nie miały one charakteru korupcyjnego i nie taka była intencja osób podejmujących tego rodzaju próby. Było to konsekwencją przeświadczenia, iż wskazany przez stronę arbiter jest jej reprezentantem i że należy wyposażyć go w dodatkową wiedzę<sup>29</sup>.

Do problemów istotnych, ale o mniejszym ciężarze gatunkowym, które miały miejsce w pierwszych latach istnienia arbitrażu, zaliczyć należy wykorzystywanie funkcji arbitra do promowania własnej działalności zawodowej w systemie zamówień publicznych, najczęściej doradczej oraz szkoleniowej, a także udzielanie porad z zaznaczeniem, iż jest to opinia „arbitra z listy Prezesa UZP”.

Choć niewątpliwie były to sprawy kłopotliwe, z perspektywy czasu zaliczyć je należy do „chorób wieku dziecięcego”, których skala nie miała istotnego wpływu na funkcjonowanie systemu środków ochrony prawnej pod rządami „starej” ustawy. W pierwszych latach wprowadzania systemu zamówień publicznych stanowiły cenę, jaką zwykle trzeba zapłacić przy wdrażaniu nowych i nowatorskich rozwiązań.

## **4. ARBITRAŻ – NOWE OTWARCIE**

### **4.1. Nowe prawo, nowy arbitraż**

Uchwalone w dniu 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>30</sup> zachowało instytucje, określane jako „środki odwoławcze”. Utrwalona została „triada” występująca w ustawie o zamówieniach publicznych: protest – odwołanie – skarga. Tak więc, jak poprzednio, postępowanie związane z ochroną prawną dzieliło się na: postępowanie protestacyjne (przed zamawiającym), postępowanie odwoławcze (przed zespołem arbitrów), postępowanie skargowe (przed sądem okręgowym)<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 76, poz. 813.

<sup>28</sup> Dz. U. z 2001 r. Nr 113, poz. 1208.

<sup>29</sup> *Arbiter jak żona Cezara. Rozmowa z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, „Rzeczpospolita”* z dnia 6 maja 2003 r.

<sup>30</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177.

<sup>31</sup> Zob. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2004, s. 383.

W ramach instytucji, składających się na tę triadę między innymi zwiększył się zakres przedmiotowy protestu, utrzymana została procedura *standstill*, pojawił się katalog zamknięty przesłanek powodujących odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym. Na zespół arbitrów nałożony został obowiązek z urzędu brania pod uwagę przesłanek skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania. Odwołanie i skarga na orzeczenie zespołu arbitrów przysługiwały bez względu na wartość zamówienia.

Daleko idące zmiany nastąpiły natomiast w instytucji arbitrażu – dotyczyły listy arbitrów oraz ich statusu, sposobu kształtowania składów orzekających oraz zasad orzekania. W odniesieniu do postępowania odwoławczego utrzymane zostało odesłanie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym.

Istotna zmiana wprowadzona została w odniesieniu do skargi na wyrok zespołu arbitrów. Sądem właściwym do jej wniesienia stał się sąd właściwy dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. Oznaczało to, iż Sąd Okręgowy w Warszawie zastąpiony został przez kilkanaście sądów na terenie całego kraju.

Oceniając z perspektywy czasu wprowadzenie tych zmian należy stwierdzić, iż stanowiło ono istotny krok w stronę profesjonalizacji procesu rozstrzygania sporów w zamówieniach publicznych. Kończyło też pierwszy etap budowy systemu środków ochrony prawnej i, poszukując nowych rozwiązań w ramach istniejącej instytucji arbitrażu, było jej „nowym otwarciem” na gruncie zamówień publicznych.

## **4.2. Status i obowiązki arbitra**

Ponieważ uznano, iż instytucja arbitrażu w kształcie unormowanym w ustawie o zamówieniach publicznych, pomimo pewnych niedoskonałości, o których była mowa wyżej, sprawdziła się, zachowano ją praktycznie bez zmian. Dokonano natomiast głębokiej reformy w zakresie jej organizacji oraz sposobu realizowania celów, dla jakich została utworzona.

W Prawie zamówień publicznych arbitrom poświęcony został odrębny rozdział. Zawarte tam przepisy wprowadzały sześcioletnią kadencję sprawowania funkcji arbitra, przy czym nabór na listę odbywać się miał co trzy lata. Miały być na nią wpisywane osoby, które spełniają warunki określone w ustawie, oraz zdadzą egzamin ze znajomości przepisów „związanych z udzielaniem zamówień” przed komisją powołaną przez Prezesa Urzędu. Przed podjęciem obowiązków arbitrzy zobowiązani byli do złożenia ślubowania oraz do składania oświadczeń o stanie majątkowym i toczących się przeciwko nim postępowaniach karnych. Nałożono na nich także obowiązek postępowania zgodnie z zasadami etyki, które w sierpniu 2004 r. określiła w „Kodeksie etyki arbitra” Rada Zamówień Publicznych.

Obowiązki i prawa arbitra określone zostały w art. 175 Pzp. W ust. 1 tego przepisu ustalony został tekst ślubowania, którego złożenie warunkowało wpis na listę: „Ślubuję sumiennie wypełniać obowiązki arbitra, orzekać bezstronnie, zgodnie z przepisami prawa, dochowywać zasad etyki arbitra, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości”. Ust. 2 natomiast stanowił, iż arbiter jest zobowiązany pełnić swoją funkcję z godnością i najwyższą starannością, w sposób bezstronny. Potwierdzał też zasadę, że przy rozpatrywaniu odwołania arbiter nie jest reprezentantem żadnego z uczestników postępowania ani Prezesa Urzędu.

Jak łatwo zauważyć, wszystko to w sposób zasadniczy zmieniało formalny i faktyczny status arbitra oraz stanowiło wielki krok w kierunku profesjonalizacji instytucji arbitrażu.

### 4.3. Nowa lista arbitrów

Na mocy art. 223 ust. 2 Prawa zamówień publicznych z dniem 2 września 2004 r. traciła moc dotychczasowa lista arbitrów (w chwili jej likwidacji liczyła 626 nazwisk). Zasady tworzenia nowej listy określone zostały w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 27 kwietnia 2004 r. w sprawie trybu wpisu na listę arbitrów, sposobu powoływania komisji egzaminacyjnej i przeprowadzania egzaminu oraz zakresu egzaminu<sup>32</sup>.

Przepisy tego rozporządzenia określały, że podstawą do wpisu na listę arbitrów jest pozytywny wynik pisemnego egzaminu ze znajomości przepisów związanych z udzielaniem zamówień publicznych przed komisją egzaminacyjną powołaną przez Prezesa UZP. Przyjęte zostało również, że kadencja arbitra trwa 6 lat, z tym że część osób, które uzyskały pozytywny wynik w trakcie postępowania kwalifikacyjnego w trakcie pierwszego naboru na listę arbitrów, wpisanych zostanie na trzyletnią kadencję. Określony został także zakres zagadnień, jakie powinien obejmować egzamin na arbitra, oraz ilość pytań.

Limit osób, które zostaną wpisane na listę arbitrów, został ustalony przez Prezesa UZP w ogłoszeniu o naborze kandydatów, zgodnie z art. 174 Pzp. Ustalenie to zostało poprzedzone analizą funkcjonowania dotychczasowej listy arbitrów, z której wynikało, że liczba rozpatrywanych odwołań oraz jej przewidywany wzrost w ciągu 3 lat wymagają wpisania na listę arbitrów 350 osób.

Nabór na nową listę arbitrów wzbudził bardzo duże zainteresowanie. Łącznie zgłoszono 899 osób, przy czym komisja egzaminacyjna do udziału w egzaminie zakwalifikowała 873 osoby. Do egzaminu, który odbył się w dniu 10 lipca 2004 r. w Warszawie, przystąpiło 719 osób. Miał on formę testu i składał się ze 100 pytań. Pytania egzaminacyjne zostały ułożone przez ekspertów z poszczególnych dziedzin prawa, a ich ostatecznego wyboru dokonała komisja egzaminacyjna.

Ukształtowana w efekcie egzaminu lista arbitrów została opublikowana w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 października 2004 r.<sup>33</sup>, liczyła 363 osoby, z czego 129 osób stanowili arbitrzy z dotychczasowej listy arbitrów, a 234 – osoby nieobecne na poprzedniej liście. Na kadencję sześcioletnią zostały wpisane 202 osoby, natomiast na kadencję trzyletnią – 157 osób.

Nowi arbitrzy złożyli ślubowanie w obecności ówczesnego Marszałka Sejmu Józefa Oleksego w dniu 30 sierpnia 2004 r., a pracę rozpoczęli od dnia 2 września, ponieważ w tym dniu przestała istnieć poprzednia lista arbitrów.

Warto w tym miejscu przypomnieć, iż nowi arbitrzy mieli pełnić także funkcję „obserwatora” w postępowaniach o zamówienia publiczne największej wartości, bowiem instytucję taką wprowadzały przepisy Prawa zamówień publicznych.

---

<sup>32</sup> Dz. U. Nr 98, poz. 997.

<sup>33</sup> BZP Nr 186, poz. 51698.

Od dnia utworzenia listy arbitrów do dnia 4 grudnia 2007 r., w którym zakończyła swoje istnienie, zostało z niej skreślonych 9 osób (na wnioski osoby zainteresowanej). Ponieważ kadencja trzyletnia, na którą wpisanych było 157 osób (wcześniej skreślono 4 osoby), zakończyła się w dniu 30 sierpnia 2007 r., z dniem 4 grudnia 2007 r. pracę arbitra wpisanego na listę prowadzoną przez Prezesa UZP zakończyły 202 osoby (wcześniej skreślono 5 osób).

#### **4.4. Nowa organizacja procesu rozpatrywania odwołań**

Przepisy Prawa zamówień publicznych zasadniczo zmieniły zasady kształtowania składów orzekających. Wprowadzały pełną obiektywizację oraz transparentność tego procesu. Art. 186 ust. 2 stanowił, iż Prezes UZP wyznacza arbitrów w drodze jawnego losowania komputerowego, z tym, że przewodniczący zespołu losowany jest spośród osób posiadających wykształcenie prawnicze. Sposób „ustalania składu zespołu arbitrów do rozpatrzenia odwołania” określało rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 marca 2004 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań<sup>34</sup>.

Rozporządzenie stanowiło, iż losowanie odbywa się z listy arbitrów, „podzielonej na grupy uwzględniające wykształcenie, wykonywany zawód lub stanowisko zajmowane przez arbitra”. Podczas losowania nie ujawnia się danych dotyczących odwołania, a jedynie numer repertorium, którym zostało oznaczone. Do dnia publicznego ogłoszenia wokandy nie można było ujawniać danych, umożliwiających zidentyfikowanie składu zespołu arbitrów, wyznaczonego (wylosowanego) do rozpatrzenia odwołania. Obowiązkiem Prezesa UZP było podanie do publicznej wiadomości na stronie internetowej Urzędu „szczegółowego sposobu” przeprowadzania losowania.

Szczegółowe zasady prowadzenia losowania określone zostały Zarządzeniem Nr 74 Prezesa UZP z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego przeprowadzania losowania arbitrów do składu orzekającego zespołów arbitrów rozpatrujących odwołania wnoszone do Prezesa UZP. Utrzymywało ono dotychczasowe zasady losowania z tym, że ustalało podział nowej listy na trzy grupy, uwzględniane każdorazowo podczas losowania zespołu trzech arbitrów rozstrzygających odwołanie.

Przyjęcie zasady podziału listy arbitrów na „grupy”, przy nadal stosunkowo dużej liczbie znajdujących się na niej osób, miało zapewnić odpowiedni pod względem „fachowości” skład zespołu orzekającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego dotyczyło odwołanie. Stanowiło to próbę uporania się z zagrożeniami, związanymi z brakiem „wiedzy fachowej” ze strony arbitrów wskazywanych losowo. W opinii wielu osób zagrożeń takich nie było, gdy arbitrów wyznaczały strony postępowania odwoławczego z listy, zawierającej reprezentantów wszystkich możliwych zawodów i specjalności.

#### **4.5. Udział arbitrów w orzekaniu**

W okresie od 2 września 2004 r. do 5 grudnia 2007 r. do Prezesa UZP wpłynęło blisko 9,5 tys. odwołań, spośród których arbitrzy wpisani na „nową” listę rozpatrzyli około 8,4 tys. Dla porządku odnotować trzeba, iż po rekordowym roku 2005, w którym liczba odwołań

---

<sup>34</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 56, poz. 547.

wyniosła 4094, kolejne lata przynosiły wyraźny spadek ich liczby, do 1582 w roku 2007 (poziom z roku 2000). Trudno jednak doszukać się związku tego zjawiska z działalnością „nowego” arbitrażu.

Poza wieloma ewidentnymi korzyściami losowe wyznaczanie składów orzekających powodowało, iż udział poszczególnych arbitrów w orzekaniu rozkładał się nierównomiernie. Analiza obejmująca pierwsze półrocze nowego arbitrażu wykazała, iż w odniesieniu do arbitrów „bocznych” w orzekaniu nie uczestniczyło 6 osób, natomiast w przypadku pozostałych odbywało się to w sposób bardzo zróżnicowany:

od 1 do 5 razy orzekało	26 % arbitrów
od 6 do 10 razy orzekało	44 % arbitrów
od 11 do 15 razy orzekało	18 % arbitrów
od 16 do 20 razy orzekało	9 % arbitrów
od 21 do 25 razy orzekało	1 % arbitrów.

Nieco inaczej przedstawiała się sytuacja w odniesieniu do przewodniczących zespołów orzekających. W orzekaniu nie uczestniczyło 10 osób spośród nich, pozostali uczestniczyli w orzekaniu w sposób następujący:

od 1 do 5 razy orzekało	25,5 % przewodniczących
od 6 do 10 razy orzekało	25,5 % przewodniczących
od 11 do 15 razy orzekało	15 % przewodniczących
od 16 do 20 razy orzekało	22 % przewodniczących
do 21 do 25 razy orzekało	3 % przewodniczących.

Przedstawione wyżej proporcje są reprezentatywne dla całego okresu funkcjonowania „nowego” arbitrażu, zarówno w odniesieniu do arbitrów „bocznych”, jak i przewodniczących zespołów orzekających.

Analiza statystyczna całego okresu istnienia nowej listy arbitrów pokazuje, iż średnio w ciągu jednego roku arbiter uczestniczył w rozpatrywaniu 7,34 spraw odwoławczych, w tym przewodniczący – 7,82, arbitrzy „boczni” – 7,13.

#### **4.6. Problemy stare i nowe**

Nowa organizacja sposobu rozpatrywania odwołań, zwłaszcza w pierwszym okresie, wpłynęła na poprawę funkcjonowania arbitrażu. Poprawił się też jego odbiór społeczny i wizerunek medialny. Podkreślano zwłaszcza, podobnie jak w roku 2003, obiektywizm losowego



wyznaczania arbitrów do składów orzekających. Równocześnie jednak dały o sobie znać stare problemy, które występowały przy poprzedniej liście arbitrów, pojawiły się także nowe. Co ciekawe, dotyczyły one nie tylko kwestii merytorycznych, ale również organizacyjnych i technicznych.

Orzecznictwo nowych arbitrów nie przyniosło zbyt wielu pozytywnych zmian w stosunku do okresu poprzedniego. Wciąż pojawiało się sporo głosów krytycznych pod adresem rozpatrujących odwołania zespołów, wskazujących na rozbieżności występujące w wyrokach i obniżający się w związku z tym ogólny poziom orzecznictwa. Uczestnicy postępowań odwoławczych oraz eksperci coraz częściej zwracali uwagę na brak profesjonalizmu arbitrów<sup>35</sup>.

Wbrew oczekiwaniom, arbitrzy z nowo utworzonej listy okazali się o wiele mniej zdyscyplinowani od arbitrów z listy poprzedniej. Powstał w związku z tym problem, który praktycznie nie występował w poprzednim okresie – wielu arbitrów po wylosowaniu ich do składu orzekającego odmawiało udziału w rozpatrywaniu odwołania. Co istotne, decyzje takie podejmowane były przed uzyskaniem przez arbitra informacji, do jakiej sprawy został wylosowany. Analiza tego problemu, przeprowadzona przez UZP po pierwszym półroczu działania nowego arbitrażu pokazała, iż tylko 48% arbitrów spośród całej listy ani razu nie odmówiło udziału w orzekaniu, 46% spośród wszystkich arbitrów odmówiło od 1 do 5 razy, 6% odmówiło od 6 do 9 razy, dwoje „rekordzistów” odmawiało ponad dziesięć razy. Nawet przyjmując, że część odmów spowodowana była obowiązkami służbowymi, wskaźniki te musiały budzić niepokój.

Kolejny problem stanowił sposób przygotowywania się niektórych arbitrów do rozprawy, a dokładnie – zapoznawania się z dokumentacją odwołania. Nie stawiali się w Urzędzie z odpowiednim wyprzedzeniem w stosunku do wyznaczonego terminu rozprawy, w konsekwencji czego na zapoznanie się z aktami często pozostawało im 2–3 godziny. W opinii analizujących ten problem pracowników Departamentu Odwołań takie przypadki miały bezpośredni wpływ na jakość wydawanych wyroków.

Podobnie jak w okresie poprzednim, zdarzały się przypadki wykorzystywania sprawowanej funkcji arbitra do promowania własnej działalności zawodowej, a także przypadki doradzania uczestnikom postępowań odwoławczych.

#### **4.7. Bilans nowego otwarcia**

Bilans okresu działania nowej listy arbitrów, podobnie jak w przypadku listy poprzedniej, nie jest ani łatwy, ani prosty. Przekracza też zdecydowanie ramy niniejszego opracowania. Wydaje się jednak oczywiste, iż okres ten stanowił ważny i potrzebny etap na drodze przemian (czy jak kto woli ewolucji) systemu środków ochrony prawnej. Pomimo mankamentów i nieprawidłowości wskazanych wyżej, zamykał się wynikiem dodatnim.

Pamiętać przy tym musimy o sytuacji oraz zjawiskach, jakie zachodziły wówczas na rynku zamówień publicznych (przypomniane zostały w pierwszej części referatu), a z którymi ówczesni arbitrzy musieli się zmierzyć. To przecież w okresie działania nowego arbitrażu nastą-

---

<sup>35</sup> R. Szostak, Komentarz do nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 54.



pił szczególnie dynamiczny rozwój zamówieniowego rynku (z 38,5 mld zł w roku 2004 do 103,1 mld zł w roku 2007), a także, związane z tym nasilenie się walki konkurencyjnej wykonawców ubiegających się o zamówienia. W roku 2005 liczba odwołań wniesionych do Prezesa UZP osiągnęła poziom 4094 – najwyższy w dotychczasowej historii polskiego systemu zamówień publicznych. Zwiększał się też odsetek wyroków, na które składano skargi: w roku 2004 wynosił on 16,65%, natomiast w roku 2006 – aż 19,7%.

Równocześnie następował proces profesjonalizacji działania stron uczestniczących w procedurach odwoławczych, w imieniu których przed zespołami orzekającymi stawiali adwokaci i radcowie prawni, często o znanych nazwiskach.

W miarę upływu czasu coraz wyraźniej widać było, że arbitrzy z listy utworzonej w 2004, pomimo starań i ogromnego zaangażowania większości z nich, nie będą w stanie poradzić sobie z wyzwaniem, jakie wiąże się z przedstawioną wyżej sytuacją. Stawało się jasne, że model arbitrażu niezawodowego, opartego na osobach, zaangażowanych zawodowo gdzie indziej, przestaje przystawać do zamówieniowej rzeczywistości.

W referacie, przygotowanym z okazji pięciolecia Krajowej Izby Odwoławczej napisałem: „Każda, nawet najlepiej pomyślana i skonstruowana instytucja ma swój czas, w jakim spełniać powinna swoje zadania. Kiedy czas ten minie, musi albo ulec likwidacji, albo poważnej modyfikacji. Przegapienie momentu, w którym czas ten przeminął, zazwyczaj kończy się źle i tak byłoby zapewne w przypadku dalszego utrzymywania instytucji arbitrażu, działającego wedle koncepcji wpisanej do ustawy o zamówieniach publicznych”. Dzisiaj, po upływie kolejnych pięciu lat, pogląd ten w całej pełni podtrzymuję.

## **5. KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA – CZAS NA PROFESJONALIZM**

Krajowa Izba Odwoławcza powołana została przepisami ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>36</sup>.

Stanowiło to kolejny, logiczny i konsekwentny krok na drodze ewolucji polskiego systemu środków ochrony prawnej. Powody jej powołania były tożsame z tymi, które przesądziły o likwidacji instytucji niezawodowego arbitrażu, wykreowanej przez ustawę o zamówieniach publicznych z 1994 r., przedstawione przez autora we wspomnianym już referacie, przygotowanym z okazji pięciolecia KIO.

### **5.1. Koncepcja zawodowego rozstrzygnięcia sporów**

#### **5.1.1. Założenia wstępne**

Koncepcja zastąpienia niezawodowego arbitrażu instytucją zajmującą się zawodowo rozstrzygnięciem sporów powstających przy udzielaniu zamówień publicznych zaczęła krystalizować się pod koniec 2006 r., choć pierwsza, szersza informacja na ten temat ukazała się

---

<sup>36</sup> Dz. U. Nr 82, poz. 560.

w „Rzeczpospolitej” już w październiku 2005 r.<sup>37</sup> i została dobrze przyjęta przez środowiska zamówieniowe. Na tym etapie nie pojawiła się jeszcze nazwa „Krajowa Izba Odwoławcza”.

Wstępne założenia tej koncepcji przewidywały całkowitą likwidację istniejącej listy arbitrów i utworzenie w jej miejsce organu quasi-sądowego, zatrudniającego wyłącznie prawników, których jedynym zadaniem będzie rozpatrywanie odwołań od rozstrzygania protestów przez zamawiających. Powołanie członków takiego organu miało następować na okres kadencji, przy założeniu, iż funkcję taką można będzie pełnić jedynie przez dwie kadencje. Kadencja miałaby trwać 6 lat, ale co 3 lata zmieniałaby się połowa członków organu orzekającego.

Zakładano, że instytucja taka liczyć będzie pięćdziesięciu członków, którzy w okresie roku rozpatrywaliby około 2 tys. odwołań. Jej szefa (prezesa) powoływać miał Prezes Rady Ministrów spośród członków tego organu na kadencję równą kadencji jego członków albo: (a) spośród trzech kandydatów wskazanych przez Prezesa UZP, albo (b) spośród trzech kandydatów wyłonionych przez członków organu orzekającego w głosowaniu tajnym.

Skarga na orzeczenie tego organu byłaby wnoszona do Sądu Okręgowego w Warszawie, w którym miałby powstać Wydział ds. Zamówień Publicznych.

Koncepcja zakładała określenie wysokich wymogów w stosunku do osób, które zasiadałyby w nowej instytucji odwoławczej. Mieli to być prawnicy o wysokich kwalifikacjach i dużym doświadczeniu zawodowym, a także posiadający wiedzę z zakresu zamówień publicznych oraz doświadczenie związane ze stosowaniem przepisów o zamówieniach publicznych. Organ odwoławczy, choć usytuowany „przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych”, miał zachować formalną i faktyczną niezależność. Kompetencje oraz uprawnienia Prezesa UZP miały być ściśle określone w przepisach ustawy i ograniczać się do spraw organizacyjno-technicznych.

W ostatniej fazie prac nad koncepcją, kiedy już przestała mieć charakter „wstępny”, przyjęto nazwę nowej instytucji – Krajowa Izba Odwoławcza.

Podczas konsultacji oraz uzgodnień międzyresortowych, a także podczas dyskusji na posiedzeniu Komitetu Stałego Rady Ministrów koncepcja przejścia na zawodowy sposób rozstrzygania sporów zamówieniowych nie wzbudzała większych wątpliwości. Pewne kontrowersje budził natomiast formalny status przyszłej Izby oraz sposób finansowania jej działalności (między innymi dylemat – budżet „samodzielny” czy będący częścią budżetu UZP).

Jak łatwo zauważyć, ostateczny projekt zmian, wpisany do ustawy nowelizującej Prawo zamówień publicznych skierowanej do Sejmu różnił się nieco od przedstawionej wyżej koncepcji wstępnej, ale zachowywał jej zasadnicze założenia.

### **5.1.2. Projekt ustawy**

Projekt ustawy nowelizacyjnej rozpatrzony został przez Radę Ministrów w dniu 24 października 2006 r., a w dniu 4 grudnia 2006 roku Prezes Rady Ministrów przekazał go Marszałkowi Sejmu.

---

<sup>37</sup> *Zawodowi arbitrzy poprawią orzecznictwo*, „Rzeczpospolita” z dnia 14 października 2015 r.

W uzasadnieniu projektu ustawy<sup>38</sup> na wstępie wskazuje się, iż ma ona na celu „przede wszystkim dokonanie głębokiej reformy systemu środków ochrony prawnej w zakresie rozpatrywania odwołań, a w konsekwencji uproszczenie i przyspieszenie procesu udzielania zamówień”. Służyć temu będzie zwiększenie profesjonalizmu osób rozpoznających odwołania, a także podwyższenie jakości wydawanych przez nich orzeczeń i jednolitości orzecznictwa. Wobec istotnego zwiększania się liczby odwołań dotyczących zamówień o dużej wartości, przy jednoczesnym zmniejszeniu się liczby odwołań w sprawach o mniejszej wartości „konieczne stało się utworzenie podmiotu, który w sposób profesjonalny, dobry i w miarę możliwości szybki będzie rozpoznawał odwołania. W tym celu rezygnuje się z rozpoznawania odwołań przez arbitrów i odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dotyczących sądu polubownego.

Kluczowe dla uzasadnienia całości zmian sposobu rozpatrywania odwołań było następujące stwierdzenie: „utrzymywanie obecnego stanu prawnego, w którym w sprawach odwołań orzekają arbitrzy wyznaczani incydentalnie spośród kilkuset arbitrów posiadających różny poziom wiedzy i doświadczenia, nie sprzyja ochronie prawnej stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Dalej w uzasadnieniu projektu stwierdza się, iż „członkowie Izby będą powoływani przez Prezesa Rady Ministrów po przeprowadzeniu postępowania kwalifikacyjnego obejmującego egzamin pisemny (sprawdzający ich praktyczną i teoretyczną znajomość przepisów związanych z udzielaniem zamówień) oraz rozmowę kwalifikacyjną. Odwołanie członka Izby będzie mogło nastąpić w przypadku zaistnienia jednej z przesłanek określonych w ustawie. Członkostwa w Izbie nie będzie można łączyć z innym zatrudnieniem ani wykonywaniem innych zajęć zarobkowych z wyjątkiem działalności naukowej i naukowo-dydaktycznej. Członkowie nie będą też mogli prowadzić działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami oraz być członkami zarządu, rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej ani pełnomocnikami spółek prawa handlowego. Naruszenie obowiązków członka Izby i uchybienia godności zawodowej będą powodować odpowiedzialność dyscyplinarną. Jednocześnie gwarantuje się w ustawie niezawisłość członków Izby przy orzekaniu”.

Konsekwencją powyższych zmian w Prawie zamówień publicznych miały być zmiany w ustawie o kształtowaniu wynagrodzeń w państwowej sferze budżetowej, ustawie o finansach publicznych oraz ustawie o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

## **5.2. Skład osobowy Izby**

Przepisy ustawy nowelizacyjnej z dnia 13 kwietnia 2007 r. w przeważającej części weszły w życie 11 czerwca i niezwłocznie po tym terminie rozpoczęła się najtrudniejsza część tworzenia Krajowej Izby Odwoławczej – proces rekrutacji oraz kwalifikacji jej przyszłych członków.

W dniu 13 lipca 2007 r. na stronie KPRM oraz Urzędu Zamówień Publicznych ukazało się ogłoszenie Prezesa Rady Ministrów o wszczęciu postępowania kwalifikacyjnego dla kandydatów na członków Krajowej Izby Odwoławczej. Zgłoszenia wpłynęły od 75 osób. Komisja Kwalifikacyjna, powołana zarządzeniem Prezesa Rady Ministrów w dniu 14 września 2007 r.,

---

<sup>38</sup> Druk sejmowy nr 1193.

dopuszczała do udziału w tym postępowaniu 68 osób, a wobec 7 osób wydała postanowienie o odmowie dopuszczenia z powodu nieuzupełnienia braków zgłoszenia lub niespełniania kryteriów ubiegania się o powołanie na członka KIO. Do egzaminu pisemnego, który odbył się w dniu 9 października 2007 r., przystąpiły 43 osoby. Do następnego etapu postępowania – rozmowy kwalifikacyjnej – Komisja Kwalifikacyjna zaprosiła 27 kandydatów, którzy w wyniku egzaminu pisemnego uzyskali wymagane minimum punktów.

Rozmowy kwalifikacyjne z kandydatami odbywały się w dniu 13 października 2007 r. Od uchwały Komisji Kwalifikacyjnej odwołania do Prezesa Rady Ministrów złożyły cztery osoby. Odwołania zostały oddalone, a na tę decyzję jedna osoba złożyła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

W dniu 13 listopada 2007 r. Komisja Kwalifikacyjna podjęła uchwałę o zakończeniu postępowania kwalifikacyjnego oraz ustaleniu ocen końcowych. W wyniku przeprowadzonego postępowania kwalifikacyjnego wyłonionych zostało 25 osób, które uzyskały liczbę punktów wystarczającą do powołania przez Prezesa Rady Ministrów na członków Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Uroczyste ślubowanie członków Krajowej Izby Odwoławczej odbyło się w dniu 5 grudnia 2007 r.

Stosunkowo szybko okazało się, iż liczba członków KIO, wyłonionych po pierwszym postępowaniu kwalifikacyjnym, jest niewystarczająca, tym bardziej iż z funkcji tej w latach 2008–2009 zrezygnowało kilka osób. W związku z tym w latach 2008–2009 przeprowadzono kolejne postępowania kwalifikacyjne na następnych – odpowiednio – 4 i 17 członków KIO. Podobnie jak postępowanie pierwsze, także i te kolejne wzbudziły duże zainteresowanie. W wyniku tych dwóch postępowań kwalifikacyjnych liczba członków KIO wzrosła do 38 osób.

Kolejne postępowanie kwalifikacyjne wszczęte zostało w roku 2017. W jego wyniku nowymi członkami Izby zostało 18 osób, które ślubowanie złożyły w dniu 1 września 2017 r. W związku z niepodjęciem przez jedną osobę obowiązków członka Izby ostatni nabór do KIO zamknął się w efekcie liczbą 17 osób. Obecnie zatem Krajowa Izba Odwoławcza liczy 47 członków.

Niezwykle interesująca byłaby analiza statystyczna danych dotyczących członków Izby, obrazujących ich kwalifikacje oraz kompetencje zawodowe i doświadczenie, zwłaszcza „w zamówieniach publicznych”, ale z oczywistych względów, są one chronione ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych. W związku z tym wiemy o nich tylko tyle, że spełniają wymogi określone w kolejnych procedurach kwalifikacyjnych i wiedza ta musi nam wystarczać.

### **5.3. Właściwość i charakter prawny Izby**

Właściwość Krajowej Izby Odwoławczej określona została w przepisach Prawa zamówień publicznych i nigdy nie budziła żadnych wątpliwości. Zgodnie z ustawą nowelizacyjną z dnia 13 kwietnia 2007 r. Izba jest właściwa „do rozpoznawania odwołań od rozstrzygnięć protestów wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia” (art. 172 ust. 1). Nowelizacja z dnia 4 września 2008 r. rozszerzyła kompetencje KIO – od dnia 24 października

2008 r. Izba na podstawie art. 182 ust. 3 rozpoznaje wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a na podstawie art. 167 ust. 3 oraz 171a wyraża w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń pokontrolnych, zgłoszonych przez zamawiającego do Prezesa Urzędu w toku przeprowadzania kontroli, zarówno do-  
rażnej, jak i uprzedniej.

Szereg wątpliwości, także doktryny, budził natomiast i wciąż budzi charakter prawny Krajowej Izby Odwoławczej, szczególnie w aspekcie regulacji Kpc, dotyczących instytucji sądu polubownego. Przyczynia się do tego niewątpliwie znajdujące się w Pzp odesłanie w sprawach postępowania odwoławczego do odpowiedniego stosowania zawartych w nim przepisów o sądzie polubownym (art. 185 ust. 7). Tekst tego odesłania jest identyczny, jak w art. 87 ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. Tyle tylko, że jeśli wówczas podobieństwo kodeksowego sądu polubownego oraz ustawowego zespołu arbitrów było stosunkowo duże, pomiędzy Krajową Izbą Odwoławczą, a modelem sądu polubownego istnieje nieomal przepaść. Całkowicie odmienny niż arbitra „kodeksowego” jest także status członka Izby. Przesąd-  
dzają o tym między innymi następujące różnice:

- nie występuje „zapis na sąd polubowny”, kwestię tę regulują przepisy ustawy, a strony, jeśli chcą przystąpić do sporu, muszą zaakceptować zapisane tam warunki;
- strony nie wyznaczają arbitrów, skład orzekający wyznacza prezes KIO wg przyjętej w tym zakresie procedury;
- procedurę rozpatrywania odwołania, wskazującego istotę sporu, określają odrębne przepisy (ustawa oraz Regulamin postępowania przy rozpatrywaniu odwołań);
- możliwość wniesienia skargi na wyrok KIO,
- członkowie Izby wykonują swoją funkcję zawodowo, pobierając za to stałe wynagrodzenie.

Należy sądzić, iż sytuacja ta powoduje, że próby zdefiniowania charakteru prawnego KIO niekiedy dość istotnie się do siebie różnią. W jednym z komentarzy do Pzp stwierdza się, iż „Izba jest szczególnym organem państwowym, którego status jest zbliżony do samorządowych kolegiów odwoławczych”<sup>39</sup>, w innym, że Izba „jest organem państwowym właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” i ma „charakter organu sądowego w rozumieniu art. 267 TFUE”<sup>40</sup>. Szczególnie interesująca, wciąż zachowująca swoją aktualność jest definicja, przedstawiona przez jednego z czołowych ekspertów w sprawach zamówień publicznych: „Izba stanowi *sui generis* organ władzy publicznej orzekający w sprawach cywilnych na zasadzie kontrydiktoryjności (sporności), działający w strukturach administracji rządowej”<sup>41</sup>.

Niezależnie jednak od tego, jak polska doktryna próbuje zdefiniować charakter prawny Krajowej Izby Odwoławczej, w rozumieniu prawa europejskiego oraz w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest ona traktowana jako organ sądowy. W sprawie

<sup>39</sup> S. Babiarsz, Z. Czernik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2013.

<sup>40</sup> I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2017, s. 1237.

<sup>41</sup> R. Szostak, Komentarz do nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2007, s. 59.

C-465/11<sup>42</sup> Trybunał stwierdził, iż „KIO jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej (...)”.

#### 5.4. Niezawisłość i niezależność

Jednym z podstawowych założeń, przyjętych przy opracowywaniu projektu Krajowej Izby Odwoławczej była jej niezależność oraz pełna niezawisłość jej członków. Była to istotna zmiana w stosunku do listy arbitrów oraz funkcji arbitra, bowiem przepisy ustawy o zamówieniach publicznych oraz Prawa zamówień publicznych nie zawierały żadnych regulacji w tym zakresie.

Postulat niezawisłości członków Izby wypełnia przepis art. 174 ust. 7 Pzp, który mówi, iż „członkowie składów orzekających Izby przy orzekaniu są niezawisli i związani wyłącznie przepisami obowiązującego prawa”. W komentarzach do tego przepisu podkreśla się, iż przy interpretacji terminu „niezawisłość” należy posiłkować się pojęciem niezawisłości sędziowskiej, określonej w Konstytucji (art. 187) oraz w odpowiednich przepisach ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych<sup>43</sup>. Gwarancją niezawisłości, podobnie jak w przypadku sędziów, są ograniczenia nałożone na członków Izby (art. 174 ust. 1 i 2). Obejmują one między innymi zakaz sprawowania mandatu w organach przedstawicielskich, przynależności do partii politycznych, zajmowania określonych stanowisk i wykonywania określonych czynności. Podobnie jak niegdyś arbiter, członek KIO przy rozpatrywaniu odwołania jest niezależny zarówno od stron postępowania, jak i od Prezesa Urzędu<sup>44</sup>.

Biorąc powyższe pod uwagę można stwierdzić, iż zasada niezawisłości i niezależności członków KIO została prawidłowo uregulowana w Prawie zamówień publicznych. Pewne wątpliwości w tej kwestii mogą jednak budzić przepisy, dotyczące stosunku pracy członków Izby, do których odnosi się art. 173 ust. 4 oraz przepisy normujące zasady ich wynagradzania (art. 173 ust. 6–10). Zgodnie z tymi regulacjami pracodawcą członków KIO jest Prezes UZP i, choć w tym zakresie wykonuje on czynności techniczne, jeśli zechce, może wykorzystywać je do wywierania nacisków na Izbę lub któregokolwiek z jej członków. Nie jest tajemnicą, iż w przeszłości próby takie były podejmowane, co zauważały także media<sup>45</sup>, podobnie jak to, iż relacje KIO z ówczesnym Prezesem Urzędu nie układały się najlepiej. Członkowie Izby komentowane przez niego oraz publiczne krytykowanie wydawanych wyroków odbierali jako naruszenie zasady ich niezawisłości.

Odrębnym problemem jest poziom wynagrodzenia członków KIO, który istotnie odbiega od pożądanego oraz przewidywanego (na dzień dzisiejszy), w koncepcji zakładającej powołanie Izby. Być może sytuacja ta jest zasadniczym powodem tego, iż w okresie jej istnienia szeregi członków KIO opuściło kilkanaście osób.

---

<sup>42</sup> Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczta Polska SA.

<sup>43</sup> T.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 2062.

<sup>44</sup> Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, Wyd. 3, Warszawa 2007, s. 492.

<sup>45</sup> *Narasta konflikt w przetargach. Czy prezes UZP może krytykować wyroki KIO?*, „Gazeta Prawna” z dnia 6 listopada 2013 r.



## 5.5. Miejsce Izby w systemie środków ochrony prawnej

Krajowa Izba Odwoławcza w sensie ustrojowym stanowi kluczowy element pewnej całości, będącej ważnym segmentem systemu zamówień publicznych, bowiem tak została usytuowana przez ustawodawcę w momencie jej powoływania. Na całość tę składały się: protest – odwołanie – skarga. Konstrukcja ta stanowiła zespół instytucji, słusznie nazwanych „systemem środków ochrony prawnej”. Niestety, „rozbiła” ją likwidacja protestu, dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>46</sup>.

Aczkolwiek miała ona, zdaniem autora, daleko idące negatywne konsekwencje dla całego procesu rozstrzygania sporów w zamówieniach publicznych, nie wpłynęła na pozycję KIO w tym procesie, a nawet – paradoksalnie – ją umocniła. Odwołania nie są już wnoszone na rozstrzygnięcie protestu przez zamawiającego, ale na podejmowane przez niego, określone czynności. Skróciła się tym samym „linia komunikacyjna” pomiędzy zamawiającym i wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, a KIO jako organem rozstrzygającym zaistniałe pomiędzy nimi spory. Być może jest to jedyny plus tej niedobrej decyzji, który jednakże, w pewnych sytuacjach, może okazać się rozwiązaniem niekorzystnym dla stron sporu.

Chociaż, mam nadzieję chwilowo, z układu środków ochrony prawnej usunięty został protest, Krajowa Izba Odwoławcza pozostaje jego centrum. Bez istnienia takiej instytucji, jakkolwiek by się ona nie nazywała, trudno wyobrazić sobie prawidłowe funkcjonowanie rynku zamówień publicznych. Miejsca, które obecnie zajmuje, nie byłyby w stanie wypełnić sądy powszechne ani żadne inne instytucje sądowe czy quasi-sądowe.

Niewątpliwie natomiast otwarty pozostaje problem relacji KIO z trzecim ogniwem (chwilowo drugim) instytucji ochrony prawnej – sądami powszechnymi. Tu zapewne należałoby powrócić do wyznaczenia jednego (nie trzech lub czterech) sądu właściwego w sprawie skarg na wyroki KIO, tak, jak to było niegdyś, a także szukać rozwiązań, pozwalających na zwiększenie nadzoru sądowego nad Izbą (może instytucja sędziów – wizytatorów?).

## 6. UWAGI KOŃCOWE

Nie ulega wątpliwości, iż od czerwca 1994 r. zarówno system zamówień publicznych, jak i każda z tworzących go instytucji przeszły swoistą ewolucję, zmieniając się w większym lub mniejszym zakresie. Czasami wykonywany był krok wstecz, ale na szczęście nie wpływał znacząco na funkcjonowanie systemu. Jeśli ktoś jeszcze pamięta, jak to było na początku, musi przyznać, że dzisiaj zamówieniowy świat jest już zupełnie inny.

Potwierdzenie tego stanowi system środków ochrony prawnej, którego drogę od niezawodowej listy arbitrów do w pełni profesjonalnej, mającej charakter organu sądowego w rozumieniu art. 267 TFUE Krajowej Izby Odwoławczej starałem się przedstawić w niniejszym referacie. Jeśli udało się to osiągnąć, na koniec wypada postawić następujące pytania:

---

<sup>46</sup> Dz. U. Nr 223, poz. 1778.

Czy zachodzące w systemie zamówień zmiany, także dotyczące instytucji służących ochronie prawnej, można uznać za ewolucję kontrolowaną?

Zdaniem autora, wyjąwszy znaczną część okresu „permanentnej nowelizacji”, zdecydowanie nie tak. Oponentom, którzy się z takim zdaniem nie zgadzają odpowiem, że w ostatecznym rachunku liczy się efekt. A obecnie jest on taki, iż mamy nowoczesny, na europejską miarę skrojony system zamówień publicznych, jeden z największych w Europie zamówieniowych rynków oraz – co jest szczególnie ważne – postępującą profesjonalizację procesu udzielania zamówień publicznych.

Czy w tym kontekście Krajowa Izba Odwoławcza, jako w pełni profesjonalny organ rozstrzygający zamówieniowe spory, właściwie wypełnia swoją misję?

Podobnie jak poprzednio, odpowiedzieć należy – zdecydowanie tak. Tym bardziej zdecydowanie, że spora część minionego dziesięciolecia jej działalności przypadła na czas głębokich zmian w zamówieniowym prawie, także kontrowersyjnych, które nie ułatwiały orzekania i nie służyły jego jednolitości. Zdaniem autora było to możliwe z dwóch powodów – siły instytucji oraz siły ludzi, przy czym kolejność nie ma tu większego znaczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza zbudowana została na solidnych fundamentach dorobku orzeczniczego arbitrów z listy prowadzonej przez Prezesa UZP, nie jest wytworem urzędniczej biurokracji, lecz stanowi poprawną odpowiedź na zapotrzebowanie dynamicznego rynku zamówień publicznych. Jest przy tym oryginalnym, polskim pomysłem, uznawanym i dobrze ocenianym przez instytucje europejskie. Tworzy instytucjonalne ramy, które same, bez zaangażowania i siły ludzi – członków Izby – niewiele by znaczyły. Dlatego też stwierdzić należy, że prawidłowe sprawowanie ustawowej funkcji przez KIO to przede wszystkim zasługa ludzi, teraz i w przeszłości tworzących Izbę, ich profesjonalizmu, determinacji oraz często odwagi w orzekaniu i stawianiu „niewygodnych” pytań prejudycjalnych, a także w pilnowaniu własnej niezależności i niezawisłości. Historia dziesięciu lat istnienia Izby dostarcza wielu dowodów na prawdziwość tych ocen.

Właśnie dlatego, choć nie tylko dlatego, Krajowa Izba Odwoławcza jest wielką wartością polskiego systemu zamówień publicznych, a zatem nie można utracić niczego z wartości, jakie sobą reprezentuje. Należy natomiast rozwijać je i umacniać, przede wszystkim w aspekcie niezawisłości i pełnej niezależności. Mam nadzieję, że nowe Prawo zamówień publicznych, nad którego projektem już się pracuje, uwzględni ten postulat.



## 2. 10-LECIE FUNKCJONOWANIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ – CO DALEJ?

*Prof. dr hab. Ryszard Szostak  
Profesor Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie,  
członek Rady Zamówień Publicznych  
przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych*

### Uwagi ogólne

Wdrożenie szybkiego postępowania jurysdykcyjnego dla zwalczania uchybień proceduralnych, popełnianych przez zamawiającego – organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zostało wymuszone potrzebą zwiększenia efektywności orzekania. Doniosłe okazały się dwie funkcje szczególnych środków ochrony prawnej wykonawców, a mianowicie: a) funkcja naprawcza (błędy powinno się korygować na bieżąco, jeszcze przed zawarciem umowy) oraz b) funkcja prewencyjna (obawa zaskarżenia wadliwych czynności proceduralnych wymusza większą staranność i profesjonalizm po stronie zamawiającego). Nie bez znaczenia jest też oczywista przewaga szczególnych środków korygujących nad tradycyjnym powództwem o unieważnienie umowy finalnej z powodu błędów proceduralnych (*vide* art. 70 kodeksu cywilnego<sup>1</sup>) czy też odszkodowawczego zadośćuczynienia pokrzywdzonemu wykonawcy (*vide* art. 471 kodeksu). Poza tym najlepszym sprzymierzeńcem interesu publicznego bywa – jak wiadomo – dochodzący sprawiedliwości i walczący o rzetelny wynik przetargu konkurent. Ponadto liczy się także nieruchomości sankcji majątkowych i osobistych. Zamawiający natomiast nie potrzebuje ochrony specjalnej, ponieważ sam jest organizatorem postępowania i z tego tytułu może wykluczyć niewiarygodnego wykonawcę bądź odrzucić ofertę uchybiającą wymaganiom prawnym lub wynikającym z warunków zamówienia. W sporadycznych przypadkach może żądać unieważnienia umowy finalnej w oparciu o art. 146 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>2</sup> lub odszkodowania na zasadach ogólnych. W niektórych krajach (np. w Niemczech) dopuszcza się wyjątkowo żądanie zasądzenia odszkodowania w zakończeniu postępowania odwoławczego od nieuczciwego wykonawcy, który wniósł „oczywiście bezzasadne odwołanie”, ponieważ skutki obstrukcji wywołanej bezzasadnie uruchomionym postępowaniem bywają niekiedy tak dotkliwe, że nie znajdują godziwej rekompensaty w orzeczonym zwrocie kosztów od wykonawcy przegrywającego sprawę. Rozwiązanie takie należy propagować w związku z nadchodzącymi zmianami legislacyjnymi.

Po wprowadzeniu w 1989 r. dyrektywy odwoławczej<sup>3</sup> ukształtowały się trzy zasadnicze modele orzekania w zakresie analizowanych sporów przedumownych – w idealnym lub mniej doskonałym trybie jurysdykcyjnym. Pierwszy, to tradycyjny model sądowy, funkcjonujący w oparciu o klasyczne zasady kontradiktoryjnego procesu w ramach wymiaru sprawiedli-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. t.j. z 2017 r., poz. 459).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579), zwana dalej: „ustawa Pzp”.

<sup>3</sup> Dyrektywa Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 355 z 30.12.1989, s. 33 i n.).

wości w sprawach majątkowych sprawowanego przez sądy powszechne (Wielka Brytania, Irlandia, Holandia, Litwa). Drugi, to model sądowo-administracyjny, wzorowany na rozwiązaniach francuskich z XIX w. (Francja, Belgia, Luksemburg, Włochy, Szwecja, Portugalia). Trzeci zaś model polega na powierzeniu orzekania jurysdykcyjnego wyspecjalizowanemu organowi administracyjnemu, który toczy sporne postępowanie odwoławcze w sprawie cywilnej na zasadach zbliżonych do procesu sądowego (Niemcy, Dania, Hiszpania, Grecja, Polska, Węgry, Estonia i in.). Te trzy modele utrzymały się także po wielkiej akcesji w 2004 r., obejmującej przyłączenie do UE krajów z Europy Wschodniej<sup>4</sup>.

Dopuszczony w Polsce w okresie przedakcesyjnym arbitraż doraźny nie wytrzymał jednak próby czasu, przede wszystkim z powodu rosnących wymagań prawnych w zamówieniach publicznych, braku dostatecznego profesjonalizmu i następującego spadku jakości orzekania. Został rozwiązany w atmosferze rozczarowania, jako tzw. „arbitraż z doskoku”. Także przejściowo funkcjonujący arbitraż stały, bardziej profesjonalny, okazał się niewystarczający z uwagi na brak dostatecznych gwarancji niezawisłości oraz inne mankamenty arbitrażowego sposobu orzekania, pozostającego w kolizji z wymaganiami wynikającymi z dyrektyw europejskich, która ujawniła się dobitnie w okresie przygotowania dyrektywy modernizacyjnej Rady i Parlamentu Europejskiego 2007/66/WE z 11 grudnia 2007 r. o poprawie skuteczności procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych<sup>5</sup>. Utworzenie Krajowej Izby Odwoławczej okazało się koniecznością na gruncie polskich realiów wymiaru sprawiedliwości oraz potrzeby dostosowania rodzimych rozwiązań do standardów europejskich, zwłaszcza organizacyjnych i jurysdykcyjnych, w tym dotyczących gwarancji profesjonalizmu i niezawisłości w orzekaniu. Alternatywny model sądowy nie miał i nadal – niestety – nie ma szans powodzenia, przede wszystkim z powodu utrzymującej się niewydolności sądów. Model sądowy jest jednak najlepszy, z punktu widzenia ochrony praw jednostki, należy więc do niego dążyć w ramach rozwiązania docelowego. Przejściowo rozważać można co najwyżej jurysdykcję sądową o charakterze szczególnym. Od razu jednak trzeba wykluczyć w polskich warunkach konstytucyjno-ustrojowych koncepcję sądowo-administracyjną. Wzór francuski, polegający na administracyjnym zatwierdzeniu wyniku przetargu (postępowania) w trybie decyzyjnym przez właściwy organ, a następnie dopuszczenie skargi (odwołania) do sądu administracyjnego, nie mieści się w naszych tradycjach, ani w dyspozycjach z art. 184 Konstytucji. Po pierwsze, polskie sądy administracyjne nie mają legitymacji do kontroli wszelkich form działania administracji, lecz tylko legalności rozstrzygnięć administracyjnych, a w każdym razie kontrola taka nie może dotyczyć spraw cywilnych. Po drugie, sądy administracyjne w Polsce nie mają uprawnień reformatoryjnych (naprawczych), nieodzownych w zakresie środków odwoławczo-korygujących, lecz wyłącznie uprawnienia kasacyjne, sprowadzające się do uchylania wadliwych decyzji lub stwierdzenia ich nieważności. Całkowitego braku efektywności orzecznictwa administracyjnego dowiodło niedawne przekazanie sądom administracyjnym jurysdykcji w sprawach dotyczących sporów przedkoncesyjnych. Ostatecznie na mocy nowej ustawy z 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>6</sup> ustawodawca zmuszony został do wycofania się z tej – nieudanej – koncepcji, powierzając rozpoznawanie tych sporów Krajowej Izbie Odwoławczej.

---

<sup>4</sup> Więcej: P. Bogdanowicz, W. Hartung, A. Szymańska, *Funkcjonowanie środków ochrony prawnej w krajach UE – kluczowe wnioski*, Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, Warszawa 2017, s. 17 i n.

<sup>5</sup> Dz. Urz. UE L 335, s. 31.

<sup>6</sup> Dz. U. z 2010 r., poz. 1920.

## Osiągnięcia i trudności Krajowej Izby Odwoławczej

Utworzenie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) w 2007 r. doprowadziło do względnej stabilizacji organizacyjnej pozasądowego sposobu orzekania, wzmocnieniu uległy też gwarancje profesjonalizmu i niezawisłości. Sprawy ciągle jednak komplikują się, zmienia się także ich treść, w związku z kolejnymi nowelizacjami Prawa zamówień publicznych, pojawiają się coraz to nowe wyzwania interpretacyjne. Dlatego KIO nadal jeszcze znajduje się w stadium rozwoju. Stabilizacji orzecznictwa nie sprzyja nieustająca fluktuacja kadrowa, co uzasadnia pilne wdrożenie rozwiązań zaradczych. Udało się jednak w miarę racjonalnie ukształtować tryb postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem rodzimych doświadczeń, w kierunku dalszego wdrożenia podstawowych założeń jurysdykcyjnych (niezależności, niezawisłości i profesjonalizacji)<sup>7</sup>, z zachowaniem apelacyjnego sposobu zaskarżania orzeczeń KIO do sądu powszechnego. Praktyka zweryfikowała pozytywnie zniesienie protestów, które zostały zastąpione możliwością uznania odwołania przez zamawiającego, połączonego z „samonaprawieniem” wadliwości postępowania w trybie art. 186 ustawy Pzp. To samo dotyczy automatycznego zawieszenia obowiązku zawarcia umowy finalnej w następstwie wniesienia odwołania (art. 183 ustawy Pzp), a także biegu terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp). Wyraźnym mankamentem legislacyjnym są jednak rozmiijające się z potrzebami praktyki zasady przedłużania okresu związania ofertą oraz ważności wadium. Ustabilizowały się reguły prowadzenia postępowania wstępnego, a także rozprawy publicznej, z uwzględnieniem zasady należytej koncentracji i weryfikacji materiału dowodowego. Tymczasem w wielu krajach nie dostąpiono jeszcze tego dobrodziejstwa, organizując postępowanie dowodowe wyłącznie w ujęciu formalnym, bez rozprawy, przy niemal wyłącznym korzystaniu z dowodu z dokumentu, analogicznie jak w postępowaniu zmierzającym do wydania aktu administracyjnego. Stosunkowo dobrze funkcjonuje też interwencja uboczna, polegająca na przystąpieniu do postępowania odwoławczego zainteresowanych konkurentów, po stronie odwołującego się wykonawcy albo po stronie zamawiającego, w trybie art. 185 ustawy Pzp. Powoli rozwija się kontrola Izby nad przestrzeganiem zasad udzielania zamówień publicznych w zakresie kształtowania postanowień umowy o zamówienie publiczne, stanowiących część składową warunków zamówienia.

Do największych sukcesów Izby należy niewątpliwie zachowanie 15-dniowego terminu przewidzianego na wydanie orzeczenia końcowego. Zdarzające się wyjątki znajdowały dotychczas usprawiedliwienie w trudnościach kadrowych. Przekroczenie tego terminu z innych przyczyn powinno być wyeliminowane. Imponująca jest ponadto liczba spraw załatwianych przez KIO. Aktualnie ich liczba sięga aż 2500 rocznie<sup>8</sup>, choć bywały gorsze lata w przeszłości. Utrzymująca się tendencja spadkowa wynika z doskonalenia się praktycznej wykładni Prawa zamówień publicznych. W tej liczbie mieści się aż 35% spraw umorzonych z powodu cofnięcia odwołania lub uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego, natomiast dalsze 9% stanowią sprawy objęte zwrotem odwołania z powodu braku wpisu i jeszcze w 4% spraw odwołanie zostaje odrzucone z przyczyn formalnych. W sumie zatem tylko w 52% spraw (ok. 1300) doszło do merytorycznego rozstrzygnięcia, z tego w większości przypadków (ponad

<sup>7</sup> Por. R. Szostak, *O potrzebie wzmocnienia statusu Krajowej Izby Odwoławczej*, kwartalnik „Prawo Zamówień Publicznych” 2017, Nr 1, s. 3 i n.

<sup>8</sup> Por. Sprawozdanie Prezesa UZP o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r., Warszawa, czerwiec 2017, s. 111.

60%) odwołanie zostało oddalone. Uwzględnienie odwołania tylko w ok. 500 sprawach wpływających do KIO (1/5) świadczy o pozytywnej tendencji spadkowej w zakresie sporów przedmownych, a z drugiej – o dostatecznej roli prewencyjnej postępowania odwoławczego. Wraz z nastaniem oczekiwanej stabilizacji normatywnej liczba spraw docelowo wpływających do KIO nie powinna przekraczać 1500 rocznie. Przejrzystość regulacji także przyczyni się do zwiększenia sprawności orzekania. Obecne obciążenia członków KIO są zatem znaczne, także na tle porównywalnego stanu w innych państwach europejskich<sup>9</sup>. Bardzo ujemnie na sprawność w zakresie orzekania wpłynęły ograniczenia kadrowe z przeszłości, tolerowane z powodu rzekomego braku środków finansowych, a także ubytki kadrowe wynikające z niedostatecznych motywacji finansowych (z Izby w ostatnich dwóch latach odeszło 6 osób), dobrze wykształconych i doświadczonych prawników. W porównaniu do analogicznego stanu obciążenia w sądach okręgowych, które byłyby właściwe, gdyby nie działała KIO – wymiar sprawiedliwości sprawowany przez Izbę wypada efektywnie pod względem sposobu działania i jest bardzo tani. Natomiast nieco gorzej wygląda jakość orzekania. Ciągłe bowiem nie jest jeszcze w pełni zadowolająca, choć w dużym stopniu jej poziom zależy od czynników zewnętrznych. Z drugiej strony, gdy uwzględni się ok. 20 mln zł dochodów budżetu państwa wpływających z tytułu uiszczanych opłat od odwołań, przy kosztach funkcjonowania Izby ok. 10 mln zł, jej wizerunku finansowego nie powinno się postrzegać w kategoriach przypadku organu, do którego państwo musi „dokładać”.

Pod względem ustrojowym KIO ukształtowana została jako organ państwowy podległy Ministrowi Finansów i Rozwoju, który powołuje i odwołuje jej członków, a także Prezesa i wiceprezesa Izby, natomiast czynności w sprawach z zakresu prawa pracy wykonuje Prezes UZP. Rozwiązanie to nie zasługuje na aprobatę. Po pierwsze, narusza ono (niepotrzebnie) niezależność Izby, a „pośredniczenie” Prezesa UZP utrudnia dodatkowo załatwianie spraw pracowniczych. Tego rodzaju organ jurysdykcyjny powinien być usytuowany organizacyjnie przy Prezesie Rady Ministrów, natomiast powoływanie i odwoływanie członków Izby należałoby powierzyć raczej Prezydentowi RP, działającemu na wniosek Premiera. Po drugie, bardzo niezręczna jest podległość Izby Ministrowi Finansów i Rozwoju, w którego rozbudowanym resorcie udziela się wielu kluczowych zamówień, objętych – na wypadek sporu – właściwością KIO. Po trzecie, według art. 175 Konstytucji wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują niezależne sądy, odrębne od innych władz. Tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza nie tylko nie jest organem konstytucyjnym, lecz także została usytuowana zbyt głęboko w strukturach administracji rządowej. Pewnym usprawiedliwieniem dla tak ustalonego ewolucyjnie *status quo* ma być przepis o subsydiarnym stosowaniu w postępowaniu przed KIO przepisów kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym (art. 185 ust. 7 ustawy Pzp). Odesłanie to jednak nie ma żadnego realnego pokrycia w działalności Izby, pełni jedynie rolę przysłowiowego „listka figowego”. Izba nie orzeka bowiem na zasadach słuszności, lecz według kryterium legalności, wykluczona jest też możliwość ugodowego załatwienia sprawy, nie stosuje się ponadto jakichkolwiek przepisów o arbitrach i ich wyznaczaniu. Odwoływanie się do sądu polubownego można zatem tolerować jedynie przejściowo.

Powyższy status KIO nie sprzyja rozbudowaniu jej autorytetu, a niekiedy nie wystarcza nawet dla ochrony powagi urzędu. W ogóle rola profesjonalnej jurysdykcji w zakresie rozpatrywania sporów dotyczących udzielania zamówień publicznych nie jest jeszcze dostatecznie

---

<sup>9</sup> Por. P. Bogdanowicz, W. Hartung, A. Szymańska, op. cit., s. 21 i n.

doceniana. Tymczasem zamówienia publiczne ze swoimi licznymi ograniczeniami nie przedstawiają się atrakcyjnie w życiu publicznym, zwłaszcza z urzędowego punktu widzenia, a także w doktrynie prawa, która nie znosi regulacji o charakterze imperatywnym, na dodatek mieszanym. Z drugiej jednak strony wartość rynkowa zamówień publicznych jest znacząca w gospodarce. Dlatego nadal utrzymuje się praktyczna doniosłość tego rodzaju kontraktów. Aktualnie ponad 20% obrotu zawodowego, z udziałem przedsiębiorców, generują zamówienia publiczne. Ciągłe też aktualna jest ich społeczna rola. Postuluje się zatem wzmocnienie stymulacyjnych funkcji zamówień w zakresie wzrostu gospodarczego, choćby tylko dlatego, że w większym stopniu mogą napędzać ukierunkowany popyt rynkowy, a także rozwój postępu i innowacyjności<sup>10</sup>. W rezultacie sprawne i sprawiedliwe orzekanie o ewentualnych uchybieniach popełnianych przy ich udzieleniu to swoista „wizytówka”, rzutująca na społeczny wizerunek władzy publicznej. Także ze względu na prewencyjną funkcję procesowego dochodzenia roszczeń trzeba rozważyć „zainwestować” w ukształtowanie rozwiązań organizacyjnych, które rzeczywiście zagwarantują spełnienie wszystkich wymogów szybkiego, sprawnego i sprawiedliwego orzekania, zgodnego ze standardami praworządnego państwa i oczekiwaniami społecznymi.

### **Postulaty *de lege ferenda***

Dla zachowania jurysdykcyjnego statusu KIO nasuwa się potrzeba wzmocnienia jej niezależności oraz stworzenia dalszych gwarancji niezawisłości i profesjonalizacji w orzekaniu. Obok wspomnianych zmian organizacyjnych powinno się udoskonalić konkursowy tryb wyłaniania kandydatów, z większym zaangażowaniem na rzecz osób z wyższymi kwalifikacjami i doświadczeniem zawodowym oraz rzeczywistymi predyspozycjami sędziowskimi. W razie potrzeby w ogóle można rozważyć ograniczenie naboru wyłącznie do osób legitymujących się kompetencjami sędziowskimi lub równorzędnymi. Towarzyszyć temu musi zasadniczy wymóg rozpatrywania sprawy w składzie trzyosobowym, a jedynie wyjątkowo w sprawach mniej skomplikowanych – w składzie jednoosobowym. Chodzi bowiem o jedną z fundamentalnych (historycznie) gwarancji profesjonalizmu i niezawisłości. Skład trzyosobowy pozwala na wymianę poglądów i unikanie błędnych rozstrzygnięć. Nie bez znaczenia jest także integracja arbitrów, istotna dla „ucierania” stanowisk oraz usuwania ewentualnych rozbieżności w skali całej Izby. Z niewiadomych względów przez wiele lat nie można uporać się z tym prostym, lecz uciążliwym praktycznie, problemem o charakterze organizacyjnym. Wprowadzenie przed paru laty tego, niezbyt efektywnego z punktu widzenia jakości orzekania, rozwiązania uzasadniano – żenująco – brakiem środków finansowych na zaangażowanie większej liczby arbitrów oraz wzrostem ilościowym sporów mało skomplikowanych, zwłaszcza wywołanych nieznaną szybko zmieniającą się Prawa zamówień publicznych. Argumentów tych nie można uznać za trafne, spotkały się z krytyką w praktyce i piśmiennictwie.

Przy najbliższej okazji należałoby zadbać o konstytucyjno-ustrojowe umocowanie KIO. Jurysdykcyjny status Izby wystarczyłoby dopisać do art. 175 Konstytucji, analogicznie jak w przypadku kompetencji kontrolnych regionalnych izb obrachunkowych (por. art. 171 ust. 2 ustawy Pzp), albo choćby powiązać nominację członków KIO z kompetencjami Prezydenta RP. Tak

---

<sup>10</sup> R. Szostak, *Zamówienia publiczne instrumentem rozwoju gospodarczego*, (w:) *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powałowski, Warszawa 2016, s. 273 i n.



czy owak, z osobą głowy państwa powinno się łączyć funkcje kreacyjne w zakresie obsady składu Izby, przy zachowaniu kompetencji wnioskodawczych Prezesa Rady Ministrów, natomiast sam konkurs związany z rekrutacją kandydatów mógłby przeprowadzać, jak dotychczas, Urząd Zamówień Publicznych.

Poszukując dalszych usprawnień w zakresie postępowania odwoławczego rozważyć trzeba pilne wprowadzenie:

- zmian dotyczących zakresu kognicji Izby (zob. niżej),
- przepisu upoważniającego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do prowadzenia listy kilkudziesięciu biegłych z zakresu zamówień publicznych, co być może zachęcałoby KIO do częstszego dopuszczania dowodu z opinii biegłych,
- dalszych gwarancji profesjonalizacji postępowania, zwłaszcza co do sposobu orzekania, w tym minimalne wymogi sporządzania krótszych i przejrzystych uzasadnień do orzeczeń oraz niezwłocznego ich doręczania stronom,
- zasady posiłkowego stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego,
- dalszej racjonalizacji ekonomiki postępowania odwoławczego.

W ramach rozwiązań wewnątrzorganizacyjnych Izby konieczne są gwarancje zachowania jednolitości orzecznictwa, jako wartości podlegającej ochronie (szkolenia, narady orzecznicze, monitoring orzecznictwa itd.), w powiązaniu z przestrzeganiem zasad etyki zawodowej. Trzeba też zaradzić powtarzającym się trudnościami kadrowym, co najmniej poprzez podniesienie uposażeń członków Izby do poziomu godziwego wynagrodzenia sędziów sądów okręgowych, a także rozważenie wprowadzenia ograniczeń podejmowania zatrudnienia w kancelariach prawnych w okresie paru lat po ustaniu zatrudnienia w Izbie.

Nasuwa się potrzeba wzbogacenia regulacji postępowania odwoławczego o normę o bezpośredniej doniosłości praktycznej, zezwalającą na odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego<sup>11</sup> o procesie w toku postępowania odwoławczego<sup>12</sup>. Od wielu lat utrzymują się w tym zakresie trudności interpretacyjne (*vide*: problem statusu pełnomocnictwa procesowego, zasad liczenia terminów, natury interwencji ubocznej itd.)<sup>13</sup>. Tymczasem w świetle art. 2 kpc sprawy cywilne mogą pozostawać wyjątkowo we właściwości organów pozasądowych, a jeśli już sam art. 185 ust. 7 ustawy Pzp odsyła do odpowiedniego stosowania przepisów kpc o sądzie polubownym – nie powinno być tu żadnych przeszkód, tym bardziej że zgodnie z art. 13 § 2 kpc przepisy o procesie stosuje się też odpowiednio do innych rodzajów postępowań. Specjalne unormowanie potrzebne jest jednak o tyle, że już sam ustawodawca zdecydował się ostatecznie na koncepcję odesłań selektywnych (por. 185 ust. 7 oraz 197 ust. 1 ustawy Pzp), a w doktrynie zaznaczył się pogląd, według którego w odniesieniu do przepisów publicznych, w dodatku ze sfery wymiaru sprawiedliwości, nie powinno się stosować analogii bez wyraźnego upoważnienia ustawowego.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. t.j. z 2016 r., poz. 1822).

<sup>12</sup> Por. R. Szostak, *O potrzebie wzmocnienia statusu...*, op. cit., s. 9.

<sup>13</sup> Por. zwłaszcza J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 561 oraz P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1397–1398, a także J. May, *Przystąpienie do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą*, „Kwartalnik PZP” 2016, Nr 1, s. 85 i n.

Aktualnie do właściwości KIO nie należy – niestety – orzekanie o odszkodowaniach, zwłaszcza z tytułu szkód wyrządzonych wykonawcom przez zamawiającego – organizatora, nawet o odszkodowaniu pozostającym w związku z unieważnieniem przetargu bądź innego postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn po stronie zamawiającego. We wszystkich przypadkach właściwy jest sąd powszechny. Rozwiązanie to uzasadnia się brakiem szczególnej potrzeby do wyłączenia jurysdykcji sądowej, a także wtórnym charakterem roszczeń odszkodowawczych, o wiele bardziej skomplikowanych dowodowo względem żądań ze zwykłego odwołania. Należy to zmienić. W razie zaś powierzenia jurysdykcji w sprawach odwoławczych sądowi szczególnemu, należałoby konsekwentnie przypisać mu także jurysdykcję dotyczącą roszczeń odszkodowawczych. Dodatkowo podkreślenia wymaga to, że oparcie odszkodowania z tytułu szkód przedumownych, dochodzonych przez wykonawców, na tradycyjnej zasadzie winy nie odpowiada już wymogom europejskim, zwłaszcza wynikającym z dyrektywy 2007/66/UE<sup>14</sup>. Należy ją bowiem przesunąć do obszaru odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Dlatego niezbędne wydaje się odpowiednie zakotwiczenie odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie zamówień publicznych, w postaci przepisu mającego charakter *lex specialis* względem kodeksu, wprowadzającego w pełni zasadę ryzyka, o kompleksowym zasięgu, analogicznego do obecnego art. 93 ust. 4 ustawy Pzp, dotyczącego odszkodowania z tytułu unieważnienia postępowania z przyczyn (a nie winy) leżących po stronie zamawiającego<sup>15</sup>.

Niezbyt przejrzysta sytuacja normatywna dotyczy kar pieniężnych nakładanych na zamawiającego w wypadku dopuszczenia przez zamawiającego do wykonania umowy przedwcześnie zawartej. Charakter tej sankcji nie jest dostatecznie jasny. Wymaga ustawowego dookreślenia, tym bardziej że obecnie wymierzana jest ona z urzędu przez KIO w postępowaniu – skądinąd – kontradiktoryjnym, wszczynanym na wniosek pokrzywdzonego wykonawcy. Jeśli kary te mają zachować charakter administracyjny, konsekwentnie powinny trafić do zakresu kompetencji Prezesa UZP, z prawem zaskarżenia jego decyzji do sądu administracyjnego. Jest to usprawiedliwione nie tylko systemowo (konstytucyjny problem karania ludzi i innych jednostek), lecz także koniecznością realizacji właściwie pojętego prawa do sądu.

W zakresie niezbędnych uprawnień postępowania sądowo-skargowego należałoby przekazać te sprawy jednemu sądowi (kilku sądom, lecz nie więcej niż pięciu) właściwemu dla obszaru całego kraju. Przyspieszenie doręczania orzeczeń wraz z uzasadnieniami przez KIO wpłynęłoby niewątpliwie na usprawnienie postępowania sądowego. Termin dla załatwienia sprawy przez sąd okręgowy trzeba skrócić – na wzór niemiecki – do 2 tygodni. W ślad za tym należałoby rozciągnąć zakaz zawarcia umowy finalnej na czas postępowania sądowego, do momentu ewentualnego wydania orzeczenia sądowego. Postępowanie sądowo-skargowe powinno uwzględniać doręczenia drogą elektroniczną i inne niezbędne uproszczenia. Opłaty sądowe muszą być rozsądne (obecnie wymagane nadal są zbyt wysokie), jako odpowiadające funkcjom postępowania typu apelacyjnego. Wniesienie skargi nadzwyczajnej do Sądu

<sup>14</sup> Por. w tym zakresie wyroki Trybunału Sprawiedliwości UE: z 14 października 2004 r. (C-275/03, Komisja/Portugalia), z 19 czerwca 2003 r. (C 315/01 OSAG) oraz z 30 września 2010 r. (C-314/09 Graz/Strabag), dostępne na stronach UZP, a także w ramach Lex Polonica nr 1395759 oraz 2393986.

<sup>15</sup> Więcej o tym R. Szostak, *Odpowiedzialność organizatora przetargu za szkody wyrządzone konkurentom*, „Państwo i Prawo” 2011, Nr 10, s. 46 i n. oraz A. Gawrońska-Baran, *Unieważnienie przetargu na zamówienie publiczne*, Warszawa 2014, s. 207 i n. wraz z powołanym tam piśmiennictwem odnoszącym się do wymagań prawa europejskiego.

Najwyższego nie może oczywiście wstrzymywać wykonania obowiązku zawarcia umowy finalnej, lecz prawo do tej skargi należy przyznać także stronom wcześniejszego postępowania przed sądem okręgowym. Warunkiem zaskarżenia powinno być jednak tylko uprzednie wyczerpanie apelacji, a podstawę prawną skargi nadzwyczajnej łączyć trzeba ściśle z jedynie istotnymi naruszeniami prawa przez sąd apelacyjny.

## **Model docelowy**

Model sądowego rozstrzygnięcia sporów przedumownych, występujących przy udzielaniu zamówień publicznych, najbardziej właściwy dla praktycznej realizacji prawa jednostki do sądu, powinien być wdrożony w dalszej perspektywie, po uprzednim zreformowaniu funkcjonowania sądownictwa powszechnego. Chodzi nie tylko o samą szybkość i sprawność postępowania procesowego, lecz przede wszystkim o zdolność do trafnego wyrokowania w skomplikowanych pod względem prawnym sprawach w ciągu 2 tygodni. Przykładem ewolucji (od jurysdykcji organu pozasądowego do powierzenia orzekania sądowi) są rozwiązania austriackie, które dopuszczały, w sprawach zamówień rządowych, najpierw rozstrzygnięcie przez Bundesvergabeamt (Federalny Urząd Zamówień Publicznych), a począwszy od 2014 r. – właściwość Federalnego Sądu Administracyjnego (o uprawnieniach jurysdykcyjnych także w sprawach cywilnych związanych z działalnością administracji), choć w zakresie zamówień krajowo-samorządowych właściwe pozostają nadal wyspecjalizowane organy pozasądowe. Oczywiście w ramach polskiego modelu orzecznictwo sądu administracyjnego nie wchodzi w rachubę ze względów konstytucyjnych, a podporządkowanie tych spraw właściwości sądów powszechnych nie nasuwa żadnych zastrzeżeń. Kierując się jednak koniecznością zapewnienia dostatecznej efektywności i racjonalnej ekonomiki orzekania, analizowane spory przedumowne należałoby przypisać do właściwości niektórych (najlepiej pięciu) sądów okręgowych na terenie kraju, z wyodrębnionymi wydziałami szczególnymi, wyspecjalizowanymi w zakresie spraw dotyczących udzielania zamówień publicznych. Procedura musiałaby być uproszczona (odrębna), z wykorzystaniem rozwiązań wypracowanych dla postępowania odwoławczego przed KIO, z dwutygodniowym terminem załatwienia sprawy. Apelacje można by wносить do jednego sądu apelacyjnego, właściwego dla obszaru całego kraju.



### 3. WPŁYW DYREKTYW UNII EUROPEJSKIEJ ORAZ ORZECZNICTWA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA DZIAŁALNOŚĆ KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

*Prof. dr hab. Maciej Szpunar  
Rzecznik Generalny w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej,  
Profesor Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach*

#### **Wprowadzenie**

Zharmonizowane przepisy prawa w zakresie zamówień publicznych stanowią niezwykle istotny element prawa gospodarczego Unii Europejskiej (dalej: UE). Prawo zamówień publicznych jest jednym z najważniejszych elementów w procesie usuwania barier na rynku wewnętrznym UE. Praktykom dyskryminacyjnym lub protekcyjnym przy udzielaniu zamówień publicznych nie można skutecznie zapobiegać w drodze stosowania ogólnych zasad wynikających ze swobód rynku wewnętrznego. Ich usunięcie wymaga ujednoczenia niektórych aspektów procesu udzielania zamówień publicznych. Pierwsze dyrektywy w tym zakresie zostały przyjęte w prawie wspólnotowym już na początku lat 70. XX w. Prawo zamówień publicznych było też przedmiotem wielu szeroko komentowanych wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej: Trybunał) oraz opinii rzeczników generalnych. Mam tu przede wszystkim na myśli bardzo pogłębione rozważania zamieszczone w opiniach rzeczników generalnych Jacobsa czy Fennelly'ego z lat 90. XX w. Dziedzinę zamówień publicznych charakteryzuje też duża liczba wzajemnych powiązań z innymi dziedzinami prawa Unii, a w szczególności z prawem konkurencji, prawem pomocy państwa, liberalizacją funkcjonowania monopolii czy też regulacją usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym.

Obowiązujący system prawa zamówień publicznych UE jest niezwykle rozbudowany i składają się na niego następujące elementy. Po pierwsze, opiera się on na podstawowych swobodach rynku wewnętrznego, których podstawą są przepisy traktatu o funkcjonowaniu UE (dalej: TFUE). Po drugie, system ten obejmuje umowy międzynarodowe zawarte przez Unię, a w szczególności Umowę o zamówieniach publicznych sporządzoną w ramach WTO. Po trzecie, szczególne znaczenie mają reguły wynikające z kilku aktów prawa pochodnego Unii (dyrektyw dotyczących zamówień publicznych przyjętych przez Radę i Parlament). Po czwarte, niezwykle ważną rolę odgrywa bogate orzecznictwo Trybunału. Dodatkowo źródło europejskiego prawa zamówień publicznych stanowi praktyka stosowania przepisów rozwinęta przez sądy i organy administracyjne w państwach członkowskich. Najczęściej chodzi tu o organy wyspecjalizowane w sprawach zamówień publicznych, takie jak Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO). Warto również podkreślić, że problematyka zamówień publicznych jest także niezwykle ważna nawet dla tych prawników, którzy bezpośrednio nie zajmują się tą dziedziną prawa.

W 2014 roku dokonano istotnej nowelizacji dyrektyw w zakresie prawa zamówień publicznych, których termin implementacji upłynął w kwietniu 2016 r. Chodzi o następujące dyrektywy:

- Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE

- Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE
- Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji.

Na razie jest zbyt wcześnie, aby oceniać skutki owej reformy, chociaż pierwsza analiza pojawiła się już w bieżącym miesiącu w dokumencie sporządzonym przez Komisję a zatytułowanym: „Zwiększenie wpływu inwestycji publicznych poprzez skuteczne i profesjonalne zamówienia publiczne” (Increasing the impact of public investment through efficient and professional procurement. Strasbourg, 3 October 2017).

Jednym z celów reformy jest ułatwienie udzielania zamówień w sposób bardziej skuteczny i zrównoważony, przy pełnym wykorzystaniu technologii cyfrowych. Zamówienia publiczne stanowią wszak ważny instrument strategiczny, mogący się przyczynić do wspierania polityki innowacyjnej. Niektóre z elementów reformy były już przedmiotem judykatury Trybunału<sup>1</sup>.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że z uwagi na prawo międzyczasowe, ostatnio rozstrzygane sprawy, jak i większość z obecnie toczących się postępowań w Trybunale, dotyczą poprzednio obowiązujących przepisów. Nie jest zatem jeszcze możliwe dokonywanie analizy nowych aktów legislacyjnych na tle orzecznictwa.

Z tego też względu omówię jedynie kilka kwestii ogólnych dotyczących zakresu temporalnego zastosowania dyrektyw, a następnie wspomnę o kilku zagadnieniach, które pojawiły się w ostatnio rozstrzyganych sprawach.

## **Prawo międzyczasowe w kontekście ostatniej reformy prawa zamówień publicznych**

Ponieważ przepisy UE uległy obszernej nowelizacji, niezwykle ważne jest zwrócenie uwagi na zagadnienia międzyczasowe. Zagadnienia te zostały zasadniczo ukształtowane już we wcześniejszym orzecznictwie Trybunału.

Warto w tym kontekście wspomnieć o sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 7 kwietnia 2016 r. (Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214), która dotyczyła co prawda wykładni jednej z dyrektyw z 2014 r., lecz pojawiły się w niej wątki międzyczasowe. Sprawa ta została zainicjowana pytaniem prejudycjalnych złożonym przez KIO.

KIO zwróciła się między innymi z pytaniem, czy przepisy dyrektywy 2004/18 mogą być interpretowane w świetle przepisów dyrektywy 2014/24, mimo iż termin transpozycji tej ostatniej dyrektywy jeszcze nie upłynął. Pytania KIO dotyczyły w szczególności zasad, na jakich wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów. Kwestia międzyczasowa była o tyle istotna, że art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 jest sformułowany ogólnie i nie wskazuje wyraźnie, w jaki sposób wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów. Natomiast art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 przewiduje kilka rozbudowanych kryteriów pozwalających na uwzględnienie zdolności innych podmiotów.

<sup>1</sup> Zob. np. dalej omawiane wyroki: w sprawie Partner Apelski Dariusz, C-324/14, oraz w sprawie Borta, C-298/15.

Trybunał zaznaczył, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, co do zasady, zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy instytucja zamawiająca wybierała tryb postępowania, który będzie stosować, i – tym samym – rozstrzygała ona ostatecznie kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie. Ponieważ w sprawie toczącej się przed KIO, ogłoszenie o postępowaniu przetargowym zostało opublikowane przed datą przyjęcia dyrektywy 2014/24, Trybunał orzekł, iż nie znajduje ona zastosowania *ratione temporis* w postępowaniu głównym.

Prawdą jest, że dyrektywa 2014/24, jak stanowi jej motyw 2, ma na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji „w celu zapewnienia pewności prawa oraz uwzględnienia niektórych aspektów powiązanego i utrwalonego orzecznictwa Trybunału”. Tym niemniej art. 63 tej dyrektywy wprowadza istotne zmiany w odniesieniu do przysługującego wykonawcy prawa polegania na zdolnościach innych podmiotów w ramach zamówienia publicznego<sup>2</sup>. Trybunał zaznaczył również, że sytuacja mogłaby być inna, gdyby nowe przepisy jedynie wyjaśniały lub doprecyzowywały istniejący stan prawny. Tymczasem art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24 wprowadza nowe przesłanki, które nie były przewidziane w poprzednim systemie prawnym. Nie chodzi tu więc tylko o rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących treści dawnych przepisów. W tej sytuacji zastosowanie nowych przesłanek do toczących się postępowań o zamówienie publiczne miałyby charakter retroaktywny i byłoby sprzeczne z zasadą pewności prawa.

W odniesieniu do meritum, to znaczy do samej możliwości polegania przez oferentów na zdolnościach technologicznych i zawodowych innych podmiotów, Trybunał orzekł, między innymi, że prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, może być ograniczone w szczególnych okolicznościach z uwagi na przedmiot danego zamówienia, a także jego cele (Trybunał powołał się w tym kontekście na wcześniejszy wyrok z dnia 10 października 2013 r. *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35–36).

Z podobną sytuacją mieliśmy do czynienia w sprawie *Borta*, C-298/15, w odniesieniu do możliwości ograniczania przez podmioty zamawiające udziału podwykonawców przy wykonaniu zamówienia – w przypadku zamówień na roboty budowlane. Rząd litewski twierdził, że należy uwzględnić dyrektywę 2014/25, gdyż zawiera ona szczegółowe przepisy dotyczące ograniczenia podwykonawstwa (w szczególności art. 79 ust. 3 tej dyrektywy).

Trybunał przypomniał, że – co do zasady – zastosowanie ma dyrektywa obowiązująca w momencie, gdy podmiot zamawiający wszczął postępowanie – a więc wybrał tryb postępowania, który będzie stosować. Nie znajdują natomiast zastosowania przepisy dyrektywy, której termin transpozycji upłynął po tej dacie. Ponadto rząd litewski twierdził, że wprowadził już do prawa krajowego niektóre przepisy dyrektywy 2014/25 jeszcze przed upływem terminu transpozycji, pomimo że dyrektywa ta nie została jeszcze transponowana w czasie wszczęcia postępowania przetargowego. W tych okolicznościach Trybunał nie mógł uwzględnić nowej dyrektywy 2014/25. Warto nadmienić, że podobna kwestia, to znaczy ograniczenie udziału podwykonawców, była przedmiotem sprawy *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, C-406/14.

---

<sup>2</sup> Zob. pkt 90 wyroku.

## Pojęcie „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE

Przy kształtowaniu prawa zamówień publicznych niezwykle istotne znaczenie ma praktyka orzecznicza. Dużą rolę odgrywa współpraca pomiędzy organami sądowymi państw członkowskich a Trybunałem w ramach postępowań o wydanie orzeczenia prejudycjalnego.

Mowa tu nie tylko o sądach, lecz także o organach odwoławczych posiadających wszystkie cechy właściwe sądom. Rola takich organów jest szczególnie istotna w dziedzinie wyspecjalizowanej, jaką stanowią zamówienia publiczne. Duża część wniosków o wydanie orzeczenia prejudycjalnego jest kierowana do Trybunału właśnie przez takie organy. Przy czym nie jest istotne to, czy dany organ może być uznany za sąd w rozumieniu prawa krajowego, ponieważ pojęcie „sądu” w rozumieniu art. 267 TFUE jest pojęciem autonomicznym prawa Unii. Pojęcie to może więc obejmować również organy, które nie są sądami w rozumieniu prawa krajowego. Czynnikiem decydującym nie jest formalne zakwalifikowanie danego organu na podstawie prawa krajowego, lecz raczej jego cechy systemowe i funkcjonalne.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w celu rozstrzygnięcia, czy organ odsyłający jest „sądem” w rozumieniu art. 267 TFUE, Trybunał kieruje się w szczególności podstawą prawną istnienia organu, jego stałym charakterem, obligatoryjnym charakterem jego jurysdykcji, kontradyktoryjnością postępowania, stosowaniem przez ten organ przepisów prawa oraz jego niezawisłością. Ponadto, sądy krajowe mogą kierować pytanie do Trybunału wyłącznie w zawisłym przed nimi sporze oraz gdy są zobowiązane zająć stanowisko w postępowaniu mającym doprowadzić do rozstrzygnięcia sporu<sup>3</sup>.

Trzeba zaznaczyć, że Trybunał stosuje wymienione kryteria w sposób stosunkowo liberalny, co umożliwiło zadawanie Trybunałowi pytań prejudycjalnych przez różnorodne organy odwoławcze, ustanowione przez państwa członkowskie w dziedzinie zamówień publicznych. W ten sposób organy te zostały włączone do mechanizmu współpracy sądowej i mogły skutecznie przyczynić się do rozwoju prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych<sup>4</sup>.

Ponieważ zasady funkcjonowania takich organów różnią się w poszczególnych państwach członkowskich, Trybunał kilkakrotnie rozstrzygał, czy wymienione wyżej przesłanki są spełnione w przypadku danego organu odwoławczego.

Dla przykładu, warto wskazać na sprawę C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme – w odniesieniu do Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (katalońskiego sądu ds. zamówień publicznych). W wydanym w tej sprawie wyroku<sup>5</sup> Trybunał orzekł, że nawet jeżeli organ jest postrzegany na gruncie prawa hiszpańskiego jako organ administracyjny, to fakt ten, sam w sobie, nie jest decydujący w ramach dokonywania oceny spełnienia przesłanek z art. 267

<sup>3</sup> Por. w szczególności wyroki: Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, pkt 23); Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-195/98, EU:C:2000:655, pkt 24).

<sup>4</sup> Por. wyroki: Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413, pkt 23–38); Mannesmann Anlagenbau Austria i in. (C-44/96, EU:C:1998:4); HI (C-258/97, EU:C:1999:118, pkt 18); Unitron Scandinavia i 3-S (C-275/98, EU:C:1999:567, pkt 15); HI (C-92/00, EU:C:2002:379, pkt 26–28); Felix Swoboda (C-411/00, EU:C:2002:660, pkt 26–28); Ing. Aigner (C-393/06, EU:C:2008:213); Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 18) i Bundesdruckerei (C-549/13, EU:C:2014:2235, pkt 22).

<sup>5</sup> Wyrok z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari, C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664.

TFUE. Istotne jest to, że organ ten funkcjonuje w oparciu o przepisy prawa i jest niezawisły. Trybunał stwierdził, że kataloński organ odwoławczy spełnia także kryterium dotyczące obligatoryjnego charakteru jurysdykcji, i to pomimo faktu, że wnoszący środek zaskarżenia w zakresie zamówień publicznych może wybrać pomiędzy szczególnym środkiem zaskarżenia składanym do organu odsyłającego a skargą sądowo-administracyjną. Decydujące jest to, że właściwość nie zależy od umowy pomiędzy stronami, a orzeczenia są dla stron wiążące<sup>6</sup>.

Podobną kwestię Trybunał rozstrzygał w sprawie C-396/14, Højgaard, dotyczącej wniosku złożonego przez duńską komisję odwoławczą ds. zamówień publicznych. Sprawa ta była o tyle kontrowersyjna, że we wcześniejszym orzeczeniu Trybunał odmówił statusu sądu innemu organowi administracji duńskiej, a mianowicie komisji odwoławczej ds. telekomunikacji, która działała na podobnych zasadach. Tym niemniej, Trybunał w składzie wielkiej izby uznał, że komisja odwoławcza powinna być uznana za „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE<sup>7</sup>.

Należy zaznaczyć, że wnioski o wydanie orzeczenia prejudycjalnego skierowane przez izby odwoławcze stanowią znaczną część wniosków w dziedzinie zamówień publicznych. Zgodnie z orzeczeniem Trybunału z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11, Forposta, „sądem” w rozumieniu art. 267 TFUE jest również KIO<sup>8</sup>.

## Zamówienia podprogowe

Osobnego omówienia wymaga kwestia stosowania prawa Unii do zamówień podprogowych. Mam tu na myśli zamówienia poniżej progów określonych w dyrektywach (a nie poniżej progów zastosowania krajowego prawa zamówień publicznych). Kwestia ta była bowiem ostatnio przedmiotem dyskusji na tle kilku pytań prejudycjalnych.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że szczególnie rygorystyczne procedury ustanowione w unijnych dyrektywach w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych mają zastosowanie wyłącznie do zamówień, których wartość przekracza próg wyraźnie przewidziany w każdej z tych dyrektyw (postanowienie z dnia 3 grudnia 2001 r., Vestergaard, C-59/00, ECLI:EU:C:2001:654, pkt 19). W związku z tym przepisy tych dyrektyw nie mają zastosowania do zamówień, których wartość nie osiągnęła określonego w nich progu (zob. podobnie wyrok z dnia 21 lutego 2008 r., Komisja przeciwko Republice Włoskiej, C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102, pkt 65).

Nie oznacza to jednak, że zamówienia podprogowe są wyłączone z zakresu stosowania prawa Unii (ww. postanowienie w sprawie Vestergaard, pkt 19). Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w zakresie dotyczącym udzielania zamówień, które ze względu na swoją wartość nie są objęte procedurami przewidzianymi w regulacjach Unii, instytucje zamawiające są nadal zobowiązane do przestrzegania podstawowych zasad traktatu oraz zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (ww. wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r., Telaustria i Telefonadress, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, pkt 60; ww. postanowienie

<sup>6</sup> Trybunał zastosował tu orzecznictwo rozwinięte w wyroku Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta, C-377/13, EU:C:2014:1754, pkt 28 – w której miałem okazję przedstawić opinię.

<sup>7</sup> Wyrok z dnia 24 maja 2016 r., Højgaard, C-396/14, ECLI:EU:C:2016:347.

<sup>8</sup> Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801.

w sprawie Vestergaard, pkt 20 i 21; wyroki: z dnia 20 października 2005 r., Komisja przeciwko Republice Francuskiej, C-264/03, ECLI:EU:C:2005:620, pkt 32 i z dnia 14 czerwca 2007 r., Medipac-Kazantzidis, C-6/05, ECLI:EU:C:2007:337, pkt 33).

Udzielanie zamówień publicznych, które ze względu na swoją wartość nie są objęte zakresem danej dyrektywy, podlega również – wynikającemu ze wspomnianych zasad – obowiązkowi przejrzystości, o ile dane zamówienie posiada niewątpliwe transgraniczne znaczenie w świetle obiektywnych kryteriów (zob. podobnie wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, stosowanie prawa Unii do procedur udzielania zamówień publicznych o wartości niższej od progu stosowania dyrektyw zakłada, że zamówienia te stanowią niewątpliwy przedmiot zainteresowania o charakterze transgranicznym (zob. podobnie wyrok z dnia 13 listopada 2007 r., Komisja przeciwko Irlandii, C-507/03, ECLI:EU:C:2007:676, pkt 29 oraz ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 66 i 67).

Poszczególne orzeczenia Trybunału dostarczają ciekawych przykładów. Dotyczy to chociażby kwestii obowiązku automatycznego wykluczenia ofert uznanych za nienormalnie niskie<sup>9</sup>, wykluczenia podmiotu gospodarczego winnego wykroczenia zawodowego czy też samej wykładni pojęcia „wykroczenie zawodowe”<sup>10</sup>.

Znaczna liczba przetargów, które są objęte szczegółową regulacją na poziomie krajowym, zbliżoną do regulacji dyrektyw, nie osiąga progów przewidzianych w dyrektywach (przetargi takie mogą być ogłaszane na poziomie unijnym – i np. w 2014 r. ok. 30 procent przetargów ogłaszanych w TED, Tenders Electronic Daily, elektronicznym załączniku do Dziennika Urzędowego UE – nie jest objętych dyrektywami ze względu na niską wartość zamówienia, zob. Public Procurement Indicators 2014 DG Grow: Below threshold publication in TED).

Brak jednolitych reguł w odniesieniu do tego rodzaju zamówień może wywierać negatywne konsekwencje. Trudno bowiem wyjaśnić, dlaczego jednolite zasady wynikające z prawa Unii, w tym z dyrektyw, miałyby być stosowane jedynie w odniesieniu do niektórych zamówień publicznych.

Dodatkowym elementem, który wiąże się z omawianym zagadnieniem, jest nowy art. 94 regulaminu postępowania przed Trybunałem, który formalizuje niektóre przesłanki dopuszczalności wniosku prejudycjalnego. Przepis ten ma szczególne znaczenie w sprawach dotyczących zamówień publicznych nieosiągających progów zastosowania dyrektyw. W takich sytuacjach Trybunał musi mieć możliwość odnalezienia we wniosku prejudycjalnym okoliczności faktycznych, które uzasadniają zastosowanie prawa Unii. Oznacza to konieczność wskazania „okoliczności[...]”, których ustalenie należy do sądów krajowych i od których zależy stosowanie aktu prawa pochodnego lub prawa pierwotnego Unii” (Wyrok z dnia 11 grudnia 2014 r.,

<sup>9</sup> Wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych SECAP SpA, C-147/06 oraz Santorso Soc. coop. arl, C-148/06, ECLI:EU:C:2008:277.

<sup>10</sup> Wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469. Warto przypomnieć, że podobnej problematyki dotyczyła sprawa na podstawie wniosku sądu polskiego Forposta, C-465/11.



Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 47). W przypadku zamówień publicznych oznacza to obowiązek sądu odsyłającego polegający na wykazaniu, że zamówienie ma „niewątpliwe znaczenie transgraniczne”.

Jeżeli chodzi o obiektywne kryteria mogące wskazywać na niewątpliwe istnienie znaczenia transgranicznego, Trybunał orzekł już, że mogą nimi być zwłaszcza kwota danego zamówienia w związku z miejscem wykonania robót lub techniczne cechy zamówienia. Sąd odsyłający może, w ramach swej ogólnej oceny istnienia niewątpliwego znaczenia transgranicznego, uwzględnić również skargi wniesione przez podmioty z innych państw członkowskich pod warunkiem stwierdzenia, że są one prawdziwe, a nie fikcyjne (zob. wyrok z dnia 14 grudnia 2014 r., Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” i in., C-113/13, EU:C:2014:2440, pkt 49).

Jeżeli sąd odsyłający nie dokona takiego ustalenia, Trybunał może – z uwagi na „ducha współpracy” charakteryzującego stosunki pomiędzy sądami krajowymi i Trybunałem w ramach postępowania prejudycjalnego – udzielić odpowiedzi z zastrzeżeniem, że sąd odsyłający powinien stwierdzić istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego na podstawie dokładnej oceny wszystkich istotnych okoliczności dotyczących postępowania głównego.

## **Procedura odwoławcza a art. 47 Karty Praw Podstawowych**

Istotnym elementem unijnego prawa zamówień publicznych jest skuteczna procedura odwoławcza, której dotyczą dyrektywy 89/665 i 92/13. Dyrektywy te w dużej mierze zawierają szczegółowe przepisy wprowadzające w życie podstawowe prawo do skutecznej ochrony sądowej, które obecnie zostało wyrażone w art. 47 Karty Praw Podstawowych (dalej: Karta).

Motyw 36 dyrektywy 2007/66/WE zmieniającej dyrektywę odwoławcze wyraźnie odwołuje się do art. 47 Karty. Wyjaśnia on, że dyrektywa ta ma na celu zapewnienie pełnego poszanowania prawa do skutecznego środka odwoławczego i dostępu do sądu, zgodnie z art. 47 Karty.

Znaczenie art. 47 Karty w omawianym kontekście uległo zasadniczej zmianie po wejściu w życie traktatu z Lizbony. Karta stała się aktem wiążącym na równi z traktatami.

Orzecznictwo Trybunału dotyczące skutecznej ochrony sądowej bezpośrednio opiera się na art. 47 Karty. W ostatnich latach Trybunał kilkakrotnie orzekał w sprawie możliwości ograniczenia dostępu do sądu w przedmiocie zaskarżenia decyzji dotyczących zamówień publicznych. Sprawy te były rozstrzygane pod kątem zgodności przepisów krajowych z art. 47 Karty oraz z przepisami dyrektyw odwoławczych. Dotyczyły one między innymi następujących zagadnień.

Po pierwsze, dotyczyły one wprowadzenia wyższych niż w innych sprawach opłat sądowych. Postępowanie w sprawie C-61/14 Orizzonte Salute dotyczyło kumulatywnych opłat sądowych przewidzianych w prawie włoskim. Opłaty sądowe związane z postępowaniami w przedmiocie zaskarżenia decyzji dotyczących zamówień publicznych we Włoszech są znacznie wyższe niż opłaty zwykle pobierane w postępowaniach administracyjnych. Ponadto opłaty te są pobierane za każdy nowy zarzut lub pismo uzupełniające skargę<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Oceniając te przepisy pod kątem prawa do sądu, rzecznik generalny Jääskinen (opinia rzecznika N. Jääskinena w sprawie Orizzonte Salute, C-61/14, ECLI:EU:C:2015:307, pkt 1) przywołał słowa sędziego angielskiego – „W Anglii sprawiedliwość jest otwarta dla wszystkich, tak samo jak hotel Ritz”.

Trybunał orzekł<sup>12</sup>, że dyrektywa 89/665, a także zasady równoważności i skuteczności nie sprzeciwiają się wielokrotnemu pobieraniu opłat sądowych od strony, która wnosi kilka skarg dotyczących tego samego zamówienia publicznego, czy też podnosi dodatkowe zarzuty dotyczące tego samego zamówienia publicznego w ramach toczącego się postępowania sądowego. Jednakże do sądu krajowego należy zbadanie przedmiotu skarg wniesionych przez ten sam podmiot prawa lub podniesionych przez niego zarzutów. Jeżeli sąd krajowy stwierdzi, że przedmioty zaskarżenia w rzeczywistości nie są odrębne lub nie stanowią znaczącego rozszerzenia przedmiotu już zawisłego sporu, to ma on obowiązek zwolnienia takiego podmiotu z zapłaty kumulatywnych opłat sądowych.

Po drugie, Trybunał oceniał wymóg złożenia „gwarancji należytego postępowania” (swoistej *cautio iudicatum solvi*). Postępowanie w sprawach połączonych C-439/14 i C-488/14, SC Star Storage, dotyczyło uregulowania rumuńskiego wymagającego, poza obowiązkiem złożenia wadium w wysokości 2% szacunkowej wartości zamówienia, wpłaty gwarancji należytego postępowania, jako warunku dopuszczalności jakiegokolwiek środka zaskarżenia. Gwarancja ta wynosiła 1% szacunkowej wartości zamówienia. Jeżeli środek zaskarżenia zostaje oddalony przez krajową radę ds. rozstrzygania sporów lub sąd, gwarancja należytego postępowania przepada na rzecz instytucji zamawiającej.

Rzecz jasna, przepisy te wprowadzały poważne ograniczenie prawa do sądu i sądy rumuńskie zwróciły się z kilkoma wnioskami prejudycjalnymi dotyczącymi zgodności takiego uregulowania z art. 47 Karty. Trybunał zaznaczył, że o ile interes związany z administrowaniem wymiarem sprawiedliwości może uzasadnić nałożenie ograniczenia finansowego w odniesieniu do dostępu jednostki do możliwości zaskarżenia, o tyle ograniczenie to musi zachowywać rozsądną proporcję pomiędzy stosowanymi środkami a zamierzonym celem<sup>13</sup>.

W związku z tym Trybunał orzekł<sup>14</sup>, że artykuł 1 dyrektywy 89/665, w świetle art. 47 Karty, należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie przepisom, które uzależniają dopuszczalność zaskarżenia decyzji od wniesienia gwarancji, pod warunkiem że gwarancja ta jest zwracana wnoszącemu środek zaskarżenia niezależnie od wyniku postępowania.

Po trzecie, w kolejnym postępowaniu dotyczącym procedur odwoławczych, Trybunał zajmował się terminem zaskarżenia decyzji w kontekście sprawy C-166/14, MedEval. W prawie austriackim wniosek o stwierdzenie naruszenia na gruncie prawa zamówień publicznych musi zostać złożony w ciągu sześciu miesięcy po zawarciu umowy. Termin ten miał zastosowanie nie tylko w przypadku, gdy stwierdzenie naruszenia prawa zamówień publicznych stanowiło przesłankę do uznania umowy za nieskuteczną, lecz także w przypadku wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym.

Dodatkową okoliczność stanowiło to, że przepisy krajowe uzależniały powództwo o odszkodowanie od uprzedniego unieważnienia postępowania o zamówienie. W tej sytuacji ustalenie sześciomiesięcznego terminu zawitego, którego bieg jest niezależny od tego,

---

<sup>12</sup> Wyrok z dnia 6 października 2015 r., Orizzonte Salute, C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655.

<sup>13</sup> Wyrok z dnia 15 września 2016 r. w sprawach połączonych SC Star Storage, C-439/14 i C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688, pkt 55.

<sup>14</sup> Wyrok z dnia 15 września 2016 r. w sprawach połączonych SC Star Storage, C-439/14 i C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688.



czy skarżący mógł mieć wiedzę o bezprawności decyzji, mogło prowadzić do naruszenia prawa do sądu.

Trybunał wskazał<sup>15</sup>, że art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy 89/665 zobowiązuje państwa członkowskie do przedsięwzięcia niezbędnych środków, aby zapewnić istnienie skutecznego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające. Artykuł 2f ust. 1 dyrektywy 89/665, uściśla, że państwa członkowskie mogą przewidzieć terminy na wniesienie środka odwoławczego w celu stwierdzenia nieskuteczności umowy, a w szczególności minimalny termin zawity sześciu miesięcy, którego bieg rozpoczyna się w chwili zawarcia umowy. Określenie innych terminów proceduralnych jest objęte autonomiczną regulacją prawa krajowego. Przepisy te muszą jednakże pozostawać w zgodzie z zasadami równoważności i skuteczności.

Uzależnienie dopuszczalności powództw o odszkodowanie od wcześniejszego stwierdzenia niezgodności z prawem danego postępowania, w wypadku, gdy wniosek o takie stwierdzenie jest obwarowany terminem sześciu miesięcy – niezależnie od tego, czy podmiot poszkodowany mógł mieć wiedzę o istnieniu naruszenia – może uczynić wykonanie prawa do wystąpienia ze skargą o odszkodowanie praktycznie niemożliwym. Takie uregulowanie jest więc sprzeczne z zasadą skuteczności.

## **Rozróżnienie pomiędzy zamówieniem publicznym w celu nabycia usług, koncesją na usługi, a zezwoleniem lub licencją**

W ostatniej części rozważań chciałbym zwrócić uwagę na jeszcze jedno, tym razem dość szczegółowe, zagadnienie. Chodzi mianowicie o istotne z praktycznego punktu widzenia rozróżnienie pomiędzy zamówieniem publicznym w celu nabycia usług, koncesją na usługi, a zezwoleniem lub licencją. Konieczność takiego rozróżnienia wynikała do tej pory na tle przepisów TFUE (art. 49 i 56 – w odniesieniu do koncesji lub zezwoleń) oraz niektórych dyrektyw (przede wszystkim dyrektywy usługowej 2006/123 i dyrektyw w zakresie zamówień publicznych).

Po przyjęciu w 2014 r. nowych dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, omawiane rozróżnienie dotyczy już nie tylko zakresu zastosowania TFUE, lecz przede wszystkim zakresu zastosowania poszczególnych aktów prawa pochodnego – dyrektywy 2014/24, dyrektywy koncesyjnej 2014/23 oraz dyrektywy usługowej 2006/123.

Chodzi tu przede wszystkim o rozgraniczenie koncesji od systemu zezwoleń w świetle dyrektywy usługowej. Mamy bowiem w tym przypadku do czynienia z dwoma odrębnymi unormowaniami. W przypadku udzielania koncesji w rozumieniu prawa zamówień publicznych, dyrektywa usługowa nie ma zastosowania.

Problematyczną kwestią jest tu to, że termin „koncesja” jest niejednoznaczny. Często używa się go dla określenia prawa wyłącznego lub aktu zezwolenia, chociaż fakt ten nie oznacza, że chodzi o koncesję w rozumieniu prawa zamówień publicznych. Zakwalifikowanie danej umowy jako „koncesji” na podstawie prawa krajowego nie ma znaczenia dla wykładni prawa Unii, które – co do zasady – posługuje się pojęciami autonomicznymi.

---

<sup>15</sup> Wyrok z dnia 26 listopada 2015 r., MedEval, C-166/14, ECLI:EU:C:2015:779.

Kwestia ta została zauważona przez prawodawcę Unii. Motyw 14 nowej dyrektywy koncesyjnej 2014/23 wyjaśnia: „niektóre akty państw członkowskich, takie jak zezwolenia lub licencje, na podstawie których państwo członkowskie lub jego organ publiczny określa warunki prowadzenia działalności gospodarczej, w tym warunek zakładający wykonywanie pewnego zadania, przyznawanego w normalnych warunkach na wniosek wykonawcy, a nie z inicjatywy instytucji zamawiającej ani podmiotu zamawiającego, i gdy wykonawca może swobodnie wycofać się z wykonywania robót budowlanych lub ze świadczenia usług, nie powinny być kwalifikowane jako koncesje. W przypadku takich aktów państw członkowskich mogą mieć zastosowanie szczególne przepisy dyrektywy 2006/123. W odróżnieniu od takich aktów państwowych umowy koncesji przewidują wiążące obie strony obowiązki, gdy wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług podlega specjalnym, określonym przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, prawnie wiążącym wymogom”.

Omawiane rozróżnienie jest szczególnie istotne w przypadku przekazania wyłącznych praw do użytkowania majątku publicznego, gdyż problematyka ta leży na pograniczu uregulowań dotyczących koncesji i zezwoleń. Gdy użytkowanie takie jest niezbędne do prowadzenia działalności przez danego przedsiębiorcę, mamy do czynienia z sytuacją zbliżoną do koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej.

Warto w tym kontekście wspomnieć o szeroko dyskutowanej we Włoszech problematyce przedłużania koncesji na działalność gospodarczą na plażach (tzw. koncesji morskich). Problematyka ta rozpatrywana przez Trybunał w sprawach połączonych C-458/14 i C-67/15, *Promoimpresa i Melis*. Sprawy te stanowiły dla Trybunału okazję do precyzyjnego rozgraniczenia zakresów stosowania przepisów mających zastosowanie do koncesji na usługi (art. 49 i 56 TFUE) oraz przepisów dotyczących zezwoleń na działalność usługową (art. 10–12 dyrektywy 2006/123, dotyczące zezwoleń, których liczba jest ograniczona z uwagi na ograniczone zasoby naturalne).

Uwagi przedstawione w tych sprawach przez strony były rozbieżne. Podnoszono, że chodzi tu albo o zwykły najem handlowy dotyczący gruntów publicznych (wówczas prawo UE nie znalazłoby zastosowania), albo o koncesję na usługi podlegającą ogólnym zasadom wynikającym z traktatów (tak twierdziły sądy odsyłające), albo system zezwoleń w rozumieniu dyrektywy 2006/123.

W wyroku<sup>16</sup> Trybunał stanął na stanowisku, że przedmiotem spraw w postępowaniach głównych były koncesje przyznane przez organy publiczne w odniesieniu do majątku publicznego położonego na obszarach nad brzegami mórz i jezior – przeznaczonego na cele turystyczno-rekreacyjne. Koncesje te można zaklasyfikować jako „zezwoleń” w rozumieniu przepisów dyrektywy usługowej 2006/123, albowiem, niezależnie od ich kwalifikacji w prawie krajowym, stanowią one formalne akty, jakie usługodawcy muszą uzyskać od organów krajowych, aby móc wykonywać swą działalność gospodarczą. Poza tym, Trybunał wyjaśnił, że zgodnie z motywem 57 dyrektywy 2006/123 przepisy tej dyrektywy dotyczące systemów zezwoleń nie odnoszą się do zawierania przez właściwe organy umów o świadczenie określonej usługi, jeżeli podlega ona przepisom o zamówieniach publicznych.

---

<sup>16</sup> Wyrok z dnia 14 lipca 2016 r. w sprawach połączonych *Promoimpresa, C-458/14 i Melis, C-67/15*, ECLI:EU:C:2016:558.

Przepisy dotyczące systemów zezwoleń dyrektywy 2006/123 nie mogą mieć zastosowania do koncesji na usługi publiczne, które są z kolei objęte między innymi dyrektywą 2014/23.

Koncesje na usługi charakteryzują się w szczególności tym, że mamy wówczas do czynienia z prawem do korzystania z określonej usługi. Prawo to jest przenoszone przez instytucję zamawiającą na koncesjonariusza, a ten ostatni posiada, w ramach zawartej umowy, pewien zakres swobody gospodarczej w celu ustalenia warunków świadczenia, ponosząc zatem równocześnie w znacznym stopniu ryzyko związane ze świadczeniem usługi (zob. podobnie wyrok z dnia 11 czerwca 2009 r., *Hans & Christophorus Oymanns*, C-300/07, EU:C:2009:358, pkt 71). Tymczasem w sprawach w postępowaniach głównych, koncesje nie dotyczyły świadczenia usług określonego przez instytucję zamawiającą, lecz zezwolenia na wykonywanie działalności gospodarczej na obszarze stanowiącym majątek publiczny. Koncesje te nie stanowiły więc koncesji na usługi w rozumieniu prawa zamówień publicznych<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Zob. analogicznie wyrok z dnia 14 listopada 2013 r., *Belgacom*, C-221/12, EU:C:2013:736, pkt 26–28.

## 4. SKARGA DO SĄDU NA ORZECZENIE KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ W SYSTEMIE ŚRODKÓW ZASKARŻENIA. KONTROLA INSTANCYJNA ORZECZEŃ KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Prof. dr hab. Marta Romańska  
Profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie,  
sędzia Sądu Najwyższego

### 1. „SPRAWA” ROZSTRZYGANĄ ORZECZENIEM KIO (GRANICE PODMIOTOWE I PRZEDMIOT) A „SPRAWA” W ROZUMIENIU ART. 45 UST. 1 KONSTYTUCJI RP

Źródłem zobowiązań cywilnoprawnych są nie tylko czynności prawne, lecz także inne zdarzenia, ze względu na które prawo przypisuje pewnej osobie (dłużnikowi) powinność określonego zachowania się w stosunku do innej osoby (wierzyciela)<sup>1</sup>. Podstawową kategorią zdarzeń będących źródłem zobowiązań pozostają jednak umowy. Przepisy prawa cywilnego co do zasady nie przewidują obowiązku zawierania umów między uczestnikami obrotu prawnego i – poza obszarem, gdzie działają normy *ius cogens* – nie narzucają treści umów. To, czy do umowy dojdzie i jakie będą jej konkretne postanowienia, zależy zatem od ustaleń poczynionych przez negocjujące w tej sprawie strony. Inaczej przedstawia się kwestia zawierania umów z podmiotami, które dysponują funduszami publicznymi i z tego źródła pokrywają swoje zobowiązania. Podmioty wymienione w art. 3 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>2</sup> poszukują kontrahentów oraz zawierają umowy stosując reżim postępowania przewidziany w tej ustawie. Ustawodawca szczegółowo określił w niej działania podmiotu dążącego do zawarcia umowy o świadczenie usług, dostawy, o roboty budowlane (zamawiającego) poprzedzające wybór kontrahenta (wykonawcy) i związanie się z nim węzłem umownym. W żadnym innym akcie normatywnym ustawodawca nie uregulował tak szczegółowo stosunków przedumownych pomiędzy zamawiającym i wykonawcami (a zatem osobami fizycznymi, prawnymi, jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, które ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyły ofertę lub zawarły umowy w sprawie zamówienia publicznego), jak w p.z.p.

W doktrynie od dawna toczy się dyskusja, czy zobowiązania mogą także powstawać w procesie dochodzenia do umowy. Dostrzega się przy tym, że im on jest dłuższy i bardziej sformalizowany, tym łatwiej o narażenie na szwank interesów któregoś z zaangażowanych weń podmiotów<sup>3</sup>. Nie rozstrzygając w tym miejscu, jakie miałyby być źródło takich zobowiązań, trzeba stwierdzić, że niewątpliwie już na tym etapie procesu kontraktowania lub w związku z nim mogą powstawać wymagające rozstrzygnięcia spory. Tego rodzaju spory mają cechy „sprawy” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji<sup>4</sup>, a ze względu na charakter stosunku prawnego, na tle którego

<sup>1</sup> Szerzej – E. Łętowska, K. Osajda, *Zobowiązanie: pojęcie i konstrukcje*, w: *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 12–15.

<sup>2</sup> T.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.; dalej: „p.z.p.”.

<sup>3</sup> Szerzej – M. Krajewski, *Odpowiedzialność przedkontraktowa*, w: *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, s. 843–870.

<sup>4</sup> Ustawa z 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 78, poz. 483; dalej: „Konstytucja”.

powstają, trzeba je uznać za sprawy cywilne<sup>5</sup>. Droga sądowa w sprawach cywilnych otwiera się zwykle już wtedy, gdy zaistnieje spór w sprawie mającej cechy określone w art. 1 k.p.c., wymagający rozstrzygnięcia przez sąd, a ściślej – zgodnie z aktualnie powszechnie przyjętym sposobem pojmowania sprawy cywilnej – wtedy, gdy osoba inicjująca postępowanie twierdzi, że taki spór powstał<sup>6</sup>. Ustawodawca może jednak zadecydować o „podzieleniu” drogi ochrony prawnej w ten sposób, że w zaistniałym sporze najpierw konieczne będzie uzyskanie rozstrzygnięcia w postępowaniu przed organem niemającym statusu sądu, by dopiero następnie, po wydaniu orzeczenia przez taki organ, otworzyła się droga do wydania rozstrzygnięcia przez sąd. W wyroku z 12 maja 2011 r., P 38/08<sup>7</sup>, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że Konstytucja nie reguluje „(...) bezpośrednio zagadnienia liczby organów prowadzących postępowanie mające na celu rozstrzygnięcie sprawy i nie zakazuje (...) ani rozdzielania czynności podejmowanych w celu rozpatrzenia sprawy między różne organy władzy publicznej, ani różnicowania zasad postępowania dla poszczególnych organów. Z perspektywy Konstytucji istotne jest, aby ostateczne i wiążące rozstrzygnięcie sprawy należało do sądu sprawującego wymiar sprawiedliwości (...) zgodnie z utrwalonym orzecznictwem konstytucyjnym wystarczy, by w kompetencji sądów była ostateczna weryfikacja rozstrzygnięcia organu niesądowego (...)”.

W p.z.p. ustawodawca określił zasady, według których mają być rozstrzygane pewne kategorie sporów powstających w związku z zawieraniem umów w reżimie tej ustawy. Chodzi w tym przypadku o spory w związku z podniesieniem zarzutu, że zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokonał czynności niezgodnej z p.z.p. lub zaniechał czynności, do której jest zobowiązany na podstawie tej ustawy, zaś przy niższej wartości zamówienia – spory w związku z podniesieniem takiego zarzutu co do czynności wymienionej w art. 180 ust. 2 p.z.p. Ich rozstrzygnięcie powierzone zostało Krajowej Izbie Odwoławczej (dalej: „KIO”). Postępowanie przed tym organem uruchamiane jest na podstawie środka nazwanego odwołaniem od czynności lub zaniechania zamawiającego. Odwołanie to należy uznać za odpowiednik pozwu, przez wniesienie którego podmiot zainteresowany uzyskaniem ochrony inicjowałby postępowanie w sprawie cywilnej przed sądem powszechnym. Ochrona, o udzielenie której może zabiegać osoba dochodząca roszczeń cywilnych przed sądem powszechnym jest pochodną systemu roszczeń przewidzianych przez prawo materialne dla sytuacji, w której się znalazła oraz kompetencji, jakimi dysponują sądy powszechne według przepisów ustrojowych i stosowanej przez nie procedury. Osoba taka może się zatem domagać: a) świadczenia, gdy twierdzi, że powstały zobowiązania, które przeciwnik powinien na jego rzecz spełnić, b) ustalenia prawa lub stosunku prawnego, gdyby wykazała, że ma w tym interes prawny (art. 189 k.p.c.), c) ukształtowania prawa, gdy istnieje przepis pozwalający sądowi ingerować w stosunek prawny, na tle którego doszło do sporu i jakiś jego element określić na nowo, wiążąco i ze skutkiem dla obu stron<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Wprowadzenie oddzielenie sfery prawa prywatnego od publicznego stwarza poważne problemy, ale zastosowanie do sporów powstających na tle stosowania prawa zamówień publicznych kryteriów wypracowanych przez naukę, a szczegółowo omówionych przez M. Safjana, *Prawo prywatne a prawo publiczne*, w: *System Prawa Prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 32–52, pozwala je uznać za cywilne. Odmienne kwalifikuje te stosunki J. Niczyporuk, *Glosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 września 2011 r., II GSK 1842/11*, OSP 2014, nr 4, poz. 41, który przypisuje oświadczeniom zamawiającego składanym według procedury zamówień publicznych cechy administracyjnych oświadczeń woli.

<sup>6</sup> J. Gudowski, *Wpływ Konstytucji i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na pojęcie dopuszczalności drogi sądowej*, w: *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego. Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego*, red. T. Ereciński, K. Weitz, Warszawa 2010, s. 410 i n.

<sup>7</sup> OTK A 2011, nr 4, poz. 33.

<sup>8</sup> K. Piasecki, *Wyrok pierwszej instancji w procesie cywilnym*, Warszawa 1981, s. 140 i s. 142.

Celem p.z.p. jest stworzenie warunków do zawarcia umowy angażującej środki publiczne z osobą zgłaszającą najkorzystniejszą ofertę, przy jednoczesnym zagwarantowaniu uczestnikom postępowania przetargowego równego traktowania w procesie dochodzenia do wyboru kontrahenta i zawarcia umowy. Osiągnięciu tego celu ma służyć ustanowienie sformalizowanej procedury przetargowej oraz szczególnego systemu środków ochrony prawnej. W p.z.p. ustawodawca przewidział takie – możliwe do wykorzystania w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego wpływ lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – kompetencje dla KIO, na podstawie których należy wnioskować o roszczeniach, jakie przyznane zostały wykonawcy kwestionującemu czynności zamawiającego w procesie udzielenia zamówienia publicznego. Niektóre z tych uprawnień KIO mają charakter prawokształtujący (nałożenie kary, unieważnienie umowy, skrócenie okresu obowiązywania umowy), inne deklaratywnie stwierdzają, że zamawiający ma obowiązek określonego zachowania się w stosunku do wykonawcy w związku z naruszeniem p.z.p., a zabezpieczenie wykonawcy możliwości uzyskania tego rodzaju ochrony prawnej jest równoznaczne ze skonstruowaniem na jego rzecz roszczenia o określone zachowanie się (świadczenie) zamawiającego (nakazanie wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności zamawiającego), a jeszcze inne sprowadzają się do ustalenia okoliczności mogących mieć znaczenie prawotwórcze (stwierdzenie naruszenia przepisów p.z.p.). Ochrona udzielana wykonawcy przez KIO w procedurze stosowanej przez ten organ orzekający idzie dalej niż możliwa do uzyskania na zasadach ogólnych, gdyby wykonawca próbował ją uzyskać przed sądem powszechnym z odwołaniem się wyłącznie do kodeksu cywilnego<sup>9</sup> jako źródła potencjalnych roszczeń oraz do kodeksu postępowania cywilnego<sup>10</sup> jako procedury, na podstawie której ma być oceniona ich zasadność<sup>11</sup>. Ten sam zakres ochrony jest możliwy do uzyskania przez osobę, która w odniesieniu do wyroku KIO uruchomi postępowanie przed sądem, na skutek złożenia środka zaskarżenia od tego wyroku. Wyroki KIO – z uwagi na możliwość stwierdzenia ich wykonalności i przez to nadanie im mocy równoważnej mocy wyroków sądowych – trzeba uznać za odpowiadające charakterem wyrokom sądów polubownych<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t. j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.; dalej: „k.c.”.

<sup>10</sup> Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1822; dalej: „k.p.c.”.

<sup>11</sup> W pewnych sytuacjach istnienie procedury dochodzenia roszczeń przewidzianych przez p.z.p. i przed organami zapewniającymi ich ochronę może powodować kolizję z ogólnymi zasadami dochodzenia roszczeń ze stosunków cywilnoprawnych. Przykładem mogą być spory o to, czy wykonawca, który wpłacił wadium zabiegając o udzielenie mu zamówienia publicznego, może żądać jego zwrotu bezpośrednio przed sądem powszechnym, z powołaniem się na przepisy o nienależnym świadczeniu, czy też raczej powinien to czynić w ramach postępowania przed KIO, kwestionując czynność zamawiającego w procedurze przetargowej. W postanowieniu z 7 maja 2010 r., V CSK 456/09 (LEX nr 599571) i z 13 października 2011 r., V CSK 475/10 (LEX nr 1108492), w postanowieniu z 27 listopada 2014 r., IV CSK 115/14 (LEX nr 1650297), Sąd Najwyższy uznał wniesienie wadium za element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwiające udział wykonawcy w takim postępowaniu za instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przyjął, że po zmianie art. 179 i 180 p.z.p. dokonanej z mocą od 29 stycznia 2010 r. dochodzenie zwrotu wadium wpłaconego na podstawie przepisów o zamówieniach publicznych powinno mieć miejsce w systemie środków ochrony prawnej przewidzianych w p.z.p., a w stanie prawnym sprzed tej zmiany – na ogólnych zasadach (art. 1 i 2 k.p.c.). Wobec tego zgodnie z art. 198a p.z.p. dopiero po wydaniu orzeczenia przez KIO, powstaje właściwość sądu powszechnego do rozstrzygnięcia o obowiązku zwrotu wadium przez zamawiającego. Argumentacji tej nie da się jednak odnieść do zamówień, których dotyczy art. 180 ust. 2 p.z.p., gdyż w katalogu zaskarżalnych czynności zamawiającego co do tych zamówień nie jest wymieniony ani zwrot, ani zatrzymanie wadium.

<sup>12</sup> W art. 197 ust. 2 i 3 p.z.p. ustawodawca przyjął, że następuje to po przeprowadzeniu przez sąd na wniosek strony postępowania o stwierdzenie wykonalności wyroku KIO. Sąd stwierdza wykonalność takiego wyroku nadającego się do wykonania w drodze egzekucji przez zaopatrzenie go klauzulą wykonalności. Takie cechy mają wyłącznie orzeczenia nakazujące wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazujące unieważnienie czynności zamawiającego. Z uwagi jednak na to, że kary finansowe orzeczone przez KIO stanowią dochód budżetu



## 2. ŚRODKI ZASKARŻENIA I ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ – POJĘCIA

W każdym postępowaniu przed organami państwa może dojść do uchybień, a im szerszymi i bardziej dolegliwymi kompetencjami dysponują prowadzące je organy, tym większe niebezpieczeństwo zagrożenia lub naruszenia praw i wolności obywatelskich w związku z podejmowanymi przez nie czynnościami procesowymi. Instrumenty, przy wykorzystaniu których oznaczony podmiot może zabiegać o uchylenie lub zmianę rozstrzygnięcia wydanego w toku sformalizowanego postępowania lub podjętej w takim postępowaniu czynności, przewidziane przez ustawodawcę w ramach właściwej dla danej kategorii spraw procedury, określa się w nauce mianem „środków zaskarżenia”. Uprawnione do korzystania z nich są zwykle osoby, których sfery prawnej dotyczą kwestionowane przez nie rozstrzygnięcia lub czynności procesowe, ale także niektóre podmioty instytucjonalne, o ile w zakresie ich działania pozostaje troska o wartości narażone lub naruszone takim rozstrzygnięciami lub czynnościami<sup>13</sup>.

Celem skorzystania ze środka zaskarżenia, do osiągnięcia którego dąży wnoszący go podmiot jest wyeliminowanie z obrotu prawnego rozstrzygnięcia lub skutków czynności, którym zarzuca nielegalność. Ten tzw. bezpośredni cel zaskarżenia może być zrealizowany przez każdy środek zaskarżenia już przed organem właściwym do jego rozpoznania. Wykorzystanie niektórych środków zaskarżenia pozwala jednak osiągnąć przed tym organem także tzw. pośredni cel zaskarżenia, a mianowicie zmianę zaskarżonego rozstrzygnięcia, podczas gdy inne tworzą ku temu warunki tylko w ramach ponownego postępowania prowadzonego przed organem, którego działania zostały wzruszone w wyniku ich rozpoznania.

W grupie środków zaskarżenia mieszczą się środki dewolutywne, to jest takie, które powodują uruchomienie postępowania mającego prowadzić do zbadania zasadności zaskarżonego orzeczenia przed organem hierarchicznie wyższym nad tym, który je wydał, oraz niedewolutywne, których wniesienie uaktywnia kompetencję organu, który wydał zaskarżone rozstrzygnięcie do ponownego przeanalizowania jego przesłanek. Inna klasyfikacja pozwala na wyróżnienie środków zaskarżenia o charakterze zwyczajnym, które są dopuszczalne w toku instancji od orzeczeń niekorzystających jeszcze z atrybutów zapewniających ich trwałość (prawomocność, ostateczność) oraz nadzwyczajnych, dopuszczalnych od prawomocnego lub ostatecznego orzeczenia. Szczególną grupę tworzą tzw. środki odwoławcze, czyli te środki zaskarżenia, które są dewolutywne i zwyczajne.

Osobnego wyróżnienia wymaga kategoria środków prawnych (środków ochrony prawnej) obejmująca poza środkami zaskarżenia także wszystkie przewidziane prawem instrumenty niekonieczne bezpośrednio związane z toczącym się lub prawomocnie zakończonym postępowaniem i wymierzone w wydane w nim orzeczenie lub czynność, przy wykorzystaniu których zainteresowany podmiot może uzyskać poprawę swojej sytuacji prawnej. O ile od-

---

państwa, a nie należność wykonawcy, ich wierzycielem może być tylko podmiot mający cechy określone w art. 5 ustawy z 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 1619 ze zm.), gdyż podlegają one przymusowemu ściągnięciu na tej drodze egzekucji. Potwierdza to regulacja z art. 195 ust. 2 p.z.p., w której ustawodawca przyznał Prezesowi UZP status wierzyciela kar finansowych i zobowiązał go do podejmowania czynności zmierzających do wyegzekwowania kar, gdyby nie zostały zapłacone.

<sup>13</sup> Poglądy doktryny i ustalenia terminologiczne w odniesieniu do pojęć „środek prawny” i „środek zaskarżenia” szczegółowo relacjonują: P. Przybysz, *Administracyjne środki prawne w postępowaniu egzekucyjnym w administracji*, Warszawa 2012, s. 25–79, T. Ereciński, w: *Ewolucja pojęć związanych z zaskarżaniem orzeczeń. Rodzaje środków zaskarżenia*, w: *System Prawa Procesowego Cywilnego*, III cz. 1, red. J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 49–71.

wołanie od czynności zamawiającego w procedurze zamówień publicznych lokuje się w kategorii środków ochrony prawnej, to już uregulowaną w art. 198a–198g p.z.p. skargę do sądu od wyroku KIO zaliczyć trzeba do grupy środków zaskarżenia.

Konieczność ustalenia przez ustawodawcę środków zaskarżenia orzeczeń oraz właściwego ich skonstruowania wynika z potrzeby zrealizowania gwarancji ochrony praw i wolności ustalonych w Konstytucji (art. 78 i art. 176 ust. 1). Trybunał Konstytucyjny po wielokroć wypowiedział się o konstrukcji środków zaskarżenia stworzonych przez ustawodawcę w szeroko rozumianym postępowaniu cywilnym. W swoich wypowiedziach Trybunał wskazywał na konieczność takiego konstruowania środków zaskarżenia, by korzystanie z nich realizowało standardy sprawiedliwości proceduralnej. Zasada ta powinna być realizowana na wszystkich etapach postępowania sądowego, ale nie sposób jej oceniać w kategoriach abstrakcyjnych, niezależnie od kategorii spraw, które są przedmiotem rozpoznania, konfiguracji podmiotowych, znaczenia poszczególnych kategorii praw dla ochrony interesów jednostki<sup>14</sup>. Wśród najistotniejszych wymogów rzetelnej i sprawiedliwie ukształtowanej procedury Trybunał Konstytucyjny wymienia: 1) nakaz wysłuchania stron, 2) konieczność ujawnienia w czytelny sposób motywów rozstrzygnięcia, 3) zapewnienie przewidywalności rozstrzygnięć przez odpowiednią spójność i wewnętrzną logikę mechanizmów, którym postępowanie jest poddane, 4) nakaz równego traktowania stron<sup>15</sup>.

Gdy chodzi o system środków ochrony prawnej dotyczących czynności zamawiających podejmowanych w związku z udzielaniem zamówień publicznych, to w dyrektywie Rady Wspólnot Europejskich 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane<sup>16</sup> zalecono wprowadzenie kontroli sądowej w postępowaniu o zamówienia publiczne lub przez inny organ będący sądem lub trybunałem w znaczeniu art. 177 Traktatu o Unii Europejskiej i niezależny zarówno od zamawiającego, jak i organu odwoławczego. Nowelizacją p.z.p. dokonaną ustawą z 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>17</sup>, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 r., ustawodawca implementował postanowienia art. 1 ust. 3 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady 89/656/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie zamówień publicznych<sup>18</sup>. Stosownie do tej dyrektywy państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia procedur odwoławczych przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Realizując zarówno standardy konstytucyjne, jak i unijne ustawodawca stworzył w obrębie p.z.p. procedurę, w świetle której postępowanie odwoławcze prowadzi do rozstrzygnięcia

<sup>14</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 lipca 2004 r., P 2/04, OTK-A 2004, nr 7, poz. 72.

<sup>15</sup> Szerzej z przytoczeniem orzecznictwa – K. Osajda, *Zasada sprawiedliwości proceduralnej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego. Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego*, red. T. Ereciński, K. Weitz, Warszawa 2010, s. 429 i n.

<sup>16</sup> Dz. Urz. UE 1989, Nr 395, s. 33.

<sup>17</sup> Dz. U. Nr 223, s. 1778.

<sup>18</sup> Dz. Urz. UE 2007, Nr 335, s. 31.



w pierwszej instancji sporu między zamawiającym a uczestnikiem konkursu lub innym podmiotem mającym interes w uzyskaniu danego zamówienia, natomiast postępowanie, które toczy się przed sądem w wyniku skargi wniesionej na wyrok KIO, jest postępowaniem rozstrzygającym spór w drugiej instancji<sup>19</sup>.

### 3. PRZEDMIOT ZASKARŻENIA SKARGĄ DO SĄDU NA ORZECZENIE KIO

Z art. 198a ust. 1 p.z.p. wynika, że przedmiotem zaskarżenia skargą do sądu jest orzeczenie KIO, a w świetle art. 183 ust. 1 p.z.p. za orzeczenia KIO w rozumieniu przepisów tego działu trzeba uznawać wyroki i postanowienia kończące postępowanie odwoławcze.

W wyrokach KIO wypowiada się o zasadności odwołania od czynności zamawiającego, a zatem o istocie poddanej jego rozstrzygnięciu sprawy, natomiast w pozostałych wypadkach wydaje postanowienia (art. 192 ust. 1 p.z.p.), spośród których tylko dwa mają charakter kończących postępowanie w sprawie. Są to postanowienia o odrzuceniu odwołania (art. 189 ust. 2 p.z.p.) oraz o umorzeniu postępowania odwoławczego (art. 183 ust. 5 p.z.p.). Integralną częścią wyroku KIO jest jednak także rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego, a ono niewątpliwie nie dotyczy istoty sprawy i we wszystkich procedurach uznawane jest za kwestię uboczną dla sprawy<sup>20</sup>. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęte zostało, że skargą do sądu może być samodzielnie zaskarżone także rozstrzygnięcie o kosztach zawarte w wyroku wydanym w procedurze przedsądowej uregulowanej w p.z.p.<sup>21</sup>

Przedmiot zaskarżenia skargą do sądu nie ma zatem jednorodnej natury, jak przedmiot zaskarżenia apelacją<sup>22</sup>, lecz „kumuluje w sobie elementy apelacji i zażalenia, co w nauce objaśniane jest dążeniem do uproszczenia postępowania poprzez wyeliminowanie z niego charakterystycznej dla bardziej rozbudowanych postępowań rozdzielności form orzekania w kwestiach merytorycznych i procesowych”<sup>23</sup>. Do tego stanowiska trzeba zgłosić takie zastrzeżenie, że procedura obowiązująca w postępowaniu odwoławczym oczywiście rozróżnia formy orzekania o istocie sprawy (wyrok) i o kwestiach formalnych (postanowienie), a jedynie przewiduje zaskarżanie tych różnych orzeczeń środkiem, któremu nadana jest ta sama nazwa. Skarga do sądu na postanowienie o odrzuceniu odwołania, umorzeniu postępowania odwoławczego, o kosztach postępowania przed KIO niezależnie od objęcia jej nazwą tożsamą z nazwą środka zaskarżenia wyroku KIO – z uwagi na właściwości przedmiotu zaskarżenia, które wymuszają inny niż dla wyroku zakres rozpoznania oraz orzekania sądu – i tak będzie bliższa zażaleniu

<sup>19</sup> Tak ocenił charakter tego postępowania także Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13 czerwca 2006 r., SK 54/04, OTK-A 2006, nr 6, poz. 64.

<sup>20</sup> O charakterze tego rozstrzygnięcia Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 13 czerwca 2006 r., SK 54/04, OTK-A 2006, nr 6, poz. 64 wypowiedział się w ten sposób: „postanowienie o kosztach postępowania, chociaż stanowiące konieczny element rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, nie jest elementem materialnym wyroku rozstrzygającego spór prawny. Postanowienie o kosztach nie jest elementem aktu sądowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, lecz czynnością konsekwentną, stanowiącą konsekwencję orzeczenia merytorycznego w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości”.

<sup>21</sup> Uchwały Sądu Najwyższego z 6 listopada 2002 r., III CZP 68/02, OSNC 2003, nr 7-8, poz. 103 z aprobowaną glosą P. Grzegorzcyka, OSP 2004, nr 3, poz. 35 oraz z 8 grudnia 2005 r., III CZP 109/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 182.

<sup>22</sup> W zasadzie odpowiada przedmiotowi zaskarżenia skargą kasacyjną (art. 398 § 1 k.p.c.), poza jednak rozstrzygnięciem o kosztach postępowania, gdyby miał być samodzielnym przedmiotem zaskarżenia.

<sup>23</sup> P. Grzegorzcyk, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 listopada 2002 r.*, III CZO 68/02, OSP 2004, nr 3, poz. 35.

przewidzianemu w k.p.c. niż apelacji<sup>24</sup>. Trudno przyjąć, żeby nazwanie tym samym mianem środków zaskarżenia o różnych przedmiotach, a zatem z konieczności także innym zakresie rozpoznania i orzekania, mogło wywołać efekt upraszczający czynności procesowe. Z całą pewnością powoduje natomiast zamieszanie, bo niejako wymusza wyodrębnienie dwóch rodzajów skarg objętych tą samą nazwą.

Podstawowym przedmiotem zaskarżenia skargą do sądu jest wyrok KIO o oddaleniu odwołania albo o jego uwzględnieniu, wykazujący podobieństwo raczej do wyroków sądu polubownego niż państwowego<sup>25</sup>. Wniesienie skargi do sądu powoduje, że wyrok ten nie staje się prawomocny, a zatem nie powoduje w obrocie prawnym skutków, dla wywołania których został wydany<sup>26</sup>. Stan taki trwa do czasu rozpoznania skargi i wydania przez sąd wyroku oddalającego skargę. W razie jej uwzględnienia i wydania przez sąd orzeczenia reformatoryjnego do obrotu prawnego w miejsce wyroku KIO wejdzie bowiem wyrok sądu i tenże wyrok uzyska atrybuty właściwe prawomocnemu orzeczeniu o istocie sprawy, co znajduje potwierdzenie w art. 195 ust. 3 p.z.p. Powyższe założenie konstrukcyjne czyni ze skargi środek zaskarżenia o charakterze zwyczajnym.

O skutkach dla wykonalności wyroku KIO, jakie wywołuje wniesienie skargi do sądu należy wnioskować na podstawie art. 195 ust. 3 i art. 197 p.z.p. Dla ich wywołania konieczne jest stwierdzenie wykonalności tego wyroku przez sąd powszechny, a może ono dotyczyć jedynie prawomocnego wyroku KIO. Tego atrybutu wyrok KIO nie może uzyskać przed zakończeniem postępowania sądowego wywołanego wniesieniem skargi – formalnie lub wyrokiem ją oddalającym.

Ustawodawca nie zajął wprawdzie wyraźnie stanowiska co do tego, czy wniesienie skargi do sądu na wyrok KIO wyłącza możliwość zawarcia umowy przez zamawiającego do czasu jej rozpoznania<sup>27</sup>, względnie czy ogranicza go w podejmowaniu innych czynności, które mogłyby osłabić lub nawet wyłączyć skutki ochrony prawnej, o udzielenie której zabiega wykonawca w postępowaniu sądowym, ale w sporze o to, czy wykonawca może uzyskać tymczasową ochronę przy wykorzystaniu przepisów o cywilnym postępowaniu zabezpieczającym trzeba opowiedzieć się za poglądem, że jest to możliwe. W art. 198a ust. 2 p.z.p. ustawodawca przyjął bowiem, że przepisy k.p.c. mają zastosowanie nie tylko do samej skargi do sądu na orzeczenie KIO, ale szerzej, bo w postępowaniu toczącym się wskutek jej wniesienia. Przesłanki stosowania przepisów o postępowaniu zabezpieczającym określone są art. 730 § 1 k.p.c., a wynika z niego, że udzielenie zabezpieczenia według zasad określonych w k.p.c. jest dopuszczalne w każdej sprawie cywilnej podlegającej rozpoznaniu przez sąd lub sąd polubowny. Te przesłanki niewątpliwie są spełnione w odniesieniu do spraw mających podstawę w p.z.p.

---

<sup>24</sup> W art. 197 ust. 1 p.z.p. ustawodawca także użył pojęcia „orzeczenie KIO”, które ma szerszy zakres desygnatów niż właściwy dla normowanej sytuacji. Postanowił mianowicie, że orzeczenie KIO – po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności – ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu, a art. 781 § 2 k.p.c. stosuje się do niego odpowiednio. Moc równą wyrokowi sądowemu może mieć jednak tylko orzeczenie o istocie sprawy rozpoznanej w postępowaniu przed KIO, a zatem wyrok, nie zaś także postanowienie tego organu kończące postępowanie odwoławcze, mające charakter „orzeczenia” tego organu w rozumieniu przepisów o skardze do sądu.

<sup>25</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 6 listopada 2002 r., III CZP 68/02, OSNC 2003, nr 7–8, poz. 103, z 14 stycznia 2005 r., III CZP 71/04, OSNC 2005, nr 12, poz. 201.

<sup>26</sup> Po uprawomocnieniu się i stwierdzeniu jego wykonalności, wyrok taki uzyskuje także materialnoprawne atrybuty prawomocności.

<sup>27</sup> Zawarcie umowy jest odsuwane w czasie najpierw z uwagi na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego (art. 183 ust. 1 p.z.p.), ale na jego wniosek zakaz ten może być uchylony (art. 183 ust. 2 p.z.p.).

Zawarcie przez zamawiającego z innym wykonawcą umowy stanowiącej przedmiot zamówienia publicznego nie stoi na przeszkodzie rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie KIO wydane na skutek odwołania uczestnika przetargu. Dopóki nie dojdzie do wykonania umowy, dopóty istnieją warunki do udzielenia ochrony prawnej zabiegającej o nią osobie. Postępowanie sądowe może stać się bezprzedmiotowe dopiero wtedy, gdy okaże się, że umowa została wykonana przed rozpoznaniem skargi przez sąd. Wówczas postępowanie wszczęte na podstawie skargi podlega umorzeniu, a uczestnikowi kwestionującemu wynik przetargu pozostaje droga dochodzenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych<sup>28</sup>. Trzeba jednak zaaprobować pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z 8 grudnia 2016 r., I CSK 19/16<sup>29</sup>, że zapobiec umorzeniu postępowania może zmiana żądania przez odwołującego się, dokonana stosownie do art. 383 zdanie drugie k.p.c. Sąd Najwyższy zauważył, że działanie takie miałyby także podstawę w art. 192 do 195 p.z.p., do stosowania których odsyła ustawodawca, a które wymagają brania pod uwagę zmiany okoliczności polegającej na zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wówczas można domagać się zmiany pierwotnego żądania, które było przedmiotem postępowania odwoławczego, ponieważ nie może zostać uwzględnione żądanie o unieważnienie czynności i nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert.

Ustawodawca wymaga, by w odwołaniu od czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kwestionujący je wykonawca zgłosił wszystkie zarzuty przeciwko tym czynnościom i wskazał na wszystkie roszczenia (procesowo – żądania), jakich w związku z nimi dochodzi. Granice sprawy rozpoznawanej w postępowaniu odwoławczym wyznaczają zatem wszystkie zarzuty odwołującego się i osób, które przystąpiły do postępowania wszczętego z jego inicjatywy, względnie zarzuty tych skarżących, których odwołania połączono do wspólnego rozpoznania (orzeczenie łączne). Orzeczenie wydawane przez KIO odnosi się do tak wyznaczonego przedmiotu postępowania (art. 192 ust. 7 p.z.p.), nie zaś do wszystkich czynności zamawiającego w postępowaniu przetargowym. Wyznaczający granice uprawnień orzeczniczych KIO art. 192 ust. 1–3 p.z.p. o tyle wiąże je z poszczególnymi, pojedynczymi zarzutami, o ile okażą się one wystarczające do uwzględnienia żądań (roszczeń) odwołującego się o zobowiązanie zamawiającego do określonego zachowania się (wykonania, powtórzenia lub unieważnienia jego czynności) albo o ustalenie okoliczności mogących mieć znaczenie prawotwórcze (stwierdzenie naruszenia przepisów p.z.p.) czy o nałożenie kary<sup>30</sup>. O zarzutach uznanych za bezzasadne KIO powinna wypowiedzieć się w wyroku co najwyżej w tym sensie, że oddała odwołanie w zakresie, w jakim zarzuty te zostały sformułowane. Jest możliwe, że z punktu widzenia tej ochrony, jaką może uzyskać skarżący na podstawie art. 192 ust. 3 p.z.p., wystarczające okaże się uwzględnienie jednego lub kilku spośród wielu zgłoszonych w odwołaniu zarzutów. Powstaje jednak kwestia, czy jeżeli KIO odniesie się do pozostałych zarzutów nie w wyroku (za wystarczającą należałoby uznać formułę „w pozostałym zakresie oddała odwołanie”), lecz w uzasadnieniu, to czy odwołujący się będzie mógł skorzystać ze skargi do sądu na takie orzeczenie i czy za

<sup>28</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 14 października 2005 r., III CZP 73/05, OSNC 2006, nr 7–8, poz. 121.

<sup>29</sup> LEX nr 2261746.

<sup>30</sup> Por. § 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.), z którego wynika, że w wyroku KIO wypowiada się właśnie o żądaniach, a nie o pojedynczych zarzutach zgłoszonych przez odwołującego się. Także M. Sławiński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 17 lutego 2016 r., III CZP 111/15, „Palestra”* 2016, nr 10, s. 132–133 zwraca uwagę, że wyrok powinien rozstrzygać o roszczeniach, nie zaś o zarzutach odwołującego się.

jej przedmiot trzeba będzie uznać wyrok, czy także jego uzasadnienie. Zagadnienie to jest niezwykle kontrowersyjne.

W uchwale z 17 lutego 2016 r., III CZP 111/15<sup>31</sup>, Sąd Najwyższy wskazał, że wydanie wyroku i sporządzenie jego uzasadnienia to dwie różne czynności KIO. Uznając część zarzutów i żądań za zasadne, a część za pozbawione podstaw, KIO powinna dać temu wyraz w części rozstrzygającej wyroku (sentencji), a nie w jego uzasadnieniu. Sąd Najwyższy uznał, że dopuszczalna jest jednak skarga do sądu od wyroku KIO dotycząca zarzutów oddalonych w uzasadnieniu tego orzeczenia a nierozstrzygniętych w sentencji. Nie jest to – zdaniem Sądu Najwyższego – skarga od orzeczenia nieistniejącego. Pogląd ten został zakwestionowany w doktrynie przez jej przedstawicieli akcentujących, że wyrok jako czynność konwencjonalna wymaga podjęcia działania mieszczącego się w zakresie kompetencji organu, który go wydał i spełniającego wymagania co do formy, w jakiej powinien być wydany. Wypowiedzi brakującej w wyroku nie można uzupełnić w uzasadnieniu; w tym zakresie wyrok jest nieistniejący<sup>32</sup>. Od strony teoretycznej pogląd ten należy podzielić, z zastrzeżeniem jednak, że wyrok wydany w postępowaniu odwoławczym przed KIO ma odnosić się do roszczeń (żądań) odwołującego się, a do zarzutów w stosunku do czynności odwołującego się o tyle, że wszystkie one, w zakresie, w jakim nie usprawiedliwiają roszczeń (fakty, ze względu na które je sformułowano nie miały miejsca albo miały miejsce, ale nie usprawiedliwiają żądania), podlegają oddaleniu.

#### **4. SĄD WŁAŚCIWY DO ROZPOZNANIA SKARGI NA ORZECZENIE KIO**

Skargi na orzeczenia KIO wydane na skutek rozpoznania odwołania wykonawcy od czynności zamawiającego rozpoznają różne sądy okręgowe w kraju, a o ich właściwości decyduje miejsce zamieszkania lub siedziba zamawiającego (art. 198b ust. 1 p.z.p.). W postępowaniu, które toczy się na skutek wniesienia skargi na orzeczenie KIO, sąd okręgowy – w konsekwencji odpowiedniego stosowania do niego przepisów k.p.c. o apelacji (art. 194 ust. 1 p.z.p.) – pełni funkcję sądu drugiej instancji<sup>33</sup>.

Skargi do sądu składa się za pośrednictwem Prezesa KIO, który przekazuje je właściwemu do ich rozpoznania sądowi. Nie ma przy tym kompetencji do sprawdzania, czy skarga jest dołknięta brakami, wzywania do ich uzupełniania czy wyciągania konsekwencji z tych braków. Uprawnienie do skontrolowania skargi w celu oceny, czy jej wniesienie było dopuszczalne z uwagi na przedmiot zaskarżenia, legitymację podmiotu, który złożył skargę, oraz spełnianie przez skargę dalszych przesłanek dopuszczalności (zachowanie terminu, wymagania stawiane pismu będącemu jej nośnikiem, wpis) i do wyprowadzenia konsekwencji z niezachowania tych wymagań przysługuje sądowi, który na posiedzeniu niejawnym może orzec o odrzuceniu skargi (art. 198e ust. 1 p.z.p.).

Postanowienia sądu okręgowego o odrzuceniu skargi przewidzianej w art. 198a p.z.p. nie są zaskarżalne ani zażaleniem, ani skargą kasacyjną<sup>34</sup>. Nie są zaskarżalne także inne postano-

<sup>31</sup> OSNC 2017, nr 2, poz. 15.

<sup>32</sup> R.R. Wasilewski, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 17 lutego 2016 r., III CZP 111/15, „Finanse Komunalne” 2016, nr 10, s. 72 i n.*

<sup>33</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z 3 października 2008 r., I CZ 72/08, Lex nr 470008.

<sup>34</sup> Sąd Najwyższy w postanowieniu z 3 października 2008 r., I CZ 72/08, Lex nr 470008.

wienia sądu wydawane w tym postępowaniu, gdyż należy je uznać za postanowienia sądu drugiej instancji. Wyjątek dotyczy tych postanowień, od których ustawodawca stworzył tzw. zażalenie poziome (art. 394<sup>2</sup> k.p.c.).

## 5. LEGITYMACJA DO ZŁOŻENIA SKARGI DO SĄDU ORAZ GRANICE PODMIOTOWE SPRAWY TOCZĄCEJ SIĘ PRZED SĄDEM W ZWIĄZKU Z WNIESIENIEM SKARGI

Legitymacja do wniesienia środka zaskarżenia jest jedną z przesłanek decydujących o jego dopuszczalności. Legitymacja ta nie musi być uwarunkowana materialnoprawnie, a ustawodawca konstruując konkretny środek zaskarżenia co do zasady powinien wypowiedzieć się też o tym, jakiej kategorii podmiotów przyznaje legitymację. Jeśli tego nie uczyni, co czasem się zdarza, to legitymację do wniesienia środka zaskarżenia trzeba budować w oparciu o przesłankę interesu prawnego w zaskarżeniu, który istnieje w razie pokrzywdzenia tym orzeczeniem osoby składającej środek zaskarżenia. Pokrzywdzenie takie ma miejsce, gdy zaskarżone orzeczenie jest obiektywnie w sensie prawnym niekorzystne dla skarżącego, gdyż skarżący nie uzyskał takiej ochrony prawnej, jaką zamierzał osiągnąć przez procesowo odpowiednie zachowanie w postępowaniu poprzedzającym wydanie orzeczenia<sup>35</sup>.

Legitymację do wniesienia skargi do sądu na orzeczenie KIO ustawodawca uregulował w art. 198a ust. 1 p.z.p. Przysługuje ona podmiotom, które miały pozycję strony lub uczestnika postępowania przed KIO wywołanego wniesieniem odwołania od czynności zamawiającego. Legitymacja do wniesienia skargi na być zatem wyznaczona z odwołaniem się do pojęć „strona postępowania przed KIO” i „uczestnik postępowania przed KIO”.

Ustawodawca niezbyt jasno wypowiedział się o granicach i podmiotowych aspektach modelu postępowania sądowego toczącego się na skutek skargi do sądu na orzeczenie KIO. Niewątpliwie w postępowaniu tym występuje podmiot legitymowany do wniesienia skargi (mający w postępowaniu przed KIO status strony lub uczestnika postępowania) oraz podmiot w art. 198b ust. 2 p.z.p. nazywany „przeciwnikiem skargi”. Tego rodzaju założenie nawiązuje do modelu postępowania dwustronnego, w którym występują podmioty o przeciwstawnych interesach, a nie do właściwego trybowi nieprocesowemu modelu postępowania wielopodmiotowego<sup>36</sup>. W postępowaniu cywilnym regułą jest zresztą rozpoznanie spraw w procesie, a ich rozpoznanie w postępowaniu nieprocesowym wymaga wyraźnej decyzji ustawodawcy.

Przy takim założeniu stroną postępowania przed KIO uprawnioną do zaskarżenia orzeczenia tego organu do sądu może być osoba, która zainicjowała postępowanie przed KIO przez wniesienie odwołania od czynności zamawiającego, jak i sam zamawiający<sup>37</sup>. W postępowaniu

<sup>35</sup> Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 15 maja 2014 r. – zasadzie prawnej – III CZP 88/13, OSNC 2014, nr 11, poz. 108.

<sup>36</sup> Tak też Sąd Najwyższy w postanowieniu z 19 czerwca 2007 r., III CZP 25/07, LEX nr 306787.

<sup>37</sup> Uchwały Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2005 r., III CZP 71/04, OSNC 2005, nr 12, poz. 201, z 10 marca 2005 r., III CZP 100/04, OSNC 2006, nr 2, poz. 26, z 10 marca 2005 r., III CZP 94/04, Prok. i Pr. – wkł. 2005, nr 10, s. 34. W wyroku z 21 października 2010 r., C-570/08, Symvoulio Apochetefseon Lefkosias v. Anatheoritiki Archi Prosforon (LEX nr 604036) Trybunał Sprawiedliwości UE wyjaśnił, że państwa członkowskie nie mają obowiązku ustanowienia również dla zamawiających sądowego środka zaskarżania orzeczeń organów niemających charakteru sądowego, ale przyznanie zamawiającym takiego uprawnienia nie jest wykluczone.



niu przed KIO mogą jednak wystąpić także inne osoby, a mianowicie uczestnicy, którzy – po zawiadomieniu ich o wniesieniu odwołania względnie po powzięciu informacji o wniesieniu odwołania ze stron internetowych zamawiającego (art. 185 ust. 1 p.z.p.) – zgłoszą przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego, wykonawca musi wskazać stronę, do której przystępuje (art. 185 ust. 2 p.z.p.). Warunkiem uzyskania statusu uczestnika postępowania jest posiadanie interesu prawnego w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której uczestnik przystępuje (art. 185 ust. 3 p.z.p.), co podlega weryfikacji w razie wniesienia przez zamawiającego lub odwołującego się opozycji przeciwko jego przystąpieniu do udziału w postępowaniu (art. 185 ust. 4 p.z.p.). Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą przy tym pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 p.z.p.)<sup>38</sup>. Strony postępowania odwoławczego zachowują swój dotychczasowy status także w postępowaniu sądowym, przy czym uczestnika postępowania odwoławczego należy traktować w postępowaniu sądowym jak interwenienta (art. 198ea p.z.p.). W postanowieniu z 19 czerwca 2007 r., III CZP 25/07, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że uczestnik, który nie złożył skargi do sądu nie staje się przeciwnikiem skargi wykonawcy, który zainicjował postępowanie odwoławcze. Uczestnik taki tym bardziej nie może być uznany za przeciwnika skargi zamawiającego. Za przeciwnika skargi nie można też uznawać wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi.

Uczestnikowi postępowania przed KIO przysługuje także samodzielna legitymacja do wniesienia skargi na wyrok KIO, a o ile uczestnik ją wykorzysta, to w postępowaniu sądowym przysługuje mu status skarżącego (art. 198a ust. 1 p.z.p.), przy zachowaniu kontradiktoryjnej zewnętrznej formuły postępowania, w ramach której jako strony sporu należy identyfikować odwołującego się i zamawiającego.

Z art. 198b ust. 4 p.z.p. wynika, że uprawnienie do wniesienia skargi przysługuje też Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP). Organ ten może także przystąpić do udziału w postępowaniu. Stosuje się do niego wówczas przepisy k.p.c. o prokuratorze, a jego legitymacja jest budowana z odwołaniem się do przesłanek leżących w sferze interesu publicznego.

Podmioty działające w postępowaniu przed sądem wszczętym na podstawie skargi muszą korzystać z atrybutów w postaci zdolności sądowej (prawnej) i procesowej (do czynności prawnych). Mogą występować w tym postępowaniu samodzielnie (osobiście, przez przedstawicieli ustawowych względnie organy), ale mogą też być zastępowane przez pełnomocników. Kwestia pełnomocnictwa nie jest szczególnie uregulowana przez przepisy o postępowaniu przed sądem drugiej instancji, a więc zastosowanie znajduje do niej art. 87 i n. k.p.c.

---

<sup>38</sup> Przesłanki i model „uczestniczenia” w postępowaniu odwoławczym ustalony w art. 185 p.z.p. powoduje, że status uczestnika wyraźnie zbliża się do statusu interwenienta ubocznego w postępowaniu cywilnym. Nie traci jednak zupełnie na aktualności ocena wyrażona w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z 19 czerwca 2007 r., III CZP 25/07, LEX nr 306787, że „wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego staje się uczestnikiem tego postępowania i byłoby nadmiernym uproszczeniem przyjmowanie, że jest on interwenientem ubocznym w postępowaniu skargowym. Zgłoszenie przystąpienia podyktowane jest interesem prawnym wykonawcy zgłaszającego swoje przystąpienie, niekoniecznie tożsamym z interesem prawnym strony, do której przystępuje. Przystępujący wykonawca działa we własnym interesie i zajmuje samodzielną pozycję w postępowaniu, nie jest więc tylko pomocnikiem strony, do której przystąpił”. Potwierdzeniem ciągłej aktualności tej oceny jest art. 186 ust. 3 i 4 p.z.p., gwarantujący takiemu uczestnikowi możliwość wpływu na czynności dyspozytywne zamawiającego, a to dla ochrony własnej sfery prawnej.

## 6. TERMIN DO WNIESIENIA SKARGI DO SĄDU I WYMAGANIA FORMALNE

Skargę do sądu wnosi się w terminie 7 dni od dnia doręczenia skarżącemu orzeczenia KIO<sup>39</sup>. Postępowanie przyspiesza okoliczność, że orzeczenia te doręczane są z uzasadnieniem. Skargę składa się albo Prezesowi KIO, albo adresuje do tego organu i przekazuje mu, korzystając z usług placówki pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe<sup>40</sup>. Ustawodawca wymaga, aby odpis skargi przesyłać jednocześnie przeciwnikowi skargi. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w uchwale z 24 lutego 2009 r., III CZP 147/08<sup>41</sup>, przewidujący ten obowiązek art. 198b ust. 2 p.z.p. wprowadza wyjątek od obowiązującej w postępowaniu sądowym zasady oficjalności doręczeń i jako przepis szczególny nie może być interpretowany rozszerzająco. Odstępstwo od ogólnej zasady dotyczy zatem tylko sposobu doręczenia odpisu skargi jej przeciwnikowi, co oznacza, że inne doręczenia powinny być dokonywane przez Prezesa Urzędu, a nie przez wnoszącego skargę. Przeciwnikiem skargi w rozumieniu art. 195 ust. 2 p.z.p. nie jest wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi. Doręczenie przeciwnikowi skargi jej odpisu nie jest jednak przesłanką dopuszczalności skargi<sup>42</sup>.

Teoretycznie dłuższym terminem do wniesienia skargi dysponuje Prezes UZP, gdyż może on wnieść skargę w terminie 21 dni. Termin ten rozpoczyna jednak bieg w innym momencie, a mianowicie następnego dnia po wydaniu wyroku przez KIO, co w praktyce może oznaczać, że termin do zaskarżenia wyroku przez Prezesa UZP minie wcześniej niż terminy na rzecz stron postępowania.

Skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, związane ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wnioski o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części (art. 198c p.z.p.).

Obowiązująca ustawa z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych<sup>43</sup> wiąże obowiązek uiszczenia opłaty z wniesieniem do sądu pisma podlegającego takiej opłacie (art. 10 u.k.s.c.). O wysokości opłaty od skargi na orzeczenie KIO ustawodawca wypowiedział się w art. 34 u.k.s.c.<sup>44</sup> Początkowo opłata od skargi na orzeczenie KIO miała charakter

---

<sup>39</sup> O tym, od jakiej daty należy liczyć termin do zaskarżenia czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Sąd Najwyższy wypowiedział się w uchwale z 28 lutego 2013 r., III CZP 107/12, OSNC 2013, nr 9, poz. 106.

<sup>40</sup> T. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1481.

<sup>41</sup> OSNC 2009, nr 12, poz. 167.

<sup>42</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z 14 maja 2010 r., II CZ 108/09, LEX nr 1130295.

<sup>43</sup> T. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 623; dalej: „u.k.s.c.”.

<sup>44</sup> Przed wejściem w życie u.k.s.c. wysokość opłat od skarg na orzeczenia KIO określona była w § 18 ust. 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie określenia wysokości wpisów w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 154, poz. 753 ze zm.), ale w uchwale z 12 maja 2005 r., III CZP 19/05 (OSNC 2006, nr 4, poz. 57), Sąd Najwyższy uznał, że wpis od skargi na orzeczenie będące postanowieniem o odrzuceniu odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien odpowiadać wpisowi od zażalenia, a zatem powinien mieć charakter wpisu stosunkowego i wynosić jedną piątą wpisu stosunkowego. Pogląd ten uznać trzeba za kontrowersyjny, gdyż w p.z.p. ustawodawca wprowadził rozróżnienie wyroków i postanowień, ale za „orzeczenia” mogące być przedmiotem skargi do sądu uznaje wyroki i postanowienia kończące postępowanie w sprawie. Do tego typu orzeczeń, jako kategorii zbiorczej, odnosi się zarówno § 18 powołanego wyżej rozporządzenia, jak i aktualnie art. 34 ust. 1 u.k.s.c.

stały i wynosiła 3.000 zł. Ustawą z 13 kwietnia 2007 r.<sup>45</sup>, z mocą od 12 października 2007 r., ustawodawca podniósł wysokość tej opłaty do pięciokrotności opłaty od odwołania wniesionego od czynności zamawiającego (art. 34 ust. 1 u.k.s.c.), a jeśli skarga dotyczyła czynności zamawiającego podjętych po otwarciu ofert – opłata miała mieć charakter stosunkowy i wynosić 5% wartości przedmiotu zamówienia, nie więcej jednak niż 5 mln zł (art. 34 ust. 2 u.k.s.c.). Wysokość opłaty stosunkowej została zakwestionowana przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 15 kwietnia 2014 r., SK 12/13<sup>46</sup> i art. 34 ust. 2 u.k.s.c. utracił moc z dniem 28 kwietnia 2014 r.

Opłacie w wysokości stałej podlega pismo wnoszone do sądu będące środkiem zaskarżenia, zatem w rozważanym przypadku – skargą od orzeczenia KIO, niezależnie od tego, w jakim zakresie w piśmie tym skarżący kwestionuje orzeczenie KIO.

## **7. ZAKRES ROZPOZNANIA W POSTĘPOWANIU WYWOŁANYM SKARGĄ**

Postępowanie wywołane wniesieniem skargi do sądu na wyrok KIO ma ten sam przedmiot, co postępowanie wywołane rozpoznaniem przez KIO odwołaniem od czynności zamawiającego. Skoro to pierwsze było zorientowane nie na rozpoznanie całego procesu przygotowawczego do umowy i wszystkich czynności zamawiającego podjętych na etapie przedkontraktowym, lecz na ocenę okoliczności odnoszących się do zarzutów odwołującego się, uzasadniających konkretne żądania (art. 192 ust. 7 p.z.p.), to i postępowanie wywołane skargą do sądu na orzeczenie KIO jest przedmiotowo ograniczone do roszczeń (żądań) skarżącego i uzasadniających je zarzutów, ocenionych w wyroku przez KIO, której to ocenie skarżący (a zatem – odwołujący się lub zamawiający, względnie któryś z uczestników) zarzuca wadliwość. W postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami (art. 198d p.z.p), natomiast – jak już powiedziano – można zmienić w sytuacji uregulowanej w art. 383 zdanie drugie k.p.c.

Taki zakres rozpoznania skargi tylko pozornie odbiega od zakresu rozpoznania właściwego postępowaniu apelacyjnemu, a kształtowanemu zgodnie z zasadą, że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania<sup>47</sup>. Postępowanie apelacyjne jest bowiem postępowaniem w tej samej sprawie, w jakiej toczyło się postępowanie przed sądem pierwszej instancji, a zadaniem sądu drugiej instancji jest jej ponowne rozpoznanie i rozstrzygnięcie. Sąd ten musi zatem przeanalizować raz jeszcze materiał dowodowy, ocenić go i ewentualnie uzupełnić w niezbędnym zakresie oraz poczynić ustalenia faktyczne, na bazie których sformułowana zostanie właściwa ocena prawna sprawy. Sąd drugiej instancji w ocenie tej nie jest skrupowany oceną sądu pierwszej instancji, musi jednak pamiętać o art. 321 § 1 k.p.c., który zakazuje orzekania ponad żądanie. Przedmiot postępowania przez KIO ustalony zostaje w postępowaniu odwoławczym, przez

<sup>45</sup> Dz. U. Nr 82, poz. 560.

<sup>46</sup> Dz. U. 2014r., poz. 545, OTK-A 2014, nr 4, poz. 41.

<sup>47</sup> Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z 31 stycznia 2008 r. – zasadzie prawnej – III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55.



zgłoszenie żądań i przytoczenie zarzutów przeciwko czynnościom zamawiającego i w tym samym zakresie podlega on badaniu w postępowaniu sądowym.

W postępowaniu drugoinstancyjnym obowiązują te same zasady rozkładu ciężaru dowodu, co przed sądem pierwszej instancji, rekonstruowane na podstawie art. 6 k.c. Ustawodawca zdecydował o stworzeniu normy szczególnej na potrzeby postępowania wywołanego skargą do sądu na wyrok KIO i wskazał na zobowiązanego do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jest nim wykonawca, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania albo interwenientem albo zamawiający, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest stroną postępowania albo interwenientem (art. 198ea p.z.p.). Innych odstępstw od reguł obowiązujących w postępowaniu apelacyjnym ustawodawca nie przewidział dla postępowania wszczętego na podstawie skargi na wyrok KIO. W postępowaniu tym będą zatem działały ograniczenia dowodowe przewidziane w art. 381 k.p.c., a orzeczenie zapadnie na podstawie materiału dowodowego zebranego przed KIO i przed sądem. Na podstawie art. 391 § 1 k.p.c. do postępowania przed sądem okręgowym, jako sądem drugiej instancji, znajdują też zastosowanie przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji.

W postępowaniu wywołanym skargą do sądu na postanowienie KIO kończące postępowanie w sprawie zakres rozpoznania sądu jest inny niż określony wyżej, gdyż ogranicza się do oceny okoliczności, które legły u podstaw wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania lub umorzeniu postępowania odwoławczego, a w postępowaniu wywołanym skargą na rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego rozpoznanie sądu ograniczone będzie do oceny rzetelności rozliczenia kosztów i trafności przypisania odpowiedzialności za nie konkretnemu podmiotowi, adekwatnie do wyniku postępowania odwoławczego.

## **8. ORZECZENIA SĄDU WYDANE NA SKUTEK ROZPOZNANIA SKARGI I ICH SKUTKI**

W postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie KIO sąd wydaje dwa rodzaje orzeczeń. O istocie rozpoznawanej sprawy wypowiedzi się w wyroku, a w pozostałych przypadkach orzeka postanowieniem. Osobną kwestią jest, że forma wypowiedzi w postaci postanowienia powinna być też zarezerwowana dla sytuacji, gdy przedmiotem skargi do sądu jest postanowienie o umorzeniu postępowania i o odrzuceniu odwołania<sup>48</sup>.

Postanowieniem sąd odrzuca skargę, jeśli okaże się ona niedopuszczalna (art. 198e ust. 1 p.z.p.), odrzuca odwołanie, po uchyleniu wyroku KIO, gdyby okazało się niedopuszczalne (art. 198f ust. 3 p.z.p.), umarza postępowanie, gdyby okazało się ono bezprzedmiotowe, uchylając jednocześnie wyrok KIO (art. 198f ust. 3 p.z.p.), ale np. także zawiesza postępowanie, w sytuacjach określonych w art. 174–178 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i art. 198a ust. 2 p.z.p.

Przyczynę umorzenia postępowania wywołanego wniesieniem skargi do sądu trzeba odtworzyć na podstawie art. 355 § 1 w związku z art. 391 § 1 k.p.c., a jest nią zbędność wyrokowania. W doktrynie i w orzecznictwie do tych przyczyn zalicza się m.in. skuteczne zawarcie ugody sądowej, cofnięcie środka zaskarżenia, natomiast za przyczynę niedo-

<sup>48</sup> Por. jednak uchwałę Sądu Najwyższego z 28 lutego 2013 r., III CZP 107/12, OSNC 2013, nr 9, poz. 106.

puszczalności wydania wyroku uznaje się zajście okoliczności powodujących nieusuwalny brak jednej z bezwzględnych przesłanek procesowych (art. 199 § 1 pkt 1 i 2, art. 1099 lub 1113 k.p.c.).

W art. 198f p.z.p. ustawodawca wymienił rodzaje wyroków, jakie wydaje sąd po rozpoznaniu skargi na orzeczenie KIO. Z ust. 2 tego przepisu wynika, że sąd oddala skargę, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie. Rodzaje rozstrzygnięć, jakie może w tej sytuacji wydać wynikają z art. 192–195 k.p.c. i odpowiadają tym, jakie mogły zapaść w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed KIO. Sąd może zatem: a) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego; b) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 p.z.p. – unieważnić umowę lub unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; c) w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – nałożyć karę finansową i skrócić okres obowiązywania umowy; d) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzić naruszenie przepisów ustawy<sup>49</sup>.

W postępowaniu wszczętym na skutek skargi na wyrok KIO nie może zapaść orzeczenie kasatoryjne, dla którego podstawą byłoby art. 386 § 4 k.p.c. Postępowanie przed sądem okręgowym musi się zatem skończyć orzeczeniem o istocie sprawy, chyba że istnieją podstawy do formalnego zakończenia postępowania, a mianowicie uchylecia wyroku KIO i odwołania albo uchylecia wyroku KIO i umorzenia postępowania odwoławczego.

Orzeczenia wydane przez sąd w wyniku rozpoznania skargi od wyroku KIO są prawomocne. Wyroki te (ani zresztą także postanowienia) nie podlegają zaskarżeniu z inicjatywy stron postępowania. Uprawnienie do wniesienia skargi kasacyjnej od wyroku sądu wydanego na skutek rozpoznania skargi na wyrok KIO lub od postanowienia kończącego postępowanie w sprawie rozpoznanej przez sąd ma tylko Prezes UZP<sup>50</sup>.

Wyłączenie możliwości dalszego zaskarżania orzeczeń sądu zapadających w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO trzeba zaakceptować. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego norma wyrażona w art. 78 Konstytucji nie wymaga, aby rozstrzygnięcie pierwszoinstancyjne zapadało w postępowaniu sądowym ani też, aby rozstrzygnięcie organu pozasądowego musiało być poddane kontroli dwóch instancji sądowych. Wymaganie dwuinstancyjności postępowania wyrażone w art. 176 ust. 1 Konstytucji odnosi się bowiem jedynie do „postępowania sądo-

---

<sup>49</sup> Z naruszeniem przez zamawiającego w procesie przedkontraktowym przepisów p.z.p. ustawodawca nie powiązał jednak roszczenia o nakazanie zamawiającemu zawarcia umowy i w uwzględnieniu odwołania KIO nie może wydać takiego orzeczenia (art. 146 ust. 6 p.z.p.). Na gruncie kodeksu cywilnego zawarcia umowy mogłaby dochodzić tylko strona umowy przedwstępnej, w okolicznościach określonych w art. 390 § 2 k.c.

<sup>50</sup> Nie jest on jednak legitymowany do zaskarżenia innych orzeczeń sądu wydanych na skutek rozpoznania skargi na orzeczenie KIO, w tym na przykład do skorzystania ze środka zaskarżenia przewidzianego w art. 394 § 11 k.p.c.

wego”, i to do postępowania, które „od początku do końca” toczy się przed sądem<sup>51</sup>. Spraw, które najpierw rozpatrywane były przez organy pozasądowe, a następnie zostały poddane ostatecznej kontroli ze strony sądu, dotyczy wyłącznie art. 78 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny akcentował też, że wynikająca z art. 176 ust. 1 Konstytucji gwarancja odnosi się do sytuacji, gdy sąd rozstrzyga merytorycznie o prawach i wolnościach jednostki, a więc sprawuje wymiar sprawiedliwości, nie zaś do tych, gdy działa jedynie jako organ ochrony prawnej kontrolujący inne niż rozstrzygnięcia sądowe akty władzy publicznej w celu ochrony jednostki przed arbitralnością władzy<sup>52</sup>.

## 9. PODSUMOWANIE

Z licznych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego wynika, że apelacja w postępowaniu cywilnym skonstruowana jest w sposób pozwalający zrealizować standardy sprawiedliwego postępowania<sup>53</sup>. Już z tej przyczyny trzeba zaakceptować odesłanie ustawodawcy do uzupełniającego stosowania przepisów k.p.c. w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO. Mankamentem rozwiązań przyjętych w p.z.p. w odniesieniu do skargi na orzeczenie KIO jest jednak przyporządkowanie do zakresu orzeczeń zaskarżalnych skargą zarówno wyroków KIO, jak i niektórych postanowień tego organu, których właściwości wskazują na to, że powinny być zaskarżalne raczej zażaleniem, z czym powinny się wiązać różne (krótsze) terminy do wniesienia środka zaskarżenia takich orzeczeń i wskazanie na właściwe im sposoby rozstrzygnięcia.

---

<sup>51</sup> Wyroki TK: z 8 grudnia 1998 r., K 41/97, OTK 1998, nr 7, poz. 117, z 11 czerwca 2002 r., SK 5/02, OTK A 2002, nr 4, poz. 41, z 13 czerwca 2006 r., SK 54/04, OTK A 2006, nr 6, poz. 64.

<sup>52</sup> Wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 12 maja 2003 r., SK 38/02, OTK A 2003, nr 5, poz. 38, z 5 lipca 2005 r., SK 26/04, OTK A 2005, nr 7, poz. 78, z 30 października 2012 r., SK 20/11, OTK A 2012, nr 9, poz. 110.

<sup>53</sup> Szerzej na ten temat M. Romańska, *Wpływ orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na kształt i sprawność systemu środków zaskarżania w post cywilnym*, „Polski Proces Cywilny” 2017, nr 2, s. 163 i n.

**CZĘŚĆ DRUGA**  
**ZAGADNIENIA SZCZEGÓŁOWE DOTYCZĄCE**  
**WYBRANYCH REGULACJI PZP**



## Wstęp

Część drugą stanowią referaty przygotowane przez członków Krajowej Izby Odwoławczej, podejmujące ważne kwestie merytoryczne obecne w orzecznictwie Izby na przestrzeni 10 lat funkcjonowania tego organu i wywierające istotny wpływ na interpretację przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Piórami członków Izby omówiono wybrane zagadnienia prawne, mając na uwadze nowelizacje przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dokonane w latach 2007–2017 – istotne z punktu widzenia praktyki orzeczniczej.

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 4 września 2008 r. dotyczyła m.in. odmiennego ukształtowania instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, w tym przekazania powyższego do rozpoznania Izbie, likwidacji możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu.

Największy wpływ na funkcjonowanie Krajowej Izby Odwoławczej i jej orzecznictwo wywarła nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. Zmiany wprowadzone tą ustawą dotyczyły m.in. środków ochrony prawnej oraz postępowania przed Izbą. Najistotniejszą z nich była likwidacja instytucji protestu i pozostawienie odwołania wnoszonego do Izby oraz skargi do sądu jako jedynych środków ochrony prawnej. Nowelizacja ta rozszerzyła także kompetencje Krajowej Izby Odwoławczej m.in. o wprowadzenie uprawnienia do unieważniania zawartych umów w sprawie zamówienia publicznego czy nakładania kar finansowych. W wyniku tej nowelizacji ustawodawca wprowadził także nową regulację art. 179 ust. 1.

Warto także zwrócić uwagę na nowelizację z dnia 12 października 2012 r., która do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wdrożyła dyrektywę obronną.

Z kolei ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadziła zmiany dotyczące m.in. opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, powoływania się na potencjał innych podmiotów, katalogu wykluczenia wykonawców.

Także ostatnia nowelizacja – z dnia 22 czerwca 2016 r., przyniosła szereg istotnych zmian przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zmianie uległo bowiem wiele instytucji, które były nam znane od lat i do stosowania których już się przyzwyczailiśmy.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i wskazane nowelizacje stały się podstawą do przygotowania jubileuszowych referatów. Ta część zawiera referaty członków Krajowej Izby Odwoławczej. Dotyczą one zarówno aspektów proceduralnych, jak i materialnych. Poruszono w nich takie zagadnienia, jak: likwidacja protestu, przesłanki odrzucenia odwołania, interes w uzyskaniu zamówienia, uwzględnienie odwołania przez zamawiającego, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia przez Krajową Izbę Odwoławczą czy też uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Zawarte są tu także rozważania dotyczące: innej omyłki, wykluczenia wykonawcy z powodu nienależytego wykonania zamówienia, stawki podatku VAT w orzecznictwie KIO, SO i SN, zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, problematyki utrzymania

czystości, korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, tajemnicy przedsiębiorstwa, wpływu orzecznictwa KIO na wykładnię art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uzasadnionych potrzeb zamawiającego przy opisie przedmiotu, czynu nieuczciwej konkurencji, kierunków wykładni pojęcia rażąco niskiej ceny oraz znaczenia orzecznictwa KIO dla interpretacji przesłanek do unieważnienia postępowania.

Mam nadzieję, że ta część publikacji spotka się z życzliwym przyjęciem zarówno praktyków, jak i teoretyków tej dziedziny prawa. Nacisk położono bowiem na omówienie praktycznych kwestii związanych ze stosowaniem prawa zamówień publicznych, ukazując je na szerszym tle ewolucji przepisów i ich wykładni. Liczę, że praca członków Izby prezentująca zagadnienia istotne orzeczniczo pomoże w rozwiązywaniu problemów, jakie pojawiają w procesie udzielania zamówień publicznych.

Małgorzata Rakowska



Prezes Krajowej Izby Odwoławczej



# 1. LIKWIDACJA PROTESTU – PRZYCZYNY WPROWADZENIA ZMIAN USTAWOWYCH I PRÓBA OCENY ICH WPŁYWU NA FUNKCJONOWANIE ŚRODKÓW OCHRONY PRAWNEJ

Barbara Bettman

*Opracowanie zawiera omówienie instytucji protestu jako środka reklamacyjnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując na określone uwarunkowania prawne, w tym krajowe i europejskie, oraz praktyczne, które ukształtowały tę instytucję i jej funkcjonowanie w systemie zamówień publicznych. Referat stanowi także próbę identyfikacji przyczyn likwidacji protestu i ocenę powyższego w kontekście funkcjonowania środków ochrony prawnej. Warta zauważenia w tym aspekcie jest również warstwa orzecznicza prezentowana w opracowaniu, uwzględniająca orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, polskich sądów okręgowych, Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej.*

Rozpatrując zagadnienie protestu w procedurach odwoławczych zamówień publicznych należy zacząć od postanowień dyrektyw, tj.:

- 1) Dyrektywy Rady 89/665/EWG 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 dostawy i roboty budowlane<sup>1</sup>;
- 2) Dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji w zakresie udzielania zamówień publicznych<sup>2</sup>.

Postanowienia dyrektywy Rady (89/665/EWG), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r.<sup>3</sup> w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, w jej aktualnym brzmieniu wskazują w szczególności, że:

1. otwarcie rynku zamówień publicznych na konkurencję wspólnotową wymaga zasadniczego wzrostu gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji,
2. dla uzyskania wymiernych efektów należy udostępnić skuteczne i szybkie środki odwoławcze, w przypadkach naruszenia prawa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych lub też krajowych przepisów wykonujących to prawo,

---

<sup>1</sup> Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, s. 33.

<sup>2</sup> Dz. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, s. 14.

<sup>3</sup> Dz. Urz. UE L 335 z 2007, s. 31.

3. z uwagi na krótki czas trwania procedur, właściwe organy odwoławcze muszą, między innymi, być upoważnione do podjęcia środków tymczasowych mających na celu zawieszenie takich procedur lub wykonania jakichkolwiek decyzji podejmowanych przez instytucję zamawiającą; krótki czas trwania procedur oznacza, że wszelkie naruszenia, o których mowa powyżej, muszą być eliminowane w trybie pilnym.

Państwa członkowskie zostały zobowiązane do przyjęcia niezbędnych środków odwoławczych – w odniesieniu do zamówień objętych zakresem stosowania dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady – aktualnie odnoszonych do dyrektyw z dnia 26 lutego 2014 r.:

- 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE<sup>4</sup>
- 2014/25/UE w sprawie zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych uchylającej dyrektywę 2004/17/WE<sup>5</sup>
- 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji<sup>6</sup>

– w celu zapewnienia możliwości skutecznego, a zwłaszcza możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w dyrektywie odwoławczej, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.

Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczególnych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby każdy podmiot, który zamierza skorzystać z procedury odwoławczej, poinformował instytucję zamawiającą o domniemanym naruszeniu oraz o zamiarze wniesienia odwołania, pod warunkiem, że nie ma to wpływu na okres zawieszenia typu *standstill* ani na żadne inne terminy na wniesienie odwołania. Ponadto, państwa członkowskie mogą wymagać, aby zainteresowany podmiot w pierwszej kolejności wniósł odwołanie do instytucji zamawiającej. W takim przypadku państwa członkowskie czuwają, by wniesienie odwołania powodowało natychmiastowe zawieszenie możliwości zawarcia umowy.

W oparciu o przepisy dyrektyw odwoławczych, w ówczesnie obowiązującym brzmieniu – w ramach ustawy o zamówieniach publicznych z dnia 10 czerwca 1994 r.<sup>7</sup> do polskiego porządku prawnego została w art. 80 ust. 1 tej ustawy wprowadzona instytucja protestu: „Wobec czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o zamówienie publiczne dostawca lub wykonawca może złożyć umotywowany, pisemny protest do zamawiającego”. Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych w przypadku wniesienia protestu, aż do jego ostatecznego rozstrzygnięcia, nie wolno było zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego.

---

<sup>4</sup> Dz. Urz. UE L 94, s. 65 z późn. zm.

<sup>5</sup> Dz. Urz. UE L 94, s. 243 z późn. zm.

<sup>6</sup> Dz. Urz. UE L 94, s. 1 z późn. zm.

<sup>7</sup> Dz. U. Nr 76, poz. 344.

Uzasadnieniem dla wprowadzenia instytucji protestu była okoliczność, że jego złożenie wszczynало *sui generis* postępowanie reklamacyjne, w wyniku którego zamawiający we własnym zakresie mógł wyeliminować zgłaszane przez wykonawcę nieprawidłowości, do których doszło w toku procedury przetargowej. Protest przysługiwał zarówno na czynności, jak i zaniechania zamawiającego. Postępowanie w wyniku protestu, nie miało jednak charakteru kontradiktoryjnego sporu, toczzonego przed niezależnym organem oceniającym racje dwóch stron, których interesy pozostawały rozbieżne. Stanowiło natomiast podstawę podejmowanej na wniosek zainteresowanego podmiotu samodzielnej weryfikacji działań lub zaniechań zamawiającego w prowadzonym postępowaniu.

Drugim ze środków odwoławczych było odwołanie przewidziane w przepisie art. 86 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych. Przepis ten stanowił, że od rozstrzygnięcia lub odrzucenia protestu oraz w przypadku braku rozpatrzenia w terminie zainteresowanemu dostawcy, wykonawcy (...) przysługuje odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych zamawiający był zobowiązany rozpatrzyć protest najpóźniej w ciągu 7 dni od daty jego wniesienia. Stosownie do ust. 4 art. 84 wskazanej ustawy, brak rozpatrzenia protestu w przewidzianym terminie przyjmowany był za jego oddalenie. Odwołania od rozstrzygnięcia lub odrzucenia protestu, braku rozpatrzenia protestu w terminie ustawowym – w pierwszym okresie obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>8</sup> rozpatrywały Zespoły Arbitrów, a następnie Krajowa Izba Odwoławcza.

Odwołanie nie miało więc charakteru samoistnego środka ochrony prawnej, przysługiwało tylko i wyłącznie wówczas, gdy wcześniej wykonawca skorzystał z prawa do wniesienia protestu, bądź przystąpił do protestu wniesionego przez innego uczestnika postępowania. Odwołanie nie było wnoszone wprost na czynności lub zaniechania zamawiającego, a jedynie wobec rozpatrzenia protestu. Przedstawiane zarzuty odwołania musiały mieścić się w granicach protestu, gdyż inaczej były interpretowane – jako niepoprzedzone protestem. Rozwiązania powyższe zostały powtórzone w przepisach ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą Pzp<sup>9</sup>, bez zasadniczych zmian.

Przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>10</sup> – znoszącą protest – regulacje ustawy Pzp z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>11</sup> – dotyczące protestu w najważniejszych kwestiach miały następującą treść:

Art. 180 ust. 1. Wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o konkursie, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, regulaminu konkursu, czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, można wnieść protest do zamawiającego (...).

<sup>8</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177.

<sup>9</sup> Dz. U. z 2004 r. Nr 19, poz. 177.

<sup>10</sup> Dz. U. Nr 223, poz. 1788.

<sup>11</sup> T.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 206, poz. 1591 i Nr 219, nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219 poz. 1706.

Ust. 2. Protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 7 dni. Protest uważa się za wniesiony z chwilą, gdy dotarł on do zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią.

Jednocześnie art. 182 ust. 2 stanowił: Protest jest ostatecznie rozstrzygnięty:

- 1) jeżeli nie przysługuje odwołanie – wraz z rozstrzygnięciem przez zamawiającego protestu lub z upływem terminu na jego rozstrzygnięcie;
- 2) jeżeli nie wniesiono odwołania – z upływem terminu do wniesienia odwołania;
- 3) w przypadku wniesienia odwołania – z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby.

Art. 184 ust. 1 ustawy Pzp stanowił, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, z zastrzeżeniem ust. 1a.

W postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, na podstawie art. 184 ust 1a ustawy Pzp odwołanie przysługiwało wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Postępowanie związane ze środkami ochrony prawnej było podzielone na fazy:

- postępowania protestacyjnego,
- postępowania odwoławczego,
- postępowania skargowego.

Postępowanie protestacyjne toczyło się przed zamawiającym, było następstwem złożenia protestu, kończyło się rozstrzygnięciem protestu, bądź brakiem jego rozstrzygnięcia w terminie przewidzianym ustawą. Za skuteczne wniesienie protestu uznawano sytuację, w której zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Częste na tym tle były spory dotyczące prawidłowości wniesienia protestu za pomocą telefaksu, np. kwestionowanie faktu doręczenia lub kompletności pisma. Za rozstrzygnięcie protestu uznawane było jego uwzględnienie, odrzucenie lub oddalenie. Uwzględnienie protestu następowało zarówno w zakresie zarzutów, jak i zgłaszanych żądań. W sytuacji, gdy zamawiający w terminie ustawowym nie zareagował na protest, skutkiem braku rozstrzygnięcia – przyjmowane było, że protest został oddalony.

Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur

odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych<sup>12</sup> w motywie 34 określającym cele jej wprowadzenia – wskazywała w szczególności na potrzebę poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych objętych zakresem dyrektyw odwoławczych.

Nowelizacja Prawa zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>13</sup>, która weszła w życie 29 stycznia 2010 r., wprowadziła zasadnicze zmiany w zakresie środków ochrony prawnej, wynikające przede wszystkim z konieczności implementacji dyrektywy odwoławczej 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 zamówień publicznych. Nowelizacja ta zmierzała także do skrócenia okresu zawieszenia – możliwości zawarcia umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego z wykonawcą, którego ofertę wybrano – w jakim uprawnione podmioty mogą korzystać ze środków ochrony prawnej, przy jednoczesnym zagwarantowaniu w całości ich praw podmiotowych, co miało skutkować przyspieszeniem procedury udzielenia zamówienia publicznego (reguła *standstill*).

Nowelizację ustawy Pzp w tym zakresie motywowano, z jednej strony małą efektywnością protestu, jako środka ochrony prawnej niezapewniającego eliminowania naruszeń przepisów ustawy Pzp – rozpoznawanego przez zamawiającego będącego uczestnikiem sporu – a z drugiej strony faktem, iż wniesienie i rozpoznanie protestu powodowało wydłużenie okresu, w którym zamawiający nie mógł podpisać umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nastąpiła więc istotna zmiana w odniesieniu do stosowania środków ochrony prawnej, mająca wpływ na okres trwania procedury udzielenia zamówienia, eliminująca cały etap postępowania protestacyjnego.

Zniesienie instytucji protestu, w sposób widoczny przyczyniło się do uproszczenia korzystania ze środków ochrony prawnej, ich odbiurokratyzowania, jak również skrócenia czasu trwania procedur odwoławczych, a tym samym procedur o udzielenie zamówienia.

Decyzja o rezygnacji z protestu uzasadniana była dość oczywistą okolicznością, że bezstronną ocenę zgodności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami, które zamawiający obowiązany jest stosować, może zapewnić jedynie środek odwoławczy wnoszony przez wykonawcę bezpośrednio do niezależnego, zarówno od zamawiającego, jak i wykonawcy, organu. Odwołanie było więc wnoszone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, obecnie do Prezesa KIO, a rozpatrywane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jako organ niezawisły w zakresie orzekania.

Stosownie do przepisów dyrektywy odwoławczej państwa członkowskie mogły wprowadzać takie regulacje, aby zainteresowany podmiot w pierwszej kolejności wniósł odwołanie do instytucji zamawiającej, a więc protest wnoszony do zamawiającego był fakultatywnym, dodatkowym środkiem ochrony prawnej uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie elementem koniecznym, wyznaczanym dyrektywami odwoławczymi.

---

<sup>12</sup> Dz. Urz. UE L 335/31 z 20.12.2007.

<sup>13</sup> Dz. U. Nr 223, poz. 1778.

Dodatkowo za autonomicznością krajowych rozwiązań w dziedzinie środków ochrony prawnej opowiedział się Trybunał Sprawiedliwości UE w orzeczeniu w sprawie C-61/14 *Orizzonte Salute* z dnia 30 kwietnia 2015 r. potwierdzając, że dyrektywy odwoławcze pozostawiają państwom członkowskim swobodę uznania wyboru gwarancji proceduralnych, do których dyrektywy te się odnoszą, a ponadto do wyznaczania koniecznych do spełnienia formalności przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w procedurach zamówień publicznych.

W wyroku Trybunału z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie C-391/15 *Marina del Mediterráneo SL*, orzeczono, że o ile dyrektywa 89/665 formalnie nie określa chwili, od której przysługuje środek odwoławczy, o którym mowa w art. 1 ust. 1 tej dyrektywy, o tyle cel tej dyrektywy, (...) nie upoważnia państw członkowskich do uzależnienia skorzystania z tego prawa od formalnego osiągnięcia przez dane postępowanie w sprawie udzielania zamówienia publicznego określonego etapu (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r., *Stadt Halle i RPL Lochau*, C-26/03, EU:C:2005:5, pkt 38). W braku uregulowań Unii określających chwilę, od której powinien przysługiwać środek odwoławczy, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, to prawo krajowe powinno uregulować zasady postępowania sądowego mającego zapewnić ochronę praw przysługujących jednostkom na podstawie prawa Unii. Te zasady postępowania nie mogą jednak być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań w zakresie ochrony uprawnień wywodzonych z wewnętrznego porządku prawnego (zasada równoważności) i nie mogą powodować w praktyce, że korzystanie z uprawnień wynikających z prawa Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione (zasada skuteczności)<sup>14</sup>. W szczególności normy proceduralne dotyczące skarg sądowych, których celem jest zapewnienie ochrony przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom uprawnień naruszonych wskutek decyzji instytucji zamawiających, nie powinny stanowić zagrożenia dla skuteczności (effet utile) dyrektywy 89/665<sup>15</sup>.

Jednocześnie Trybunał potwierdził, że przepisy art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy są bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, aby wynikało z nich prawo, na które jednostka może się w razie potrzeby powołać przeciwko instytucji zamawiającej<sup>16</sup>. Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 70. opinii, ocena ta ma również zastosowanie do art. 2 ust. 1 lit. a) tej dyrektywy, ze względu na jasne i precyzyjne brzmienie tego przepisu oraz jego cel, zbliżony do art. 2 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, a więc art. 1 ust. 1 oraz art. 2 ust. 1 lit. a) i b) dyrektywy 89/665 mają bezpośrednią skuteczność.

Po wejściu w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>17</sup>, wykonawca realizujący swoje prawo do kwestionowania czynności lub zaniechań zamawiającego, nie wnosił do zamawiającego protestu, lecz od razu składał odwołanie. Jedynie w sprawach, w których na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie przysługuje odwołanie, ustawodawca pozostawił wykonawcom prawo złożenia quasi-protestu. Uprawnienie to ustanawia art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca lub uczestnik konkursu może poinformować zamawiającego o podjętej przez

<sup>14</sup> Wyroki: z dnia 30 września 2010 r., *Strabag i in.*, C-314/09, EU:C:2010:567, pkt 34; z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 46; z dnia 26 listopada 2015 r., *MedEval*, C-166/14, EU:C:2015:779, pkt 32, 35, 37.

<sup>15</sup> Zob. podobnie wyroki: z dnia 3 marca 2005 r., *Fabricom*, C-21/03 i C-34/03, EU:C:2005:127, pkt 42; z dnia 6 października 2015 r., *Orizzonte Salute*, C-61/14, EU:C:2015:655, pkt 47; z dnia 15 września 2016 r., *Star Storage i in.*, C-439/14 i C-488/14, EU:C:2016:688, pkt 43.

<sup>16</sup> Zob. wyrok z dnia 2 czerwca 2005 r., *Koppensteiner*, C-15/04, EU:C:2005:345, pkt 38.

<sup>17</sup> Dz. U. Nr 223, poz. 1778.



niego niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub o zaniechaniu czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Taką informację wykonawca lub uczestnik konkursu może złożyć do zamawiającego jedynie w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania na czynności lub zaniechania, którego informacja dotyczy. W przypadku, gdy zamawiający uzna zasadność przekazanej informacji, ustawa obliuguje go do powtórzenia czynności albo dokonania czynności zaniechanej oraz poinformowania o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Na czynności podjęte przez zamawiającego w wyniku uznania zasadności informacji wykonawcy o czynności bezprawnie podjętej albo zaniechanej nie przysługuje odwołanie (art. 181 ust. 3 ustawy Pzp). Wyjątek stanowią podstawy wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zatem w sytuacji, gdy powtórzenie czynności albo dokonanie czynności zaniechanej stanowi jedną z takich czynności, która uprawnia do wniesienia odwołania, wykonawca lub uczestnik konkursu ma możliwość skorzystania z drogi odwoławczej. Sytuacja ta zajdzie w szczególności w przypadku, gdy zamawiający na skutek uznania zasadności informacji odrzuciłby ofertę albo wykluczył wykonawcę z postępowania lub też dokonał wadliwie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Bezpośrednią konsekwencją zniesienia instytucji protestu było, iż wszystkie skutki prawne, jakie ustawa łączyła z jego wniesieniem, obecnie łączone są z wniesieniem odwołania, np. zawieszenie terminu związania ofertą (art. 182 ust. 6 ustawy Pzp), zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 183 ust. 1 ustawy Pzp) do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Jakie wnioski można wyciągnąć dla funkcjonowania środków ochrony prawnej z doświadczeń związanych z protestem?

Forma dostępnej powszechnie, lecz niesformalizowanej, wzorowanej na postanowieniach art. 181 ustawy Pzp, procedury reklamacyjnej, zgłaszanej zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – za jaką uchodził protest, byłaby przydatna, gdyż pozwalałaby zamawiającemu na wcześniejsze dogłębne przeanalizowanie sygnalizowanych problemów przez zainteresowane przetargiem podmioty lub wykonawców i szybsze skorygowanie ewentualnych wad postępowania. Wadliwość czynności zamawiającego lub zaniechań może wynikać, np. z niedoinformowania przy opracowywaniu SIWZ. Po kolejnych nowelizacjach Prawa zamówień publicznych dawało się zauważyć wzmożoną falę odwołań na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na nieuwzględnienie w niej aktualnych zmian ustawowych. Zamawiający jest natomiast stawiany przed faktem dokonanym, że w postępowaniu zostało wniesione odwołanie, i uruchomiona została pracochłonna i kosztowna urzędowa procedura postępowania odwoławczego. Zamawiający, oprócz fakultatywnego skorzystania przez wykonawcę z powiadamiania o nieprawidłowościach w postępowaniu na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli sam nie stwierdza wad naruszających ład proceduralny, nie ma możliwości adekwatnej do sytuacji reakcji własnej przed wdaniem się w spór z wykonawcą przed Krajową Izbą Odwoławczą i wyeliminowania potencjalnych naruszeń – na jak najwcześniejszym etapie postępowania.

Jednakże celowość wprowadzenia powszechnej regulacji art. 181 ustawy Pzp, w dotychczasowym kształcie, może budzić wątpliwości, gdyż nawet bez postanowień wskazanego przepisu wykonawcy często stosują praktykę informowania zamawiających o zauważonych uchybieniach w toku procedury przetargowej. Informacja przekazana w trybie art. 181 ustawy Pzp,



nie jest czynnością prawną, z którą wiązałyby się jakiegokolwiek skutki prawne, tak co do jej dokonania, jak i zaniechania. Omawiane powiadomienie nie jest też czynnością procesową, mającą jakiegokolwiek wpływ na przebieg procedury odwoławczej, więc wprowadzenie terminu, do którego wykonawca ma dokonać powiadomienia, należałoby uznać za bezprzedmiotowe. Zamawiający nie jest związany dokonaniem powiadomieniem, a ustawa nie nakłada na niego nawet obowiązku ustosunkowania się do powiadomienia, jeżeli wniosek uznaje za niezasadny. Jedynie w przypadku uwzględnienia zasadności przekazanej informacji, jako pewnej namiastki zlikwidowanego protestu, zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej. O dokonaniu czynności powtórzonej albo zaniechanej zamawiający informuje wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności.

Przepisy ustawy Pzp nie wymagają od zamawiającego, aby powiadamiał wykonawców, zarówno o wpłynięciu do niego informacji na podstawie art. 181 ustawy Pzp, jak również o nieuznaniu jej zasadności. Biorąc jednak pod uwagę konieczność zapewnienia jawności oraz wymóg pisemności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający w każdym przypadku powinien dokumentować swoje działania w tym zakresie w formie informacji zawartej w załącznikach do protokołu postępowania.

Postępowanie odwoławcze przed Izbą, ma co do zasady charakter kontradiktoryjny, jednakże nie bez wyjątków. Art. 190 ust. 2 upoważnia Izbę do dopuszczenia dowodu nie wskazanego przez strony. Ponadto, skoro na wezwanie Prezesa KIO, zgodnie z § 10 ust. 1 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. z 2014, poz. 964 ze zm.), zamawiający jest zobowiązany do złożenia kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i złożenia tej dokumentacji w oryginale nie później niż przed otwarciem rozprawy, należy przyjąć, iż wymogi takie zostały przewidziane przez ustawodawcę w celach dowodowych, a więc różnorodne pisma składane do zamawiającego, bez względu na podstawy ich umocowania, mogą stanowić środek dowodowy.

Ustawodawca wprowadził art. 181 ustawy Pzp tylko w odniesieniu do zamówień podprogowych, w których nie przysługuje odwołanie, gdyż uznano, że skoro wykonawcy ci nie mogą w pełni korzystać ze środków ochrony prawnej, powinni przynajmniej mieć do dyspozycji instrument powiadamiania zamawiającego o zauważonych nieprawidłowościach w postępowaniu.

Obecnie, po nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>18</sup>, w tym postanowień art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i poszerzenia dostępu do środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych oraz szerokiej wykładni przysługiwania odwołania w tego typu postępowaniach na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, należałoby założyć, że regulacja art. 181 ustawy Pzp stała się zbędna lub też powinna być dostosowana do aktualnych warunków i rozszerzona jednolicie na wszystkie postępowania.

Postanowienia art. 181 ustawy Pzp z uniwersalnym zakresem stosowania, w formie fakultatywnej przewidzianej w dyrektywie odwoławczej – mogłyby być przydatne i pełnić pozytywną rolę dla poprawy skuteczności, efektywności i szybkości rozwiązywania sporów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

---

<sup>18</sup> Dz. U. z 2016 r., poz. 1020.

Po pierwsze, sankcjonowałyby one istniejącą praktykę powiadamiania zamawiającego przez wykonawców o różnych nieprawidłowościach w postępowaniu, pozwalając na eliminowanie naruszeń w trybie pilnym, za którą to praktyką prawo aktualnie nie nadąża. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera bowiem podstawy upoważniającej zamawiającego do weryfikowania przekazanych informacji, które nie są skutkiem wyraźnego wezwania zamawiającego.

Po drugie, rozwiązanie takie dawałoby zamawiającemu więcej czasu (nie wliczanego do zawieszenia terminu zawarcia umowy) na wyjaśnienia zgłaszanych zagadnień, przed ewentualnym wdaniem się w spór z wykonawcą składającym odwołanie.

Po trzecie, koszty strony odwołującej (zastępstwa przez pełnomocnika, dojazdu na rozprawę, itp.) mogłyby być bardziej związane z uprzednim korzystaniem z instytucji przewidzianej art. 181 ustawy Pzp i podania przez zamawiającego – wcześniej informowanego przez wykonawcę o zamiarze złożenia odwołania – powodów dla wdania się w spór toczony przed Izbą. Jakkolwiek regulacje zawarte w art. 186 ust. 6 pkt 2a) ustawy Pzp i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2016 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania<sup>19</sup> wskazujące, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (...), Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego, jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy – zmierza w dobrym kierunku, to jednak nie w pełni daje możliwość sprawiedliwych rozstrzygnięć w tym zakresie. Zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania bezpośrednio przed otwarciem rozprawy – skutkiem czego odwołujący w takich przypadkach, który poczynił celowe wydatki sporządzenia odwołania i stawiennictwa na rozprawę – jest odprowadzany w postanowieniu o umorzeniu postępowania odwoławczego – bez zasądzenia zwrotu kosztów, które zasadnie poniósł. Przy szerszym zastosowaniu art. 181 ustawy Pzp, tj. w zakresie wszystkich postępowań przetargowych, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego, mogłoby uwzględniać okoliczność uprzedniego wezwania zamawiającego do usunięcia naruszeń, które okazało się nieskuteczne i dało podstawy do wniesienia odwołania wykonawcy uwzględnionego finalnie przez zamawiającego. Dodatkowo regulacja taka działałaby stymulująco na zamawiającego, skłaniając go do zweryfikowania otrzymywanych informacji i do wcześniejszego podejmowania rozstrzygnięć.

Biorąc pod uwagę doświadczenia praktyczne działalności Krajowej Izby Odwoławczej w okresie, w którym protest miał zastosowanie, w kontekście celów wyznaczonych Dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych<sup>20</sup>, nie ma uzasadnionych podstaw, aby postuluwać przywrócenie protestu, jako koniecznego etapu postępowania przed umożliwieniem skorzystania przez wykonawcę z odwołania – w formie, jaka towarzyszyła wprowadzeniu protestu w odniesieniu do procedur udzielania zamówień publicznych, oraz z punktu widzenia poszukiwania nowych rozwiązań dla usprawnienia funkcjonowania środków ochrony prawnej.

---

<sup>19</sup> Dz. U. Nr 41, poz. 238, z 2017 r., poz. 47.

<sup>20</sup> Dz. Urz. UE L 335/31 z 20.12.2007.

## 2. INTERES PRAWNY A INTERES W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

Katarzyna Prowadzisz  
Paweł Trojan

*Przedmiotem opracowania jest spojrzenie w ujęciu historycznym – poczynając od czasu powstania Krajowej Izby Odwoławczej aż po dzień dzisiejszy – na zagadnienie związane z pojęciami „interesu prawnego” oraz „interesu” we wnoszeniu środków ochrony prawnej oraz ewoluujące w wyniku tych zmian orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Problematyka ta z istoty swej jest bardzo szczególna, bowiem skuteczne kwestionowanie przez wykonawców działań czy też zaniechań zamawiającego każdorazowo zależne jest od wykazania spełnienia przesłanek zasadności wniesionego środka ochrony prawnej, co wpływa na możliwość uwzględnienia wniesionego odwołania. Na przestrzeni lat zmianie uległ sam przepis art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zmieniało się również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uwzględniające stanowiska prezentowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.*

W okresie ostatnich dziesięciu lat, tj. w okresie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba”), ustawodawca wprowadzał zmiany w zakresie przesłanek określających legitymację czynną dla skutecznego wniesienia odwołania – wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>. W dniu 5 grudnia 2007 r.<sup>2</sup> środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy przysługiwały wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub mógł doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że w ówczesnym czasie funkcjonowała w zakresie środków ochrony prawnej instytucja protestu – stanowiącego swoiste postępowanie reklamacyjne przeprowadzane przez zamawiającego. Wraz z jedną z kolejnych nowelizacji ustawy Pzp, dokonaną dnia 2 grudnia 2009 roku<sup>3</sup>, ustawodawca przyznał prawo do skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej określonych w dziale VI ustawy wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym aktem prawnym ustawodawca zlikwidował instytucję protestu oraz wprowadził szeroki wachlarz innych zmian, co w efekcie spowodowało, że wskazana ustawa nowelizująca nazywana była „dużą nowelizacją”. Wprowadzone zmiany miały na celu w zakresie środków ochrony prawnej, między innymi, implementację do prawa krajowego postanowień dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 roku zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/WEG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych<sup>4</sup>. Tym samym kluczowym i przełomowym w zakresie funkcjonowania środków ochrony prawnej był rok 2010, bowiem z dniem 29 stycznia 2010 roku doszło do kolejnej istotnej zmiany w ramach art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku tej zmiany wykonawca, składając odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, winien był wykazać,

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2017 r., poz. 1579), zwana dalej: „ustawa Pzp”.

<sup>2</sup> Data powołania Członków Krajowej Izby Odwoławczej i utworzenia Krajowej Izby Odwoławczej.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778).

<sup>4</sup> Dz. Urz. UE L 335 z 20 grudnia 2007 roku (strona 31).

że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia – a nie jak dotychczas, że posiada lub posiadał interes prawny, który doznał lub może doznać uszczerbku, jak również przepisy znowelizowanej ustawy wprowadziły konieczność wykazania przez wykonawcę, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszeń przepisów ustawy. Powyższe regulacje prawne znajdują swoją szeroką wykładnię w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W ramach opracowania poddane zostaną analizie zmiany przepisów regulujących przesłankę materialnoprawną we wnoszeniu środków ochrony prawnej na przestrzeni dziecięciu lat funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej. Przesłanka ta stanowi bowiem prawo wykonawców do wniesienia środka zaskarżenia, tj. skorzystania z drogi odwoławczej (skargowej) gwarantującej merytoryczne rozpoznanie zarzutów i tym samym wszczęcie procedury umożliwiającej uzyskanie merytorycznego orzeczenia uwzględniającego te zarzuty. Zakres przedmiotowy normy prawnej ujętej w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do środków ochrony prawnej uregulowanych w obecnym Dziale IV ustawy – a więc zarówno do odwołania, jak również skargi wnoszonej do sądu powszechnego na orzeczenie Izby. Stwierdzenie braku tej legitymacji, co istotne – ocenianej na moment wniesienia odwołania, skutkuje oddaleniem odwołania bez konieczności merytorycznego rozpoznania podniesionych w nim zarzutów.

Jak wynika z jednolitego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, organ rozstrzygający środki ochrony prawnej jest zobligowany do zbadania z urzędu, czy podmiot wnoszący odwołanie lub skargę spełnia przesłanki ujęte w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Organ ten zatem ocenia, w toku merytorycznego rozpoznania środka zaskarżenia, czy podmiot inicjujący postępowanie posiada legitymację czynną do zainicjowania tego postępowania i uzyskania w tym zakresie merytorycznego rozstrzygnięcia.

Istotą zagadnienia poruszaną w tym opracowaniu jest znaczenie pojęć „interes prawny” oraz „interes” we wnoszeniu środków ochrony prawnej oraz ewoluujące w wyniku tych zmian orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Funkcją środków ochrony prawnej było i jest przyznanie wykonawcom takich uprawnień, które pozwolą im w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, uchronić się przed niezgodnymi z prawem działaniami zamawiającego, i które jednocześnie pozwolą wykonawcy na działania zmierzające do skorygowania nieprawidłowych czynności lub zaniechań zamawiającego. Tym samym wykonawcy dysponują narzędziami, przy użyciu których mają realną możliwość oddziaływania na czynności lub zaniechania podmiotu zamawiającego podejmowane w postępowaniu, a tym samym mają rzeczywisty wpływ na przebieg procedury zamówieniowej i w efekcie wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Jednakże ustawodawca zastrzegł w ustawie Pzp, w jej brzmieniu obowiązującym zarówno przed 29 stycznia 2010 roku<sup>5</sup>, jak również po tej dacie, że skuteczne kwestionowanie działań czy też zaniechań zamawiającego zależne jest od wykazania spełnienia przesłanek zasadności wniesionego środka ochrony prawnej, który co należy podkreślić nie wpływa na możliwość wszczęcia procedury odwoławczej, a stanowi warunek uwzględnienia odwołania. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy – zarówno przed wskazaną wyżej nowelizacją, jak również w świetle aktualnie obowiązujących regulacji – mają charakter przesłanek materialnoprawnych<sup>6</sup>, tym sa-

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r., o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 Nr 223, poz. 1778).

<sup>6</sup> Podobnie: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1454/07, KIO/UZP 26/07, Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt II Ca 1141/08.

mym ocena ich wykazania przez wykonawcę dokonywana jest na etapie wyrokowania (merytorycznego rozpoznania odwołania).

W orzecznictwie zostało w sposób przejrzysty wyjaśnione, w jaki sposób należało wykazywać posiadanie „interesu prawnego” w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca uzależnił możliwość skutecznego wnoszenia środków odwoławczych od jednoczesnego, czyli łącznego zaistnienia przesłanek, tj. naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, powstania uszczerbku w „interesie prawnym” w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie oraz zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy wskazanym powyżej uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy lub możliwością powstania takiego uszczerbku, a naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy<sup>7</sup>. Przesłanką dopuszczalności środka odwoławczego jest jedynie uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakikolwiek uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy<sup>8</sup>. Przesłanką wnoszenia środków ochrony prawnej nie jest każde działanie lub zaniechanie Zamawiającego, ale tylko takie, które powoduje, że u wnoszącego środki ochrony prawnej interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznaje lub może doznać uszczerbku<sup>9</sup>. Krajowa Izba Odwoławcza w orzecznictwie również wskazywała, że do uznania uszczerbku w interesie prawnym nie wystarcza jedynie stwierdzenie, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy, a istnienie interesu prawnego powinno być udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione (*vide*: wyrok SO w Lublinie z dnia 16.06.2005 r., sygn. akt II Ca 327/05)<sup>10</sup>.

Podkreślenia wymaga również, że interes prawny wykonawcy w zaskarżaniu czynności zamawiającego bądź ich zaniechaniu, jak wskazywała Krajowa Izba Odwoławcza, ograniczony był do uszczerbku w interesie poszczególnego wykonawcy, a nie w interesie innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu bądź w interesie ogólnej normy obowiązku przestrzegania ustawy<sup>11</sup>. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie prezentowany był pogląd, że interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia nie wykazywał wykonawca, który żądał odrzucenia własnej oferty w toku postępowania bądź wykluczenia go z postępowania. W orzecznictwie wskazywano, że żądanie polegające na odrzuceniu własnej oferty wykonawcy, który składa odwołanie może budzić uzasadnione wątpliwości w zakresie wykazania istnienia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego<sup>12</sup>. Pamiętać należy, że celem podmiotu składającego ofertę w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinno być zawarcie umowy, a nie jego unieważnienie, tym samym działanie wykonawcy polegające na próbie wyegzekwowania od zamawiającego odrzucenia własnej oferty do takiego celu nie prowadzi.

Warto przypomnieć w tym miejscu, że zgodnie z uzasadnieniem do ustawy z grudnia 2009 roku<sup>13</sup> różnica pomiędzy „interesem prawnym” a „interesem” sprowadzała się do tego,

<sup>7</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 3 grudnia 2009 r., sygn. akt X Ga 407/09.

<sup>8</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2008 r., sygn. akt V Ca 1040/08.

<sup>9</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1041/08.

<sup>10</sup> Tak też: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 296/18, KIO/UZP 303/08; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 759/08.

<sup>11</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 670/08.

<sup>12</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1417/08.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 Nr 223, poz. 1778).



że „interes prawny” musi wynikać z obowiązujących przepisów prawa materialnego w ten sposób, że muszą one go przyznawać odwołującemu, natomiast „interes” może mieć również charakter faktyczny (np. interes związany z prestiżem, finansami czy ekonomią). Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała, że interes prawny, w odróżnieniu od interesu faktycznego, oznacza, że musi on mieć oparcie w normie prawnej. Ocena, czy w danym przypadku wykonawca posiada interes prawny, powinna być dokonywana w sposób obiektywny, tj. w świetle obowiązujących norm prawnych<sup>14</sup>. Interes prawny powinien być usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie wynikający tylko z subiektywnego odczucia podmiotu. Wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jego interes prawny doznał lub może doznać uszczerbku, a jednocześnie, że zachodzi związek przyczynowy między ww. przesłankami a możliwością uzyskania zamówienia. Pojęcie „interesu prawnego”, choć nie posiada definicji legalnej, wykładane było w orzecznictwie, w tym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wielokrotnie<sup>15</sup>. W świetle orzecznictwa interes prawny należało rozumieć jako obiektywnie istniejącą, czyli rzeczywiście istniejącą potrzebę ochrony prawnej. Interes prawny polega na istnieniu niepewności co do stanu prawnego lub prawa odwołującego się o charakterze obiektywnym<sup>16</sup>. „Interes prawny” to obiektywna okoliczność w świetle obowiązujących przepisów prawnych, wywołana rzeczywistym naruszeniem albo zagrożeniem określonej sfery prawnej wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W orzecznictwie KIO i sądów okręgowych dotyczącym regulacji ustawy Pzp przed wejściem w życie przepisów nowelizacji z 2009 r.<sup>17</sup> podkreślano również, że ochronie podlega tylko interes prawny, nie zaś interes faktyczny<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 3 grudnia 2009 r., sygn. akt X Ga 407/09: „ocena, czy w danym przypadku istnieje interes prawny, powinna być dokonywana wyłącznie na podstawie norm prawnych. Jest to ocena obiektywna wyłączająca ocenę opartą na subiektywnym odczuciu podmiotu, który na interes się powołuje. Stąd też można przyjąć, że interes prawny to tyle, co interes obiektywny, tj. interes rzeczywiście istniejący w świetle obowiązujących norm, usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie dotyczący wyłącznie określonej sfery prawnej i wynikający z subiektywnego zapatrywania – vide: T. Rowiński, *Interes prawny w procesie cywilnym i postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 1971, s. 20. W ustawie Prawo zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie. Mianowicie wyraźnie zazaczył, iż chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia”.

<sup>15</sup> m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1176/10.

<sup>16</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. akt. XII Ga.

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 Nr 223, poz. 1778).

<sup>18</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 maja 2008 r., sygn. akt V Ca 927/08; w wyroku wskazano: Przesłanką zasadności środka odwoławczego jest jedynie uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakikolwiek uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy. Wskazać należy, ochronie podlega tylko interes prawny, nie zaś interes faktyczny. Interes prawny ma charakter obiektywny w tym sensie, że o jego istnieniu decydują pewne zasady, normy funkcjonujące w układzie odniesienia, w którym interes prawny ma być realizowany. Określenie „prawny” wskazuje sferę prawa jako płaszczyznę odniesienia, do której interes będzie odniesiony. „Prawny” oznacza, że dany interes musi mieć podstawę w normie prawnej, czyli, inaczej mówiąc, korzyść, jaką zamierza się osiągnąć, musi mieć podstawę w prawie. Dlatego też ocena, czy w danym przypadku istnieje interes prawny, powinna być dokonywana wyłącznie na podstawie norm prawnych. Jest to ocena obiektywna wyłączając ocenę opartą na subiektywnym odczuciu podmiotu, który na interes się powołuje. Podsumowując, można przyjąć, że interes prawny to tyle, co interes obiektywny, tj. interes rzeczywiście istniejący w świetle obowiązujących norm, usprawiedliwiony, uzasadniony i słuszny, a nie wyłącznie dotyczący określonej sfery prawnej i wynikający z subiektywnego zapatrywania. Na gruncie prawa zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie – chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia musi odnosić się do postępowania, w którym składany jest środek odwoławczy.

Podkreślenia wymaga, że istnienie interesu prawnego winno być rozpatrywane wg stanu na dzień wnoszenia środków ochrony prawnej. Istnienie interesu prawnego warunkuje możliwość skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zatem, aby skorzystać z tego prawa, wykonawca musi wnieść odwołanie, co oznacza, że to w dniu jego wniesienia, po stronie wykonawcy, istnieć musi ów interes prawny<sup>19</sup>. Jednocześnie, stosując wykładnię gramatyczną i systemową przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że wykazanie przez odwołującego interesu prawnego jest jego obowiązkiem przy korzystaniu z każdego środka ochrony prawnej. Charakter prawny wymienionej przesłanki oznacza, że jej niewykazanie przez wnoszącego środek ochrony prawnej skutkuje oddaleniem wniesionego środka ochrony prawnej nawet wtedy, gdy środek ten jest merytorycznie uzasadniony, tj. zostało wykazane naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, czy przepisów zawartych w aktach wykonawczych wydanych na tej podstawie<sup>20</sup>. Niewątpliwie ciekawym zagadnieniem jest, w kontekście wykazywania posiadania przez wykonawcę interesu prawnego oraz „interesu” we wniesieniu odwołania, kwestia zaskarżenia, budowania zarzutów co do konkretnych czynności zamawiającego, które w pewien sposób są wynikowe w stosunku do siebie. Wykonawca wykazujący interes prawny w kwestionowaniu konkretnych czynności winien był również wykazać ten interes prawny w stosunku do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, natomiast w przypadkach, gdy odwołujący tego nie uczynił, Krajowa Izba Odwoławcza uznawała, że po stronie odwołującego brak jest interesu prawnego, gdyż nie zaskarżył informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty<sup>21</sup>. Podkreślenia wymaga również, że w sytuacji, gdy wykonawca kwestionował czynność zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, jednakże nie kwestionował czynności bądź zaniechań zamawiającego w stosunku do własnej oferty, czy to jej odrzucenia czy wykluczenia wykonawcy z postępowania, to również nie wykazywał interesu prawnego w uzyskaniu danego zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie wskazywała również, że odwołującemu przysługuje prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej niezależnie od wysokości kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia lub kwoty, jaką w konsekwencji może przeznaczyć na jego sfinansowanie<sup>22</sup>.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w orzecznictwie wskazywała – co było podkreślane również przez Sądy Okręgowe – że interes prawny w uzyskaniu zamówienia wykonawca musi wykazać w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego<sup>23</sup>. W przypad-

---

<sup>19</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 101/07.

<sup>20</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1431/07.

<sup>21</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1431/07.

<sup>22</sup> Tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 136/08; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2010 r., KIO/UZP 41/10, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 650/08.

<sup>23</sup> Tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 670/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 759/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1123/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 610/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 932/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1356/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1549/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1667/09, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 maja 2008 r., sygn. akt V Ca 927/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2008 r., sygn. akt V Ca 1040/08 wyrok, Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 31 marca 2006 r., sygn. akt II Ca 104/06, wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 14 listopada 2008 r., sygn. akt II Ca 710/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 kwietnia 2003 r., sygn. akt V Ca 165/03: „interes prawny skarżącego musi doznać uszczerbku w konkretnym przetargu, w którym on uczestniczy i musi polegać na tym, że traci on możliwość jego wygrania”; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 656/08, KIO/UZP 657/08.



kach, gdy oferta wykonawcy odwołującego została ostatecznie odrzucona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie miał on legitymacji, czyli nie mógł skutecznie wykazać przesłanki posiadania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, do kwestionowania wyboru kolejnego wykonawcy<sup>24</sup>. Interes prawny odwołującego musiał być utożsamiany z doznanym przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego. Należy w tym miejscu również podkreślić, że interes prawny wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy. Krajowa Izba Odwoławcza nie podzielała również poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes prawny, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania, wskazując że oferta konkurenta jest wadliwa, a samo postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Krajowa Izba Odwoławcza nie podzielała poglądów, że wykonawca jest w stanie skutecznie wykazać interes prawny w żądaniu unieważnienia postępowania, bowiem decydującą dla interesu prawnego jest kwestia możliwości uzyskania danego, konkretnego zamówienia<sup>25</sup>. Jednoznacznie również ukształtowało się stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie braku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w sytuacji, gdy podmiot składający odwołanie nie złożył w postępowaniu oferty<sup>26</sup>. W jednym z orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza zmierzyła się również w swoim orzecznictwie z badaniem posiadania przez wykonawcę interesu prawnego w złożeniu środków ochrony prawnej w sytuacji, gdy wykonawca kwestionował postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a mimo to składał ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia – jeżeli odwołujący złożył ofertę, w istocie potwierdził, że ewentualne naruszenie przepisów nie stało na przeszkodzie w uzyskaniu zamówienia<sup>27</sup>.

Nie wykazywał również interesu prawnego we wniesieniu odwołania wykonawca, który żądał odrzucenia oferty mniej korzystnej złożonej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie mógł skutecznie wykazać interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia wykonawca w złożeniu odwołania, który złożył ofertę w postępowaniu, oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem nawet gdyby uznać, że zamawiający zaniechał wykluczenia, czy też odrzucenia oferty wykonawcy sklasyfikowanego na niższej pozycji w rankingu ofert, to takie działanie bądź zaniechanie zamawiającego, nie utrudniałoby odwołującemu uzyskania zamówienia w postępowaniu, a ten warunek istotny jest z punktu widzenia oceny interesu prawnego do wnoszenia środków ochrony prawnej<sup>28</sup>.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane również było stanowisko, że „interes prawny” w uzyskaniu zamówienia należało rozumieć szeroko, za czym przemawiać

<sup>24</sup> Tak: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1549/09, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 956/11.

<sup>25</sup> Tak: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 czerwca 2008 r. sygn. akt V Ca 1040/08, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 maja 2008 r., sygn. akt V Ca 927/08 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 października 2008 r., KIO/UZP 1103/08, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 500/10, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt KIO 482/12.

<sup>26</sup> Tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 670/08, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 177/08, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 837/08.

<sup>27</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1396/08.

<sup>28</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 759/08.

miała chociażby konieczność uwzględnienia wykładni prowsłpnotowej w interpretacji przepisów prawa polskiego. Krajowa Izba Odwoławcza wskazywała, że przyjcie szerokiej wykładni „interesu prawnego” wykonawcy, w tym oczywiŝcie interesu majtkowego jak i niemajtkowego, nie zwalniao wykonawcy od wykazania, czy wręcz udowodnienia we wniesionym ŝrodku ochrony prawnej, że w wyniku naruszenia konkretnych przepisów (zasad) w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne jego interes doznał lub mógł doznać uszczerbku<sup>29</sup>.

W wyniku nowelizacji z grudnia 2009 roku ustawodawca wprowadził nową regulację prawną w obrębie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i uzależnił możliwość skutecznego dochodzenia praw przez wykonawców od wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym wykonawca nie musiał wykazywać, jak to było dotychczas, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, lecz zobowiązany był wykazać, że miał lub ma interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósł lub mógł ponieść szkodę<sup>30</sup>. Krajowa Izba Odwoławcza podnosiła, że brak wskazania, że chodzi o interes prawny, pozwala na sformułowanie tezy, że do wniesienia odwołania wystarczające jest posiadanie interesu faktycznego, jednakże szeroko rozumiany interes nie jest wystarczającą przesłanką legitymacji czynnej, ponieważ w koniunkcji z interesem wykonawca musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę (rozumianą wyłącznie jako szkoda majtkowa, a więc nieobejmująca krzywdy, stanowiącej szkodę niemajtkową) w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy<sup>31</sup>. Interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym ŝrodek ochrony prawnej jest wnoszony, a szkoda, którą wykonawca poniósł lub może ponieść, musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp<sup>32</sup>. Zaznaczenia wymaga, że ustawodawca na gruncie ustawy Pzp nie posługuje się dowolnym interesem wykonawcy, lecz interesem w uzyskaniu danego zamówienia. Legitymowanie się interesem w uzyskaniu danego zamówienia wymaga wykazania przez odwołującego, że na skutek czynności lub zaniechań zamawiającego został on pozbawiony lub choćby zaistniała potencjalna możliwość pozbawienia odwołującego przedmiotowego zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, w ramach którego wnoszone jest odwołanie. W ŝwietle ustawowej regulacji interes wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyŝci w wyniku realizacji zawartej umowy. Krajowa Izba Odwoławcza nie podzielała poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, bowiem

---

<sup>29</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1454/07, KIO/UZP 26/07, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 296/08, KIO/UZP 303/08, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1493/08: „W ocenie Izby, w aktualnym stanie prawnym interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu ŝrodków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo), wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 296/08; KIO/UZP 303/08. Skład orzekający Izby podziela w pełni przedstawione stanowisko”.

<sup>30</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2010 r., sygn. akt KIO 2134/10.

<sup>31</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1324/10.

<sup>32</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 662/11.

nie ma już przymiotu wykonawcy w postępowaniu, może dążyć do unieważnienia postępowania, wskazując że oferta konkurenta jest wadliwa, a samo postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Unieważnienie postępowania prowadzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a skutkiem tego jest niezawarcie umowy, nie dochodzi zatem do uzyskania zamówienia publicznego, a więc nie ma możliwości wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia<sup>33</sup>.

Tak jak wyżej wskazano, immanentnie związaną z interesem w kontekście legitymacji do wniesienia odwołania jest szkoda, której poniesienie lub możliwość poniesienia winna być skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z tym, że – jak podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – brak interesu lub brak możliwości wykazania poniesienia szkody może nastąpić na skutek zaniechań (zaniedbań) samego wykonawcy. Jako przykład wskazać należy niezłożenie przez wykonawcę oferty w postępowaniu, nieprzedłużenie terminu związania ofertą, brak wniesienia wadium itp. W jednym z orzeczeń Izba wskazała, że Odwołujący miał interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, lecz wobec faktu nieprzedłużenia terminu związania ofertą nie ma możliwości wykazania przesłanki szkody będącej skutkiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy albo w ewentualna szkoda, którą mógłby ponieść Odwołujący byłaby skutkiem zaniedbania po stronie tegoż Odwołującego<sup>34</sup>.

O ile w toku postępowania na etapie po złożeniu oferty lub wniosku, w przypadku wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, jak również zaniechań zamawiającego w tym zakresie w odniesieniu do konkurentów wykonawcy wnoszącego odwołanie, wykazanie istnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest dość proste, o tyle w przypadku, gdy przedmiotem zaskarżenia są postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (w tym postanowienia projektu umowy) dochodzi do utrudnień w tej ocenie, gdyż zaciera się wówczas granica pomiędzy całkowitym brakiem możliwości udziału danego wykonawcy w postępowaniu, a jedynie chęcią jego dogodnego ukształtowania. Jest to zjawisko o tyle częste, że wymaga od organu rozpoznającego środek ochrony prawnej odrębnego procesu badania, w tym nierzadko przeprowadzenia w tym zakresie odrębnej procedury dowodowej. Krajowa Izba Odwoławcza początkowo w swoim orzecznictwie wskazywała, że przez szkodę w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie należy rozumieć braku możliwości zaofiarowania urzędnika konkurencyjnego cenowo, lecz brak możliwości udziału danego wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko sytuacja, w której wykonawca zostaje niejako z góry wyeliminowany z postępowania, wpływa na możliwość wykazania, że poniósł on lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiają-

---

<sup>33</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2010 r., sygn. akt KIO 2134/10.

<sup>34</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt 1066/10: Regulacja art. 85 ust. 2 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy samodzielne przedłużenie terminu związania ofertą, jednakże uprawnienie to determinuje obowiązek po stronie Wykonawcy do przedłużenia samodzielnie terminu związania ofertą w przypadku, gdy nie wnioskuje o to Zamawiający (z uwagi na to, że termin związania ofertą już raz przedłużał lub nie wezwał wykonawców do złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą), a gdy Wykonawca chce być uczestnikiem postępowania, bowiem w innym przypadku na skutek upływu terminu związania ofertą, oferta Odwołującego nie wiąże, co prowadzi do wniosku, iż Odwołujący przestaje być uczestnikiem postępowania (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 543/09). Wykonawca może przez jednostronną czynność prawną – oświadczenie woli wydłużyć bez zgody, czy też inicjatywy Zamawiającego, termin związania swoją ofertą.

cego przepisów ustawy Pzp. Wszakże założenia odwołującego opierają się jedynie na domniemaniach, że opis przedmiotu zamówienia oraz ustalenie kryteriów oceny ofert mogą doprowadzić do konieczności zaferowania przez niego urzędzenia niekonkurencyjnego cenowo. Oznacza to, iż przynajmniej jeden produkt oferowany przez odwołującego spełnia warunki techniczne określone przez zamawiającego i tym samym odwołujący ma możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem, w ocenie Izby, odwołujący nie wykazał na moment wniesienia środka ochrony prawnej, że nawet ewentualne naruszenie przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp spowodowało powstanie u niego szkody. Następnie Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę zakres zarzutów sformułowanych w odwołaniu (art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp) założenie, iż brak możliwości złożenia konkurencyjnej cenowo oferty może spowodować możliwość doznania szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie zwalnia wykonawcy od wykazania powyższego faktu. Powyższe należy odnieść do rodzaju zarzutów sformułowanych w treści odwołania (art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), co determinuje konieczność wykazania przez podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej braku możliwości złożenia oferty w danym postępowaniu lub braku możliwości złożenia konkurencyjnej oferty w określonych realiach rynkowych. Jak zostało zaznaczone na wstępie niniejszego akapitu, odwołujący wskazał, iż pierwszy w powyższych przypadkach nie znajduje miejsca w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W odniesieniu do drugiego przypadku (możliwość doznania szkody) brak możliwości złożenia konkurencyjnej cenowo oferty winien być wynikiem naruszenia przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp przy określonych i wykazanych przez odwołującego realiach rynkowych. Izba wskazała, iż na tym etapie postępowania, tj. przed momentem składania ofert, gdy nie są znane oferty innych wykonawców (w zakresie oferowanych urządzeń oraz ich cen), odwołujący miał również możliwość wykazania możliwości poniesienia szkody. Wszakże, jak sam wskazał w toku rozprawy, rynek tego typu urządzeń ogranicza się jedynie do 4 producentów, których oferta rynkowa jest z pewnością odwołującemu doskonale znana. Odwołujący w odniesieniu do powyższego potwierdził, iż ewentualne naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie uniemożliwia mu złożenia oferty, co stanowiłoby już na etapie wniesienia środka ochrony prawnej spełnienie przesłanki poniesienia szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zaś w zakresie przesłanki możliwości poniesienia szkody nie udowodnił i nie wykazał, iż w istniejących realiach rynkowych działanie zamawiającego uniemożliwia mu złożenie konkurencyjnej oferty i tym samym odbiera mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia<sup>35</sup>. Podkreślenia wymaga, że stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w powyższym zakresie ewoluowało z biegiem lat z uwagi na możliwość nadmiernego ograniczenia w dostępie do środków ochrony prawnej, a czemu dano wyraz wskazując, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przyjąć należy, że każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia, co do zasady, posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły, jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na

<sup>35</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2010 r., sygn. akt KIO 2053/10, KIO 2070/17.

naruszenie obowiązujących przepisów, prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. z perspektywą zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia)<sup>36</sup>.

Przechodząc do kwestii zmiany podejścia do przesłanek ujętych w treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w tym miejscu konieczne jest, aby zobrazować zmianę, wskazanie modelowego podejścia krajowych organów rozpoznających środki ochrony prawnej, które funkcjonowało na przestrzeni kilku lat. Krajowa Izba Odwoławcza utrzymywała, że interes odwołującego nie może być oceniany pod kątem ewentualnego, przyszłego i niepewnego udziału odwołującego w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie i uzyskanie w nim wyniku polegającego na wyborze jego oferty<sup>37</sup>.

Pomimo stabilnego funkcjonowania przez wiele lat przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stopniowo dochodziło do przeobrażenia podejścia do kwestii interesu w uzyskaniu zamówienia przez krajowe organy orzecznicze. Jest to wynikiem faktu interpretacji przepisów dotyczących tego zagadnienia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w świetle aktualnej wykładni prounijnnej art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG38 należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy (co najmniej, gdyż art. 182 ust. 4 ustawy Pzp dopuszcza wnoszenie środków ochrony prawnej także po zawarciu umowy), która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez tego samego zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, jest to, ubieganie się o to samo – dane zamówienie publiczne i póty wykonawca ma interes w jego uzyskaniu. Za taką wykładnią powyższego przepisu przemawia wykładnia poczyniona przez TSUE w motywie 27 i 28 wyroku TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco. Popiera ją także motyw 49 opinii Rzecznika Generalnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie sygn. akt C 689/13 – odwołanie główne i odwołanie wzajemne tworzą uzasadniony interes

<sup>36</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2012 r., sygn. akt KIO 399/12.

<sup>37</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1454/07: Zważywszy na okoliczności faktyczne w niniejszym postępowaniu, rozważając hipotetycznie wariant dopuszczenia oferty Odwołującego S. S.A do przetargu i wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej, i tak – z uwagi na znaczne przekroczenie ceny oferty (12.539.000 zł) w stosunku do środków, jakie Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (8.900.000 zł), przetarg podlegałby unieważnieniu, stosownie do dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Tym samym, interes Odwołującego materializuje się, ale dopiero w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, zaś w rozumieniu ustawy jest to już inne postępowanie. Interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej. Wobec powyższego, nieudowodnienie tej przesłanki skutkuje oddaleniem wniesionego środka.

<sup>38</sup> Dyrektywa 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 dostawy i roboty budowlane (Dz. U. L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz. U. L 335, s. 31).



w ponownym wszczęciu postępowania przetargowego oraz pkt 33 wyroku Fastweb C-100/12, który stanowi że „odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach”, „[w] takiej sytuacji [...] każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty”. Tym samym to, że odwołujący może nie mieć w dacie wniesienia odwołania interesu w uzyskaniu danego zamówienia w ramach określonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zamkniętego w granicach wyznaczonych publikacją ogłoszenia o zamówieniu i podpisaniem umowy, do którego doszło w wyniku naruszenia procedury postępowania o zamówienie przez zamawiającego, nie oznacza to, że nie ma on interesu w zawarciu umowy z nim w ramach nowego postępowania i dążenia do eliminacji zaistniałej wady. Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła przekonanie, że wykonawca posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia wyrażający się w dążeniu do unieważnienia przedmiotowego postępowania, w ocenie wykonawcy dotkniętego wadami, i stworzenia sobie możliwości uzyskania zamówienia w nowym postępowaniu. Tym samym odmowa przyznania mu takiego interesu byłaby sprzeczna z prowszólnotową wykładnią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza skonkludowała, że wykonawca może w postępowaniu ponieść szkodę w postaci nieuzyskania umowy na przedmiotowe zamówienie, co wypełnia normę art. 179 ust. 1 ustawy Pzp<sup>39</sup>.

Dostrzegalna jest zatem tendencja zmierzająca do możliwie szerokiego rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia, w tym rozciągnięcia go na wszystkie etapy postępowania z możliwością żądania unieważnienia wszczętego i prowadzonego postępowania jako skutku wykazanych wad tego postępowania celem udziału w nowej procedurze, pod warunkiem, że jej przedmiot będzie tożsamy z przedmiotem w unieważnionym postępowaniu. Analiza orzeczeń TSUE oraz nowej tendencji w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nasuwa wnioski, że wykonawca posiada interes w zawarciu umowy na określony przedmiot, zaś kwestia, w ramach której procedury dojdzie do jej zawarcia, została odsunięta na dalszy plan.

Zmiana w postrzeganiu przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wynika również ze zmian w procedurze udzielania zamówień publicznych. Do tych zmian zaliczyć należy m.in. rezygnację przez ustawodawcę z kumulatywnego obowiązku informacyjnego, oparcie procedury o oświadczenia własne wykonawców (przy wykorzystaniu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia), wprowadzenie tzw. procedury odwróconej (art. 24aa ustawy Pzp).

W ramach podsumowania autorzy wskazują, że zarówno interwencje prawodawcy krajowego w treść przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jak również podejście do kwestii prawa do dostępu do procedur odwoławczych reprezentowanego przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazują na tendencję zmierzającą do rozszerzenia kręgu podmiotów i sytuacji, w przypadku których uczestnikom systemu zamówień publicznych będzie przysługiwało prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej. Przejście od interesu prawnego do ogólnego interesu w uzyskaniu zamówienia w ramach art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jak również rozciągnięcie przez TSUE interesu w uzyskaniu zamówienia na każde postępowanie, o ile będzie ono

<sup>39</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1251/17 (za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1556/16 oraz orzeczeniami TSUE o sygn. akt C-689/13 oraz C-100/12).

zmierzało do zawarcia umowy na określony przedmiot zamówienia, wprost wskazują na objęcie ochroną jak najszerszego kręgu podmiotów w szerokim katalogu przypadków. Kierunek ten stanowi konsekwentną tendencję w ramach zamówień publicznych, z czego można wywieść, że uczestnicy systemu pozytywnie oceniają rolę środków ochrony prawnej i organów je rozpoznających – jako skutecznych elementów systemu chroniących ich interesy. Niewątpliwie taką pozytywną rolę w krajowym systemie zamówień publicznych pełni Krajowa Izba Odwoławcza oraz sądy okręgowe rozpoznające w drugiej instancji skargi na orzeczenia Izby. TSUE, a za nim prawodawca unijny i prawodawcy w państwach członkowskich, kierując się efektywnością systemu zamówień publicznych oraz skutecznością ochrony, jaką gwarantują środki zaskarżenia, konsekwentnie rozszerzają prawo do wykorzystania tej drogi sanacji wadliwych czynności podmiotów zamawiających.



### 3. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PRZEZ KIO

Agnieszka Trojanowska

*Opracowanie omawia rozwiązania, które Zespołom Arbitrów oraz Krajowej Izbie Odwoławczej zezwalały na badanie z urzędu przesłanek nieważności postępowania o udzielenie zamówienia oraz okoliczności, w jakich te organy orzekały unieważnienie postępowania. Przedmiotem analizy jest również nowelizacja z 24 października 2008 r. (Dz. U. nr 171 poz. 1058) i jej skutki dla zakresu oceny czynności i zaniechań zamawiającego oraz dla sentencji orzeczenia wydawanego przez Izbę oraz ocena, w jakich stanach faktycznych Izba obecnie nakazuje zamawiającym unieważnienie postępowania. Jest także próbą udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy obecne rozwiązanie jest wystarczające i czy chroni interes publiczny przed utratą środków unijnych w sytuacji, gdy granice zarzutów uniemożliwiają Izbie badanie okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania.*

Pierwsze rozwiązania dotyczące możliwości orzekania o zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej zwanego postępowaniem) w wyniku orzeczenia organu odwoławczego zawierała już ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych<sup>1</sup>. Akt ten w art. 90 ust. 3 pkt 2 zezwalał Zespołom Arbitrów przy uwzględnieniu odwołania przerwać postępowanie w sprawie zamówienia publicznego. Dla przypomnienia warto wskazać, że w tym czasie składy orzekające były wyznaczane z listy arbitrów prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej Prezes UZP), przez strony postępowania odwoławczego oraz Prezesa UZP. Przeprowadzona analiza orzeczeń Zespołu Arbitrów nie wykazała istnienia orzeczenia, którym Zespół Arbitrów nakazałby przerwanie postępowania, a 9 listopada 1997 r. nowelizacja ustawy o zamówieniach publicznych<sup>2</sup> zmieniła zakres rozstrzygnięć Zespołów Arbitrów wskazując, że Zespół Arbitrów uwzględniając odwołanie może nakazać dokonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo ją unieważnić, z wyjątkiem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 90 ust. 3), czyli z tego przepisu wynikało wprost, że Zespoły Arbitrów mogły unieważniać czynności zamawiającego, w tym wszystkie czynności zamawiającego, o ile mieściło się to w granicach zarzutów podniesionych w proteście. Zespoły Arbitrów korzystały z tego uprawnienia, m. in. w sytuacji upływu terminu związania ofertą przed rozstrzygnięciem odwołania<sup>3</sup>, błędnego sporządzenia dwóch różnych w zakresie kryteriów oceny ofert specyfikacji, na podstawie których prowadzono postępowanie i dokonano oceny ofert<sup>4</sup>. Przy czym Zespoły Arbitrów nie mogły brać pod uwagę nieważności postępowania z urzędu, a jedynie, unieważnienie czynności postępowania jako konsekwencję uwzględnienia zarzutów odwołania. Takie rozwiązanie prawne funkcjonowało aż do momentu wprowadzenia ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych<sup>5</sup>, która możliwe rozstrzygnięcia merytoryczne odwołań uregulowała w art. 191, gdzie w ust. 3 tego artykułu wskazano, że Zespół Arbitrów nie

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 76, poz. 344.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, Dz. U. Nr 123, poz. 778, której przepisy weszły w życie 9 listopada 1997 r.

<sup>3</sup> Wyrok ZA z 14 grudnia 1998 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1083/98, wyrok ZA z 18 października 2000 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1131/00.

<sup>4</sup> Wyrok ZA z dnia 22 grudnia 1998 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1124/98.

<sup>5</sup> Dz. U. Nr 19, poz. 177, aktualnie Dz. U. t.j. z 2017 r., poz. 1579, zwana dalej „ustawą Pzp”.

może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia Zespół Arbitrów brał pod uwagę z urzędu. W uzasadnieniu projektu ustawy nie zawarto wyjaśnienia powodów przyznania Zespołom Arbitrów tej kompetencji. Na tle tego przepisu pojawiły się następujące wątpliwości i niejednoznaczności w orzecznictwie Zespołów Arbitrów:

1. Czy w przypadku unieważnienia postępowania z urzędu należy brać pod uwagę także okoliczności nie wynikające z zarzutów zawartych w proteście;
2. Czy unieważnienie postępowania z urzędu jest czynnością dokonywaną przez Zespół Arbitrów, czy jedynie nakazywaną zamawiającemu do dokonania;
3. Czy unieważnienie postępowania z urzędu może następować w drodze postanowienia;
4. Czy unieważnienie postępowania z urzędu zwalnia Zespół Arbitrów od rozstrzygnięcia o uwzględnieniu lub oddaleniu odwołania.

Te wątpliwości zostały rozstrzygnięte orzeczeniem Sądu Najwyższego<sup>6</sup>, w którym wskazano, że w wypadku stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej art. 93 ust. 1 ustawy Pzp zespół arbitrów unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Sąd okręgowy, w razie stwierdzenia z urzędu okoliczności objętej tym przepisem, uchyla orzeczenie zespołu arbitrów i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Zatem prawidłowa sentencja orzeczenia według Sądu Najwyższego powinna brzmieć „unieważnia postępowanie”. Jednak powyższe stanowisko byłoby niepełne, gdyby ograniczyć się jedynie do elementu wyteżowanego, gdyż w uzasadnieniu orzeczenia Sąd Najwyższy wyjaśnił dalsze istotne zagadnienia:

- ustalenie istnienia nieważności postępowania z urzędu obliguje Zespół Arbitrów do badania tej okoliczności niezależnie od tego, czy w proteście lub odwołaniu został sformułowany zarzut zaniechania unieważnienia postępowania,
- orzeczenie powinno zapadać w formie postanowienia,
- nakazywanie dokonania czynności unieważnienia postępowania zamawiającemu prowadziłyby do zbędnego wydłużania postępowania,
- obowiązek brania pod uwagę okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania z urzędu dotyczy tak Zespołów Arbitrów, jak i Sądów Okręgowych<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Uchwała SN z dnia 27 stycznia 2005 r., sygn. akt III CZP 78/2004.

<sup>7</sup> „(...)w razie stwierdzenia przez zespół arbitrów lub sąd okręgowy okoliczności uzasadniającej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nie ma doniosłości prawnej to, czy zaniechanie przez zamawiającego unieważnienia postępowania było objęte odwołaniem rozpoznawanym przez zespół arbitrów lub skargą wniesioną do sądu okręgowego; forma i treść orzeczenia uwzględniającego istnienie okoliczności uzasadniającej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia powinny być jednakowe w obu sytuacjach, a o ich kształcie nie mogą decydować przepisy art. 191 ust. 2 i art. 198 ust. 2 Pr.z.p., gdyż dotyczą one orzeczeń, które mogą zapaść jedynie w wyniku uwzględnienia odwołania lub skargi, a nie na skutek działania podjętego z urzędu. (...) Według art. 191 ust. 1 Pr.z.p., o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu zespół arbitrów orzeka wyrokiem, a w pozostałych przypadkach wydaje postanowienie. Ponieważ uwzględnienie przez zespół arbitrów okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia następuje z urzędu, chodzi tu

Mimo tej uchwały, większość orzeczeń Zespołów Arbitrów przyjmowała formę wyroku, w formie postanowienia zapadło jedynie kilka rozstrzygnięć<sup>8</sup>. Zdarzały się także rozstrzygnięcia nakazujące zamawiającemu unieważnienie postępowania<sup>9</sup>. Jednocześnie Zespoły Arbitrów wypracowały zgodną z uchwałą SN praktykę nierozpoznawania zarzutów odwołania w sytuacji ustalenia, że zaistniały przesłanki z art. 93 ust. 1 ustawy Pzp do unieważnienia postępowania.

Najczęstszymi powodami unieważniania przez Zespoły Arbitrów postępowania były:

1. wady postępowania w zakresie stawiania warunków udziału w postępowaniu, w tym:

- a) warunki nadmierne lub niezwiązane z przedmiotem zamówienia<sup>10</sup>,
- b) niedopuszczalna modyfikacja warunku z uwagi na ówczesne brzmienie art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, który zakazywał modyfikacji warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów oceny ofert na każdym etapie postępowania<sup>11</sup>,
- c) wadliwe żądanie dokumentów nie wynikających z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zamawiający żądać od wykonawcy,

---

o jeden z pozostałych przypadków, o których mowa w przytoczonym przepisie. Za właściwą formę uwzględnienia tych okoliczności należy uznać zatem postanowienie, którego treścią powinno być unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Nie przekonuje podnoszony przeciwko temu zapatrywaniu argument, że wobec tego, iż art. 93 ust. 1 Pr.z.p. mówi tylko o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, niedopuszczalne jest – a contrario – unieważnienie tego postępowania przez zespół arbitrów. Przepis nakazujący uwzględnienie przez zespół arbitrów okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia z urzędu może pełnić należycie swą funkcję tylko przy założeniu, że zespół arbitrów w razie stwierdzenia wspomnianych okoliczności unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia. Jest tak z następujących przyczyn. Niektóre okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia mogą wystąpić dopiero w toku postępowania przed zespołem arbitrów (por. art. 93 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p.). W takiej sytuacji nie byłoby żadnych racjonalnych powodów do nakazywania zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Artykuł 191 ust 2 Pr.z.p. przewiduje unieważnienie od razu przez zespół arbitrów tych czynności, których prawidłowe wykonanie jest niemożliwe. Myśl ta pozostaje aktualna także w przypadkach stwierdzenia przez zespół arbitrów okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro już w chwili stwierdzenia tych okoliczności przez zespół arbitrów jest wiadome, że cel postępowania o udzielenie zamówienia nie może być osiągnięty, nie ma potrzeby wydłużać trwania sprawy przez nakazanie unieważnienia tego postępowania zamawiającemu, lecz należy od razu orzec jego unieważnienie. Z podobnych względów należy przyjąć, że również sąd okręgowy uwzględnia okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia przez wydanie postanowienia (por. art. 354 k.p.c. w związku z art. 198 i 194 ust. 2 Pr.z.p.) orzekającego o unieważnieniu tego postępowania. W związku z tym, że postępowanie przed sądem okręgowym toczy się na skutek skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, nieodzowne jest również uchylenie przez sąd okręgowy orzeczenia zespołu arbitrów, podobnie jak w sytuacji unormowanej w art. 198 ust. 3 Pr.z.p.”.

<sup>8</sup> Postanowienia ZA: z dnia 29 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2341/05, z dnia 20 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-441/06, z dnia 13 czerwca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1669/06, z dnia 10 sierpnia 2008 r. akt UZP/ZO/02251/06 i z 21 grudnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2966/06.

<sup>9</sup> Wyroki ZA: z dnia 14 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0221/05, z dnia 1 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0326/05, z dnia 16 września 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2538/05, z dnia 8 sierpnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2234/06 z dnia 18 grudnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2943.

<sup>10</sup> Np. wyrok ZA z dnia 5 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0368/07, z dnia 16 września 2005 r., sygn. akt UZP/ZOP/0 2538/05, z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-167/06, z dnia 12 maja 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-911/05.

<sup>11</sup> Np. wyrok ZA z dnia 8 sierpnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2234/06, z dnia 26 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-789/05, z dnia 28 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-825/05, z dnia 10 lipca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-805/07, z dnia 29 kwietnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-821/05, z dnia 17 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2165/05, z dnia 31 marca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-893/06.

oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, lub też dokumentów zbędnych do prowadzenia postępowania czy też nie korespondujących z żadnym postawionym warunkiem<sup>12</sup>,

2. niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia lub wskazanie marek towarów prowadzących do nieporównywalności ofert lub niedopuszczalnej preferencji<sup>13</sup>,
3. bezskuteczny upływ terminu związania ofertą,
4. upływ terminu rozpoczęcia wykonywania lub zakończenia wykonywania umowy<sup>14</sup>,
5. nieprecyzyjne kryteria oceny ofert lub niedopuszczalne zmiany tych kryteriów<sup>15</sup>,
  - 1) brak ważnych ofert<sup>16</sup>,
  - 2) odpadnięcie interesu publicznego w realizacji zamówienia<sup>17</sup>,
  - 3) wadliwe zastosowanie trybu postępowania<sup>18</sup>,
  - 4) prowadzenie postępowania na podstawie nieobowiązujących przepisów<sup>19</sup>.

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>20</sup> wprowadziła do postępowania odwoławczego wyspecjalizowany w rozpoznawaniu odwołań organ, Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: Izba), dla której w art. 191 ust. 2 ustawy Pzp przewidziano następujące rozstrzygnięcia w przypadku uwzględnienia odwołania:

---

<sup>12</sup> Np. wyrok z dnia 3 października 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2705/05, z dnia 19 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2224/05, z dnia 22 czerwca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1429/05, z dnia 23 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2236/05, z dnia 10 listopada 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3267/05, z dnia 2 września 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2405/05, z dnia 23 maja 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1040/05, z dnia 24 listopada 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2762/06.

<sup>13</sup> Np. wyrok z dnia 3 października 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2705/05, z dnia 31 maja 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-627/07, z dnia 3 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-267/06, z dnia 18 grudnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2943/06 (brak możliwości wskazania różnych stawek VAT), z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2817/06, z dnia 24 lutego 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-487/05, z dnia 22 grudnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2976/06, z dnia 29 września 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2689/05.

<sup>14</sup> Np. Wyrok ZA 14 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-221/05, z dnia 1 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-326/05, z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2738/06, z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2987/05, z dnia 17 stycznia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2401/04, z dnia 1 marca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-331/05, z dnia 13 grudnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2900/06 (zawarcie umowy przed upływem *stand still*).

<sup>15</sup> Np. wyrok ZA z dnia 1 września 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2397/05, z dnia 24 marca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-819/06, z dnia 21 grudnia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2966/06 (dopuszczenie ofert wariantowych przy jedynym kryterium ceny), z dnia 5 maja 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1234/06, z dnia 12 stycznia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1328/07, z dnia 29 września 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2689/05 z dnia 17 lipca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-840/07.

<sup>16</sup> Np. wyrok ZA z dnia 10 listopada 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1911/04, z dnia 12 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1973/06, z dnia 13 lipca 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1692/05.

<sup>17</sup> Np. wyrok ZA z dnia 2 lutego 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-110/07.

<sup>18</sup> Np. wyrok ZA z dnia 23 sierpnia 2005 r., sygn. akt 0-2133/05.

<sup>19</sup> Np. wyrok ZA z dnia 18 kwietnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-872/04, z dnia 21 maja 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-649/04, z dnia 18 maja 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-646/04.

<sup>20</sup> Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 listopada 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655.

- a) nakazanie wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego,
- b) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego,
- c) unieważnienie postępowania.

Izba nie mogła zgodnie z ust. 3 art. 191 ustawy Pzp orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, i miała brać pod uwagę z urzędu okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, w takim przypadku Izba miała wydawać wyrok. Jedyną zmianą w stosunku do zakresu kognicji Zespołów Arbitrów było zatem określenie formy wyrokowania przy orzekaniu unieważnienia postępowania. Należy zatem przyjąć, że poza tą zmianą uchwała Sądu Najwyższego znajdowała pełne zastosowanie także na gruncie postępowania przed Izba. Przepisy te obowiązywały do noweli z października 2008 r.<sup>21</sup>

W tym czasie Izba jednolicie w sentencjach wskazywała, że unieważnia postępowania, i wszystkie orzeczenia przyjęły formę wyroku. Izba także odstępowała od rozpoznawania zarzutów odwołania w przypadku ustalenia, że postępowanie obarczone jest wadą nieważności, nadto badała z urzędu cały przebieg postępowania, niezależnie od tego, czy odwołujący podniósł zarzut zaniechania unieważnienia postępowania, czy nie. Katalog okoliczności, które Izba oceniała jako skutkujące unieważnieniem postępowania, był zbliżony do katalogu opisanego przy analizie orzecznictwa Zespołów Arbitrów i dotyczył głównie:

1. wady postępowania w zakresie stawiania warunków udziału w postępowaniu, w tym:
  - a) warunki nadmierne lub niezwiązane z przedmiotem zamówienia<sup>22</sup>,
  - b) niedopuszczalna modyfikacja warunku z uwagi na ówczesne brzmienie art. 38 ust. 5 ustawy Pzp, który zakazywał modyfikacji warunków udziału w postępowaniu, jak i kryteriów oceny ofert na każdym etapie postępowania<sup>23</sup>,
  - c) wadliwe żądanie dokumentów nie wynikających z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zamawiający żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, lub też dokumentów zbędnych do prowadzenia postępowania czy też nie korespondujących z żadnym postawionym warunkiem<sup>24</sup>,
2. niejednoznacznego i niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia lub wskazania marek towarów prowadzących do nieporównywalności ofert lub niedopuszczalnej preferencji<sup>25</sup>,

<sup>21</sup> Ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 24 października 2008 r. Dz. U. Nr 171, poz. 1058.

<sup>22</sup> Wyrok Izby z dnia 1 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 33/07, z dnia 7 stycznia 2008 r., sygn. akt 100/07, z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 432/08, sygn. akt KIO/UZP 1129/08, z dnia 4 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 749/08, z dnia 29 stycznia 2008 r., sygn. akt 113/07, z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP505/08, sygn. akt 140/08, z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1018/08.

<sup>23</sup> Wyrok Izby z dnia 8 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 37/08, sygn. akt KIO/UZP 576/08, sygn. akt KIO/UZP 356/07, KIO/UZP 371/08.

<sup>24</sup> Wyrok Izby z dnia 23 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1073/08, z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1421/07.

<sup>25</sup> Wyrok Izby z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 781/08, z dnia 6 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1004/08, z dnia 26 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 577/08, z dnia 13 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 70/08, z dnia 17 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1419/07.

3. bezskutecznego upływu terminu związania ofertą<sup>26</sup>,
4. upływu terminu rozpoczęcia wykonywania lub zakończenia wykonywania umowy<sup>27</sup>,
5. nieprecyzyjnych kryteriów oceny ofert lub niedopuszczalnej zmiany tych kryteriów<sup>28</sup>,
6. braku zabezpieczenia oferty wadium<sup>29</sup>.

Z powyższego wynika, że głównym powodem unieważniania postępowania z urzędu były nieprawidłowości w zakresie konstruowania warunków udziału w postępowaniu i opisu sposobu dokonywania oceny jego spełnienia, jak również brak możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej z uwagi na wpływ terminu związania ofertą.

Nowelizacja ustawy z 24 października 2008 r. odebrała Izbie kompetencję do nakazywania unieważnienia postępowania, jak również badania z urzędu, czy zaistniały okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania. Ustawodawca tę zmianę uzasadnił w następujący sposób: „W obecnym stanie prawnym Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając odwołanie, może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie Izba jest obowiązana z urzędu brać pod uwagę okoliczności skutkujące nieważnością postępowania. Taki stan rzeczy sprzyja nadużywaniu przez wykonawców środków ochrony prawnej, zachęca ich bowiem do wnoszenia protestów bezzasadnych, w których niejako przy okazji podnoszą zarzuty skutkujące nieważnością postępowania, mimo że zarzuty te dotyczą czynności, wobec których upłynął już termin na wniesienie protestu. W konsekwencji może to prowadzić do przedłużania procedur odwoławczych i przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy również podkreślić, że uprawnienie do unieważnienia postępowania jest ściśle związane z orzekaniem o nieważności umowy i w związku z tym powinno znajdować się wyłącznie w kompetencji sądów powszechnych. Mając to na uwadze, w projekcie rezygnuje się z przyznawania Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencji do unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”.

Po likwidacji protestu w 2010 r., zakres rozstrzygnięcia Izby reguluje art. 192 ustawy Pzp<sup>30</sup>, który przyznaje Izbie uprawnienia w zakresie uwzględnienia odwołania:

- 1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazania wykonania lub powtórzenia czynności zamawiającego lub nakazania unieważnienia czynności zamawiającego; albo
- 2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1:

---

<sup>26</sup> Wyrok Izby z dnia 21 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 444/08, z dnia 21 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 85/07, z dnia 1 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 744/08.

<sup>27</sup> Wyrok Izby z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 47/07.

<sup>28</sup> Wyrok Izby z dnia 22 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 93/07, z dnia 8 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 36/08, sygn. akt KIO/UZP 483/08.

<sup>29</sup> Wyrok Izby z dnia 16 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1530/08.

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Dz. U. 2009 Nr 223, poz. 1778.



- a) unieważnienia umowy; albo
  - b) unieważnienia umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenia kary finansowej w uzasadnionych przypadkach, w szczególności, gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo
  - c) nałożenia kary finansowej albo orzeczenia o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym; albo
- 3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy.

Jak wynika z tego przytoczenia przepisu art. 192 ustawy Pzp obecnie Izba może unieważnić umowę, a zatem nie ma przeszkód, aby Izba rozstrzygała o zakresie wchodzącym w kognicję sądów powszechnych. Jednocześnie zakres regulacji odnoszący się do etapu przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne nie pozwala Izbie badać z urzędu okoliczności skutkujących unieważnieniem postępowania. Izba może to zrobić wyłącznie na zarzut odwołującego, nie ma również możliwości unieważnienia postępowania, a dokonanie takiej czynności może jedynie nakazać zamawiającemu.

Bieżące orzecznictwo Izby nakazuje zamawiającym unieważnienie postępowania w następujących sytuacjach:

1. nadmiernego warunku, warunku nieprecyzyjnego, dokumentu na jego potwierdzenie nie wynikającego z przepisów prawa<sup>31</sup>,
2. wadliwych kryteriów oceny ofert<sup>32</sup>,
3. braku przesłanek do zastosowania innych trybów niż przetargowe<sup>33</sup>,
4. braku ważnych ofert<sup>34</sup>,
5. nieotwarcia wszystkich ofert złożonych przed upływem terminu składania ofert<sup>35</sup>,
6. niezaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawcy, którego niesłusznie wykluczono<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Wyrok Izby z dnia 19 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2607/13, z dnia 28 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 58/14, z dnia 4 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 130/15, z dnia 2 września 2014 r., sygn. akt KIO 1688/14, z dnia 18 marca 2014 r., sygn. akt 120/14.

<sup>32</sup> Wyrok Izby z dnia 23 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 712/15, z dnia 3 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2725/11, z dnia 25 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 76/12, z dnia 27 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 479/17, z dnia 10 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 927/09.

<sup>33</sup> Wyrok Izby z dnia 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 529/14, z dnia 12 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 172/15, z dnia 27 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2489/15, z dnia 22 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 983/16, z dnia 16 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1352/16 i KIO 1355/16.

<sup>34</sup> Wyrok Izby z dnia 10 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3003/14.

<sup>35</sup> Wyrok Izby z dnia 4 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 619/11 i KIO 620/11.

<sup>36</sup> Wyrok Izby z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1086/12.



Powyżej wskazano okoliczności stanowiące podstawę do nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania, oczywiście o tyle, o ile etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie pozwala już na nakazanie zamawiającemu dochowania określonych naprawczych czynności (poprawę warunków kryteriów oceny ofert na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też przywrócenia do postępowania wykonawcy przed aukcją elektroniczną).

Jak widać z powyższego zestawienia przesłanki te różnią się nieznacznie od podstaw unieważnienia postępowania w poprzednich okresach, jednak nadal dominującą okolicznością skutkującą unieważnieniem postępowania są wadliwość związane z konstrukcją warunków udziału w postępowaniu.

Konkludując, instytucja unieważnienia postępowania z urzędu przez organ orzekający była z powodzeniem stosowana przez osiem pierwszych lat funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce po 1989 r. Jak wynika z analizy orzecznictwa, była stosowana przez organy orzekające z umiarem i jedynie w sytuacjach, gdy niemożliwe było doprowadzenie postępowania do zgodności z prawem. Obecnie przyjęte rozwiązanie nie zapewnia kompleksowej kontroli uprzedniej zamówień niefinansowanych ze środków unijnych. Mimo że obecnie w kompetencjach Izby leży unieważnienie umowy o udzielenie zamówienia publicznego, to Izba nie ma jednak możliwości zapobieżenia temu unieważnieniu na wcześniejszym etapie postępowania, w tym z innych przyczyn niż wynikające z granic postawionych zarzutów. Nadto rozwiązanie obecnie przyjęte nie wpływa pozytywnie na szybkość i efektywność postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż zamawiający może zwlekać z wykonaniem orzeczenia Izby.

## 4. WYJĄTKOWOŚĆ INSTYTUCJI UCHYLENIA ZAKAZU ZAWARCIA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W PERSPEKTYWIE KIO

Agata Mikołajczyk

Aneta Młacka

*Przedmiotem referatu jest omówienie szczególnej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy, uregulowanej w art. 183 ustawy Pzp, która pozwala wyjątkowo na odejście od zasady, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może być zawarta do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą. W rozstrzygnięciach podejmowanych przez Krajową Izbę – począwszy od roku 2008 – podkreśla się, że aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy, niezbędne jest kumulatywne wykazanie wskazanych w przywołanym przepisie przesłanek, a mianowicie konieczne jest wykazanie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym prawo wykonawcy do ochrony jego własnego interesu w uzyskaniu zamówienia. Brak definicji przesłanek wymaganych przepisem wymagał od Krajowej Izby już w pierwszym roku – 2008 – funkcjonowania przepisu i kompetencji przypisanej Izby, poszukiwania obiektywnych kryteriów dla zdefiniowania tych przesłanek. Analizie poddano wszystkie wydane do dnia 30.09.2017 r. postanowienia Izby zarówno uchylające zakaz, jak i odmawiające takiej zgody oraz sprawy, w których postępowanie z wniosku zostało umorzono. W referacie z kolei, z uwagi na zakres wyznaczony dla opracowania, posłużono się tylko przykładami, wskazanymi w jego treści, z różnych lat, w tym z roku 2013, z uwzględnieniem spraw związanych z odbiorem odpadów komunalnych oraz zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa wraz z odesłaniem do Informacji rocznej KIO z 2014 i 2015 r.*

### Wprowadzenie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wniesienie odwołania – zgodnie z ustawą – Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> – powoduje, że do czasu jego rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą<sup>2</sup> nie jest możliwe zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zakaz ten nie jest zakazem bezwzględnie obowiązującym, albowiem przepisy ustawy Pzp pozwalają na jego uchylenie – w aktualnym stanie prawnym przez Krajową Izbę Odwoławczą – na podstawie stosownego wniosku zamawiającego. Przyznane zamawiającemu prawo wnioskowania o wydanie takiej zgody przez uprawniony organ stanowi implementację postanowień dyrektywy 89/665/EWG<sup>3</sup> – jej art. 2 ust. 5 – oraz dyrektywy 92/13/EWG<sup>4</sup> – jej art. 2 ust. 4. Od dnia 24 października 2008 r. – do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 4 września

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) zwana dalej: „ustawą Pzp”.

<sup>2</sup> Krajowa Izba Odwoławcza, dalej: „KIO” lub „Izba”.

<sup>3</sup> Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane.

<sup>4</sup> Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. dotycząca koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania zasad Wspólnoty w zakresie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji.

2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>5</sup> – kompetencja uchylecia tego zakazu przypisana była – w zmienionym powołaną ustawą art. 182 ust. 3 ustawy Pzp – Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych<sup>6</sup>, którego rozstrzygnięcia w tej sprawie były podejmowane w formie decyzji administracyjnej. Od dnia 24 października 2008 r. ta kompetencja została przypisana Krajowej Izbie Odwoławczej<sup>7</sup> – obok funkcji *stricte* orzeczniczej, związanej z rozpoznawaniem środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, oraz funkcji kontrolnej, związanej z rozpoznawaniem zastrzeżeń zamawiającego złożonych do wyników kontroli Prezesa UZP. Skutkiem prawnym takiej zgody jest uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Z uwagi na objęcie analizą postanowień KIO od roku 2008, należy zwrócić uwagę na zmiany w przepisach o środkach ochrony prawnej wynikające z ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych<sup>8</sup>, której przepisy weszły w życie w dniu 22 grudnia 2009 r. Tą ustawą zmieniającą zniesiono instytucję protestu, uzasadniając powyższą zmianę małą efektywnością tej instytucji jako środka ochrony prawnej. Tym samym w procedurze odwoławczej pozostawiono wszystkie skutki prawne, jakie ustawa łączyła z wniesieniem protestu, w tym m.in. zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, odnosząc je do odwołania. Przed tą zmianą przepisy ustawy Pzp skutki związane z zakazem podpisania umowy odnosiły do przewidzianego przepisami ostatecznego rozstrzygnięcia protestu<sup>9</sup>.

## **Procedura przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy – jej odrębność, przesłanki i możliwe rozstrzygnięcia**

Uchylenie zakazu zawarcia umowy, jak już wyżej wskazano, następuje, w przypadku wniesienia odwołania, tylko na podstawie wniosku zamawiającego złożonego do Izby w toku postępowania odwoławczego. Ta szczególna procedura, uregulowana w art. 183 ustawy Pzp, pozwala wyjątkowo na odejście od zasady, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może być zawarta do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego przed KIO. Ustawa Pzp uzależnia uwzględnienie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, od wykazania przez zamawiającego okoliczności w najwyższym stopniu ekstraordynaryjnych, które powodowałyby szczególnie dotkliwy uszczerbek dla interesu publicznego, nie zawsze mający finansowy wymiar.

W myśl przepisu – art. 183 ust. 2 ustawy Pzp – w jego aktualnym brzmieniu<sup>10</sup> – „Zamawiający może złożyć do Izby wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w ust. 1. Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinach obronności i bez-

<sup>5</sup> Dz. U. Nr 171, poz. 1058.

<sup>6</sup> Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dalej: „Prezes Urzędu” lub „Prezes UZP”.

<sup>7</sup> Data wejścia w życie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

<sup>8</sup> Ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Pzp oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591).

<sup>9</sup> Art. 182 ustawy Pzp w brzmieniu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych – Dz. U. z 2008 Nr 171, poz. 1058.

<sup>10</sup> Przepis ustalony ustawą z dnia 12.10.2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

pieczeństwa, 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”.

Zadaniem każdego zamawiającego jest zatem podanie we wniosku (wykazanie), dlaczego w jego ocenie interes publiczny ma tak dużą wagę, że należałoby zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem wniesionego środka odwoławczego uchylić, co zasadniczo sprowadza się do wykazania, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby, będące ostatecznym rozstrzygnięciem w przedmiocie wniesionego środka. Warunkiem wymaganym uchylecia takiego zakazu jest, co najmniej uprawdopodobnienie, dlaczego istotne jest – z punktu widzenia wskazanych przepisem przesłanek – możliwie szybkie zawarcie umowy, a przesunięcie tego terminu mogłoby zagrozić realizacji zamówienia lub nawet ją uniemożliwić<sup>11</sup>, powodując nieodwracalne straty, niekoniecznie – jak już wskazywano – wprost w wymiarze finansowym.

Taki wniosek, w myśl art. 183 ust. 6 ustawy Pzp, należy złożyć za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe<sup>12</sup>, osobiście, za pośrednictwem posłańca albo przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Rozstrzygając w przedmiocie wniosku, Izba co do zasady nie dokonuje oceny podnoszonych zarzutów we wniesionym środku ochrony prawnej. W niektórych jednak sytuacjach przy rozstrzygnięciu takich spraw konieczne okazywało się zaprezentowanie stanowiska także co do wniesionego odwołania. Miało to miejsce przykładowo wówczas, gdy zamówienie zostało podzielone na części i w odniesieniu do jednej części objętej wnioskiem nie wniesiono odwołania<sup>13</sup>.

Rozstrzygnięcia takie – zgodnie z art. 183 ust. 4 ustawy Pzp w jego aktualnym brzmieniu – zapadają w formie postanowienia. Z kolei w myśl ust. 3 art. 183 rozpoznania wniosku dokonuje ten sam skład, który został (lub zostanie) wyznaczony do rozpoznania odwołania. Takim postanowieniem w jego sentencji, Izba uchyla zakaz zawarcia umowy w sprawie danego zamówienia publicznego lub odmawia uchylecia takiego zakazu. Sporządza także z urzędu uzasadnienie rozstrzygnięcia, aczkolwiek ustawa Pzp wprost takiego obowiązku nie nakłada na Izbę.

W sprawie wniesionego wniosku, Izba rozstrzyga na posiedzeniu niejawnym, nie później niż w terminie 5 dni od dnia jego złożenia. Wskazany termin, stosownie do art. 183 ust. 4 ustawy Pzp, ma charakter instrukcyjny, aczkolwiek wzgląd na ochronę interesu publicznego wymaga szybkiego rozstrzygnięcia takiego wniosku, co jest przez KIO niewątpliwie w pierwszej kolejności uwzględniane.

Izba może też umorzyć postępowanie zgodnie z ust. 5 przywołanego przepisu<sup>14</sup>, także w formie postanowienia, w sytuacji, gdy rozpoznanie wniosku stało się bezprzedmiotowe. Ustawa, przykładowo wskazuje na bezprzedmiotowość postępowania o uchylenie zakazu zawarcia

---

<sup>11</sup> Postanowienie z dnia 30.10.2009 r., sygn. akt: KIO/W 74/09.

<sup>12</sup> Dz. U. 2012, poz. 1529.

<sup>13</sup> Postanowienie z dnia 29.11.2012 r., sygn. akt: KIO/W 47/12.

<sup>14</sup> Ust. 5 w art. 183. Ust. 5 dodany ustawą z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591).

umowy w sprawach zamówień publicznych, gdy przed rozpoznaniem wniosku nastąpiło ogłoszenie przez Izbę wyroku bądź postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, bądź cofnięcie wniosku przez zamawiającego.

Na wydane przez Izbę postanowienie nie przysługuje skarga. Niezaskarżalność tego postanowienia powoduje, że zamawiający, uzyskując taką zgodę Izby, ma prawo podpisać umowę niezwłocznie – w tym samym dniu lub następnym – po otrzymaniu postanowienia uchylającego zakaz zawarcia umowy.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie nakłada na Krajową Izbę Odwoławczą, ani inny organ, obowiązku poinformowania odwołującego oraz przystępujących o złożonym przez zamawiającego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Być może przez wzgląd na ekstraordynaryjny charakter rozstrzygnięcia w tym przedmiocie należałoby w ustawie Pzp umożliwić, chociażby odwołującemu, odniesienie się do takiego wniosku, bądź możliwość uzyskania informacji o zapadłym rozstrzygnięciu.

## **Przegląd orzecznictwa – wybrane zagadnienia**

Uruchomienie tej szczególnej procedury regulowanej art. 183 ustawy Pzp, określanej też mianem wpadkowej, wymaga złożenia przez zamawiającego wniosku, o ile zostało wniesione odwołanie. W art. 183 ust. 2 ustawy Pzp wskazano kluczowe przesłanki, na których oparty powinien być taki wniosek. Ustawa Pzp nie definiuje użytych w tym przepisie pojęć. Podobnie, trudno doszukać się takich definicji w innych ustawach. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że negatywne skutki dla interesu publicznego z powodu niezawarcia umowy ustawa Pzp w szczególności wiąże z umowami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa<sup>15</sup>.

Tak jak podkreśla się w rozstrzygnięciach podejmowanych przez Krajową Izbę Odwoławczą – począwszy od roku 2008, aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy niezbędne jest kumulatywne wykazanie wskazanych w nim przesłanek<sup>16</sup>, a mianowicie konieczne jest wykazanie, że brak uchylenia zakazu zawarcia umowy wywoła negatywne konsekwencje dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym prawo wykonawcy do ochrony jego interesu własnego w uzyskaniu zamówienia<sup>17</sup>. Także w rozpoznawanych sprawach KIO wskazuje na wyjątkowy charakter tej instytucji. Podkreśla się też, że wydane przez Izbę postanowienie nie przesądza o prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego<sup>18</sup>. Wydając takie postanowienia Krajowa Izba Odwoławcza w ich uzasadnieniu wskazywała również, że oceniając zasadność wniosku, Izba nie bada ani prawidłowości, ani skuteczności wniesienia odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu składającego środki ochrony prawnej). Definiowanie „interesu publicznego” następuje – tak jak to wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej – w oparciu o orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Takie kluczowe stanowisko rozumienia tego pojęcia wynika z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia

---

<sup>15</sup> Przepis w takim brzmieniu ustalony został ustawą z dnia 12.10.2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi – przypis 11.

<sup>16</sup> Postanowienie z dnia 3.02.2012 r., sygn. akt: KIO/W 5/12.

<sup>17</sup> Postanowienie z dnia 12.07.2012 r., sygn. akt: KIO/W 22/12.

<sup>18</sup> Postanowienie z dnia 07.12.2009 r., sygn. akt: KIO/W 106/09.

12 marca 1997 r. (sygn. akt W 8/96), w której uznano, że za „interes publiczny” należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących 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<sup>19</sup>. Także wskazówka interpretacyjna zawarta jest w innych orzeczeniach – wyrokach – Trybunału Konstytucyjnego<sup>20</sup>, w których Trybunał uznaje wprost pojęcie „interesu publicznego” za pojęcie niedookreślone, którego funkcja w procesie stosowania prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych. Wskazuje się także, że pojęcie „interesu publicznego” powinno być definiowane każdorazowo w kontekście określonych warunków społecznych i politycznych oraz prawa konkretnej jednostki. Podkreśla się także, że odwołanie się przez ustawodawcę do „ważnego interesu publicznego” nie oznacza pełnej swobody określania rodzaju chronionego interesu, ponieważ przy jego ustalaniu muszą być uwzględniane regulacje konstytucyjne i hierarchia wartości wynikająca z zasady demokratycznego państwa prawnego. Zdaniem Trybunału do kategorii interesu publicznego zaliczyć należy te wartości, które są wskazywane w art. 31 ust. 3 Konstytucji – (bezpieczeństwo lub porządek publiczny, bądź ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób). W orzecznictwie KIO w omawianym obszarze wskazuje się także, że w doktrynie przez interes publiczny rozumie się określoną wartość motywacyjną wspólną dla wielu podmiotów, a konkretyzującą się w razie konfliktu z przeciwstawnymi celami (interesami) prywatnymi. A z punktu widzenia jednostki, interes publiczny jest kategorią zbiorczą, przeciwstawną interesowi indywidualnemu, nawet w razie, gdy ta sama jednostka również korzysta z odnośnego dobra publicznego. Interesem publicznym jest interes określonej grupy (społeczności, wspólnoty) odpowiadający potrzebom odczuwanym przez członków grupy – często jako reakcja na pojawiające się lub choćby tylko możliwe zagrożenia albo też artykułowane przez organ publiczny w ramach jego kompetencji formalnych<sup>21</sup>. KIO w uzasadnieniach wydanych postanowień podkreśla również, że interesu publicznego nie możemy każdorazowo wiązać z rodzajem podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, czy też z rodzajem wykonywanej przez dany podmiot działalności. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy Pzp podmiotami zamawiającymi są, co do zasady podmioty, które wykonują działalność, czy też świadczą usługi o charakterze powszechnym, na rzecz publicznego kręgu odbiorców, bądź których działalność nastawiona jest na funkcjonowanie w sektorze publicznym. Takie rozumowanie prowadziłoby w konsekwencji do wniosku, że w każdym przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przedmiot zamówienia wiąże się z działalnością Zamawiającego – podmiotu publicznego – będzie wypełniona co do zasady przesłanka interesu publicznego<sup>22</sup>.

Kolejną przesłanką, ocena której – co do jej wykazania, albo chociażby uprawdopodobnienia jak podkreśla KIO<sup>23</sup> – decyduje o zasadności wniosku, są „negatywne skutki dla interesu

<sup>19</sup> Postanowienie z dnia 15.10.2012 r., sygn. akt: KIO/W 34/12.

<sup>20</sup> Wyrok TK: z dnia 20.04.2011 r., sygn. akt: Kp7/09; z dnia 17.12.2003 r. sygn. akt: SK 15/02; z dnia 8.07.2010 r. sygn. akt: K 46/07; i z dnia 8.07.2010 r., sygn. akt: K46/07.

<sup>21</sup> Postanowienie z dnia 04.05.2012 r., sygn. akt: KIO/W 14/12.

<sup>22</sup> Postanowienie z dnia 14.05.2012 r., sygn. akt: KIO/W 16/12.

<sup>23</sup> Postanowienie z dnia 09.07.2009 r., sygn. akt: KIO/W 31/09.



publicznego, (...), przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. W przypadku tej złożonej przesłanki – także nie zdefiniowanej w ustawie Pzp, a obejmującej kilka integralnie połączonych ze sobą okoliczności – Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniach postanowień zwracała uwagę, że szczególnie w tym przypadku wymagane jest chociażby jej uprawdopodobnienie. Ważąc negatywne skutki dla interesu publicznego, które mogą zostać spowodowane stratami wynikającymi z niezawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia i ewentualnego przekroczenia terminu realizacji zamówienia, Izba wymaga, aby taka okoliczność została w stopniu dostatecznym wykazana przez Zamawiającego, w porównaniu do korzyści związanych z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wypadku interesu wykonawcy, który wniósł środek ochrony prawnej, a także interesu Zamawiającego, pojętego również jako oszczędne i celowe wydatkowanie środków publicznych<sup>24</sup>. Wymaga jednakże podkreślenia, że fakt nieuzyskania dotacji – lub konieczność jej zwrotu – nie stanowi co do zasady – wypełnienia tej przesłanki na gruncie ustawy Pzp. W przypadku tak formułowanych wniosków Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że zasady przyznania takich środków, podobnie wydatkowania, są uregulowane prawnie i dotyczą tysięcy podmiotów w Polsce, które muszą, przewidywać ich ewentualne uzyskanie i wydatkowanie, i organizować tak postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, aby było możliwe wywiązanie się z terminów wskazanych w umowie, przykładowo o przyznaniu dotacji. W uzasadnieniach postanowień zwraca się uwagę na obowiązek wszczęcia postępowania w takim terminie, który umożliwi zamawiającemu udzielenie zamówienia zgodnie z planem, mając jednocześnie na uwadze uprawnienia wykonawców związane z korzystaniem ze środków ochrony prawnej, co w konsekwencji może powodować przedłużenie postępowania<sup>25</sup>. Izba jednocześnie także wskazywała, że dla oceny tej przesłanki – negatywnych skutków dla interesu publicznego, (...), przewyższających korzyści – jest zagrożenie zdrowia, a co ważniejsze życia lub bezpieczeństwa<sup>26</sup> – w takim przypadku, taka ocena nie może być warunkowana korzyściami w wymiarze finansowym, związanymi z ochroną interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego<sup>27</sup>.

Kwestią mocno akcentowaną w uzasadnieniach postanowień Izby, w których odmawiano zgody na uchylenie zakazu, był brak podania argumentów pozwalających na zastosowanie instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy o charakterze szczególnym i wyjątkowym. Okoliczność podjęcia realizacji zamówienia, stanowiącego jego przedmiot z przesunięciem w czasie, z uwagi na ewentualną konieczność rozpoznania odwołania, nie jest podstawą do uchylenia zakazu zawarcia umowy. Przedmiotowa okoliczność stanowi bowiem normalne następstwo wniesienia każdego odwołania. Oczywistym jest, że wniesienie odwołania powoduje przesunięcie terminu realizacji zamówienia, ze względu na obowiązujący

---

<sup>24</sup> Postanowienie z dnia 12.10.2009 r., sygn. akt: KIO/W 69/09.

<sup>25</sup> Postanowienie z dnia 04.12.2012 r., sygn. akt: KIO/W 48/12.

<sup>26</sup> Postanowienie z dnia 16.12.2011 r., sygn. akt: KIO/W 41/11.

<sup>27</sup> Postanowienie z dnia 04.05.2012 r., sygn. akt: KIO/W 15/12.



zakaz zawarcia umowy, przynajmniej do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę. Jednakże powyższe nie stanowi podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy, chociażby dlatego, że ta instytucja – po pierwsze – stanowi wyjątek od reguły, zgodnie z którą wykonawcom przysługują środki prawne, zapewniające ochronę ich interesów. Po drugie, gdyby przyjąć stanowisko zamawiającego, oznaczałoby to przyjęcie pewnego automatyzmu i stosowanie przedmiotowej instytucji w oderwaniu od rzeczywistych przesłanek, określonych w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem, opóźnienie realizacji zamówienia, związane z rozpoznaniem odwołania, nie stanowi wystarczającej podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy<sup>28</sup>.

Należałoby zwrócić także uwagę na indywidualne przypadki, które rozpoznawała Izba na kanwie wypracowywanego stanowiska, które jest modyfikowane tylko ze względu na okoliczności faktyczne konkretnej sprawy.

W większości spraw rozpatrzonych przez Izbę, w których odmówiono uchylenia zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, zwrócono uwagę, że zamawiający powoływał się generalnie na przesłanki z tego przepisu, stawiając ogólne tezy w sytuacji, gdy zbyt późno bez usprawiedliwionych powodów wszczywał postępowanie o udzielenie danego zamówienia. W uzasadnieniach podkreślono, że tego rodzaju okoliczności – nieobiektywnie nieuzasadnione zbyt późne wszczęcie postępowania – nie mogą usprawiedliwiać skorzystania z wyjątkowej na gruncie ustawy Pzp, instytucji, jaką jest możliwość zawarcia umowy za zgodą Izby przed rozpoznaniem odwołania. Podstawą uchylenia zakazu zawarcia umowy nie mogła być również hipotetyczna możliwość utraty środków finansów, w sytuacji gdy wnioskodawca nie wykazał, że zawarcie umowy po ogłoszeniu orzeczenia przez KIO skutkować będzie tak znacznym opóźnieniem, że spowoduje to utratę wsparcia finansowego. Zwrócono także uwagę, że zamawiający w przypadku usług powtarzających się, takich jak usługa sprzątnia, ma możliwość zapewnienia ciągłości takich usług do czasu zakończenia postępowania odwoławczego przy zastosowaniu innych mechanizmów przewidzianych w ustawie Pzp<sup>29</sup>.

Warto również zwrócić uwagę na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wydanych postanowień o umorzeniu postępowania wszczętego na skutek złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Wydanie takiego postanowienia, jak już podano, może być skutkiem nie tylko ogłoszenia przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku lub cofnięcia wniosku. Innym przykładem jest zwrot odwołania w oparciu o art. 186 ust. 6 w zw. z ust. 1 ustawy Pzp wówczas, gdy odwołanie nie odpowiada wymogom formalnym lub gdy nie został uiszczony wpis, także w wymaganej przepisami kwocie. Kolejnym przykładem jest cofnięcie przez wykonawcę odwołania na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp lub jego uwzględnienie przez zamawiającego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i niewniesienie sprzeciwu przez wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego po jego stronie. Brak wniesienia w konsekwencji odwołania jest także jedną z przesłanek powodujących wydanie postanowienia o umorzeniu wszczętego postępowania wpadkowego o uchylenie zakazu zawarcie umowy.

---

<sup>28</sup> Postanowienie z dnia 17.06.2013 r., sygn. akt: KIO/W 23/13.

<sup>29</sup> Postanowienie z dnia 16.09.2013 r., sygn. akt: KIO/W 53/13.

## Uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych

Warto zwrócić uwagę na rok 2013, w którym to okresie liczną grupę, blisko 30% wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy, stanowiły wnioski wniesione w postępowaniach odwoławczych, których przedmiotem był odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. W dniu 1 stycznia 2012 r. weszła w życie ustawa zmieniająca ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (...) <sup>30</sup>, która nałożyła na gminy obligatoryjnie obowiązek przejścia obowiązków właścicieli nieruchomości w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych. Ze względu na kognicję Krajowej Izby Odwoławczej najistotniejszą zmianą wynikającą z nowelizacji w tym obszarze było wprowadzenie mechanizmu, zgodnie z którym gminy miały wyłaniać w drodze przetargu podmioty prowadzące działalność w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub odbierania i zagospodarowania tych odpadów. Ustawodawca nie zdecydował się na uprzywilejowanie spółek z udziałem gminy w zakresie świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych, co spowodowało obowiązek przeprowadzenia przez gminę przetargu i wybór firmy realizującej to zadanie. Przepisy te i obowiązek wdrożenia zadań zaskoczyły trochę gminy, skutkiem czego były wnioski składane do Izby o uchylenie zakazu zawarcia umowy, z uwagi na wnoszone w tych postępowaniach odwołania. W tym przypadku wpłynęło do Izby 17 wniosków, większość z nich – w I półroczu, z których 13 zostało oddalonych <sup>31</sup>, a tylko w 3 sprawach Izba uchyliła zakaz zawarcia umowy. Izba w odniesieniu do wniosków, które rozpoznano odmownie, w uzasadnieniu postanowień wskazywała przede wszystkim, że zamawiający nie wykazał okoliczności wymaganych przepisem ustawy Pzp, podkreślając nie tyle brak udowodnienia, co brak nawet uprawdopodobnienia przesłanek wskazanych przepisem. Zwracano również uwagę, że zamawiający ma środki prawne i możliwości faktyczne, aby zapewnić odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy po dniu 1 lipca 2013 r., w okresie do zawarcia umowy z wykonawcami po ich wyborze w wyniku przeprowadzonego przetargu. Izba w tym przypadku wskazywała na art. 6s cyt. ustawy po jej zmianie, zgodnie z którym „W przypadku, gdy gmina nie realizuje obowiązku odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, właściciel nieruchomości jest obowiązany do przekazania odpadów komunalnych, na koszt gminy, podmiotowi odbierającemu odpady komunalne od właścicieli nieruchomości wpisanemu do rejestru działalności regulowanej (...)”. W przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku (...) w gminach nie stwierdzono oparcia dla twierdzeń, jakoby gmina miała obowiązek rozpoczęcia odbioru odpadów komunalnych z dniem 1 lipca 2013 r. Podkreślono jednocześnie, że z tym dniem wchodzi w życie wyłącznie regulacja z art. 9z ust. 4 tej ustawy dotycząca kar pieniężnych oraz, że ustawodawca przewidział w tej ustawie stosowne mechanizmy (jak powołany art. 6s) pozwalające na egzekwowanie ustawowych obowiązków gminy. Zwrócono ponadto uwagę, że opóźnienia wynikające z korzystania z ustawowych uprawnień wykonawców (korzystanie ze środków ochrony prawnej) są okolicznościami, które można, a nawet należało przewidzieć i takie okoliczności nie mogą same w sobie stanowić usprawiedliwienia do skorzystania z wyjątkowej instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, tym bardziej, że wskazywane we wnioskach zagrożenia epidemiologiczne odnoszono do umów, dla których ustalono 3-letni okres ich obowiązywania. Składane w następnych latach wnioski o uchylenie

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 Nr 152, poz. 897).

<sup>31</sup> W jednej sprawie nastąpiło umorzenie postępowania.

zakazu zawarcia umowy w analogicznych sprawach spotkały się generalnie z odmową i w tych przypadkach wskazywano, że na czas niezbędny do rozpoznania odwołania możliwe jest – przedłużenie umowy z dotychczasowym wykonawcą usługi odbioru i zagospodarowania odpadów albo zawarcie krótkoterminowej umowy z innym podmiotem, a tym samym jest możliwe wywiązanie się z ciężącego na gminie obowiązku nałożonego ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach<sup>32</sup>, zapobiegając tym samym podkreślanemu we wnioskach niebezpieczeństwu zagrożenia epidemiologicznego<sup>33</sup>.

## **Uchylenie zakazu zawarcia umowy w zamówieniach dla wojska**

W roku 2013, rozpoznając wnioski o uchylenie zakazu zawarcia umowy jednostek wojskowych, jako instytucji zamawiających, w wydanych postanowieniach Izba zwracała uwagę na nowe brzmienie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp będące skutkiem zmian ustawy Pzp w roku 2012 – tj. dodanie wyrazów „w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa”, które weszły w życie w 2013 r.<sup>34</sup> Rozpatrując te wnioski, Izba w 6 przypadkach uchyliła taki zakaz. W jednym przypadku odmówiła wyrażenia zgody, a w jednym umorzyła postępowanie. Decyzje o uchyleniu zakazu dotyczyły zamówień z obszaru usług ochrony osób i mienia oraz usług monitorowania sygnałów alarmowych przez oddalone centra monitorowania<sup>35</sup>. Wydając taką zgodę Izba uznała, że w stanie faktycznym sprawy, świadczenie usług ochrony osób i mienia w Jednostce Wojskowej leży w interesie publicznym i jest związane z dziedziną obronności i bezpieczeństwa państwa, a niezawarcie umowy w tym zakresie może spowodować negatywne skutki. Izba zwróciła także uwagę, że jest możliwe odniesienie okoliczności do odwołania, którego dotyczy rozpoznawany wniosek, a które zostało wniesione pomimo wydanych już postanowień uchylających zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tej sytuacji Izba uznała brak możliwości doznania po stronie odwołującego uszczerbku, co przemawia za przyjęciem, że korzyści związane z zawarciem umowy przewyższają zdecydowanie uszczerbek, jakiego mógłby doznać wykonawca. Innym przykładem z roku 2012, w którym Izba uchyliła zakaz, była dostawa części zamiennych do pojazdów gąsienicowych, niezbędnych do remontu konserwacyjnego do BWP-1 i wyposażenia do BWP-1, uznając, że skutkiem niezawarcia takiej umowy może być zakłócenie utrzymania gotowości technicznej wojsk, w tym jednostek ekspedycyjnych prowadzących działania poza granicami kraju<sup>36</sup>. Także w zakresie tej dziedziny w roku 2017<sup>37</sup> zostało wydane postanowienie uchylające zakaz zawarcia umowy w postępowaniu, którego przedmiotem była dostawa samolotów „średnich” do przewozu najważniejszych osób w państwie. W uzasadnieniu tego postanowienia Izba podkreśliła, że przepis art. 183 ust. 2 ustawy Pzp w jego aktualnym brzmieniu jest wynikiem wdrożenia do polskiego systemu prawodawczego dyrektywy obronnej i z tego względu ustawodawca krajowy w ślad za prawodawcą unijnym położył szczególny nacisk na negatywne skutki związane z dziedziną obronności i bezpieczeństwa państwa. Izba podkreśliła także, że wskazany przepis nakazuje jej zbadać skutki dla interesu publicznego, jakie wiązać się będą z faktem niezawarcia umowy

<sup>32</sup> Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 ze zm.)

<sup>33</sup> Postanowienie z dnia 05.01.2015 r., sygn. akt KIO/W 54/14.

<sup>34</sup> Ustawa z dnia 12.10.2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271).

<sup>35</sup> Postanowienie z dnia 20.12.2013 r., sygn. akt KIO/W 67/15.

<sup>36</sup> Postanowienie z dnia 05.09.2012 r., sygn. akt KIO/W 26/12.

<sup>37</sup> Postanowienie z dnia 30.03.2017r., sygn. akt KIO/W 8/17.

w postępowaniu prowadzonym obecnie w trybie zamówienia z wolnej ręki, a ewentualną szkodą dla wykonawców mogących pozyskać to zamówienie i potrzebą ochrony ich interesów. Tym samym zasadność wniesionych odwołań, bądź jej brak, w ogóle nie mogą być brane pod uwagę przy badaniu zaistnienia przesłanek dla uchylenia zakazu zawarcia umowy. Co więcej, niezależnie od przyszłego wyniku postępowań odwoławczych, Izba powinna przy ustalaniu kręgu podmiotów potencjalnie mogących doznać uszczerbku zakwalifikować wszystkie podmioty tak składające odwołania, jak i te, których zainteresowanie zamówieniem mogła ustalić w oparciu o zgromadzoną dokumentację postępowania. W stanie faktycznym tej sprawy Izba stwierdziła, że zamawiający wykazał negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa, a jednocześnie, jak wynika z oceny dokonanej przez Izbę, skutki te przeważają nad potrzebą ochrony interesów wykonawców i z tego względu należało uznać, że zaistniały podstawy do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

W reasumpcji należy podkreślić, że wskazywane kryteria dla rozstrzygnięcia wniosku są stosowane przez Krajową Izbę Odwoławczą także w innych obszarach zarówno, gdy jest on związany z realizacją przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej, jak i samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego<sup>38</sup>.

## Podsumowanie

W okresie funkcjonowania przepisu i kompetencji przyznanej Izbie – według dostępnych danych – rozpoznanych zostało<sup>39</sup> 555 przedmiotowych wniosków, z których: w 109 sprawach umorzono postępowanie, uchylono zakaz w 160 sprawach, a w pozostałych – 286 sprawach odmówiono uchylenia zakazu. Największa liczba wniosków o uchylenie zakazu – 124 – wpłynęła do Izby w 2009 r., który był pierwszym pełnym rokiem funkcjonowania tego przepisu z przypisaną kompetencją dla Izby. W następnym roku – 2010 – odnotowano spadek liczby wniosków do 109, w kolejnych latach zaś liczba tych spraw rozpoznawanych przez Izbę kształtowała się następująco: w roku 2011 – 48; w roku 2012 – 58, w roku 2013 – 58; w roku 2014 – 54; w roku 2015 – 40; w roku 2016 – 22, a wg stanu na dzień 30 września bieżącego roku – 20.

W szczególności w roku 2008, tj. pierwszym roku funkcjonowania kompetencji Izby, oraz w roku następnym (2009), Krajowa Izba Odwoławcza wypracowywała stanowisko, co do interpretacji przesłanek wymaganych w tej szczególnej procedurze dla uchylenia zakazu zawarcia umowy, które to stanowisko zostało zaprezentowane powyżej i poparte przykładowo wskazanymi postanowieniami KIO wydanymi w okresie dziesięciu lat jej funkcjonowania. Zgodnie z tą interpretacją uwzględnienie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest możliwe wyłącznie, gdy zostaną wykazane szczególne okoliczności o kluczowym ekstreordynaryjnym znaczeniu, których nieuwzględnienie powodowałoby szczególnie dotkliwe straty dla interesu publicznego. Oczywiście – jak wskazuje się w doktrynie<sup>40</sup> – treść unijnych pierwowzórów art. 183 ust. 2 (art. 2 ust. 5 dyrektywy 89/665/EWG oraz art. 2 ust. 4 dyrektywy 92/13/EWG) skłania do opowiedzenia się za dynamiczną wykładnią przepisu i to również można zauważyć w uzasadnieniach postanowień wydanych przez KIO w kolejnych latach.

<sup>38</sup> Informacja roczna KIO za rok 2013 i 2014.

<sup>39</sup> Na dzień 30.09.2017 r. z uwzględnieniem danych rocznych sprawozdań KIO za okres 2007–2016.

<sup>40</sup> J. Jerzykowski: Komentarz do art.183 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

## 5. UWZGLĘDNIENIE ODWOŁANIA PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO – PROBLEMY ORZECZNICZE NA TLE ZMIAN USTAWOWYCH

Izabela Niedziałek-Bujak

Andrzej Niwicki

*Institucja uwzględnienia odwołania przez zamawiającego wprowadzona do postępowania odwoławczego, ma wpływ na przebieg, jak i wynik postępowania odwoławczego, a w konsekwencji również na czynności, jakie zostaną podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz sytuację stron i uczestników postępowania, którzy przystąpili do sporu po stronie zamawiającego. Z jednej strony pozwala na zakończenie postępowania odwoławczego na etapie posiedzenia Izby, z drugiej zaś na dalsze procedowanie w sprawie w wyniku decyzji przystępującego po stronie zamawiającego o wniesieniu sprzeciwu. Institucja ta na przestrzeni ostatnich kilku lat podlegała zmianom, w tym wskutek reformy środków ochrony prawnej, dokonanej nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> ustawą z dnia 5 listopada 2009 r.<sup>2</sup>, która nadała początek kształtowaniu się procedury odwoławczej do stanu, jaki obecnie wynika z ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r.<sup>3</sup> (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579).*

Odnosząc się do początków, które towarzyszyły wprowadzeniu możliwości uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, należy sięgnąć do zmiany ustawy Pzp, której efektem było usunięcie instytucji protestu z systemu środków ochrony prawnej, a tym samym rezygnacja z trybu „przedsądowego”, w którym to zamawiający rozstrzygał o zasadności podniesionych wobec jego czynności lub zaniechań zarzutów i żądań. Zamawiający na etapie rozstrzygnięcia protestu mógł protest oddalić, uwzględnić lub odrzucić, a zatem w każdej sprawie przed wniesieniem odwołania wykonawcy znane było stanowisko zamawiającego co do zasadności protestu, do rozstrzygnięcia którego zamawiający był zobowiązany w terminie 10 dni od dnia jego wniesienia. Co więcej, odwołanie nie przysługiwało, jeżeli nie zostało poprzedzone protestem. W literaturze wskazywano wówczas, iż protest stanowić miał mechanizm zabezpieczający przed sparaliżowaniem postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia, do czego mogło prowadzić wszczynanie skomplikowanej procedury odwoławczej przed organem jurysdykcyjnym, jakim była i jest aktualnie Krajowa Izba Odwoławcza<sup>4</sup>. Z perspektywy kolejnych lat, w których nastąpiły liczne zmiany ustawy Pzp, można stwierdzić, iż procedura odwoławcza zyskiwała na znaczeniu, podobnie jak odwołanie, które stanowi pierwszy ze środków ochrony prawnej, rozstrzygany przez niezależny i bezstronny organ pierwszej instancji, którego celem jest zweryfikowanie decyzji zamawiającego i ewentualne wyznaczenie kierunków dalszych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Po zniesieniu instytucji protestu, zamawiający dopiero z wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania dowiadyuje się o podnoszonych wobec jego działań lub zaniechań za-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwana dalej ustawą: „Pzp”.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1591).

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579).

<sup>4</sup> Komentarz pod redakcją M. Stachowiak, J. Jerzykowskiego, W. Dzierżanowskiego, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 672.



rzutach oraz żądaniach wykonawcy. Nie dotyczy to zamówień o niższej wartości, w których ograniczono prawo wykonawcy do wniesienia odwołania wyłącznie do czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W sytuacjach, w których odwołanie nie przysługuje, zamawiający nadal może uwzględnić zastrzeżenia zgłoszone przez wykonawcę, nazwane niekiedy „quasi-protestem”, co nie zostało jednak powiązane z obowiązkiem zamawiającego udzielenia odpowiedzi na przekazaną w trybie art. 181 ustawy Pzp informację.

Od momentu powzięcia informacji o wniesionym odwołaniu, zamawiający może złożyć odpowiedź na podniesione w nim zarzuty w piśmie skierowanym do Izby, przed otwarciem posiedzenia lub ustnie do protokołu postępowania odwoławczego. Ustawodawca nie przewidział przy tym obowiązku przekazania odpisu stanowiska wyrażonego pisemnie dla strony przeciwnej, a także zidentyfikowanych uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego. Powyższe zazwyczaj prowadzi do sytuacji, w której z odpowiedzią na odwołanie strony i uczestnicy zapoznają się na krótko przed otwarciem posiedzenia lub w trakcie zarządzonej w tym celu przerwy w posiedzeniu Izby. Jeżeli zamawiający z własnej inicjatywy wcześniej przekaże stronie odpowiedź na odwołanie, może to przyspieszyć postępowanie odwoławcze, chociażby w tym aspekcie, że strona, po zapoznaniu się ze stanowiskiem zamawiającego, jeszcze przed wyznaczonym terminem posiedzenia z udziałem stron wycofa odwołanie<sup>5</sup>. Możliwość złożenia odpowiedzi na odwołanie powiązana jest z obowiązkiem, jaki został nałożony w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp na wykonawcę wnoszącego odwołanie, dotyczącym przesłania kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Powyższe, poza wstrzymaniem czynności zawarcia umowy oraz zawieszeniem biegu terminu związania ofertą, stanowić ma mechanizm pozwalający z jednej strony zamawiającemu na przygotowanie i zajęcie stanowiska w sprawie, a z drugiej strony umożliwia podjęcie decyzji o przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron (art. 185 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Zamawiający zobowiązany jest bowiem niezwłocznie przekazać kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu (zamieścić informację na stronie internetowej) wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Czynność ta inicjuje zatem ewentualny udział w postępowaniu odwoławczym innych wykonawców niż odwołujący, mających interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść jednej ze stron, do której przystąpią w terminie do postępowania odwoławczego, a których pozycja procesowa jest zbliżona do interwencji ubocznej znanej na gruncie procedury cywilnej<sup>6</sup>. Od początku pozycja przystępującego była determinowana stanowiskiem strony, do której podmiot ten zdecydował się przystąpić, co wynikało (i jest nadal aktualne) z zakazu podejmowania przez przystępującego czynności sprzecznych z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 ustawy Pzp). Należy w tym miejscu zauważyć, iż przystąpienie do postępowania od-

<sup>5</sup> Według danych statystycznych za 2016 r. ilość spraw umorzonych w związku z wycofaniem odwołania stanowiła odpowiednio: 22% (na 2286 wniesionych odwołań), spraw umorzonych na skutek uwzględnienia odwołania przez zamawiającego było odpowiednio 17%. W latach wcześniejszych ilości ilość umorzeń z obu podstaw kształtowała się na podobnym poziomie, tj. 22% i 18% (rok 2015) oraz 20% (w 2014 r.).

<sup>6</sup> Taki pogląd prezentował w artykule „Koncentracja postępowania protestacyjno-odwoławczego” (opublikowanym w miesięczniku „Zamówienia Publiczne Doradca” z 2006 r. Nr 6, s. 26) R. Szostak, wskazując w nim na dopuszczalność interwencji ubocznej w postępowaniu odwoławczym, której „Celem (...) jest umożliwienie współuczestnikowi postępowania udziału w procesie toczącym się między dwoma głównymi stronami dla ochrony interesu prawnego, jaki ma w mającym zapaść postępowaniu arbitrażowym”.

woławczego wymaga wskazania jednej strony i nie jest możliwe przystąpienie w części zarzutów do każdej ze stron sporu. Wskazuje na to brzmienie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w którym przymiot uczestnika postępowania odwoławczego powiązany został z posiadaniem interesu w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. O dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym Izba rozstrzyga postanowieniem na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, umożliwiając wcześniej stronom zgłoszenie ewentualnej opozycji wobec przystąpienia wykonawcy (art. 185 ust. 4 ustawy Pzp). Sytuacja uczestnika postępowania odwoławczego przystępującego po stronie zamawiającego może jednak ulec istotnej zmianie, w związku z odpowiedzią zamawiającego na odwołanie i uwzględnieniem podniesionych w nim zarzutów. Wówczas uczestnik dopuszczony do udziału w postępowaniu (przystępujący po stronie zamawiającego) wzywany jest do złożenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania i od jego oświadczenia uzależnione jest rozpoznanie zarzutów przez Izbę. Potrzeba wezwania do wniesienia sprzeciwu może zaistnieć jeszcze przed otwarciem posiedzenia niejawnego z udziałem stron, jeżeli zamawiający w odpowiedzi złożonej przed otwarciem posiedzenia w sprawie uwzględni odwołanie. W takiej sytuacji, w ramach czynności formalnych skład orzekający wzywa uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania, pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego. Czynności tej dokonuje się na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron (§ 13 regulaminu postępowania<sup>7</sup>). W sytuacji, gdy wyznaczony został termin posiedzenia z udziałem stron, o którym poinformowane zostały strony i uczestnicy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego, oświadczenie w przedmiocie wniesienia sprzeciwu może być również odebrane ustnie do protokołu posiedzenia zgodnie z art. 186 ust. 5 ustawy Pzp. Ewentualny brak stawiennictwa na posiedzeniu przystępującego lub jego pełnomocnika, prawidłowo zawiadomionego o terminie posiedzenia, nie wstrzymuje decyzji o umorzeniu postępowania odwoławczego<sup>8</sup>. Oczywiście konsekwencją wniesienia sprzeciwu jest zmiana roli procesowej przystępującego po stronie zamawiającego, który przestaje pełnić rolę pomocnika strony (zamawiającego) i przejmuje odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego toczącego się dalej, na skutek wniesionego sprzeciwu. Przestaje zatem obowiązywać nakaz zachowania zgodności czynności przystępującego z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 ustawy Pzp).

Początkowo ustawodawca przewidział dla zamawiającego możliwość wniesienia odpowiedzi na odwołanie, w której mógł uwzględnić jedynie w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu<sup>9</sup>. Jeżeli w postępowaniu nie przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca lub nie zgłosił on sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego przed otwarciem rozprawy, postępowanie odwoławcze było umarzone. W takiej sytuacji

<sup>7</sup> Regulamin postępowania uregulowany jest przepisami rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2017 r., poz. 14).

<sup>8</sup> Postanowienie KIO z 13.03.2017 r., sygn. akt KIO 378/17, podobnie w postanowieniu KIO z dnia 26.04.2016 r., sygn. akt KIO 523/16.

<sup>9</sup> W brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) tylko uwzględnienie odwołania w całości miało skutek proceduralny w postaci umorzenia postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą i umożliwiło przystępującemu skorzystanie z prawa do wniesienia sprzeciwu.



zamawiający wykonywał, powtarzał lub unieważniał czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu. W praktyce rozwiązanie to okazało się mało efektywne, gdyż nie zawsze uwzględnienie odwołania w całości było zgodne z tym, co w ocenie zamawiającego należało wykonać w postępowaniu, aby doprowadzić do prawidłowego rozstrzygnięcia, a tym samym nie zawsze faktyczne uwzględnienie odwołania prowadziło do wykonania czynności zgodnie z żądaniem wykonawcy. Nie można również pominąć innego wymiaru decyzji o uwzględnieniu odwołania w całości dokonanego przed otwarciem rozprawy, która pozwala zamawiającemu uniknąć ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego. W przypadku potwierdzenia się nawet jednego zarzutu, którego skutkiem było uwzględnienie odwołania przez Izbę, koszty postępowania odwoławczego ponosiła strona przegrywająca, czyli zamawiający. W orzecznictwie sądowym potwierdzono brak możliwości stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w przypadku częściowego potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, przyznając w tym zakresie autonomię przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia wykonawczego regulujących zasady ponoszenia kosztów<sup>10</sup>, bez potrzeby sięgania przez analogię do odpowiednich przepisów kodeksu postępowania cywilnego o kosztach procesu<sup>11</sup>. Powyższe konsekwencje finansowe mogły zatem skłaniać zamawiającego do uwzględnienia odwołania w całości (przy świadomości zasadności tylko części zarzutów), aby następnie wykonać czynności w postępowaniu, których skutki nie zawsze pokrywałyby się w pełnym zakresie z żądaniami odwołującego. Takie uwzględnienie odwołania, które tylko pozornie czyniło zadość żądaniom odwołującego miało ten efekt, iż wnoszone były kolejne odwołania na czynności wykonane niezgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, co prowadziło do wydłużania procedury udzielenia zamówienia publicznego, a także generowało kolejne koszty postępowania odwoławczego. Ponadto, spory powstałe na tle nowych czynności zamawiającego nie zawsze prowadziły do merytorycznego rozpoznania odwołania, co wynikało z różnej oceny spełnienia formalnych przesłanek odwołania. Przy powtórzonych czynnościach zachodziła bowiem potrzeba oceny, czy czynności zamawiającego zostały wykonane zgodnie z żądaniem wskazanym w odwołaniu (w całości uwzględnionym przez zamawiającego), co miało dalszy skutek dla ustalenia, czy odwołanie jest dopuszczalne. Zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy Pzp odwołujący oraz wykonawca wezwany do przystąpienia do postępowania odwoławczego, nie mogą korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 – zgodnych z żądaniem odwołania uwzględnionego przez zamawiającego w całości. W przypadku stwierdzenia, że stanowiąca przedmiot odwołania czynność stanowi faktycznie wykonanie żądania zgłoszonego we wcześniejszym odwołaniu, które zamawiający uwzględnił w całości, Izba była zobowiązana odrzucić odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Na tym tle istotnego znaczenia nabierał sposób sformułowania żądań w odwołaniu, które

---

<sup>10</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010 nr 41, poz. 238 ze zm.).

<sup>11</sup> W wyroku SO w Toruniu z 21.10.2013 r., sygn. VI Ga 102/13 wskazano, iż przepis art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oznacza, że obowiązuje w nim, tak jak w procesie cywilnym, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę, jest przy tym całkowicie obojętne, czy strona przegrała proces z przyczyn czysto formalnych, czy też dlatego, że jej żądanie było niezasadne. W związku z wprowadzeniem w § 5 rozporządzenia w sprawie kosztów tak szczególnej regulacji, nieaktualny stał się obecnie pogląd wyrażony w stanie prawnym pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r., iż możliwe jest potrącanie kosztów postępowania zgodnie z zasadą kompensaty, jeżeli odwołanie zostanie uwzględnione tylko w części.

korespondowały z zarzutami uwzględnionymi przez zamawiającego. Tam, gdzie żądanie miało charakter otwarty, tj. np. odwołujący wnosił o powtórzenie czynności oceny ofert, nie wskazując, jakich konkretnie czynności oczekuje (np. przez wskazanie żądania powtórzenia czynności oceny ofert), albo wnoszono o modyfikację treści siwz/ogłoszenia bez określenia konkretnego brzmienia nowych zapisów, mogły powstawać wątpliwości na etapie oceny formalnej kolejnego odwołania przy ustaleniu, czy czynności zamawiającego zostały wykonane w zgodzie z tymi żądaniem. Należy zauważyć, iż konsekwencją uwzględnienia odwołania w całości i powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, było i jest nadal wyłączenie możliwości zweryfikowania prawidłowości działań zamawiającego przez organ zewnętrzny w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż odwołanie w takiej sytuacji nie będzie mogło być rozpoznane przez Izbę w związku z podstawą do jego odrzucenia wskazaną w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Ponieważ ustawa Pzp wiązała skutek w postaci umorzenia postępowania odwoławczego z oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazanie w odpowiedzi na odwołanie stanowiska, które w części przyznawało rację odwołującemu, zasadniczo było oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą jako przyznanie zarzutu i prowadziło do uwzględnienia odwołania. Takie ramy proceduralne stawiały zamawiających w sytuacji, w której albo uwzględniali odwołanie w całości, po to, by powtórzyć czynności w taki sposób, jaki oceniali za zgodny z ustawą, licząc się z tym, że stanowić to będzie pole do kolejnych odwołań albo, będąc związanymi żądaniem, wykonywali czynności, które faktycznie mogły prowadzić do naruszenia przepisów ustawy. Aby uniknąć niekorzystnych skutków proceduralnych, dochodziło do nieformalnych ustaleń pomiędzy zamawiającym a odwołującym, których celem było doprowadzenie do umorzenia postępowania odwoławczego przed Izbą w sytuacji, gdy tylko co do części zarzutów zamawiający widział podstawę do ich uwzględnienia. Można wskazać, iż ukształtowała się pewna nieformalna praktyka dochodzenia stron do konsensusu przed otwarciem posiedzenia lub rozprawy przed Izbą, którego wynikiem było złożenie przed Izbą jednocześnie oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu w części zarzutów i wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego. W takiej sytuacji składy orzekające Izby przyjmowały, iż wycofanie części zarzutów przez odwołującego pozwalało przyjąć oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów niewycofanych, jako skutkujące uwzględnieniem odwołania w całości i, na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, umorzeniem postępowania odwoławczego<sup>12</sup>.

Powyższe sytuacje skłaniały do wdrażania nowych rozwiązań, tak aby uwzględnienie odwołania miało realne przełożenie na czynności, jakie zostaną wykonane w postępowaniu, jak również stwarzało przejrzyste warunki dla wykonawców decydujących się na skorzystanie ze środków ochrony prawnej oraz samego zamawiającego<sup>13</sup>. Znacząca dla osiągnięcia tego celu była zmiana przepisów ustawy Pzp, która weszła w życie w lipcu 2016 r.<sup>14</sup>, wprowadzająca możliwość częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów oraz uwzględnienia odwołania w całości. Zgodnie z brzmieniem art. 186 ustawy Pzp, prowadzącym do umorzenia postępowania odwoławczego jest oświadczenie zamawiającego o uwzględnie-

<sup>12</sup> Zob. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.10.2011 r., sygn. akt KIO 2150/11 i KIO 2151/11.

<sup>13</sup> Potrzebę zmiany w tym zakresie zgłaszała również Krajowa Izba Odwoławcza w propozycjach zmian legislacyjnych do projektu ustawy z 17.04.2015 r. w części dotyczącej środków ochrony prawnej.

<sup>14</sup> Wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

niu odwołania w całości przy jednoczesnym braku sprzeciwu wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (lub braku uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego). Taki sam skutek został przewidziany dla oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu odwołania co do części zarzutów i wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego. Również w tej sytuacji do umorzenia postępowania odwoławczego nie dojdzie, jeżeli do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca, który wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia w części zarzutów przez zamawiającego (ust. 3a), a także jeżeli odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów (ust. 4 i 4a). Powyższe oznacza, że uwzględnienie odwołania w całości lub w części wyznacza ma ramy dalszego sporu i rozpoznania odwołania przez Izbę, z tym zastrzeżeniem, że uczestnik postępowania odwoławczego przystępujący po stronie zamawiającego może zgłosić sprzeciw, którego skutkiem jest rozpoznanie odwołania.

Wskazanej powyżej zmianie towarzyszyło wprowadzenie nowych zasad rozliczania kosztów postępowania odwoławczego określonych rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2016 r.<sup>15</sup> Ww. aktem wykonawczym do ustawy Pzp wprowadzono regulacje dotyczące sposobu rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości lub części. Koszty te znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości lub w części zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy (jeżeli po stronie zamawiającego nie przystąpił wykonawca lub nie wniósł sprzeciwu), a odwołujący wycofał pozostałe zarzuty. A contrario, jeżeli uwzględnienie odwołania w całości lub w części nastąpi po otwarciu rozprawy, koszty postępowania odwoławczego będzie ponosiła strona stosownie do wyniku rozstrzygnięcia, jakie zapadnie przed Izbą. Otwartym pozostanie w takiej sytuacji pytanie o wpływ sprzeciwu, jaki może być zgłoszony w związku z oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu odwołania po otwarciu rozprawy, na sposób rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego, gdyż ustawa Pzp oraz przywołane rozporządzenie nie wypowiedają się w tym zakresie. Art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy Pzp dotyczy bowiem tylko sytuacji, w której zamawiający składa oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu po otwarciu rozprawy, a uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów (przypadek opisany w art. 186 ust. 3 ustawy). W przypadku wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości lub w części odwołania przez zamawiającego przed otwarciem rozprawy, uczestnik postępowania odwoławczego ponosić będzie koszty na rzecz odwołującego oraz zamawiającego, jeżeli Izba uwzględni odwołanie. Jeżeli natomiast odwołanie na skutek sprzeciwu zostanie oddalone, odwołujący zobowiązany będzie do zwrotu kosztów poniesionych przez wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia w całości lub w części zarzutów przez zamawiającego. Rozporządzenie wykonawcze do ustawy Pzp nie zawiera wprost wskazania, czy w tej ostatniej sytuacji odwołujący powinien również ponieść koszty na rzecz zamawiającego, który jedynie w części uwzględnił zarzuty, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia mowa jest bowiem jedynie o kosztach zasądzonych od odwołującego na rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw. Nadal ani ustawa Pzp, ani przywołane rozporządzenie w sprawie kosztów, nie zawierają przepisów, które dopuszczałyby stosunkowy podział kosztów postępowania odwoławczego pomiędzy stronami,

<sup>15</sup> Rozporządzenie zmieniające rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

w zależności od ilości czy też wagi zarzutów uwzględnionych i oddalonych wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. Przepisy art. 192 ustawy Pzp nie uległy zmianie, a zatem to strona „przegrywająca” sprawę ostatecznie ponosi koszty postępowania odwoławczego (art. 192 ust. 10 ustawy Pzp). Sposób rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego dotychczas budził rozbieżność w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych. Przykładowo, w postanowieniu z dnia 03.10.2013 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu (sygn. X Ga 286/13) zmienił rozstrzygnięcie Izby dotyczące zasądzonych w całości od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w którym w części zarzuty potwierdziły się, a w części odwołanie zostało oddalone. Sąd uznał, iż rozstrzygnięcie Izby nie podpada bezpośrednio pod przypadek uwzględnienia ani oddalenia odwołania i zastosowanie winien mieć przepis § 5 ust. 4 rozporządzenia (przypadek nieuregulowany), na podstawie którego strony ponoszą koszty stosownie do wyniku postępowania, przy którym należało uwzględnić relację pomiędzy oddalonym i uwzględnionym zakresem odwołania. Przeciwnie stanowisko zajęł natomiast Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 08.07.2015 r., sygn. XII Ga 306/15 wskazując, iż zwrot „stosownie do jego wyniku”, użyty przez ustawodawcę w ust. 10 art. 192 ustawy Pzp, nie nakazuje stosowania odpowiednio w tej mierze przepisów kodeksu postępowania cywilnego w części dotyczącej kosztów procesu, w tym art. 100 k.p.c. wyrażającego zasadę stosunkowego rozdzielenia kosztów, gdyż postępowanie przed KIO ma w tym zakresie swoje regulacje w rozporządzeniu. Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 02.06.2014 r., sygn. XIX Ga 216/14.

W świetle wprowadzonej w ustawie możliwości częściowego uwzględnienia zarzutów, kwestia rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego nadal może budzić wątpliwości, tym bardziej, że już wcześniej w orzecznictwie sądowym odwoływano się do braku możliwości uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w części, dla uzasadnienia braku możliwości rozdzielenia kosztów pomiędzy stronami, przy częściowym uwzględnieniu odwołania przez Izbę. Ustawa zawiera w tym zakresie jedynie częściową wytyczną co do rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów w przypadku, w którym zamawiający uwzględnił zarzuty w części, gdy po jego stronie nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów. Izba, rozpoznając odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, nadal może obciążyć kosztami albo odwołującego, jeżeli oddali odwołanie, albo zamawiającego, jeżeli odwołanie zostanie uwzględnione (art. 186 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp.). W podobny sposób został określony w ustawie Pzp sposób rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego przy rozpoznawaniu odwołania na skutek wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania. Według art. 186 ust. 6 pkt 3, koszty ponosić będą odwołujący, jeżeli odwołanie zostanie oddalone, albo wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostanie uwzględnione. Wzajemne zniesienie kosztów zostało przewidziane tylko w sytuacji, w której dochodzi do umorzenia postępowania odwoławczego na skutek oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu w całości lub w części zarzutów podniesionych w odwołaniu przed otwarciem rozprawy. Jeżeli oświadczenie to zamawiający złoży już po otwarciu rozprawy, wówczas poniesie koszty postępowania odwoławczego. Powyższe zasady rozstrzygania przez Izbę o kosztach są zatem odnoszone do zakresu odwołania, jakie pozostanie do rozpoznania przez Izbę w związku z uwzględnieniem zarzutów przez zamawiającego, a nie ustalenia stosunku zarzutów uwzględnionych przez Izbę do zarzutów oddalonych.

Kolejnym istotnym zagadnieniem, jakie wiąże się z oświadczeniem zamawiającego o uwzględnieniu w całości lub w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i braku wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, jest ustalenie zakresu rozstrzygnięcia Izby. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp Izba rozpoznaje odwołanie w całości, jeżeli przystępujący po stronie zamawiającego wnieśnie sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Jeżeli natomiast nie ma przystępującego, a zamawiający uwzględnia zarzuty w części, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, tj. zarzutów, których odwołujący nie wycofał (art. 186 ust. 4a). W tych sytuacjach rozstrzygnięcie Izby prezentowane jest w wyroku, którego sentencja powinna odnosić się do całości żądań podnoszonych w odwołaniu<sup>16</sup>. Orzeczenia Izby, które w sentencji nie zawierały rozstrzygnięcia w przedmiocie części z zarzutów, co do których Izba wypowiadała się dopiero w uzasadnieniu, pozbawiały faktycznie możliwości skutecznego wniesienia skargi do sądów okręgowych, które odrzucały skargi wniesione na nieistniejące rozstrzygnięcie<sup>17</sup>.

Wskazane powyżej skutki oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości lub w części mogą wpływać w sposób istotny na sytuację przystępującego po stronie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, a następnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uwzględnienie odwołania w części dotyczącej oferty przystępującego, przy braku jego sprzeciwu oznacza, iż czynność wykonana przez zamawiającego zgodnie z żądaniami odwołującego (np. odrzucenia oferty), nie będzie mogła stanowić podstawy dla kolejnego odwołania. Ustawa Pzp nie przewiduje wezwania wykonawcy do uzupełnienia braku formalnego przystąpienia (np. podpisu pod przystąpieniem wniesionym faksem), a tym samym braki formalne przystąpienia uniemożliwią w konsekwencji temu wykonawcy wniesienie sprzeciwu, a następnie odwołania własnego wobec nowych czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z żądaniem odwołującego. Stosownie bowiem do art. 185 ust. 6 ustawy Pzp odwołujący oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego, wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu, albo na podstawie art. 186 ust. 2 i 3.

Powyższe rozważania wskazują zatem na potrzebę poszukiwania rozwiązań legislacyjnych pozwalających w szerszym zakresie na ochronę interesów wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które realizowane jest między innymi przez system środków ochrony prawnej. Uregulowania na nowo wymaga zatem z całą pewnością instytucja częściowego uwzględnienia odwołania, a tym samym możliwości wniesienia w takiej sytuacji sprzeciwu przez wykonawcę przystępującego po stronie zamawiającego. Uwzględnienie tej propozycji wpłynęłoby zapewne pozytywnie na jednolitość orzecznictwa w tym zakresie, a jednocześnie umożliwiłoby pełną ochronę praw wykonawców w postępowaniu odwoławczym.

---

<sup>16</sup> Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15 wadliwą była praktyka Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji, o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

<sup>17</sup> Tak uznał SO w Warszawie w sprawie o sygn. V Ca 1603/14, odrzucając skargę, jako niedopuszczalną z uwagi na brak w pisemnej sentencji wyroku rozstrzygnięcia o całości żądania, co powoduje, że w tej części wyrok nie istnieje, a stronom nie przysługuje prawo do złożenia skargi.



## 6. TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA. RECEPCJA ZMIAN LEGISLACYJNYCH W ORZECZNICTWIE KIO

Ewa Kisiel  
Daniel Konicz  
Marzena Teresa Ordysińska

*W artykule omówione zostaną poszczególne elementy definicyjne tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwzględnieniem przykładowych kategorii informacji mogących wpisywać się w to pojęcie. Autorzy omówią również dorobek orzeczniczy ZA i KIO, ze szczególnym naciskiem na ewoluujące wraz ze zmianami przepisów Pzp regulującą przedmiotową materię, poglądy na obowiązki wykonawców związane z zastrzeganiem informacji i skutkami negatywnej oceny zasadności takiego zastrzeżenia.*

Jedną z generalnych zasad udzielania zamówień publicznych, określoną w art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>, jest zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gwarantująca w praktyce uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Bez wątplenia jawność i przejrzystość prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego służy także ograniczeniu zjawisk patologicznych, występujących w sferze zamówień publicznych.

Oczywistym i nie budzącym wątpliwości jest, że zasada jawności może być ograniczona jedynie w przypadkach określonych w ustawie. Jednym z podstawowych ograniczeń, wyrażonych w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest nieujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z tym przepisem zamawiający nie może ujawnić 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, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym miejscu zauważyć należy, że we współczesnym obrocie gospodarczym informacja posiada bardzo istotną wartość. Niewątpliwie jest ona cennym towarem, mogącym stanowić źródło przewagi konkurencyjnej przedsiębiorcy nad innym przedsiębiorcami działającymi na rynku. Obecnie informacja jest jednym z podstawowych zasobów przedsiębiorstwa i odgrywa ogromną rolę w kontekście jego funkcjonowania. Wobec tego informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa ma wymierną wartość ekonomiczną, a zatem przez jej ochronę, chroniony jest interes gospodarczo-ekonomiczny konkretnego podmiotu. W związku z tym jasnym jest, że problematyka ochrony prawnej informacji ma doniosłe znaczenie przede wszystkim dla jej dysponentów, którymi są przedsiębiorcy.

Definicja legalna tajemnicy przedsiębiorstwa została zawarta w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>2</sup>. Zgodnie z przywołanym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa

<sup>1</sup> Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2017 r., poz. 1579 t.j.), zwana dalej: „ustawą Pzp”.

<sup>2</sup> Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503, t.j. ze zm.), zwana dalej: „ustawą Znk”.



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 w poufności.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że aby określone informacje mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą w stosunku do nich zostać spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne posiadające wartość gospodarczą,
- 2) informacje nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej,
- 3) przedsiębiorca podjął niezbędne działania, aby zachować poufność danych informacji.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że w sytuacji, gdy okaże się, że jedna z tych przesłanek nie zostanie spełniona, to określona informacja nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i każdy może z niej korzystać bez ograniczeń.

Szczegółowa analiza poszczególnych przesłanek, wypełniających pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, opisanych w art. 11 ust. 4 Znk prowadzi do wniosku, że kwestią niezwykle istotną jest jej zakres przedmiotowy. Z treści zacytowanego powyżej przepisu wprost wynika, że katalog informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, został ujęty bardzo szeroko i ma on charakter otwarty. Opisany zasób praktycznie wyczerpuje zakres informacji, które mogą zostać wykorzystane przez przedsiębiorcę w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem SN<sup>3</sup>, który stwierdził, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

W związku z tym, na podstawie orzecznictwa oraz poglądów doktryny, można pokusić się o wskazanie przykładowego zbioru informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

Otóż w doktrynie za tajemnicę przedsiębiorstwa uważa się m.in.: plany techniczne, listy klientów, metody kontroli jakości towarów i usług, sposoby marketingu, organizacji pracy, korespondencję handlową, treść zawartych umów i porozumień, nieopatentowane jeszcze wynalazki. Ponadto, tajemnicę przedsiębiorstwa będą stanowić również informacje potrzebne w pracach naukowo-badawczych lub rozwojowych<sup>4</sup>.

Natomiast w literaturze powszechnie przyjmuje się, że tajemnicę przedsiębiorstwa stanowić mogą również wyniki prób i badań, których nie można zastosować w praktyce, np. informacje o skutkach ubocznych zażywania leku czy wstępne projekty i analizy wymagające dalszych prac rozwojowych. Posiadanie takich informacji może zaoszczędzić przedsiębiorcy wysokich nakładów finansowych oraz nakładów pracy przy samodzielnym prowadzeniu

---

<sup>3</sup> Wyrok SN z 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59.

<sup>4</sup> S. Sołtysiński, S. Gogulski *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwai, Warszawa 2013, s. 452; M. Mozgawa, *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji środkami prawa karnego*, Gdańsk 1997, s. 35.

prac rozwojowych w danej dziedzinie. Dysponowanie takimi informacjami może niewątpliwie stanowić przewagę konkurencyjną przedsiębiorcy na rynku<sup>5</sup>. Zdaniem S. Sołtysińskiego i S. Gogulskiego<sup>6</sup> „linię demarkacyjną między innowacjami, które podlegają ochronie jako tajemnice przedsiębiorstwa a informacjami niekorzystającymi z ochrony prawnej, wyznaczają przepisy ustawowe i dobre obyczaje. Informacje, które nie zasługują na ochronę z uwagi na interes publiczny, nie mogą być uznawane za tajemnice przedsiębiorstwa (np. sposoby poszukiwania klientów lub wytwarzania urządzeń, których zasadnicze przeznaczenie polega na prowadzeniu działalności niezgodnej z prawem lub zasadami współżycia społecznego)”<sup>7</sup>.

W orzecznictwie za tajemnicę przedsiębiorstwa uznawane były m.in.: dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu<sup>8</sup>, informacje dotyczące planów wydawniczych przedsiębiorstwa<sup>9</sup>, wyszczególnienie kosztów działania, w szczególności kosztów badań i logistyki oraz marży stosowanej przez przedsiębiorstwo, dane zawarte w PIT-5 i F-01 – sprawozdaniu finansowym, obrazujące zarówno aktywa, jak i pasywa oferentów, dochód, zyski, koszty działalności, straty, zobowiązania finansowe<sup>10</sup>.

Ostatecznie jednak stwierdzić należy, że niemożliwym jest enumeratywne wyspecyfikowanie wszystkich informacji lub dokumentów, zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. W zakresie ustalenia tego, czy mamy do czynienia z informacjami, posiadającymi znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa każdorazowo przydatne będzie odwołanie się do orzecznictwa KIO oraz sądów powszechnych, które służy m.in. wyjaśnieniu przepisów prawnych budzących wątpliwości w praktyce.

Kolejną przesłanką zawartą w treści art. 11 ust. 4 Znk, wymaganą dla uznania skuteczności zastrzeżenia określonej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest konieczność jej nieujawnienia do wiadomości publicznej. Tylko taka informacja korzysta z ochrony i tak długo, jak długo pozostaje informacją nieujawnioną. Pod podanym powyżej pojęciem rozumie się informację nieznaną ogółowi czy osobom, które ze względu na pole swego działania zawodowego, są żywo zainteresowane posiadaniem takiej informacji. Jeżeli przedsiębiorca jasno i wyraźnie wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla określonych odbiorców, stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. W wyroku z 7 marca 2003 r.<sup>11</sup> SN zwrócił uwagę, że przepis art. 11 ust. 4 Znk wyklucza uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Natomiast w wyroku z 3 października 2000 r.<sup>12</sup> SN stwierdził, że informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (czy też potencjalny konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np., gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano.

---

<sup>5</sup> S. Sołtysiński, S. Gogulski [w:] op. cit., s. 453.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> <http://czasopisma.beck.pl/monitor-prawniczy/arttykul/tajemnica-przedsiębiorstwa-wybrane-zagadnienia>.

<sup>8</sup> Postanowienie Sądu Antymonopolowego z 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55.

<sup>9</sup> Wyrok SA w Krakowie z 11 czerwca 2003 r., sygn. akt I ACa 469/03, TPP 2004/1-2/157.

<sup>10</sup> Wyrok Sądu Antymonopolowego z 10 lipca 2002 r., sygn. akt XVII Ama 78/01, Legalis nr 220520.

<sup>11</sup> Sygn. akt I CKN 89/01, LEX nr 583717.

<sup>12</sup> Sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59.

Ostatnią ważną kwestią w aspekcie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa jest podjęcie przez przedsiębiorcę niezbędnych działań, aby zachować poufność danych informacji. W omawianym zakresie kluczowym jest wyrażenie przez przedsiębiorcę woli objęcia danych informacji poufnością. Zaznaczenia wymaga, że samo wyrażenie woli przez przedsiębiorcę nie jest wystarczające, ponieważ powinny temu towarzyszyć niezbędne działania, konieczne do zminimalizowania ryzyka ujawnienia określonych informacji. Nadrzędną rolę w tym zakresie odgrywa stosowanie przez przedsiębiorcę odpowiednich procedur i mechanizmów, takich jak zawieranie klauzul poufności w umowach, odpowiednie oznaczanie informacji poufnych, ograniczenie kręgu osób mających do nich fizycznie dostęp.

Znaczącym zagadnieniem w tematyce związanej z tajemnicą przedsiębiorstwa pozostaje również sposób utrwalenia zastrzeżonych informacji. Mogą być one zapisane na określonym nośniku danych lub też zapamiętane. Jedynie przykładowo można wskazać, że nośnik danych może stanowić przede wszystkim: notatka, wydruk, rysunek, fotografia czy też zapis elektroniczny. W tym miejscu należy podkreślić, że informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa objęta jest ochroną bez względu na to, czy została w jakikolwiek sposób utrwalona, gdyż ustawodawca nie wprowadził w treści ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymogów w tym zakresie. Oznacza to, że ochroną objęte będą nie tylko informacje utrwalone w postaci papierowej lub elektronicznej, ale również informacje przekazywane w formie ustnej. Jednak w sferze zamówień publicznych praktycznie regułą jest, że informacje poufne zawarte są w dokumentach przekazywanych w formie papierowej lub też elektronicznej.

Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podobnie jak jej ograniczenie, wynikające m.in. z przysługującego wykonawcom prawa do ochrony informacji stanowiących tajemnicę ich przedsiębiorstwa, znajdują wyraz w przepisach ustawy Pzp od początku ich obowiązywania.

Omawiana materia, po wejściu w życie ustawy Pzp, unormowana została przepisem art. 8, który – w ust. 1 – konstytuował zasadę jawności postępowania, dopuszczając jednocześnie, w ust. 2, jej ograniczenia wyłącznie w przypadkach przewidzianych w tej ustawie. Komentarz regulacja, w zakresie relewantnym dla przedmiotowego opracowania, odsyłała pierwotnie do przepisu art. 96 ust. 4 ustawy Pzp, wyrażającego zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów Znk, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane (z wyłączeniem informacji objętych art. 86 ust. 4 Pzp, a zatem nazw/firm i adresów wykonawców oraz zawartych w ofertach informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności). Przywołany przepis aktualnie został zastąpiony regulacją art. 8 ust. 3 ustawy Pzp<sup>13</sup>. W kontekście przewidzianego w art. 96 ust. 4 ustawy Pzp terminu na dokonanie zastrzeżenia warto odnotować, że już w orzecznictwie ZA przyjęto dopuszczalność zastrzeżenia informacji także na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli dopiero wówczas powstała konieczność ich przedstawienia, np. w następstwie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty czy podejrzenie rażąco niskiej ceny<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2017 r., poz. 1579).

<sup>14</sup> Tak ZA w wyrokach z 9 czerwca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1625/06, LEX nr 1053252, 26 października 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-0-2665/06, LEX nr 213545.

Uzasadniając takie stanowisko podkreślano, że pozbawione logiki byłoby wymaganie zastrzeżenia informacji przekazywanych zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego już na etapie składania oferty, ponieważ ustawodawca nie nałożył na wykonawców obowiązku przewidywania, jakimi informacjami posłużą się w toku tego postępowania. Wskazywano ponadto, że trudno przyjąć, jakoby zamawiający był związany terminem określonym w art. 96 ust. 4 ustawy Pzp, także w odniesieniu do informacji, o których wiedzę powziął dopiero po jego upływie.

Na gruncie wspomnianych przepisów powszechny był w orzecznictwie ZA pogląd, zachowujący aktualność także na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający był uprawniony do badania zasadności zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, biorąc pod uwagę przesłanki wynikające z art. 11 ust. 4 Znk, co zostało omówione w pierwszej części opracowania. Co jednak charakterystyczne dla orzecznictwa w początkowym okresie obowiązywania ustawy Pzp, negatywna ocena wyników wspomnianego badania (stwierdzenie bezzasadności zastrzeżenia informacji) skutkowałą obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy, czy to ze względu na jej niezgodność z Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), czy z uwagi na okoliczność, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp)<sup>15</sup>. Uzasadniając pierwszą ze wskazanych podstaw odrzucenia oferty wskazywano, że pod pojęciem oferty niezgodnej z ustawą Pzp kryje się m.in. oferta sprzeczna z zasadami udzielania zamówień publicznych (art. 7–9 ustawy Pzp), podkreślając tym samym wagę zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wyjątkowość dopuszczalności jej ograniczenia<sup>16</sup>.

Nowy kierunek w orzecznictwie ZA i KIO dotyczącym skutków nieuzasadnionego zastrzeżenia informacji wytyczyła uchwała SN z 21 października 2005 r.<sup>17</sup>, wydana w związku z przedstawieniem przez SO w Warszawie zagadnienia prawnego, obejmującego odpowiedzi na pytania, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający uprawniony jest do badania zasadności dokonanego przez oferenta – w trybie art. 96 ust. 4 ustawy Pzp (aktualnie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) – zastrzeżenia informacji potwierdzających spełnienie przez niego warunków wymaganych SIWZ, a w przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia – czy konsekwencją stwierdzenia bezzasadności zastrzeżenia informacji powinno być odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp?

W uzasadnieniu uchwały SN wyraził pogląd, że badanie zasadności zastrzeżenia należy do sfery obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego, a nadto, że następstwem stwierdzenia bezskuteczności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyłączenie zakazu ich ujawniania. SN przesądził zatem, że taka oferta podlega merytorycznej ocenie, brak jest bowiem podstaw do jej odrzucenia jako niezgodnej z ustawą Pzp. W uzasadnieniu omawianej uchwały podkreślono, że „Takiej kwalifikacji oferty nie może przesądzać subiektywny stan wiedzy i świadomości oferenta odnośnie do charakteru zastrzeżonych w niej informacji, a jedynie obiektywne okoliczności świadczące o niezgodności oferty z ustawą. Wymagałoby

<sup>15</sup> Zob. wyroki ZA z 8 czerwca 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-791/04, LEX nr 1163019, 4 sierpnia 2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1200/04, LEX nr 1147329 czy z 28 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-322/05, LEX nr 1129644.

<sup>16</sup> Wyrok ZA z 28 lutego 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-322/05, LEX nr 1129644.

<sup>17</sup> Sygn. akt III CZP 74/05, OSNC 2006/7-8/122.

to jednak wskazania okoliczności przesądzających taką niezgodność<sup>18</sup>. W orzecznictwie ZA i KIO po wydaniu wspomnianej uchwały konsekwentnie stwierdzało się brak podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, który – powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa – naruszył przepis art. 96 ust. 4 ustawy Pzp (aktualnie art. 8 ust. 3)<sup>19</sup>.

Zmianą obowiązującą od 25 maja 2006 r.<sup>20</sup> ustawodawca zdecydował się przenieść omawiane wyłączenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do rozdziału ustawy Pzp poświęconego zasadom udzielania zamówień publicznych. Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp uzupełniono, w stosunku do obowiązującego poprzednio art. 96 ust. 4 ustawy Pzp, o wskazanie momentu na zastrzeżenie informacji w przypadku trybów, w których najpierw składany jest wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (poprzednio przepis odnosił się wyłącznie do ofert) oraz o rozciągnięcie przedmiotowego wyjątku także na informacje składane w toku konkursu (*vide* art. 8 ust. 3 zdanie trzecie ustawy Pzp).

Izba, której utworzenie przypadało w okresie obowiązywania komentowanej regulacji, kontynuowała wcześniejszą linię orzeczniczą ZA, wskazując przede wszystkim na obciążający zamawiającego obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia określonych informacji, jako mających stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa<sup>21</sup>. KIO stanęła również na stanowisku o dopuszczalności prowadzenia przez zamawiającego w tym celu postępowania wyjaśniającego, zmierzającego do ustalenia zasadności dokonanego zastrzeżenia<sup>22</sup>, a w razie stwierdzenia jej braku – nakazywała przeprowadzenie procedury wyjaśniającej w tym zakresie<sup>23</sup>. W orzecznictwie Izby potwierdzono również pogląd o dopuszczalności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa także po upływie terminu składania ofert<sup>24</sup>. Ponadto wyrażono przekonanie o konieczności precyzyjnego wskazania przez wykonawcę, które z informacji zawartych w dokumencie posiadają, w jego ocenie, walor tajemnicy przedsiębiorstwa, uznając, że w określonych okolicznościach, tj. w sytuacjach, w których

---

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Tak m.in. ZA w wyrokach z 26 października 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3028/05, LEX nr 1128213, 28 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3875/05, LEX nr 1135559, 28 listopada 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3514/05, LEX nr 1134007, 27 grudnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3861/05, LEX nr 1135548, 6 stycznia 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-4001/05, LEX nr 1135793, a także KIO w postanowieniu z 7 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP/0-1389/07, LEX nr 427513 oraz w wyrokach z 4 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 255/08, LEX nr 395929, 19 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 409/08, LEX nr 428309, 30 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 595/08, LEX nr 443363, 5 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 114/09 i KIO/UZP 116/09, LEX nr 487668, 16 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 81/10, LEX nr 607289, 1 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2019/10, LEX nr 686541, 21 września 2012 r., sygn. akt KIO 1921/12, LEX nr 1219753.

<sup>20</sup> Ustawa z 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz.U.2006.79.551.

<sup>21</sup> Zob. przykładowo: wyroki KIO z 5 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 874/08, LEX nr 458353, 27 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1110/08, LEX nr 466540, 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 528/10, LEX nr 598410, 9 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1612/11, LEX nr 898352.

<sup>22</sup> Wyroki KIO z 19 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1400/10, KIO/UZP 1401/10, LEX nr 612187, 14 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 183/11, KIO 191/11, KIO 190/11, LEX nr 784495, 17 maja 2011 r., sygn. akt KIO 968/11, LEX nr 1415608, 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1072/11, LEX nr 846309, 18 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 59/12, LEX nr 1109114, 24 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 706/12, LEX nr 1163781, 27 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2710/12, LEX nr 1256947, 15 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 634/13, LEX nr 1313620, 31 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1151/13, KIO1164/13, LEX nr 1381197.

<sup>23</sup> Wyrok KIO z 8 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 772/08, LEX nr 443019.

<sup>24</sup> Tak KIO m.in. w wyrokach z 23 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1879/09, LEX nr 599470, 16 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1144/11, LEX nr 848812, 13 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1377/11, LEX nr 863601, 20 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 109/12, KIO 125/12, LEX nr 1124900.



cały dokument nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wyłączenie jawności jego treści w całości jest nieuzasadnione<sup>25</sup>.

Ważną zmianą ustawowych rozwiązań dotyczących ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, która wywarła wpływ na orzecznictwo KIO, była nowelizacja przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, która weszła w życie 19 października 2014 r.<sup>26</sup> Zgodnie z aktualnie obowiązującym brzmieniem wspomnianego przepisu 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 oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Niewątpliwie, założeniem ustawodawcy było minimalizowanie nadużywania przez wykonawców instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do projektu omawianej nowelizacji stwierdzono wręcz, że komentowana zmiana art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ma przeciwdziałać patologicznemu nadużywaniu przez wykonawców instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa, „którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego”<sup>27</sup>.

Konsekwencją znowelizowanego przepisu jest obowiązek, materializujący się już w momencie składania oferty (bądź wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), wykazania przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem w obowiązującym stanie prawnym, aby skutecznie zastrzec zawarte w ofercie (wniosku) informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, należy spełnić łącznie dwie przesłanki:

- 1) oznaczyć określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa (z uwzględnieniem trzech elementów, omówionych wyżej: wartości gospodarczej, poufności oraz podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności),
- 2) wykazać (w ofercie bądź we wniosku, przy czym termin ten nie może zostać przekroczony), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Ustawodawca co prawda nie określił, w jaki sposób można objąć klauzulą poufności informacje składane wraz z wyjaśnieniami bądź uzupełnieniem oferty, ale w orzecznictwie KIO przyjmuje się, że warunek skuteczności objęcia ochroną przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wynikający ze zdania pierwszego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp powinien być stosowany odpowiednio: „W odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a zawartych w dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania należy stosować *per analogiam* omówione powyżej reguły postępowania wyrażone w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, czyli wraz z ich złożeniem należy dokonać zarówno stosowanego zastrzeżenia, jak i wykazać jego zasadność. W konsekwencji zamawiający winien ustalić, czy wykazanie nastąpiło w momencie składania zastrzeganej informacji”<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Zob. m.in. wyroki KIO z 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 528/10, LEX nr 598409.

<sup>26</sup> Ustawa z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 r., poz.1232).

<sup>27</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy z 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, druk nr 1653, Sejm RP VII Kadencji.

<sup>28</sup> Wyroki KIO z 28 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 545/16, Legalis 1471923, czy z 29 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1266/16, Legalis 1533556.



Brak ziszczenia się którejkolwiek z dwóch wymienionych wyżej przesłanek, pociąga za sobą uznanie, że w ofercie nie złożono dokumentów, zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca, składając ofertę zawierającą informacje stanowiące – według niego – tajemnicę przedsiębiorstwa, musi zdawać sobie sprawę z ryzyka, które podejmuje: brak skutecznego wykazania, że dane informacje zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa, skutkuje ich ujawnieniem<sup>29</sup>. Wykonawca nie powinien liczyć, że będzie mógł uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa uzupełnić w późniejszym terminie, ponieważ „Ustawodawca jednoznacznie w ustawie (Prawo zamówień publicznych) określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie”<sup>30</sup>. Spóźniona próba wykazania będzie uznana za bezskuteczną, ponieważ, jak stwierdziła KIO w jednym z wyroków: „Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień (tj. wykazania w ofercie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa) lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji”<sup>31</sup>. Nie można, na późniejszym etapie postępowania zastrzegać jako niejawną (tj. stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa) informacji, złożonych wcześniej<sup>32</sup>.

Niewykazanie wraz ze złożoną ofertą (wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa będzie równoznaczne ze stwierdzeniem, że określone informacje podlegają ujawnieniu. Oznacza to, że dane informacje mogą rzeczywiście stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, ale wykonawca, poza subiektywnym przekonaniem, że informacje te – ze względu na jego interes – nie powinny zostać ujawnione, powinien w sposób przekonujący wykazać, że nie należy ich ujawniać, jako że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z uzasadnień orzeczeń KIO wynika, że wykonawca winien starannie i z rozważą formułować uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a „Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy”<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Wyroki KIO z 30 marca 2016 r., sygn. akt KIO 371/16, Legalis 1456819, czy z 26 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1216/16, Legalis 1576659.

<sup>30</sup> Zob. wyrok KIO z 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 279/15, LEX nr 1656445, podobnie KIO w wyroku z 26 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 306/15, LEX nr 1656468, 7 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15, LEX nr 1679027 oraz w wyroku z 3 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 561/15, LEX nr 1679020.

<sup>31</sup> Wyrok KIO z 2 marca 2015 r., sygn. akt KIO 291/15, LEX nr 1656457, podobnie – KIO w z 26 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 306/15, LEX nr 1656468 i 3 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 561/15, LEX nr 1679020.

<sup>32</sup> Przykładowo, nie można czynić takiego zastrzeżenia dopiero na etapie postępowania odwoławczego – tak wyrok KIO z 24 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 257/17, Legalis 1580827.

<sup>33</sup> Wyrok KIO z 6 maja 2015 r., sygn. akt KIO 807/15, LEX nr 1783161.

Prowadzone przez zamawiającego badanie skuteczności zastrzeżenia określonych informacji powinno opierać się wyłącznie na analizie zasadności i skuteczności wykazania, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, brak bowiem w przepisach podstawy prawnej do uzupełnienia zastrzeżenia. Nie należy pominąć kwestii, czy można skutecznie zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa „wykazanie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” – na tak postawione pytanie trzeba odpowiedzieć twierdząco: utajnienie uzasadnienia zastrzeżenia jest możliwe, o ile stanowi ono tajemnicę przedsiębiorstwa. Również ten element podlega ocenie zamawiającego.

Z pewnością na ochronę przed ujawnieniem nie zasługuje uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawierające ogólnikowe stwierdzenia czy przytoczenie orzeczeń KIO: „standardowe, ogólne stwierdzenia mające służyć chronieniu opisu technicznego nie uzasadniają zastrzeżenia informacji chociażby z tej racji, że przeciwstawia się temu dobro publiczne”<sup>34</sup>, a „wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa”<sup>35</sup>. Wykonawcy, redagując wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, często ograniczają się do ogólnie znanych twierdzeń, bez wskazania na konkretne uwarunkowania, pozwalające na ustalenie zasadności odstąpienia od zasady jawności informacji: „W uzasadnieniu przedstawionym w dniu 12 stycznia 2016 r. Przystępujący w znacznej mierze ograniczył się do przywołania przesłanek określonych art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz do wskazania ogólnych twierdzeń dotyczących zasadności uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa”<sup>36</sup>. Takie ogólnikowe stwierdzenia, bez przywołania okoliczności, potwierdzających konieczność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, nie mogą skutkować utajnieniem określonych informacji, a same deklaracje i twierdzenia to zbyt mało: „wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa”<sup>37</sup>.

Konkludując, przepisy Prawa zamówień publicznych statuujące ochronę informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa ewoluowały w kierunku nałożenia na wykonawców obowiązku ich starannej selekcji i opisanie, co ocenić należy pozytywnie. W szczególności, wprowadzenie w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp obowiązku wykazania już w ofercie (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ma z jednej strony znaczenie dyscyplinujące dla wykonawcy (ponieważ jest on zobowiązany do wykazania celowości zastrzeżenia określonych informacji, nie zastrzega bezrefleksyjnie dokumentów, jako niepodlegających ujawnieniu), a z drugiej – jest ułatwieniem dla zamawiającego, skracając czas analizy skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca powinien zawsze mieć świadomość, że informacje przez niego złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zostaną ujawnione, jeżeli przekonująco nie wykaże, że zasługują one na objęcie ochroną przed dostępem osób trzecich.

---

<sup>34</sup> Wyrok KIO z 28 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 256/17, Legalis nr 1580832.

<sup>35</sup> Wyrok KIO z 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 421/17, Legalis nr 1581035.

<sup>36</sup> Wyrok KIO z 15 marca 2016 r., sygn. akt KIO 275/16, Legalis nr 1456780.

<sup>37</sup> Wyrok KIO z 29 marca 2017 r., sygn. akt KIO 512/17, Legalis nr 1591515.

## 7. EWOLUCJA PRZESŁANKI WYKLUCZENIA WYKONAWCY Z POWODU NIENALEŻYTEGO WYKONANIA ZAMÓWIENIA Z PERSPEKTYWY ORZECZNICTWA

Magdalena Grabarczyk

*Artykuł prezentuje ewolucję ustawy Prawo zamówień publicznych w wybranym aspekcie dotyczącym rzetelności wykonawcy. Wychodząc od omówienia historycznej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania – art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp – autorka omawia wykładnię tego przepisu dokonywaną przez Izbę i sądy okręgowe, w tym również zastosowanie wykładni zgodnej z prawem europejskim. Prezentuje stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE wyrażone w związku z pytaniami prejudycjalnymi zadanymi przez Izbę oraz jego skutki dla interpretacji prawa krajowego, również w kontekście możliwości uzyskania opinii Trybunału przez Krajową Izbę Odwoławczą. Autorka opisuje recepcję judykatu Trybunału w polskim ustawodawstwie oraz obecny stan prawny. Podsumowanie zawiera próbę zestawienia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z obowiązującymi art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp wprowadzonymi nowelizacją ustawy z 2016 r.*

### 1. WPROWADZENIE

Rozwój rynku zamówień publicznych, konkurencja między wykonawcami to istotne przyczyny, dla których w ostatnich 10 latach na znaczeniu zyskała rzetelność wykonawcy. Wykazanie zdolności do wykonania zamówienia przez spełnianie warunków udziału w postępowaniu okazało się niewystarczające w dłuższej perspektywie, gdyż pomimo pozytywnej weryfikacji przez zamawiającego, wybrany wykonawca nie wykonywał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub wykonywał ją nienależycie ze szkodą dla zamawiających, a bardzo często dla interesu publicznego. Narastanie tego zjawiska<sup>1</sup> doprowadziło do interwencji ustawodawcy zmierzającej do tego, by zamówienie uzyskał wykonawca, który nie tylko złożył najkorzystniejszą ofertę i wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale ponadto wykazał się rzetelnością. Ustawodawca przesądził, że ochrona prawidłowego wykonania umowy wymaga wykluczenia każdego wykonawcy, który nie wykonał lub nienależycie wykonał inne wcześniejsze zamówienia u dowolnego zamawiającego. Pojawienie się przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp<sup>2</sup> nakazującego zamawiającemu wykluczenie nierzetelnych wykonawców<sup>3</sup> z postępowania o udzielenie zamówienia uwidocznilo nie tylko problemy związane ściśle z procedurą udzielania zamówienia, ale również zagadnie-

<sup>1</sup> Przy czym należy wziąć pod uwagę nie tylko kwestię wycofywania się wykonawców z realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego, ale również problem wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał umowę w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawcy tacy zgodnie z ustawą brali udział w postępowaniu na dokończenie przerwanej inwestycji i po raz kolejny uzyskiwali zamówienie, którego poprzednio nie byli w stanie wykonać zgodnie z umową.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. w o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 97, poz. 484), ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.).

<sup>3</sup> Obowiązek wykluczenia nierzetelnego wykonawcy wynikał również z nieomawianego w tym artykule przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Sygnalnie jedynie warto zaznaczyć, że część prezentowanych tez znajdzie zastosowanie również w odniesieniu do tego przepisu. Więcej na ten temat: Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w roku 2012, s. 44–55, [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0022/3964/Informacja\\_o\\_dziac582alnoc59bci\\_Krajowej\\_Izby\\_Odwoc582awczej\\_w\\_2012\\_r.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0022/3964/Informacja_o_dziac582alnoc59bci_Krajowej_Izby_Odwoc582awczej_w_2012_r.pdf), (data dostępu: 30 września 2017 r.).

nia instytucjonalne, dotyczące statusu Krajowej Izby Odwoławczej. Zmiany tego przepisu w kolejnych nowelizacjach powodują kolejne dylematy, z którymi mierzą się organy orzekające, przede wszystkim Krajowa Izba Odwoławcza.

## 2. KLUCZOWE ZAGADNIENIA STOSOWANIA ART. 24 UST. 1 PKT 1A USTAWY PZP

Art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp został wprowadzony ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie w dniu 11 maja 2011 r.<sup>4</sup> Zgodnie z tym przepisem, z postępowania wyklucza się wykonawcę, z którym dany zamawiający rozwiązał albo któremu wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. W zamyśle ustawodawcy przepis ten wdrażał do prawa polskiego art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE<sup>5</sup>, stanowiący, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające. Przesłanka wykluczenia określona w dyrektywie 2004/18/WE miała charakter fakultatywny, natomiast ustawodawca polski zdecydował o obligatoryjnym charakterze czynności wykluczenia. Art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp od początku obowiązywania był powszechnie krytykowany, a jego zgodność z prawem europejskim budziła wątpliwości, które zostały podzielone przez skład orzekający w pierwszym z rozpoznawanych odwołań opartych o zarzut naruszenia tego przepisu. Postanowieniem z 30 sierpnia 2011 r. wydanym w związku z rozpoznawaniem sprawy KIO 1629/11 i KIO 1643/11 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniami prejudycjalnymi.

W oczekiwaniu na odpowiedź Trybunału kolejne składy orzekające rozpoznawały zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Pierwszym dylematem, z jakim przyszło zmierzyć się orzecznictwu, było ustalenie granic kognicji Izby przy badaniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Przez użycie zwrotu „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” powołany przepis odwołuje się do instytucji prawa cywilnego<sup>6</sup>, co każe postawić pytanie o możliwość badania przez Izbę na podstawie konkretnych postanowień umownych, czy rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego odpowiada prawu. Ustalenia wymagało, czy kwestie te mogą stanowić materię procedury odwoławczej, gdyż art. 180 ust. 1 ustawy Pzp pozwala Izbie na rozpoznanie zarzutów dotyczących jedynie postępowania o udzielenie zamówienia<sup>7</sup>. Z drugiej jednak strony, ograniczenie oceny czynności wykluczenia jedynie do stwierdzenia faktu rozwiązania umowy, czasu złożenia oświadczenia przez zamawiającego oraz procentowej wartości świadczenia niezrealizowanego przez

<sup>4</sup> Dz. U. 2011r. Nr 87, poz. 484.

<sup>5</sup> Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U.U.E.L.2004.134.114 ze zm.).

<sup>6</sup> Por. Art. 471 k.c. i art. 415 k.c.

<sup>7</sup> Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

wykonawcę (równoznaczne założeniu, że każda z sytuacji innych, niż opisane w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp odstąpienie od umowy przez zamawiającego, ma źródło w okolicznościach, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca), ograniczałoby ochronę interesów wykonawcy, sprzyjałaby nadużywaniu prawa przez zamawiających oraz czyniłaby ułomną dokonywaną przez Izbę ocenę czynności wykluczenia<sup>8</sup>. Orzecznictwo przyjęło drugie stanowisko i w wydanych wyrokach Izba podejmowała próbę oceny, czy okoliczności leżące u podstaw niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wynikają z przyczyn leżących po stronie wykonawcy<sup>9</sup>. Ukształtowany w orzecznictwie Izby kierunek interpretacji znalazł potwierdzenie w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r. V Ca 1973/11<sup>10</sup>. Sąd Okręgowy na podstawie dokumentów związanych z realizacją umowy uznał, że wypowiedzenie umowy przez zamawiającego nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Kolejny dylemat zrodziła przesłanka temporalna zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Wola ustawodawcy, że rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, oznaczała, że podstawą wykluczenia były zdarzenia prawne, które w momencie jego zaistnienia nie były zawarte w katalogu przesłanek wykluczenia. Skoro przepisy ustawy nowelizującej nie zawierały *vacatio legis*, ani regulacji przejściowych umożliwiających inną interpretację, Izba przy wykładni stosowała wykładnię literalną.

Problem orzecniczy zrodziła sytuacja, w której badanie przez Izbę zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp następuje w sytuacji zawiśnięcia istnienia sporu dotyczącego zerwanego kontraktu przed sądem powszechnym. Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, iż każdy przypadek wykluczenia wykonawcy na podstawie powołanego przepisu należy rozpoznawać oddzielnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy, a Izba uprawniona jest do badania podstaw czynności wykluczenia o tyle, o ile nie narusza ono kompetencji sądu powszechnego<sup>11</sup>. Ponadto, dokonując oceny przyczyn zakończenia umowy, Izba odwołała się do wykładni uwzględniającej prawo europejskie (tzw. wykładnia pronunijna) i uznała, iż użyte w dyrektywie klasycznej pojęcia sugerują, że zwykle niedotrzymanie obowiązków umownych lub mniej istotne naruszenia przepisów prawa nie kwalifikują się jako poważne wykroczenia zawodowe. Motyw 43 preambuły dyrektywy klasycznej, wymienia przykładowe wykroczenia zawodowe, za które uznaje się nieprzestrzeganie przez wykonawcę ustawodawstwa krajowego, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu lub decyzji mającej skutek równoważny. Brzmienie dyrektywy sugeruje, że podstawą wykluczenia powinno być poważne niedochowanie przez wykonawcę obowiązku wynikającego z regulacji prawnych dotyczących wykonywania danego zawodu, a nie zobowiązań umownych. Wymagane przez ustawodawcę unijnego „poważne wykroczenie zawodowe” nie jest równoznaczne z niewykonaniem lub nieprawidłowym wykonaniem umowy.

---

<sup>8</sup> Wyrok z 6 września 2011 r. KIO 1822/11, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki> (data dostępu: 30.09.2017). Pogląd, że Izba jest kompetentna do rozstrzygania, czy w przypadku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp zaistniały przesłanki tej czynności był wyrażony również w orzecznictwie sądów okręgowych por. wyroki SO w Warszawie z 29 października 2012 r. V Ca 1982/12 i V Ca 2015/12, <http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl> (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>9</sup> Wyroki Izby z 14 września 2011 r. KIO 1875/11, z 11 października 2011 r. KIO 2057/11, z 11 października 2011 r. KIO 2085/11, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki> (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>10</sup> <http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl> (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>11</sup> Wyrok z dnia 22 czerwca 2012 r. KIO 1050/12, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki> (data dostępu: 30.09.2017).



Wskazana wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp została zaaprobowana przez Sąd Okręgowy w Warszawie<sup>12</sup>. Sąd stwierdził, iż dyrektywa klasyczna zawiera zamknięty katalog przyczyn, których zaistnienie może, ale nie musi skutkować wykluczeniem wykonawcy, co oznacza, że w procesie implementacji państwo członkowskie nie mogło tego katalogu rozszerzyć, zatem art. 24 ust. 1 pkt 1a nie mieści się w katalogu podstaw do wykluczenia zawartych w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy. Sąd stwierdził, że okoliczności stanowiące przyczynę rozwiązania lub wypowiedzenia umowy albo odstąpienia od niej nie mogą polegać na każdym nienależytym wykonaniu zobowiązania, ale muszą być następstwem braku profesjonalizmu po stronie dłużnika, a nie niesolidności kontrahenta.

### 3. KONSEKWENCJE ODPOWIEDZI TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI NA PYTANIA IZBY

13 grudnia 2012 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie C-465/11 (*Forposta, ABC Direkt Contact*)<sup>13</sup>, w którym uznał, że art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp w jego ustawowym, literalnym brzmieniu, jest niezgodny z prawem unijnym, gdyż art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d dyrektywy klasycznej stoi na przeszkodzie obowiązywaniu uregulowań krajowych stanowiących, że poważne wykroczenie zawodowe, powodujące automatyczne wykluczenie danego wykonawcy z trwającego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, zachodzi, gdy z powodu okoliczności, za które wykonawca ten ponosi odpowiedzialność, instytucja zamawiająca rozwiązała albo wypowiedziała wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy, albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania w toku, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Trybunał uznał, że pojęcia „poważnego wykroczenia” wykonawcy nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”, które jest bardzo szerokie i może obejmować sytuacje dalece wykraczające poza postawę danego wykonawcy wykazującą zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony<sup>14</sup>.

Dla Krajowej Izby Odwoławczej orzeczenie to miało tym bardziej doniosłe znaczenie, że Trybunał nie podzielił poglądu zamawiającego, który kwestionował podmiotową zdolność Izby do zadania pytania prejudycjalnego i uznał, że jest ona sądem w rozumieniu art. 267 TFUE<sup>15</sup>. Trybunał wskazał, że przy ustaleniu zdolności postulacyjnej bierze się pod uwagę zespół przesłanek, takich jak w szczególności ustawowe umocowanie istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjny charakter jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość<sup>16</sup>. Stwierdził, że Krajowa Izba Odwoław-

<sup>12</sup> <http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl>, (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>13</sup> ECLI:EU:C:2012:801.

<sup>14</sup> Akapit 33. wyroku.

<sup>15</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Dz. U. UE C 326, 26 październik 2012 r.

<sup>16</sup> Trybunał odwołał się do wyroków z 17 września 1997 r. w sprawie C-54/96 Dorsch Consult, Rec. s. I-4961, pkt 23; a także z 19 kwietnia 2012 r. w sprawie C-443/09 Grillo Star, pkt 20 i przytoczonego tam orzecznictwa. Fakt, że na podstawie innych przepisów Izba jest również upoważniona do pełnienia funkcji o charakterze konsultacyjnym, którym to mianem Trybunał określił wydawanie opinii wobec zastrzeżeń zamawiającego od wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, został uznany za pozbawiony znaczenia w tym względzie.



cza, która jest organem ustanowionym na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, mającym wyłączną właściwość do rozpoznawania w pierwszej instancji sporów wykonawców z instytucjami zamawiającymi, i którego funkcjonowanie regulują art. 172–198 wspomnianej ustawy, jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów.

Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości miało tym bardziej doniosłe znaczenie, gdyż w tym okresie część środowisk naukowych, głównie przedstawiciele nauk administracyjnoprawnych, po ocenie istniejących rozwiązań prawnych, poddawało w wątpliwość charakter Izby jako organu quasi-sądowego oraz możliwość prowadzenia przez Izbę postępowania kontrykcyjnego o charakterze cywilnoprawnym<sup>17</sup>.

Po wydaniu orzeczenia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie został rychło uchylony, zatem Izba zobowiązana była dokonywać jego wykładni zgodnie z zasadami wskazanymi przez Trybunał (tzw. wykładnia pronijna). Szczególnie doniosłe okazało się zdefiniowanie pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego” oraz ustalenie granic przedmiotowych pojęcia „poważnego wykroczenia”. Zdaniem Trybunału pierwsze z nich obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, zatem również może nim być niewykonanie zobowiązań umownych<sup>18</sup>, zaś drugie odnosi się co do zasady do zachowania wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Natomiast jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części, które wykazuje niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem<sup>19</sup>. Stwierdzenie zaistnienia „poważnego wykroczenia” wymaga przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy<sup>20</sup>.

Orzeczenia Izby wydane po wyroku w sprawie C-465/11 dotyczyły w konsekwencji przede wszystkim oceny staranności działania wykonawcy, przykładowo świadczenia przez wykonawcę urządzeń o niższych parametrach jakościowych niż zadeklarowane w ofercie i nie spełniających wymagań zamawiającego (może być uznane za poważne wykroczenie zawodowe profesjonalnego wykonawcy)<sup>21</sup>, nieukończenia w terminie robót budowlanych, jako następstwa nieuzyskania pozwolenia na budowę<sup>22</sup>. W części judykatów oceniano również znaczenie wykonania obowiązków umownych mających wpływ na terminowość wykonania umowy przez zamawiającego<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Więcej na ten temat Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w roku 2012, s. 10–24, [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0022/3964/Informacja\\_o\\_dziac582alnoc59bc\\_Krajowej\\_Izby\\_Odwo582awczej\\_w\\_2012\\_r.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0022/3964/Informacja_o_dziac582alnoc59bc_Krajowej_Izby_Odwo582awczej_w_2012_r.pdf), (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>18</sup> Akapit 27a.–29. wyroku.

<sup>19</sup> Akapit 30. wyroku.

<sup>20</sup> Akapit 31. wyroku.

<sup>21</sup> Wyrok KIO z 7 października 2013 r. KIO 2216/13 i KIO 2221/13 oraz wyrok KIO z 22 października 2013 r. akt. KIO 2354/13 <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki> (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>22</sup> Wyrok KIO z 28 lutego 2013 r. KIO 345/13, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki> (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>23</sup> Wyrok KIO z 7 stycznia 2014 r. KIO 2897/13, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki> (data dostępu: 30.09.2017).

#### 4. ART. 24 UST. 2a USTAWY PZP I JEGO RECEPCJA W ORZECZNICTWIE

Reakcją ustawodawcy krajowego na stanowisko Trybunału stał się art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, który z dniem 19 października 2014 roku zastąpił art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp<sup>24</sup>. Zgodnie z jego brzmieniem zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Izba uznała, że czynność wykluczenia ma charakter fakultatywny – brak wskazania w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w treści SIWZ podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Brak tej podstawy we wskazanych dokumentach uniemożliwia wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu<sup>25</sup>. Ustalenia wymagało określenia momentu, w którym zamawiający jest zobowiązany wykazać, że w przypadku danego wykonawcy zachodzą przesłanki do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Izba podkreśliła, że niesłuszne, nieracjonalne i sprzeciwiające się treści wskazanego przepisu dyrektywy byłoby założenie, że udowodnienie faktu, iż wykonawca podlega wykluczeniu z przyczyn oznaczonych w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp ma następować dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zamawiający winien był zgromadzić dostępne mu dowody (te same, które przedstawia w ewentualnym postępowaniu odwoławczym) już w momencie wezwania wykonawcy do wyjaśnienia, że podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości, oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia i do przedłożenia potwierdzających to dowodów<sup>26</sup>. Obowiązek zamawiającego nie ogranicza się przy tym wyłącznie do okoliczności faktycznych, ale obejmuje również zawinienie wykonawcy<sup>27</sup>, a dla legalnego dokonania wykluczenia nie jest niezbędne uzyskanie wcześniejszego wyroku sądu powszechnego<sup>28</sup>. Natomiast w sytuacji, gdy poważnego naruszenia obowiązku zawodowego dopuścił się podmiot udostępniający wykonawcy własne zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, konsekwencje nienależytego wykonania

<sup>24</sup> Ustawa zmieniająca uchylła jednocześnie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, będący wynikiem uprzedniej implementacji wskazanego przepisu dyrektywy.

<sup>25</sup> Wyrok z 3 lutego 2015 r. KIO 142/15 i z 6 października 2015 r. KIO 2064/15, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki> (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>26</sup> Wyroki z 9 lutego 2015 r. KIO 145/15, 11 maja 2015 r. KIO 885/15, z 19 czerwca 2015 r. KIO 1220/15 <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>27</sup> Wyrok z 4 maja 2015 r. KIO 793/15, z 6 października 2015 r. KIO 2064/15, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>28</sup> Wyrok z 1 czerwca 2015 r. KIO 758/15 <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

umowy przez podmioty trzecie, dotyczą bezpośrednio wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania, chyba że udowodni fakt podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, mających zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości przez podmiot, z którego udziałem zamierza realizować przedmiotowe zamówienie<sup>29</sup>.

Kwestią rozbieżnie ocenianą w orzecznictwie był charakter wezwania wykonawcy do wykazania, iż podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości, oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Izba stwierdziła, że art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nie wskazuje na obowiązek jakiegokolwiek działania zamawiającego, a inicjatywę w zakresie wykazania, że przedstawił okoliczności dla niego korzystne, pozwalające mu na oczyszczenie się ze stwierdzonego faktu poważnego wykroczenia zawodowego<sup>30</sup>. Wywodzą jednak również odmienny pogląd – o obliżu zamawiającego do dania wykonawcy szansy wypowiedzenia się co do dostrzeżonych naruszeń obowiązków zawodowych wykonawcy, a zaniechanie wezwania uniemożliwia dokonanie wykluczenia<sup>31</sup>.

## 5. WYKLUCZENIE NIERZETELNEGO WYKONAWCY W NOWYM UJĘCIU

Zmiana przesłanek wykluczenia została podyktowana wejściem w życie nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Zgodnie z motywem 101 preambuły dyrektywy 2014/24/UE<sup>32</sup>, instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczania wykonawców, którzy okazali się nierzetelni i dopuścili się poważnych wykroczeń zawodowych. Może to poddać w wątpliwość uczciwość wykonawcy, który nie będzie odpowiedni, by uzyskać zamówienie publiczne, pomimo posiadania technicznej i ekonomicznej zdolności do realizacji zamówienia. Dyrektywa 2014/24/UE przewiduje fakultatywną możliwość wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli:

1. instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość (art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy);
2. wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji (art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy).

<sup>29</sup> Wyrok z 7 sierpnia 2015 r. KIO 1570/15, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu 30.09.2017).

<sup>30</sup> Wyrok z 1 czerwca 2015 r. KIO 758/15, <http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl>, (data dostępu 30.09.2017), podtrzymanym przez Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z 22 września 2015 r. XII Ga 397/15, <http://orzeczenia.gdansk.so.gov.pl> (data dostępu 30.09.2017).

<sup>31</sup> Wyrok z 6 października 2015 r. KIO 2064/15, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu 30.09.2017).

<sup>32</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94, s. 65).

Powołane przepisy dyrektywy zostały wdrożone do polskiego porządku prawnego za pośrednictwem art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4, art. 24 ust. 6 i ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp<sup>33</sup>, zgodnie z którymi z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, bądź z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, jeżeli zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji, a nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Ponadto w myśl art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na powyższej podstawie, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania jego dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu (tzw. samooczyszczenie). Wreszcie art. 24 w ust. 9 stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, powinny być spełnione kumulatywnie. Brak wykazania choćby jednej z tych przesłanek wyłącza możliwość wykluczenia<sup>34</sup>. Pojęcia użyte w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp wywodzą się z prawa cywilnego, zatem przy ich wykładni znajduje zastosowanie dorobek judykatury i doktryny prawa cywilnego. Już samo wskazanie, że przyczyny uzasadniające wykluczenie leżą po stronie wykonawcy, wiążą wykładnię art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z zawinieniem wykonawcy, pomimo tego, że inaczej niż w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp kwestia winy nie została wskazana w tym przepisie *expressis verbis*. W odniesieniu do obu norm wina wykonawcy może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie<sup>35</sup>) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność – sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć). Pojęcie „rażące niedbalstwo” odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności<sup>36</sup>. Nato-

<sup>33</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2016, poz. 1020.

<sup>34</sup> Wyrok z 29 czerwca 2016 r. KIO 1166/17, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>35</sup> W. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski, Komentarz, t. II, 2011, s. 54.

<sup>36</sup> Wyrok Izby z 1 czerwca 2015 r. KIO 758/15 głosi że: Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach (wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. II CK 142/03). W wyroku SN z 10 marca 2004 r. IV CK 151/0 wskazano: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

miast nienależyte wykonanie zobowiązania oznacza sytuację, w której świadczenie jest wprawdzie spełnione przez wykonawcę, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym albo większym stopniu od świadczenia wymaganego. Pojęcie to jest tak ogólne i pojemne, iż nie sposób określić wszystkich sytuacji, do których może się odnosić<sup>37</sup>, co stawia wysokie oczekiwania wobec orzecznictwa. Zwrot „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” jest wyrażeniem niedookreślonym, dlatego też wymaga każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Przy interpretacji tej przesłanki aktualne pozostaje stanowisko Trybunału Sprawiedliwości zawarte w omówionym wyroku w sprawie C-465/11.

Orzecznictwo Izby przyjęło, że ciężar wykazania przesłanek wykluczenia spoczywa, zgodnie z art. 6 k.c., na zamawiającym, który podejmuje decyzję o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu i który powinien powołać je w uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia<sup>38</sup>. Jednak obowiązek informacyjny wynikający z art. 92 ust.1 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie rozciąga się tak daleko, aby w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający był zobowiązany do podawania w treści informacji o „stosownych środkach dowodowych”, którymi zamierza wykazywać wypełnienie się przesłanek, skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania<sup>39</sup>.

W zakresie „istotności” nienależytego wykonania umowy lub niewykonania umowy, o której mowa w hipotezie normy art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, Izba sprzeciwiła się wykładni zawężającej, odnoszącej się wyłącznie do wykonania umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym, uznając, że również spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie uzasadnia wykluczenie. Również powtarzające się nagminnie takie same wady świadczenia wykonawcy, choćby nie w zakresie najistotniejszych wymagań, w tym notoryczne niedochowanie terminu wykonania zamówienia<sup>40</sup>. W konsekwencji, badając różne stany faktyczne, Izba oceniała je *ad casum*<sup>41</sup>. Również w indywidualnych okolicznościach danego przypadku Izba oceniała skuteczność samooczyszczenia wykonawcy. Odnotować jednak należy dwie kwestie, na które odpowiedzi należy oczekiwać od orzecznictwa w przyszłości. Pierwsza z nich dotyczy ustalenia, czy wobec użycia w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp słowa „może”, zamawiający zobligowany jest do wszczęcia procedury samooczyszczenia<sup>42</sup>. Druga natomiast dotyczy zagadnienia, czy warunkiem umożliwiającym wykonawcy wykazanie, że podjął on środki naprawcze oraz, że są one wystarczające, jest złożenie przez wykonawcę w toku postępowania oświadczenia, że nie wywiązał się z wcześniejszych zobowiązań<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Księga Trzecia, Zobowiązania, Tom I, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2011, s. 771.

<sup>38</sup> Wyrok z 29 czerwca 2016 r. KIO 1166/17, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>39</sup> Wyrok z 30 stycznia 2017 r. KIO 2199/16, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>40</sup> Wyrok z 3 lutego 2017 r. KIO 139/17 i z 9 maja 2017 r. KIO 706/17, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>41</sup> Wyrok z 20 czerwca 2017 r. KIO 1132/17, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>42</sup> Pogląd o obliżu zamawiającego został wyrażony w wyroku z 3 marca 2017 r. KIO 196/17, natomiast pogląd przeciwny zaznaczył się w wyroku z 19 maja 2017 r. KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu: 30.09.2017).

<sup>43</sup> W wyroku z 30 stycznia 2017 r. KIO 2199/16, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki>, (data dostępu 30.09.2017), Izba uznała, że nie jest to konieczne, gdyż brak ten mógłby podlegać uzupełnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp. Odmienny pogląd wynika z wyroku z 8 czerwca 2017 r. KIO 1034/17.

## 6. PODSUMOWANIE

Zestawienie dawnego art. 24 ust. 1 pkt 1a oraz obowiązujących art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp prowadzi do kilku wniosków. Przede wszystkim pierwszy ze wskazanych przepisów miał dla zamawiającego charakter bezwzględnie obowiązujący, obecnie zamawiający na etapie wszczynania postępowania może podjąć decyzję co do stosowania przesłanek wykluczenia, którymi następnie będzie związany w całym postępowaniu. Omawiane bieżące przesłanki wykluczenia w elastyczny sposób pozwalają zamawiającemu na badanie aspektu przedmiotowego niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz istotności, czyli znaczenia niewywiązania się wykonawcy z zobowiązań umownych, podczas gdy art. 24 ust. 1 pkt 1a wskazywał określoną wartość procentową niezrealizowanego zamówienia w stosunku do wartości umowy i to wynoszącą zaledwie 5%. Przepisy nie zrównują obecnie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z nierzetelnością wykonawcy, lecz pozwalają mu na wykazanie, że uchybienie powinnościom kontraktowym w przeszłości nie czyni z niego wykonawcy, który obecnie nie jest w stanie działać z należytą starannością. Literalne rozumienie zwrotu „w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania” utrzymało się w obrocie i w odniesieniu do art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp nie są kierowane zarzuty o naruszenie zasady nieretroaktywności. Tezy zawarte w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11, pozostają aktualne i stanowią punkt odniesienia przy wykładni obowiązujących przepisów.

Ewolucji przesłanek wykluczenia – od sztywnych ram do instrumentu umożliwiającego zamawiającemu elastyczne działanie – towarzyszy ugruntowanie statusu Izby jako sądu w rozumieniu art. 267 TFUE. Kognicja Izby w zakresie orzekania co do przesłanek o naturze cywilnoprawnej nie jest poddawana w wątpliwość, a zakres przedmiotowy rozstrzyganych sporów odpowiada zbliżonemu do sądu charakterowi Izby – organu pierwszoinstancyjnego rozpoznającego spory w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.



## 8. KORZYSTANIE Z ZASOBÓW PODMIOTU TRZECIEGO

Jolanta Markowska

*Przepisy krajowego prawa zamówień publicznych od 2010 r. przewidują uprawnienie wykonawców do powoływania się na zasoby podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stosowanie tych regulacji napotykało w praktyce na problemy zarówno po stronie zamawiających, jak i wykonawców, związane z wykorzystaniem zasobów podmiotu trzeciego w zamówieniach publicznych. Niezmiennie, to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu rzeczywistego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, gdyż udostępnienie zasobów nie może być tylko formalne i służyć jedynie wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Uprawnienie do posilkowania się zasobami innych podmiotów jedynie w wyjątkowych sytuacjach może ulec ograniczeniu przez zamawiającego, w szczególności ze względu na charakter przedmiotu zamówienia i cel zamówienia publicznego. Możliwe jest ograniczenie dopuszczenia powołania się na potencjał podmiotu trzeciego pod warunkiem osobistego udziału tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. Wszelkie decyzje zamawiającego w tym zakresie muszą być jednak podejmowane z poszanowaniem zasady równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości.*

Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> przewiduje możliwość powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania, że jest zdolny do wykonania zamówienia publicznego. Możliwość opierania się na potencjale podmiotów trzecich była przewidziana już w przepisach Dyrektywy 2004/17/WE (art. 53 i 54) oraz 2004/18/WE (art. 47 i 48)<sup>2</sup>. W polskim Prawie zamówień publicznych stosowny przepis (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) został wprowadzony w ramach nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie od 22 grudnia 2009 roku<sup>3</sup> w wyniku implementacji art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE. Nowelizacja miała na celu zapewnienie szerszego niż dotychczas dostępu do zamówień publicznych krajowych przedsiębiorców, a tym samym zwiększania stopnia konkurencyjności rynku i uzyskiwania w konsekwencji lepszych efektów ekonomicznych przez podmioty publiczne, m.in. poprzez dopuszczenie w większym zakresie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych<sup>4</sup>.

Zgodnie z wprowadzonym do ustawy Pzp przepisem art. 26 ust. 2b, wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

<sup>1</sup> Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

<sup>2</sup> 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 134 z 30.4.2004), Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. L 134 z 30.04.2004).

<sup>3</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).

<sup>4</sup> Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r., pod red. J. Sadowego, Warszawa 2010.

wienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zmienił brzmienie na mocy nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie z dniem 19 października 2014 r.<sup>5</sup> Nowelizacja ta przyniosła istotne zmiany zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców w zakresie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego. Nowe brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp rozszerzyło bowiem zakres zasobów, z których wykonawca mógł korzystać, o możliwość polegania na zdolności ekonomicznej podmiotu trzeciego (do tej pory wykonawca mógł polegać w ramach warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tylko na zdolności finansowej). Ponadto, wprowadzono do ustawy Pzp regulację dotyczącą odpowiedzialności solidarnej podmiotu udostępniającego zasoby za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, niezależnie od rodzaju zasobu. Brzmienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zostało też dostosowane do treści § 1 ust. 6 rozporządzenia 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<sup>6</sup>, zgodnie z którym, zamawiający mógł żądać od wykonawcy dokumentów, których treść będzie potwierdzać dysponowanie zasobami podmiotów trzecich w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz gwarantować rzeczywisty dostęp do tych zasobów w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności odnośnie do zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE dotyczące powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego z tego okresu jednoznacznie wskazywało na obowiązek udowodnienia przez wykonawcę rzeczywistego dysponowania potencjałem, na który się powołuje, i z którego będzie korzystał przy realizacji zamówienia, a który jest oddany do jego dyspozycji przez podmiot trzeci. Wykonawca był zobowiązany przedstawić zamawiającemu dowody na okoliczność, że określone zasoby podmiotu trzeciego będą faktycznie jemu dostępne przez cały czas realizacji zamówienia. Aby wykazać fakt rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, wykonawca musiał przedstawić dowód w postaci, np. zobowiązania – dokumentu wystawionego przez podmiot trzeci, którego treść potwierdzała rzeczywistą dostępność określonych zasobów postawionych do dyspozycji wykonawcy w celu realizacji danego zamówienia<sup>7</sup>. Z treści orzecznictwa ETS (obecnie TSUE) wynika, że wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu powinien każdorazowo uwzględnić naturę i charakter konkretnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zobowiązanie takiego podmiotu powinno określać nie tylko wykonawcę, zakres, formę i sposób udostępnienia zasobów, ale również przedmiot zamówienia i instytucję zamawiającą prowadzącą postępowanie. W oparciu o przedstawione zobowiązanie zamawiający musiał uzyskać pewność, że zasoby, na których polega wykonawca, rzeczywiście będą pozostawać w jego dyspozycji, co jest warunkiem uznania, że wykonawca ten przy wykorzystaniu tych zasobów jest zdolny prawidłowo wykonać zamówienie. Warunkiem skutecznego powołania się przez wykonawcę na

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232).

<sup>6</sup> Dz. U. z 2013 r., poz. 231.

<sup>7</sup> Zob. wyrok ETS C-176/98 *Holst Italia* z dnia 2 grudnia 1999 r., wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03, wyrok ETS z dnia 14 kwietnia 1994 r. C-389/92 *Ballast Nadem Groep*, dostępne na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), wyrok ETS z dnia 18 marca 2004 r. C-314/01, EU:C:2004:159 *Siemens i ARGE Telekom*.

zasoby podmiotu trzeciego jest udowodnienie, że rzeczywiście dysponuje zasobami innego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. przez przedstawienie stosownego zobowiązania takich podmiotów<sup>8</sup>.

Interpretacja prounijna przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazywała, że ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia nie może być przeprowadzona bez odniesienia do realiów wykorzystania udostępnianych zasobów przy realizacji danego zamówienia, tj. musi uwzględniać okoliczności wynikające ze „stosownej sytuacji” oraz warunki „konkretnego zamówienia” (art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE).

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie miał istotnego znaczenia charakter więzi prawnej łączącej wykonawcę z podmiotem trzecim, jednak musiała to być więź prawna, a zatem taka, z której wynikają konkretne realne zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby na rzecz wykonawcy. Zobowiązanie to musiało być ważne w świetle obowiązujących przepisów prawnych<sup>9</sup>.

Możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego została wprowadzona w celu umożliwienia wykonawcom, którzy sami nie posiadają wymaganego dla realizacji danego zamówienia potencjału, np. w przypadku, gdy dla wykonania pewnego elementu przedmiotu zamówienia jest konieczne posiadanie specjalistycznego potencjału, wykazania się takimi kwalifikacjami przy pomocy podmiotu trzeciego bez uszczerbku dla prawidłowej realizacji zamówienia. Osiągnięcie tego celu nakładało na wykonawcę obowiązek jednoznacznego wykazania zamawiającemu, że będzie on uprawniony do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w sposób realny. Zamawiający musiał uzyskać pewność, że wymagany potencjał do realizacji konkretnego zamówienia jest zagwarantowany. Uzyskanie takiej pewności mogło opierać się tylko na konkretnych, wiarygodnych i szczegółowych informacjach dotyczących zakresu oraz sposobu wykonania zobowiązania podmiotu trzeciego, gwarantujących wykonanie zamówienia w sposób prawidłowy, zgodny z wymaganiami zamawiającego. Wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów, w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, powinien zatem przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny wynika, że zasoby, na które wykonawca się powołuje, zostaną mu udostępnione do zrealizowania zamówienia, tj. że będzie faktycznie dysponował zasobami należącymi do innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia<sup>10</sup>. Udowodnienie dysponowania zasobami, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 ustawy Pzp, w zależności od rodzaju zasobu oraz stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu, powinno obejmować zarówno fakt, że podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby rzeczywiście nimi dysponuje, jak i okoliczność, że udostępnienie zasobów na rzecz wykonawcy jest realne<sup>11</sup>. Treść takiego dokumentu (np. umowy lub oświadczenia woli podmiotu trzeciego) powinna jednoznacznie określać zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, przedmiot tego zobowiązania oraz sposób jego spełnienia i okres, którego dotyczy, a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające

<sup>8</sup> Zob. Opinia Rzecznika Generalnego z 28 lutego 2013 r. w sprawie C-94/12.

<sup>9</sup> A. Sołtysińska, G. Wicik, *Dopuszczalność powoływania się na zdolności innych podmiotów*, „Kwartalnik PZP”, Nr 4 (23)/2009.

<sup>10</sup> Zob. Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1288/10; wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1125/10, wyroki dostępne na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>11</sup> Zob. Uchwała KIO z dn. 27.12.2013 r., sygn. akt KIO/KD 113/13, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

ze specyfiki udostępnianego zasobu. Za niewystarczające dla udowodnienia, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać, np. z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, należało uznać jedynie ogólne oświadczenie o udostępnieniu zasobów, bez szczegółowego określenia konkretnego zobowiązania podmiotu trzeciego co do sposobu posługiwania się przez wykonawcę zasobami tego podmiotu przy realizacji zamówienia. Zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, doświadczenie innego podmiotu może być wykorzystane wyłącznie poprzez faktyczny udział tego podmiotu w wykonaniu określonej części zamówienia. Skoro wykonawca sam nie posiada doświadczenia w określonej dziedzinie, to musi zagwarantować, że w tym zakresie zamówienie zostanie zrealizowane przez podmiot, który takie wymagane doświadczenie posiada. W przypadku, gdy przedmiotem udostępnienia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, których udzielenie bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia jest niemożliwe, przedstawiany zamawiającemu dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo mogło być zapewnione w dowolnej postaci, dozwolonej przez prawo, np. w postaci podwykonawstwa, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia<sup>12</sup>.

Wykonawca, który wykazywał swoje prawo do dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, mógł przedstawić w ramach wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w miejsce wymaganych dokumentów odnoszących się do wykonawcy, dokumenty podmiotowe odnoszące się do podmiotu trzeciego, tj. np. wykaz pracowników, sprzętu, wykaz zrealizowanych zamówień, referencji, itp., zgodnie z wymaganiami stawianymi przez zamawiającego wykonawcom. Sam fakt udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia nie powodował konieczności przedkładania dokumentów dotyczących podwykonawcy w celu weryfikacji określonych zdolności podmiotowych tego podmiotu do realizacji zamówienia, jeżeli wykonawca spełniał samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, bez powoływania się na zasoby innych podmiotów.

Zgodnie z brzmieniem § 1 ust. 2 przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sytuacji, gdy wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów oświadczeń i dokumentów wymienionych w § 2 pkt 1 – 6 ww. rozporządzenia. Zamawiający mógł zatem żądać od wykonawcy złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich – w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, do których odsyła § 2 ust. 1 ww. rozporządzenia, i tylko w odniesieniu do sytuacji, gdy wykonawca przy wykazaniu spełnienia warunków podmiotowych powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Wymagania zamawiającego w tym zakresie powinny być określone już w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. na takich samych zasadach, jak wobec wykonawców, ze wskazaniem analogicznych dokumentów w zakresie określonym ww. rozporządzeniem.

<sup>12</sup> Zob. Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1741/10. Zob. również opinia UZP Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych), [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

Od momentu pojawienia się przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w ramach nowelizacji ustawy Pzp z 2009 r. jego brzmienie powodowało rozbieżności interpretacyjne w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które były przedmiotem szczegółowych analiz na przestrzeni ostatnich lat<sup>13</sup>.

Jednym z najistotniejszych problemów w zakresie interpretacji tego przepisu było ustalenie sposobu korzystania z potencjału podmiotu trzeciego przy udostępnieniu wykonawcy wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia z wykorzystaniem takich zasobów. W części orzecznictwo Izby wskazywało na obowiązkowe uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia, a tym samym konieczność wykazania przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, że podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby będzie brał udział w realizacji danego zamówienia jako podwykonawca. Kwestia powyższa pojawiła się w szczególności w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane. Izba wskazywała, że wiedza i doświadczenie są związane z posiadającym je podmiotem, niezbywalne i nieprzenaszalne samodzielnie, w inny sposób, aniżeli poprzez zbycie całości lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa zdolnej do dalszego prowadzenia działalności w niezmiennym zakresie – zbycie przedsiębiorstwa nie oznacza zbycia mienia, ale zbycie swoistego organizmu gospodarczego<sup>14</sup>. Izba wskazywała na konieczność wykazania rzeczywistej możliwości korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego rozumianą poprzez pryzmat fizycznego udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu części lub całości przedmiotu zamówienia publicznego<sup>15</sup>. Ponadto, udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci musiało mieć charakter rzeczywisty i właściwy dla danego zamówienia publicznego<sup>16</sup>.

Pogląd, że udostępnienie zasobów na czas wykonania zamówienia publicznego musi być realne, a nie przedstawiane jedynie w celu formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wyrażony jednoznacznie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Apelski* (sygn. C-324/14)<sup>17</sup>. Trybunał określił zasady, na jakich wykonawca może polegać na potencjale podmiotów trzecich. Z treści wyroku wynika, że przy poleganiu na zdolnościach podmiotów trzecich bardzo ważne jest wykazanie realności dysponowania zasobami

<sup>13</sup> Zob. Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r. część III pkt 1.2, s. 28–36, Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r. część III pkt 3, s. 34–38, Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r. część IV pkt 2 s. 74–83, Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2014 r. część 3 pkt 6, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>14</sup> Zob. Wyrok SN z 10 stycznia 1972 r. w spr. I CR 359/71, OSPIKA 1972, z. 12, poz. 232, wyrok Sądu Najwyższego z 17 października 2000 r., w spr. I CKN 850/98, LEX Nr 50895, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2003 r. w spr. IV CKN 51/01.

<sup>15</sup> Zob. Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2785/10, wyrok KIO z dnia 17 maja 2010 r., sygn. akt KIO 790/10, wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1439/10, wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1536/10, wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1588/10, wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1741/10, wyrok KIO z dnia 20 maja 2011 r., sygn. akt KIO 945/11, wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1468/11, KIO 1473/11, wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2294/11, wyrok KIO z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt KIO 2292/13, wyrok KIO z dnia 13 września 2013 r., sygn. akt KIO 2104/13, wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 3001/13, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>16</sup> Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2429/14, KIO 2430/14, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze, Zeszyt nr 19, UZP, Warszawa, czerwiec 2015, s. 54–67, wyrok KIO z 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 715/14, wyrok KIO z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt KIO 2292/13, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11, [www.orzeczenia.gdansk.so.gov.pl](http://www.orzeczenia.gdansk.so.gov.pl), wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 maja 2013 r., sygn. akt V Ca 243/13, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>17</sup> Zob. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 7 kwietnia 2016 r., *PARTNER Apelski Dariusz przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta*, sprawa C-324/14 ECLI:EU:C:2016:214.



podmiotów trzecich przy wykonywaniu zamówienia publicznego. Wyjątkowe okoliczności związane z przedmiotem zamówienia publicznego (konkretnym zamówieniem) mogą uzasadniać ograniczenie prawa wykonawcy do polegania na zdolnościach podmiotów trzecich. Wówczas podmiot, na którego zdolności wykonawca się powołuje, musi wziąć udział (realnie) w wykonaniu zamówienia w zakresie, do którego jego zdolności były deklarowane. Chodzi zatem o niezbędność zasobów do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego<sup>18</sup>.

Izba prezentowała w orzecznictwie także pogląd przeciwny – wskazujący, że w ramach udostępnienia przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia dla celów potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę nie ma konieczności wykazania udziału podmiotu trzeciego w formie podwykonawstwa, gdyż przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp literalnie wskazuje na możliwość nieograniczonego posługiwania się przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konieczność oddania do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów w toku realizacji zamówienia nie musi oznaczać konieczności fizycznego udziału danego podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy, gdyż przepis wymaga jedynie, aby udostępniany wykonawcy potencjał mógł być wykorzystany przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia. W przypadku potencjału wiedzy i doświadczenia, jako możliwy sposób korzystania z zasobów wskazywano, oprócz podwykonawstwa, także – doradztwo, przekazanie wykonawcy przez podmiot trzeci jego wiedzy w zakresie technologii w formie konsultacji, szkoleń itp. Wskazywano jednocześnie, że powyższa interpretacja znajduje potwierdzenie w brzmieniu stosownych przepisów przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r., w szczególności § 1 ust. 2, który uprawniał zamawiającego do żądania od wykonawcy przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten dopuszcza zatem możliwość braku fizycznego udziału podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby w realizacji zamówienia<sup>19</sup>. Do tego poglądu przychyliły się również w swoich orzeczeniach niektóre sądy okręgowe<sup>20</sup>. W wyroku z dnia 14 stycznia 2016 r. TSUE wskazał m.in., że „zamawiający nie ma uprawnień do narzucania wykonawcom rodzajów powiązań prawnych, jakie mają go łączyć z podmiotem trzecim”<sup>21</sup>.

Kwestią budzącą wątpliwości interpretacyjne, wynikającą z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp do czasu nowelizacji przepisu z 2014 r., była możliwość udostępnienia wykonawcy przez podmiot trzeci zasobów ekonomicznych w sytuacji, gdy przepis wprost nie wskazywał na możliwość korzystania z potencjału ekonomicznego podmiotu trzeciego, zaś taką możliwość przewidywał art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE. Wykładnia pronounijna ww. prze-

<sup>18</sup> Zob. Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 1/2017 styczeń – marzec 2017, s. 24, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>19</sup> Taki pogląd prezentowany był w orzeczeniach Izby w sprawach m.in.: wyrok z dnia 18 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 250/11, wyrok KIO z 26 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1482/11, wyrok KIO z 18 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1666/11, KIO 1669/11, wyrok KIO z 22 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1670/11, wyrok KIO z 9 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2531/11, wyrok KIO z 14 listopada 2011 r., KIO 2248/11, KIO 2249/11, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze, Zeszyt nr 11, UZP, Warszawa, październik 2012, s. 59.

<sup>20</sup> Zob. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 20 października 2010 r., sygn. akt XII Ga 451/10, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze, Zeszyt nr 8, UZP, Warszawa, październik 2011 r., wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 marca 2011 r., sygn. akt XIX Ga 92/11, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>21</sup> Zob. Wyrok TSUE z dnia 14 stycznia 2016 r. w sprawie C-234/14 *Ostas celtnieks*, EU:C:2016:6, pkt 28, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).



pisu prawa krajowego nakazywała przyjęcie możliwości powoływania się przez wykonawców na potencjał ekonomiczny podmiotów trzecich przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu<sup>22</sup>. Stanowisko, że uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków dotyczy, co do zasady, wszystkich wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp warunków udziału w postępowaniu, w tym sytuacji ekonomicznej, znalazło wkrótce akceptację w stanowisku UZP<sup>23</sup>.

Ważnym zagadnieniem, które wymagało rozstrzygnięcia w związku z interpretacją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, był wymóg dotyczący formy oświadczenia podmiotu trzeciego („w szczególności pisemnego zobowiązania”) w kontekście obowiązku udowodnienia przez wykonawcę, że będzie realnie posługiwał się potencjałem podmiotu trzeciego.

W przeważającej części orzecznictwa Izby wskazywano na konieczność przedłożenia przez wykonawcę zobowiązania w formie pisemnej, w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego<sup>24</sup>. Izba wskazywała, że dokument ten w sposób wyjątkowy został samoistnie uregulowany w przepisie ustawy Pzp, w przeciwieństwie do innych dokumentów, których dotyczyło przywołane powyżej rozporządzenie w sprawie dokumentów. Przepis ustawy Pzp wprost określił dla tego dokumentu szczególną formę – pisemną<sup>25</sup>. Odmienny pogląd, jednak mniejszościowy, znalazł również wyraz w orzecznictwie Izby<sup>26</sup>.

Na tle interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wystąpił także problem dotyczący możliwości stosowania tego przepisu do postępowań wieloetapowych, w których następuje punktowana prekwalfikacja wykonawców do dalszego etapu postępowania. Jednocześnie na rynku zamówień publicznych pojawiła się praktyka przedkładania przez wykonawców zobowiązań podmiotów trzecich wyłącznie w celu uzyskania wyższej punktacji<sup>27</sup>.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 3 sierpnia 2011 r.<sup>28</sup> Izba uznała za zgodne z przepisami ustawy Pzp ograniczenie w ogłoszeniu o zamówieniu możliwości uzyskania dodatkowych punktów w ramach prekwalfikacji przez wykonawcę wyłącznie w odniesieniu do doświadczenia własnego wykonawcy. Izba zważyła, że korzystanie z „pożyczonego doświadczenia” może mieć na celu jedynie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie może służyć podwyższeniu punktacji celem uzyskania wyższej pozycji na liście rankingowej wykonawców. Izba wskazała, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp został wprowadzony do ustawy Pzp, jako regulacja szczególna, mająca na celu umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom, którzy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie

<sup>22</sup> Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 269/11, wyrok KIO z 7 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>23</sup> J. Sadowy (w:) System zamówień publicznych w Polsce, pod red. J. Sadowego, UZP, Warszawa 2013, s. 156.

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 459 ze zm.).

<sup>25</sup> Tak m.in. Izba w orzeczeniach: wyrok KIO z 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 636/11, wyrok KIO z 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 787/11 KIO 830/11, wyrok KIO z 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO 447/11, KIO 449/11, KIO 452/11, wyrok KIO z 8 maja 2011 r., sygn. akt KIO 822/11 Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze, Zeszyt nr 9, UZP, Warszawa, grudzień 2011, s. 44, wyrok KIO z 21 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1447/11, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>26</sup> Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 104/11, KIO 105/11, wyrok z 27 września 2011 r., sygn. akt KIO 1985/11).

<sup>27</sup> Zob. Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r., część 3 pkt 3, s. 75–83, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>28</sup> Zob. wyrok KIO z 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1549/11, KIO 1569/11, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

przepis art. 51 ustawy Pzp służy dokonaniu oceny (prekwalifikacji) wykonawców pod kątem przewidzianego w ogłoszeniu o zamówieniu zawężenia kręgu wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu w oparciu o ustalone kryterium. Skoro cel tego przepisu jest odmienny od celu, w jakim wprowadzono do ustawy art. 26 ust. 2b (wykazanie spełniania warunków udziału), to niedopuszczalne jest wykazywanie warunków podmiotowych w zakresie prekwalifikacji z zastosowaniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tak też orzekła Izba w wyroku z dnia 7 listopada 2011 r.<sup>29</sup>, uznając m.in., że zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu podmiot trzeci udostępnia zasoby „niezbędne” do realizacji zamówienia, czyli określone na poziomie minimalnym, bez których nie można zrealizować zamówienia.

Izba uznała konsekwentnie, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozwala na uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale nie pozwala na złożenie nowych oświadczeń lub dokumentów przez wykonawcę, który spełnienie warunków udziału w postępowaniu już wykazał, a żąda wezwania go do uzupełnienia dokumentów wyłącznie w celu uzyskania lepszej pozycji w rankingu wykonawców<sup>30</sup>.

Odmienny pogląd prezentowany w orzecznictwie KIO w tym zakresie wskazywał, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie daje podstaw do przyjęcia, że wykonawcy mogą korzystać z potencjału podmiotu trzeciego wyłącznie dla wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, lecz także w celu uzyskania lepszej pozycji w rankingu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu<sup>31</sup>. W wyroku z dnia 12 listopada 2012 r.<sup>32</sup>, Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła stanowisko, że „dopiero wyraźna jednoznaczna norma zakazująca możliwości posługiwania się doświadczeniem osób trzecich dla zwiększenia punktacji rankingowej w przetargu ograniczonym oznaczałaby wolę ustawodawcy zaliczania jedynie własnego doświadczenia i wiedzy w tym zakresie”. Powyższe stanowisko znalazło potwierdzenie w orzecznictwie sądów okręgowych<sup>33</sup>, w którym wykształcił się kierunek oparty na wykładni językowej, dopuszczający posługiwanie się potencjałem innego podmiotu na potrzeby prekwalifikacji (art. 51 ust. 2, 57 ust. 3 i 60d ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 17 marca 2016 r. uznał, że wykonawca może korzystać z zasobów podmiotów trzecich nie tylko celem wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, ale również w celu znalezienia się na wyższym miejscu w rankingu punktowym. Sąd stwierdził, że brak możliwości uwzględnienia doświadczenia podmiotów trzecich w pierwszym etapie stawia w dużo trudniejszej sytuacji małych

---

<sup>29</sup> Zob. wyrok KIO z 7 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>30</sup> Zob. wyrok KIO z 9 września 2011 r., sygn. akt KIO 1797/11, KIO 1801/11, KIO 1807/11, KIO 1808/11, KIO 1813/11, KIO 1817/11, wyrok KIO z 2 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2141/11, KIO 2183/11, KIO 2185/11, KIO 2189/11, KIO 2190/11, KIO 2191/11, KIO 2196/11, KIO 2198/11, wyrok KIO z 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2359/10, wyrok KIO z 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1549/11, KIO 1569/11, wyrok KIO z 18 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 232/12, KIO 243/12, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>31</sup> Podobne stanowisko przyjęte zostało w orzeczeniu KIO z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt KIO 1730/11, wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 14/11, wyroku KIO z dnia 12 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2357/2012, KIO 2369/2012, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>32</sup> Sygn. akt KIO 2357/2012; KIO 2369/2012.

Podobnie wyrok KIO z dnia 6 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 133/12, wyrok z dnia 5 marca 2012 r., KIO 223/12, KIO 248/12, KIO 261/12, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 września 2012 r., sygn. akt XIX Ga 461/12, wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r., sygn. akt II Ca 373/12, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

i średnich przedsiębiorców i prowadzi do zamykania kręgu podmiotów mogących uzyskać zaproszenie do składania ofert<sup>34</sup>.

W obowiązującym stanie prawnym, uwzględniającym zmiany wprowadzone ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r., która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.<sup>35</sup>, w miejsce art. 26 ust. 2b wprowadzono rozszerzoną regulację obejmującą kilka przepisów. Za treścią dyrektywy 2014/24/UE<sup>36</sup> wskazano, że wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne w dalszym ciągu może skorzystać z zasobów innych podmiotów, w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nowelizacja wprowadziła zmiany dotyczące możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, które miały na celu usunięcie wątpliwości, jakie pojawiały się od czasu wejścia w życie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp<sup>37</sup>.

Przepis art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Przy czym, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). Powyższe zasoby mają bowiem szczególny charakter, który nie pozwala na przenoszenie ich w dowolny sposób pomiędzy podmiotami, stąd uzasadniona jest konieczność włączenia podmiotu udostępniającego zasoby w realizację zamówienia.

W zakresie konieczności realnego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego na czas wykonania zamówienia publicznego aktualny pozostaje pogląd wyrażony w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Apelski* (sygn. C-324/14) w świetle przepisów nowej dyrektywy klasycznej, w tym art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, który wskazuje, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów jedynie wówczas, gdy te podmioty zrealizują roboty lub usługi, do których wykonania te zdolności są potrzebne.

W przypadku polegania przez wykonawcę na zdolnościach podmiotów trzecich w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawca odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy (art. 22a ust. 5 ustawy Pzp). Zmianie zatem uległ zakres odpowiedzialności solidarnej wykonawcy i podmiotu trzeciego, poprzez zawężenie tej odpowiedzialności wyłącznie do przypadku polegania na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów.

<sup>34</sup> Zob. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 17 marca 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 2113/15, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>35</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016, poz. 1020 ze zm.).

<sup>36</sup> Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r.

<sup>37</sup> Zob. Opinia UZP „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

Stosownie do brzmienia art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający jest uprawniony do dokonania w dokumentach zamówienia zastrzeżenia do osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowej części zamówienia. Zastrzeżenie powyższe stanowi wyjątek od zasady ogólnej dopuszczalności możliwości polegania na zdolnościach innych podmiotów i wprost ogranicza możliwość polegania na zasobach podmiotów trzecich w odniesieniu do kluczowych części zamówienia zastrzeżonych przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę. W zastrzeżonym zakresie wykonawca nie może zatem powoływać się na zdolności innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Regulacja ta nie może być interpretowana rozszerzająco, co oznacza, że zastrzeżenie osobistego wykonania nie może prowadzić do ograniczenia konkurencji w sposób nadmierny i nieuzasadniony.

Istotną kwestią z punktu widzenia wykonawców i zamawiających, która jednak nie znalazła wyraźnej regulacji w przepisach znowelizowanej ustawy Pzp, jest możliwość posiłkowania się zasobami podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełnienia warunków prekwalfikacji w postępowaniach dwuetapowych (kryteriów selekcji). Przepis art. 22a ustawy Pzp nie przewiduje takiej możliwości, zatem w postępowaniach dwuetapowych wykonawcy mogą polegać za zasobach podmiotów trzecich wyłącznie w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu tzw. minimalnych, lecz nie mogą korzystać z zasobów zewnętrznych dla zwiększenia liczby punktów w ramach kryteriów selekcji i zakwalifikowania się do dalszego etapu postępowania.

Znowelizowane przepisy przewidują możliwość zastąpienia wskazanego przez wykonawcę podmiotu trzeciego innym podmiotem albo zobowiązania się wykonawcy do samodzielnej realizacji zamówienia w przypadku, gdy zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego te zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub wobec tego podmiotu zachodzą przesłanki wykluczenia. Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający żąda w takim przypadku, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

1. zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
2. zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Regulacja powyższa doprecyzowuje możliwość zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci oraz możliwość samodzielnego wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku w zakresie objętym zasobem podmiotu trzeciego, która była dostępna w ramach dotychczasowych regulacji ustawy Pzp<sup>38</sup>. Jak wynika z opinii UZP, „Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie dubluje zatem zasady dotyczącej uzupełniania dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem tej zasady. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp – nie stanowi zatem także o możliwości dalszego badania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia ponad to na co przyzwała art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (reguła jedno-

---

<sup>38</sup> Opinia UZP „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” dostępna na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

krotnego wezwania o dany dokument)<sup>39</sup>. Jak wynika z ww. opinii, interpretacja regulacji dotyczącej możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, i szerzej możliwości uzupełniania dokumentów, musi uwzględniać nowy kierunek wykładni wynikającej z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 ws. *Esaprojekt*<sup>40</sup>. Jak wskazuje Prezes UZP w ww. opinii, „[...] w świetle omawianego orzeczenia jakiegokolwiek uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach”. Należy w tym miejscu zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza w dotychczasowym orzecznictwie wielokrotnie uznawała, że udostępnienie zasobów może mieć miejsce zarówno w momencie złożenia oferty, jak i w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji, gdy wykonawca najpierw samodzielnie wykazywał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a wobec niewykazania tego faktu, na wezwanie do uzupełnienia dokumentów składał zobowiązanie podmiotu trzeciego<sup>41</sup>. Izba wypowiadała się za dopuszczeniem możliwości złożenia w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów – zobowiązania podmiotu trzeciego. Powyższe stanowisko prezentowane było jednak przed wydaniem ww. orzeczenia TSUE i nie dotyczyło nowych regulacji zawartych w tym zakresie w dyrektywie UE 2014/24/UE.

Po ww. nowelizacji ustawy Pzp, w dalszym ciągu wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając ich zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (art. 22a ust. 2 ustawy Pzp). Niezmiennie zatem dokumentem służącym wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 Pzp jest zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, który ma potwierdzać, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Z treści przepisu art. 22a ustawy Pzp formalnie usunięto natomiast wymóg pisemnej formy zobowiązania.

Wątpliwości może budzić kwestia momentu, w którym zobowiązanie powinno być złożone. Zgodnie z opinią UZP: „Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument. Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie.

---

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, ECLI:EU:C:2017:338.

<sup>41</sup> Wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r., sygn. KIO 1708/16; wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2016 r., sygn. KIO 929/16; wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2016 r., sygn. KIO 917/16, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).



Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego<sup>42</sup>.

Zamawiający ma, tak jak wcześniej, obowiązek weryfikacji, czy podmioty trzecie, na których zasobach wykonawca zamierza się oprzeć, spełniają warunki udziału w postępowaniu, oraz czy nie zachodzą wobec nich podstawy wykluczenia. Zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5, w oparciu o informacje przedstawione w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia oraz dokumenty i oświadczenia wymagane przez zamawiającego tak od wykonawcy, jak i od podmiotów trzecich (art. 25a ust. 3 ustawy Pzp).

Obowiązujące od dnia 28 lipca 2016 r. rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r.<sup>43</sup> zawiera regulację w § 9 ust. 1, która stanowi, że w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów; zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zgodnie z ust. 2, zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawienia w odnie-

---

<sup>42</sup> Opinia UZP: „Czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp?” dostępna na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>43</sup> Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 poz. 1126), które wdraża dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65, Dz. Urz. UE L 24 z 30.01.2016, s. 14 oraz Dz. Urz. UE L 307 z 25.11.2015, s. 5); dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243 oraz Dz. Urz. UE L 307 z 25.11.2015, s. 7); dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, s. 76, Dz. Urz. UE L 314 z 01.12.2009, s. 64, Dz. Urz. UE L 319 z 02.12.2011, s. 43, Dz. Urz. UE L 158 z 10.06.2013, s. 184, Dz. Urz. UE L 335 z 14.12.2013, s. 17 oraz Dz. Urz. UE L 330 z 16.12.2015, s. 14).



sieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1–9, tj. w zakresie braku podstaw wykluczenia. Co do formy dokumentów, zgodnie z § 14 ust. 1 ww. rozporządzenia, wykonawca ma obowiązek złożyć w oryginale oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, oraz dotyczące podwykonawców.

Poprzednio obowiązujące przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane<sup>44</sup>, uprawniały zamawiającego do żądania dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich tylko w ściśle określonych przypadkach. Przepis § 3 ust. 4 ww. rozporządzenia miał zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz jednocześnie podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Obecnie obowiązujące przepisy zobowiązują zamawiającego do żądania dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego w każdym przypadku, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, niezależnie od tego czy podmiot udostępniający wykonawcy swój potencjał będzie brał udział w realizacji zamówienia, czy też nie.

Reasumując powyższe rozważania należy podkreślić, że ustawa nowelizacyjna z dnia 22 czerwca 2016 r. wdrażająca do polskiego prawa krajowego nowe dyrektywy zamówieniowe Parlamentu Europejskiego i Rady (2014/24/UE oraz 2014/25/UE) na tym etapie w istotnym zakresie osiągnęła swój cel. Nowe regulacje unijne, które zostały transponowane do ustawy Pzp, miały bowiem na celu m.in. uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych oraz ułatwienie średnim i małym przedsiębiorcom udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W zakresie dotyczącym możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nastąpiło w znacznym stopniu doprecyzowanie obowiązujących przepisów, zarówno w samej ustawie Pzp, jak i w rozporządzeniach wykonawczych do ustawy. Nowe regulacje przenoszą w części również stanowisko dotychczasowego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych, w szczególności w odniesieniu do możliwości korzystania z zasobów podmiotu trzeciego niezbędnych do realizacji zamówienia. Jednoznacznie określono w przepisach, że sposób udostępnienia zasobów, a tym samym sposób korzystania przez wykonawcę z udostępnionych mu zasobów, które są ściśle i nieodłącznie związane z podmiotem udostępniającym, musi uwzględniać rodzaj, złożoność i specyfikę danego zamówienia oraz nie może nastąpić bez odpowiedniego zaangażowania tego podmiotu w procesie realizacji konkretnego zamówienia. Wprowadzone zmiany w zakresie korzystania przez wykonawców z potencjału i zasobów podmiotów trzecich, z punktu widzenia zamawiających, ułatwiają ocenę spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, natomiast wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego z wykorzystaniem zasobów podmiotów trzecich – umożliwiają łatwiejsze dostosowanie się oraz określenie własnej sytuacji w postępowaniu – w odniesieniu do wymogów dotyczących posiłkowania się zasobami podmiotów trzecich w danym postępowaniu, w tym w szczególności w zakresie udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia.

---

<sup>44</sup> Dz. U. 2013, poz. 231.

## 9. WPŁYW ORZECZNICTWA KIO NA WYKŁADNIĘ ART. 26 UST. 3 PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Dagmara Gałczewska-Romek

*Instytucja wezwania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń stanowi jeden z kluczowych elementów udzielania zamówienia publicznego, zapobiega eliminowaniu z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, którzy składając oferty popełnili błędy natury formalnej, przez co wpływa na zwiększenie konkurencyjności. Celem opracowania jest wskazanie pewnych ugruntowanych poglądów orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, które miały i mają istotny wpływ na stosowanie w praktyce udzielania zamówień publicznych instytucji wezwania do uzupełniania, określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.*

Regulacja dotycząca uzupełniania dokumentów, określona w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>, od początku jej istnienia w przepisach Prawa zamówień publicznych była wielokrotnie nowelizowana. Celem kolejnych nowelizacji tego przepisu było zagwarantowanie optymalnej równowagi między efektywnym wydatkowaniem środków publicznych a zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Istotą wprowadzenia procedury wezwania do uzupełniania dokumentów i oświadczeń było z jednej strony dążenie do podniesienia efektywności i racjonalności wydatkowania środków publicznych, a z drugiej strony ochrona wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia przed nieuzasadnionym wykluczeniem ich z udziału w postępowaniu wyłącznie z powodu popełnienia błędów formalnych<sup>2</sup>. Instytucja uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowić miała skuteczne narzędzie do poprawy efektywności i racjonalności wydatkowania środków publicznych, a jej celem jest zagwarantowanie realizacji nadrzędnych zasad wydatkowania środków publicznych, wynikających z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych<sup>3</sup>, to jest: zasady wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w jego aktualnym brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 roku<sup>4</sup>, nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania w terminie przez siebie wskazanym do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub udzielenia wyjaśnień, w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Zamawiający jest zwolniony z tego obowiązku tylko wówczas, gdy mimo złożenia

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) zwana dalej: „ustawą Pzp”.

<sup>2</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw Sejm V kadencji, druk 1193 z 2007r.; [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl)

<sup>3</sup> Ustawa o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2009 r. (t.j. Dz. U. 2016, poz. 1870).

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

dokumentów lub oświadczeń, ich uzupełnienia lub poprawienia, lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Od początku istnienia instytucji wezwania do uzupełniania dokumentów, zarówno w orzecznictwie zespołów arbitrów, jak również Krajowej Izby Odwoławczej, podkreślano, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego, w okolicznościach określonych w tym przepisie, obowiązek, a nie uprawnienie, do wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. Oznacza to, że każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu, w przypadku zaktualizowania się przesłanek określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, musi być poprzedzona wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. W orzecznictwie wskazywano, że „przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zmawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu, w jakim toczy się postępowanie, oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia; wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania”. Czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełnienia warunku po wezwaniu zamawiającego uprawnia go do wykluczenia odwołującego z postępowania”<sup>5</sup>.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wypracowało także pogląd, że sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym przedłożony dokument lub oświadczenie nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Uzasadniając to twierdzenie w orzecznictwie, odwoływano się do wniosku *a maiori ad minus* i wywodzono, że jeżeli w świetle przywołanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów i oświadczeń, które nie zostały przedłożone w ogóle, to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów i oświadczeń zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której oświadczenie (np. wykaz osób, robót, dostaw czy usług), które zostało złożone, a nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Skoro ustawodawca dopuścił możliwość uzupełniania oświadczenia w sytuacji jego niezłożenia, to wydaje się racjonalnym przyjęcie, iż taka możliwość istnieje również w sytuacji złożenia oświadczenia, ale obciążonego wadami<sup>6</sup>. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej miało także istotny wpływ na zdefiniowanie pojęcia „dokumentu zawierającego błąd”, które zostało użyte w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przeważał pogląd, że złożenie dokumentu zawierającego błąd obejmuje nie tylko sytuacje, w których dokument jest dotknięty wadami czysto formalnymi (np. niepodpisany, nieczytelny, złożony w niewłaściwej formie), ale także sytuacje, gdy jego treść nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Zob. Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 427/11, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, Zeszyt nr 9 pod red. M. Stręciwilk, Warszawa, 2011, teza nr 58, s. 46.

<sup>6</sup> Zob. Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1557/11, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, Zeszyt nr 11 pod red. M. Stręciwilk, Warszawa 2012, teza nr 91, s. 62.

<sup>7</sup> Zob. np. Wyrok KIO z dnia 16 marca 2012 r., sygn. akt KIO 438/12, wyrok KIO z dnia 7 marca 2012 r., sygn. akt KIO 379/12, [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2012\\_0438.pdf](http://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2012_0438.pdf), [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2012\\_0379.pdf](http://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2012_0379.pdf).

Jedną ze szczególnych zasad związanych z instytucją uzupełnienia dokumentów i oświadczeń jest zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu, która – w odróżnieniu od innych zasad udzielania zamówień publicznych – nie wynika wprost z treści przepisów Prawa zamówień publicznych, a została wypracowana przez ugruntowane orzecznictwo. Zasada ta, mimo wielokrotnych modyfikacji treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pozostała niezmienna. Pogląd o możliwości jednokrotnego wzywania do uzupełniania danego dokumentu i oświadczenia był wyrażany już w orzecznictwie zespołów arbitrów, a następnie kontynuowany i ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i potwierdzony przez sądy powszechne. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 sierpnia 2006 r.<sup>8</sup> wskazał m.in. że „przepis ten mógł być w fazie postępowania o zamówienia publiczne zastosowany tylko jednorazowo i tylko w sytuacji zagrożonej unieważnieniem całego postępowania. Przemawia za taką wykładnią literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten w ocenie Sądu Okręgowego ma charakter wyjątkowy i nie może być nadużywany. Wielokrotne skorzystanie przez zamawiającego z możliwości przedłużania terminu do uzupełniania dokumentów, których brak skutkować może wykluczeniem z przetargu, mogło doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, o której mowa w art. 7 Pzp”<sup>9</sup>.

Pogląd ten był następnie kontynuowany i upowszechniony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w którym podkreślano wyjątkowy charakter przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jako odstępstwo od zasady składania wszystkich dokumentów i oświadczeń wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W licznych orzeczeniach Izba wskazywała, że „słusznym jest pogląd, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy ma charakter wyjątkowy i należy traktować go literalnie, zaś żądanie uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jest czynnością jednokrotną i nie może być stosowane powtórnie w stosunku do tego samego dokumentu (...) Zatem należy uznać, że procedura uzupełniania dokumentów określona w art. 26 ust. 3 ustawy została wyczerpana, a wykonawca nie przedstawił dokumentów, które potwierdzałyby w sposób niezbity spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego”<sup>10</sup>.

Jednocześnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wyrażano pogląd, że „jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentów odnosi się nie do wszystkich dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, ale do poszczególnego dokumentu, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu i konkretnych okoliczności faktycznych”<sup>11</sup>. Wskazywano także, iż podnoszona w doktrynie i orzecznictwie możliwość jednokrotnego dokonania przez zamawiającego wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie oznacza możliwości wezwania wykonawcy na podstawie przywołanego przepisu wyłącznie jeden raz w danym postępowaniu. Zamawiający może dokonać natomiast jednokrotnego wezwania w odniesieniu do danego oświadczenia, dokumentu lub pełnomocnictwa, lub w odniesieniu do jednej okoliczności faktycznej lub prawnej, istotnej dla ich oceny<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Sygn. akt V Ca 806/06.

<sup>9</sup> Źródło: System Informacji Prawnej LEX.

<sup>10</sup> Zob. np. Wyrok z dnia 2 września 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 854/08, [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2008\\_0854.pdf](ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2008_0854.pdf).

<sup>11</sup> Zob. np. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 827/08, [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2008\\_0827.pdf](ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2008_0827.pdf).

<sup>12</sup> Zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1418/09, [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2009\\_01418.pdf](ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2009_01418.pdf).

W kontekście zachowania zasady jednorazowości wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zwracano uwagę na konieczność prawidłowego sformułowania wezwania do uzupełniania dokumentów i precyzyjnego podania przez zamawiającego podstaw prawnych i okoliczności faktycznych, będących podstawą zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W jednym z orzeczeń Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „instytucja poprawiania błędnych dokumentów opiera się na stwierdzeniu błędu przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełniania dokumentu. Jeżeli zamawiający nie wskaże wszystkich błędów w dokumencie, w wezwaniu do uzupełniania dokumentu, to powinien ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentu, wskazując błąd, do którego naprawienia Wykonawca nie był uprzednio zobowiązany w wezwaniu do uzupełniania dokumentu. Nie można wprost stosować zasady, że do uzupełnienia dokumentu nie można wzywać wielokrotnie, jeżeli zamawiający zauważa błędy nie w toku jednej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, ale w toku wielokrotnych czynności wezwania do uzupełniania dokumentu, z powodu zauważonych każdorazowo innych błędów”<sup>13</sup>.

Ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazywało na konieczność zachowania precyzji i jednoznaczności w skierowanym do wykonawcy wezwaniu do uzupełniania dokumentów i oświadczeń, podkreślając, że obowiązek ten obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy. Wskazywano jednocześnie, że szczegółowość wezwania uzależniona jest od okoliczności danego stanu faktycznego. „Przykładowo, w sytuacji, gdy wykonawca wraz z ofertą nie składa żadnych wymaganych dokumentów, wystarczające może okazać się żądanie ich złożenia w określonym terminie. Jednakże w sytuacji, gdy wykonawca wraz z ofertą składa dokumenty w celu spełniania wymogów określonych w SIWZ, zwłaszcza w sytuacji gdy warunek udziału w postępowaniu jest rozbudowany i składa się na niego wiele przesłanek, takie postępowanie zamawiającego może naruszać przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w takim przypadku zamawiający winien wskazać, które elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane, i jakie są powody takiej oceny zamawiającego. W przeciwnym wypadku wezwanie do złożenia dokumentów może mieć charakter iluzoryczny”<sup>14</sup>. Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę, że „wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co do zasady to wezwanie jednokrotne, ale dotyczy to sytuacji, w której dane uchybienie zostało w wezwaniu wskazane. W przypadku, gdy w wezwaniu do uzupełniania próbki zamawiający zwrócił uwagę na inne uchybienia, brak jest podstaw do uznania, że kolejne wezwanie nie jest uprawnione”<sup>15</sup>.

Ugruntowana w orzecznictwie zasada jednokrotnego wzywania od uzupełniania dokumentów, nabrała istotnego znaczenia na skutek ostatniej nowelizacji ustawy Pzp<sup>16</sup>. W wy-

---

<sup>13</sup> Zob. Wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1774/09, [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2009\\_01774.pdf](ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2009_01774.pdf).

<sup>14</sup> Zob. Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1557/11, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, Zeszyt nr 11 pod red. M. Stręciwilk, Warszawa, 2012, teza nr 91, s. 62, także wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 3 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 31/10, [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2008\\_01530.pdf](ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2008_01530.pdf), [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2010\\_031.pdf](ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/2010_031.pdf).

<sup>15</sup> Zob. Wyrok z dnia 2 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1289/16, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych, Zeszyt nr 25 pod red. M. Stręciwilk, Warszawa, 2017, teza nr 47, s. 35.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 r., poz. 1020).



niku tej nowelizacji dokonano nie tylko zmiany treści samego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale także wprowadzono nowe zasady dotyczące kwalifikacji podmiotowej wykonawców, oparte na regule, że wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału, wykonawca nie ma obowiązku składania wszystkich dokumentów, a wystarczające jest złożenie oświadczenia, które stanowi wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonuje weryfikacji wykonawcy pod względem podmiotowym i żąda złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia jedynie od tego wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej (art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp).

Wątpliwości interpretacyjne co do prawidłowego stosowania instytucji wezwania do uzupełniania dokumentów powstały nie tylko w związku z nowym podejściem do procesu weryfikacji podmiotowej wykonawców, ale także w związku z wprowadzeniem nowych regulacji dotyczących wezwań do złożenia, uzupełnienia i konwalidowania dokumentów (art. 26 ust. 1 ust. 2, art. 26 ust. 2f, art. 22a ust. 6 ustawy Pzp). Istotną do rozstrzygnięcia w orzecznictwie kwestią stało się określenie wzajemnych relacji przywołanych przepisów z istniejącym dotychczas przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jakkolwiek, z uwagi na krótki okres obowiązywania nowych przepisów, nie można mówić jeszcze o ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie, to jednak słusznym wydaje się stanowisko, wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, iż niezależnie od zmiany treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sposób rozumienia tego przepisu nie uległ zmianie. Aktualnym pozostaje ugruntowany w dotychczasowym orzecznictwie pogląd o obligatoryjności wezwania do uzupełniania dokumentów, w okolicznościach wskazanych w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz o jednokrotności wezwania do uzupełnienia w odniesieniu do konkretnego dokumentu. Stąd wyrażany jest pogląd, że przedłożenie w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp dokumentów niepotwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji lub dokumentów niepotwierdzających niepodlegania wykluczeniu albo niezłożenie wszystkich dokumentów, aktualizuje obowiązek wezwania przez zamawiającego o uzupełnianie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp<sup>17</sup>.

Zarówno w orzecznictwie, jak i przywołanej opinii Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażono pogląd, że przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do żądania zastąpienia podmiotu trzeciego, na którego zasoby wykonawca powołuje się, innym podmiotem lub podmiotami lub do zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, w sytuacji, gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego powołuje się wykonawca, nie potwierdzi spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub nie potwierdzi braku podstaw wykluczenia, określa jedynie sposób wykonania obowiązku, którego podstawę wezwania stanowi art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że treść art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie ustanawia odrębnej procedury wzywania wobec art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp daje wykonawcy możliwość zmiany podmiotu trzeciego w trakcie zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp<sup>18</sup>. Słuszne w tym zakresie jest stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Pub-

<sup>17</sup> Opinia prawna „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp”, [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>18</sup> Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 583/17, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/1017.



licznych, że „przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie dubluje zatem zasady dotyczącej uzupełniania dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem tej zasady”.

Podsumowując wskazać należy, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej na przestrzeni ostatnich 10 lat udało się wypracować pewne reguły związane z interpretacją przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które mimo wielokrotnych nowelizacji tego przepisu, pozostały niezmiennie. Na szczególną uwagę zasługuje zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów, której granice wyznaczone są przez podstawowe zasady wydatkowania środków publicznych oraz zasady wynikające wprost z przepisów ustawy Pzp, to jest zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

## 10. UZASADNIONE POTRZEBY ZAMAWIAJĄCEGO PRZY OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA – WYTYCZNE ORZECZNICTWA

Marzena Ordysińska

*Niniejsze opracowanie stanowi omówienie, w oparciu o orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, regulacji art. 29 ust. 1 i ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”. Znaczenie niewyartykułowanego w przepisach pojęcia uzasadnionych potrzeb zamawiającego ukształtowało się w praktyce orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzonej wyrokami sądów okręgowych. Uzasadnione potrzeby zamawiającego znajdują odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia – powinny mieć decydujące znaczenie dla określenia parametrów funkcjonalnych i technicznych przyszłego świadczenia. Opisuując własne oczekiwania, zamawiający powinien uwzględnić zasadę opisu przedmiotu zamówienia bez utrudnienia uczciwej konkurencji. Zagadnienia, opisane w opracowaniu, mają doniosłe konsekwencje nie tylko dla realizacji umowy o zamówienie publiczne, ale również – dla postępowania odwoławczego.*

Zamówienie publiczne to odpłatna umowa, zawierana między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem mogą być usługi, dostawy lub roboty budowlane<sup>1</sup>. Przedmiot tej umowy jest tożsamy z opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przedmiotem przyszłego świadczenia. Opis przedmiotu zamówienia jest najistotniejszą częścią SIWZ – formułuje oczekiwania zamawiającego co do nabywanego, po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, świadczenia. Dlatego przedmiot zamówienia powinien być opisywany przez zamawiającego z najwyższą starannością – o tym, jak należy opisać przedmiot zamówienia, mówi art. 29 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, natomiast zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Opisanie przedmiotu zamówienia jest z jednej strony – obowiązkiem, z drugiej strony – uprawnieniem zamawiającego. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji – poszanowanie tych zasad nie oznacza jednak, że zamawiający nabędzie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot niskiej jakości, niezaspakajający jego potrzeb. Zamawiający ma prawo wymagać nie tylko odpowiedniej jakości, ale również ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby odpowiadał jego skonkretyzowanym potrzebom. Zaspokojenie tych potrzeb nie jest jednak równoznaczne z realizacją subiektywnego upodobania zamawiającego, ale musi być uzasadnione zobiektywizowanymi czynnikami.

Można zauważyć, że większy poziom skonkretyzowania przedmiotu zamówienia może sprzyjać ograniczeniu zasady zachowania uczciwej konkurencji; drobiazgowo określenie granic

<sup>1</sup> Art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579), zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

oczekiwanego przedmiotu zamówienia może powodować, że niektóre podmioty nie będą w stanie zrealizować podanych wymagań. Wynikająca z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada zachowania uczciwej konkurencji, odnosząca się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, nie oznacza jednak, że należy umożliwić złożenie oferty każdemu podmiotowi funkcjonującemu na rynku relewantnym. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że art. 7 ust. 1 ustawy Pzp określa generalną zasadę postępowania, nakładając na zamawiającego obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, natomiast art. 29 ust. 2 ustawy Pzp mówi tylko o nieutrudnianiu konkurencji. Bezwzględna zasada zachowania uczciwej konkurencji doznaje więc w pewnym sensie wzmocnienia przy opisie przedmiotu zamówienia. Wystarczy bowiem samo utrudnienie uczciwej konkurencji, a nie jej wystąpienie, aby mówić o naruszeniu prawa i reguł konkurencji. Skonkretyzowane w danym postępowaniu, oparte na obiektywnych podstawach, potrzeby zamawiającego mogą usprawiedliwić utrudnienie uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia: „Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w taki sposób, aby uzyskać oczekiwany efekt oraz w taki sposób sprecyzować cechy przedmiotu zamówienia, aby chroniły one jego zobiektywizowany interes”<sup>2</sup>. Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp formułuje zasadę opisu przedmiotu zamówienia bez utrudniania uczciwej konkurencji, a przestrzeganie tej zasady musi służyć realizacji potrzeb zamawiającego, a nie je ograniczać: „Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej niż standardowa lub o podwyższonych parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami”<sup>3</sup>.

W konsekwencji, pierwszorzędne znaczenie ma wniosek, że opis przedmiotu zamówienia powinien być skorelowany z rzeczywistymi, faktycznymi potrzebami zamawiającego. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie definiują pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”, a zostało ono ukształtowane przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej – Zespołów Arbitrów<sup>4</sup>.

Zobiektywizowane potrzeby to rzeczywiste, faktyczne potrzeby zamawiającego, zarówno co do oczekiwanych funkcjonalności, jak i wyspecyfikowanych parametrów oraz jakości. Wbrew zatem obiegowym opiniom, zamówienia publiczne nie determinują kupna najtańszego przedmiotu niskiej jakości – jakość i zgodność z oczekiwaniami zamawiającego wynika z opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w SIWZ. Orzecznictwo w sposób nie budzący wątpliwości rozstrzygnęło, że obowiązek przestrzegania ustawowych reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający

---

<sup>2</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 277/10, Legalis nr 230818.

<sup>3</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08, Legalis nr 101760.

<sup>4</sup> Niezmienione od początku obowiązywania Prawa zamówień publicznych przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy są odpowiednikiem obowiązującego wcześniej art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 344). Przykładowo, w wyroku Zespołu Arbitrów z 28 czerwca 2000 r., sygn. akt UZP/ZO/0-602/00 zauważono, że „wskazanie w siwz wymogów technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia trudnych do spełnienia przez odwołującego lub innego oferenta nie stanowi dostatecznej podstawy do uznania, że przedmiot zamówienia określony został w sposób naruszający zasadę z art. 17 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych”, *Zamówienia Publiczne. Orzecznictwo Zespołu Arbitrów. Przegląd wybranych wyroków wydanych w okresie styczeń – czerwiec 2000 r.*, orzeczenia Zespołów Arbitrów. Podobnie wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 lutego 2005 r., UZP/ZO/0-175/05, Legalis nr 1396861, wyrok Zespołu Arbitrów dnia 8 stycznia 2007 r. UZP/ZO/0-3042/06, Legalis nr 81296, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 23 października 2007 r., sygn. akt KIO UZP/ZO/0-1240/07, Legalis nr 96085.

potrzeby zamawiającego: „zakaz wynikający z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku dostępu do zamówienia przez wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. Zamawiającemu przysługuje bowiem uprawnienie do określenia przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby. I nie chodzi tu tylko o rodzaj potrzeb, ale również konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Granicę swobody Zamawiającego w tym zakresie stanowi sformułowanie przez zamawiającego takich wymogów, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję. Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający, nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji”<sup>5</sup>.

Brak utrudnienia uczciwej konkurencji realizuje się poprzez prawo zamawiającego do oczekiwania określonego, skonkretyzowanego przedmiotu zamówienia, a równocześnie obowiązek dopuszczenia do jego realizacji każdego wykonawcy, zdolnego do jego wykonania. Nie można jednak zasady nieutrudniania konkurencji rozumieć w taki sposób, że zamawiający powinien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów, niż świadczenie, odpowiadające jego oczekiwaniom. Krajowa Izba Odwoławcza dostrzegła, że „opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego stanowi wypadkową uzasadnionych potrzeb zamawiającego oraz konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji przy opisie tych potrzeb. W ocenie Izby ingerencja przez wykonawców w opis przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do ograniczenia jego zakresu o elementy, które z punktu widzenia zamawiającego są niezbędne, a wynikają z jego obiektywnie uzasadnionych potrzeb. Zdaniem Izby, nie zawsze opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób, iż nie wszyscy wykonawcy będą zdolni do jego wykonania, stanowić będzie naruszenie zasady uczciwej konkurencji”<sup>6</sup>.

Pogląd, że opis przedmiotu zamówienia zgodny z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a więc obiektywny, jednoznaczny i wyczerpujący, a jednocześnie bez utrudniania uczciwej konkurencji, nie oznacza konieczności dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich podmiotów działających na rynku w określonej branży był wyrażany jednomyślnie już w orzeczeniach Zespołu Arbitrów<sup>7</sup>, a następnie Krajowej Izby Odwoławczej. Izba wyraziła pogląd, że jeżeli wykonawca sam nie jest w stanie sprostać oczekiwaniom zamawiającego, to może brać udział w zamówieniu wspólnie z innymi wykonawcami: „okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył”<sup>8</sup>. Nie ulega wątpliwości, że czynnikiem decydującym przy określeniu żądanych parametrów są potrzeby zamawiającego, a nie możliwość zrealizowania zamówienia przez

<sup>5</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2009 r. KIO/UZP 1602/09, Legalis nr 188021. Podobny pogląd wielokrotnie był wyrażany w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej od początku jej istnienia – przykładowo: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, Legalis nr 99437; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 423/08, Legalis nr 105283.

<sup>6</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1550/13, Legalis nr 744420.

<sup>7</sup> Wyrok Zespołu Arbitrów z 2 stycznia 2007 r., UZP/ZO/0-3001/06, Legalis nr 80354 (wymóg, aby przedmiot był fabrycznie nowy, nie narusza przepisów Prawa zamówień publicznych); wyrok Zespołu Arbitrów z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-484/07, Legalis nr 89272.

<sup>8</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, Legalis nr 99437.

każdego wykonawcę – „Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji”<sup>9</sup>.

Nie wszyscy wykonawcy muszą wytwarzać dany produkt, dla niektórych może być to niemożliwe z różnych względów bądź wiązać się z trudnościami, ale ta okoliczność nie przesądza, że doszło do utrudnienia uczciwej konkurencji: „Sam fakt, że na rynku występują wykonawcy nieprodukujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, niezbędne jest zbadanie i ocena, co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutków ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, a z drugiej strony – wagi potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy”<sup>10</sup>. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w innym orzeczeniu: „Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenia oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem zapewnienia konkurencji jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których uniemożliwia się z góry niektórym podmiotom udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat produktu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności”<sup>11</sup>.

W innym orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej wskazano, że „zamawiający uprawniony jest do wyboru technologii, w jakiej mają być świadczone usługi, stosownie do swoich potrzeb. Zamawiający nie ma obowiązku godzić się na każdy rodzaj podobnych usług świadczonych na rynku, jeśli nie są one jakościowo i funkcjonalnie tożsame, a istnieją przesłanki do przyjęcia, że określony sposób świadczenia usługi będzie lepszy z punktu widzenia jego potrzeb. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie może być bowiem rozumiana jako nieograniczony nakaz dopuszczania do zamówienia jak największego kręgu wykonawców realizujących usługi w danej branży i interpretowana w sposób prowadzący do narzucania zamawiającym nabywania usług nieodpowiadających ich indywidualnym potrzebom. W ocenie Izby zamawiający nie ma obowiązku korzystania z każdej technologii wykonania usług, której użycie jest możliwe, ale może wybrać taką, która będzie realizować jego uzasadnione potrzeby”<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08, Legalis nr 117834.

<sup>10</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO/KD 32/14, Legalis nr 993110.

<sup>11</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 651/17, Legalis nr 1606181.

<sup>12</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 412/15, Legalis nr 1242677.

Ocena, czy potrzeby zamawiającego są uzasadnione, zależy każdorazowo od skonkretyzowanych okoliczności danego postępowania i sytuacji zamawiającego. Często okazuje się, że wymóg dyskryminujący określoną grupę wykonawców (przykładowo – posiadanie siedziby w określonej odległości od siedziby zamawiającego) można przeformułować w taki sposób, który z pewnością ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, ale wynika z istotnej przyczyny (wymóg, aby posiłek dostarczony pacjentom szpitala był ciepły). Może przy tym okazać się, że określenie pożądanych cech produktu (temperatura posiłku) będzie skutkowało realizacją zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami i potrzebami zamawiającego, a wymóg ograniczający konkurencję w sposób dyskryminujący (położenie siedziby wykonawcy) nie przyczyni się do pożądanego efektu (bliskość siedziby wykonawcy nie jest tożsama z zapewnieniem odpowiedniej temperatury dostarczanego produktu).

Nie oznacza to, że zamawiający nie może oczekiwać, o ile jest to uzasadnione, dysponowania przez wykonawcę określoną lokalizacją. Czasami wymóg odnośnie lokalizacji punktu świadczonej usługi może być uzasadniony specyfiką zamówienia – przykładowo, Krajowa Izba Odwoławcza badała, czy zamawiający ma prawo wymagać dysponowania minimum dwoma stacjami benzynowymi, położonymi w granicach określonej gminy. Wykonawca wniósł o obniżenie wymaganej liczby stacji paliw z minimum dwóch na minimum jedną, jednak Izba stwierdziła, że wymóg Zamawiającego jest uzasadniony<sup>13</sup>.

Działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję może być zbyt ni stopień skonkretyzowania przedmiotu zamówienia<sup>14</sup>, ale również – zbyt duży stopień ogólności: „wykonawca, który zainteresowany jest udziałem w danym zamówieniu publicznym, musi mieć pełną jasność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, w taki sposób, aby bez żadnych wątpliwości mógł ustalić jego szczegółowy zakres, która to wiedza ma następnie wpływ na dokonanie wyceny tej roboty. (...) Aby wykonawca posiadał pełnię wiedzy, zamawiający zobligowany jest do opisanie wszystkich elementów związanych z realizacją zamówienia, które to elementy nie mogą być interpretowane przez wykonawców w sposób dowolny, który dodatkowo, na późniejszym etapie, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będą mogły być interpretowane przez zamawiającego ze stratą bądź pokrzywdzeniem wykonawcy”<sup>15</sup>.

Zamawiający, uwzględniając specyfikę zamówienia, ma jednak prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób elastyczny. Wykonawca może oczekiwać większego stopnia sprecyzowania, niemniej jednak stopień sprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia zależy od rzeczywistych potrzeb zamawiającego, a nie od oczekiwań wykonawcy. Przykładowo, zamawiający może opisać przedmiot zamówienia, określając szacowaną ilość wozokilometrów, a żądanie przez wykonawcę wskazania określonych tras komunikacyjnych, wkracza w kompetencję zamawiającego: „Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że niemożliwym jest zagwarantowanie wykonawcom niezmienności przedmiotu zamówieniu co do tras linii

<sup>13</sup> W ocenie Izby, Zamawiający wykazał konieczność tankowania autobusów „dwa razy na dobę, to jest w tym samym czasie większości autobusów oraz wyliczone oszczędności w przypadku nieprzedłużania z tego powodu pracy kierowców w związku z możliwością tankowania pojazdów nie na jednej, ale co najmniej dwóch stacjach i tankowania od razu więcej niż jednego autobusu” – zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 199/13, Legalis nr 754794.

<sup>14</sup> Granicę konkretyzacji opisu przedmiotu zamówienia zakreśla przepis art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, którego omówienie wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

<sup>15</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 134/17, Legalis nr 1580809.



autobusowych ani ich częstotliwości w tak odległej perspektywie czasowej. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności faktyczne stwierdzić można, że zamawiający, będący organizatorem stołecznego transportu zbiorowego autobusowego, ma prawo do zamówienia takiej usługi, która odpowiada jego uzasadnionym potrzebom. Specyficznym potrzebom zamawiającego nie odpowiada natomiast usługa, w której wykonawca świadczy przewozy tylko na ściśle określonych trasach. Uwzględnienie żądań odwołującego prowadziłoby *de facto* do zmiany charakteru i sposobu realizacji usługi przewozowej. Zamawiana byłaby bowiem, wbrew uzasadnionym i obiektywnym potrzebom zamawiającego, usługa obsługi kilku (kilkunastu) ściśle określonych tras autobusowych, podczas gdy zamawiający oczekuje świadczenia elastycznej usługi przewozowej na terenie całej sieci i za co jest gotowy zapłacić wyższą cenę. Natomiast nie będzie odpowiadać jego uzasadnionym potrzebom usługa przewozowa, w której operator świadczy przewozy tylko na z góry określonej trasie, przy ściśle wyznaczonej częstotliwości i w sposób niezmienny przez okres aż 8 lat<sup>16</sup>. Zatem to nie stopień ogólności czy skonkretyzowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający niektórym wykonawcom jego wykonanie decyduje o naruszeniu przepisów Prawa zamówień publicznych, ale relewantność określonych wymagań do uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Powyższa konstatacja – a mianowicie, że zobiektywizowane, uzasadnione potrzeby zamawiającego mogą, w świetle obowiązujących przepisów prawa, kształtować opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, że uniemożliwiają niektórym wykonawcom dostęp do zamówienia – ma doniosły wpływ na postępowania odwoławcze, w szczególności na postępowanie dowodowe, prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą. W judykaturze sformułowano pogląd, że przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie wymaga od wykonawcy faktycznego wykazania, lecz uznaje za wystarczające uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji<sup>17</sup>. Wykonawcy jednak często interpretują możliwość poprzestania na etapie uprawdopodobnienia utrudnienia konkurencji za równoznaczną z przedstawieniem oświadczenia, że nie są w stanie zrealizować określonego zamówienia; względnie, że wiązałoby się to z dużymi trudnościami. Oświadczenie to bywa nawet poparte dowodami – jednak argumentacja nakierowana wyłącznie na okoliczność, że wnoszący odwołanie wykonawca nie może wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, nie przesądza, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję. Izba dostrzegła, iż „Ustalenie, że tylko jeden podmiot może spełnić wymaganie zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy Prawa zamówień publicznych – skład orzekający podziela pogląd, wielokrotnie prezentowany w orzeczeniach zarówno Zespołów Arbitrów, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, iż jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, może on tak opisać przedmiot zamówienia, że jest w stanie zadośćuczynić mu tylko jeden wykonawca – w takim wypadku celem nie jest preferowanie określonego wykonawcy, ale otrzymanie przez zamawiającego świadczenia odpowiadającego jego rzeczywistym potrzebom (wyrok ZA z 4 kwietnia 2003 r., sygn. akt UZP/ZO/0-348/03, wyrok KIO z dnia 10 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 807/09)”<sup>18</sup>.

W celu wykazania, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, należy uprawdopodobnić, że „wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają

<sup>16</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 385/16, Legalis nr 1456813.

<sup>17</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5 (niepubl.).

<sup>18</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 377/10, Legalis nr 243012.

lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia”<sup>19</sup>. Wymagania zamawiającego odnośnie do oczekiwanego przedmiotu zamówienia „nie muszą umożliwiać ubiegania się o udzielenie zamówienia każdemu zainteresowanemu tym wykonawcy. (...) W przeciwnym razie zamówienia publiczne można byłoby sprowadzić do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających. Właściwym, zdaniem Izby, podejściem jest jednak zapatrywanie zgoła odmienne, wyrażające się dopuszczalnością stawiania przedmiotowi zamówienia nawet bardzo restrykcyjnych wymagań, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania w taki sposób kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. (...) Ergo, argumentacja Odwołującego, że nie może on aktualnie złożyć oferty i ubiegać się o udzielenie zamówienia nie stanowi *per se* potwierdzenia zarzutu ograniczania uczciwej konkurencji”<sup>20</sup>. Wykonawcy podnoszący w postępowaniu odwoławczym zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie powinni ograniczać się do wskazywania, że nie są w stanie sprostać oczekiwaniom zamawiającego, ponieważ nie uzasadnia to stwierdzenia naruszeń: „W istocie, w zakresie wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty Odwołujący przedstawiał wyłącznie kwestie dotyczące jego własnej sytuacji. Tak należało ocenić bowiem podnoszenie argumentów o konieczności dostosowania sieci logistycznej, zaburzeniach pracy sieci logistycznej z uwagi na zmianę godzin doręczania, narażaniu Odwołującego na niedotrzymanie warunków umów zawartych z innymi podmiotami, zawarciu szeregu umów z innymi podmiotami, gdzie strony wiążą krótkie terminy, czy ewentualne problemy z realizacją usług oferowanych przez Odwołującego (...). Przepis art. 29 ust. 1 *in fine* ustawy Pzp, stanowiący o uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, powinien być przede wszystkim odnoszony do materii przedmiotowej (przedmiotu zamówienia), a nie do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania Zamawiającego. Przepis ten nie powinien być również odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia. Co istotne, w niniejszym postępowaniu wprowadzone przez Zamawiającego wymogi nie skutkują koniecznością ponoszenia kosztów na etapie sporządzenia oferty. Odwołujący bynajmniej tej kwestii nie wykazał. W ocenie Izby argumenty Odwołującego nie mogły świadczyć ani stanowić podstawy do przypisania Zamawiającemu działania sprzecznego z art. 29 ust. 1 i 2 oraz z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp były one, zdaniem Izby, motywowane własnym interesem wykonawcy i nakierowane na stworzenie sobie łatwiejszych warunków realizacji zamówienia”<sup>21</sup>. Aby zatem skutecznie stawiać zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, nie można ograniczać się do argumentacji, że dany wykonawca nie może wykonać zamówienia, ale należy raczej kwestionować zbyt wygórowane i nieskorelowane z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego warunki.

Decydujący jest cel określenia pożądaných, nawet jeżeli wygórowanych, cech przedmiotu zamówienia – czy jest on wynikiem rzeczywistych potrzeb zamawiającego, czy wynika z za-

<sup>19</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 277/10, Legalis nr 230818. Tak też wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. akt XII Ga 152/12, Legalis nr 1327522.

<sup>20</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17, Legalis nr 1581022.

<sup>21</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1417/16, Legalis nr 1544182.

miaru ograniczenia kręgu wykonawców: „przy ocenie dopuszczalności ograniczenia przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający konkurencję zawsze należy poddać ocenie, czy zamawiający, decydując się na takie ograniczenie, kierował się obiektywną i uzasadnioną potrzebą. Odwołujący zaś w tym zakresie swoich twierdzeń o nieprzydatności implantów magnetycznych dla wzmocnień do 55 i 65 dB nie obronił. Zgromadzony w tym zakresie materiał dowodowy wskazuje, że zamawiający przy opisie przedmiotu zamówienia kierował się dobrem pacjenta, tj. dążył do wyeliminowania powikłań w obrębie skóry głowy, konieczności usunięcia wspornika w skrajnym przypadku, który w jego działalności miał miejsce, preferencjami pacjentów, oraz względami estetycznymi i komfortem psychicznym pacjenta związanym z brakiem stygmatyzacji. W ocenie Izby jest to uzasadniona potrzeba zamawiającego, zwłaszcza, że Izba uznała, że obiektywnie, zamawiający postępowałby nieracjonalnie, gdyby dopuszczał zaferowanie technologii, z której pacjenci nie chcą korzystać. Izba uznała także, iż w toku postępowania zostało wykazane, że są dostępne systemy implantu magnetycznego ze wzmocnieniami do 55 dB i 65 dB i technologia ta jest dostępna od 2015 r., a odwołujący nie uprawdopodobnił, że technologia ta się nie sprawdza, nie wykazał jakiegokolwiek przypadku, gdy implant magnetyczny o wzmocnieniu do 55 dB i 65 dB w badaniach naukowych został opisany jako nie spełniający swojej funkcji, czy wymagający wymiany na implant przeszłonny o tym samym wzmocnieniu. Tym samym Izba uznała, że w przedmiotowej sprawie nie doszło do niezgodnego z ustawą opisu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy<sup>22</sup>.

Oczekiwanie realizacji określonego interesu zamawiającego jest często usprawiedliwione, ale zamawiający musi być w stanie przedstawić, potwierdzającą to, przekonującą argumentację – „analiza owych potrzeb zamawiającego musi następować w realiach konkretnego zamówienia publicznego, zaś sam zamawiający winien w sposób klarowny, a co najważniejsze przekonujący swoje potrzeby przedstawić i uprawdopodobnić. Stanowisko zamawiającego nie może ograniczyć się do niczym niepopartych ogólnych stwierdzeń o realizacji bliżej nieokreślonego celu publicznego”<sup>23</sup>.

Podsumowując, uzasadnione potrzeby zamawiającego są prymarnym czynnikiem wpływającym na kształt opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający jest uprawniony do nabycia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego takiego przedmiotu zamówienia, który w pełni odpowiada jego uzasadnionym oczekiwaniom co do jakości oraz pożądanych właściwości. Rozważania odnośnie do potrzeb zamawiającego w kontekście opisu przedmiotu zamówienia mają duże znaczenie dla postępowania odwoławczego. Nie mogą być to potrzeby oparte na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, ale – w przypadku podniesienia zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego lub utrudniającego uczciwą konkurencję opisu przedmiotu zamówienia – możliwe do wykazania w powiązaniu ze znaczeniem wybranego rozwiązania dla działalności zamawiającego. Równocześnie wykonawca, kwestionując opis przedmiotu zamówienia jako naruszający art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, nie powinien ograniczać się do argumentacji, że nie jest zdolny do wykonania zamówienia, bądź że wiązałoby się to dla niego z pewnymi utrudnieniami, ale powinien dążyć do uprawdopodobnienia, że skarżony opis przedmiotu zamówienia nie jest uzasadniony zobiektywizowanymi potrzebami zamawiającego.

<sup>22</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 146/17, Legalis nr 1580719.

<sup>23</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2016 r., sygn. akt KIO 671/16, Legalis nr 1482146.

## 11. WYBRANE PRZESŁANKI ODRZUCENIA ODWOŁANIA W ŚWIELE ORZECZNICTWA KIO I WPROWADZONYCH W TYM ZAKRESIE ZMIAN LEGISLACYJNYCH

Katarzyna Brzeska  
Anna Chudzik  
Justyna Tomkowska

*Niniejsze opracowanie przedstawia analizę stanu prawnego i orzecznictwa dotyczących odrzucenia odwołania z przyczyn określonych obecnie w art. 189 ust. 2 pkt 2, 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp<sup>1</sup>. To właśnie te, spośród przewidzianych ustawą, negatywnych przesłanek procesowych, podlegały w ciągu ostatnich dziesięciu lat największej ewolucji. Zakres ich zastosowania modyfikowany był zmianami legislacyjnymi, a pojawiające się wątpliwości interpretacyjne wymagały rozstrzygnięcia. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych pozwoliło z czasem w znacznej mierze wyeliminować większość z nich, doprowadzając do wypracowania jednolitej wykładni w najistotniejszych kwestiach spotykanych w praktyce postępowań odwoławczych.*

Artykuł 189 ust. 2 ustawy Pzp ma istotne znaczenie z perspektywy wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej. Przepis ten wskazuje okoliczności, które stanowią negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające merytoryczne rozpoznanie zarzutów i żądań odwołania. Nie dochodzi wówczas do merytorycznego rozstrzygnięcia, czy w prowadzonym postępowaniu mamy do czynienia z nieprawidłowościami opisywanym przez wykonawcę wnoszącego odwołanie. Skład orzekający Izby, zapoznając się z dokumentami składającymi się na „odwołanie”, w każdym przypadku w pierwszej kolejności zobowiązany jest do zbadania, czy nie zachodzą podstawy do odrzucenia takiego odwołania. W takim wypadku następuje wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania, które jest postanowieniem kończącym postępowanie odwoławcze, a na to postanowienie służy skarga do sądu okręgowego.

### **Odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp**

Zgodnie przepisem art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. W poprzednim stanie prawnym analogiczny przepis zamieszczony był w art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp i brzmiał: Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione przez podmiot nieuprawniony. Obecna treść ustalona została nowelizacją ustawy z 2009 r.<sup>2</sup>

W ramach niniejszej przesłanki – w brzmieniu zarówno sprzed, jak i po nowelizacji ustawy – dostrzeżono w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej<sup>3</sup> kilka grup przypadków stanowiących najczęstsze podstawy odrzucenia przez Izbę wniesionych odwołań. Jednym z problemów, jaki

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., tj. Dz. U. 2017 r., poz. 1579, zwana dalej: „ustawą Pzp”.

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

<sup>3</sup> Dalej: KIO.

pojawił się w orzecznictwie na przestrzeni kilku lat, była kwestia składanych pełnomocnictw osoby działającej w imieniu odwołującego. Przed nowelizacją przepis zobowiązywał do odrzucenia odwołania w każdym przypadku, również w sytuacjach, gdy dokument pełnomocnictwa dotknięty był wadą co do treści, co skutkowało nierozpoznanem sprawy merytorycznie<sup>4</sup>.

Nowelizacja z 2009 r. wprowadziła znaczące zmiany w zakresie środków ochrony prawnej. Przepisem art. 187 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wprowadził do postępowania odwoławczego procedurę uzupełniania braków formalnych odwołania. Zgodnie z art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedoskonałości nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Zgodnie z ust. 7 art. 187 ustawy, jeżeli niezachowanie warunków formalnych lub niezłożenie pełnomocnictwa zostanie stwierdzone przez skład orzekający Izby, przepisy ust. 1–6 stosuje się, z tym, że kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby.

Podstawową funkcją wprowadzonych przepisów było umożliwienie wykonawcom szerokiego oraz efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, eliminując przypadki uchybień, które mogły być usunięte samodzielnie przez wykonawcę wnoszącego odwołanie. Nie ulegało wątpliwości, że brakiem takim w świetle przywołanego przepisu był brak dokumentu pełnomocnictwa osoby działającej w imieniu odwołującego i podpisującej odwołanie. Wątpliwości, jakie pojawiły się w orzecznictwie na gruncie rozumienia tej regulacji, dotyczyły sytuacji, w których odwołujący składali wraz z odwołaniem pełnomocnictwo – jednak pomimo jego złożenia, dokument ten nie potwierdzał umocowania do wnoszenia środka ochrony prawnej.

Pierwotnie KIO odrzucała tak wniesione odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp<sup>5</sup>, uznając, że powołany przepis art. 187 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której odwołujący nie załączył do odwołania dokumentu pełnomocnictwa. Izba przyjęła wówczas, że nie mają zastosowania przepisy art. 187 ust. 7 w zw. z ust. 3 ustawy Pzp oraz § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań<sup>6</sup>, gdyż przywołane przepisy odnoszą się wyłącznie do sytuacji, w której odwołujący w ogóle nie załączył do odwołania pełnomocnictwa i jako niezachowanie warunku formalnego uzasadniają wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia, uwzględniając jedynie niezłożenie pełnomocnictwa<sup>7</sup>. Zmiana linii orzecniczej nastąpiła wobec orzecznictwa sądów okręgowych wypowiedzających się w takich sprawach na skutek skarg wnoszonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Istotne znaczenie

---

<sup>4</sup> Postanowienia KIO: z dnia 10 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 231/09, z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO KIO/UZP 63/09, z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 350/09.

<sup>5</sup> Postanowienia: z dnia 13 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1407/11, z dnia 7 października 2011 r., sygn. akt KIO 2119/11, z dnia 29 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2475/11, z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. akt 2575/11, z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2710/11, z dnia 17 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 35/12, z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 47/12.

<sup>6</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.).

<sup>7</sup> Postanowienie z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 47/12.



miał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 2012 r.<sup>8</sup>, natomiast przeciwny pogląd wyrażony został w tym samym roku przez Sąd Okręgowy w Łodzi<sup>9</sup>. Niemniej jednak Izba przyjęła stanowisko, że przepisu art. 187 ust. 3 ustawy Pzp nie można utożsamiać z samym dokumentem pełnomocnictwa, gdyż brak formalny odwołania to nie tylko niedołączenie dokumentu pełnomocnictwa, ale także niedołączenie innych dokumentów wskazujących umocowanie do działania w imieniu odwołującego. W konsekwencji Izba przyjęła – analogicznie jak ma to miejsce w procedurze cywilnej – że złożenie pełnomocnictwa niepotwierdzającego umocowania do działania w imieniu odwołującego również podlega uzupełnieniu, co zostało przyjęte w praktyce – poprzez wzywanie wykonawców do uzupełnienia braków formalnych – i wyrażone w orzecznictwie KIO<sup>10</sup>. W rezultacie badanie dochowania warunków formalnych – oraz ewentualne wezwanie do ich usunięcia – należy również do składu orzekającego i obejmuje swym zakresem także weryfikację, czy ze złożonego dokumentu pełnomocnictwa wynika właściwe umocowanie do działania w imieniu odwołującego. Konsekwencją zaś nieusunięcia braków formalnych w świetle art. 187 ust. 3 ustawy jest zwrot odwołania.

Reasumując stwierdzić należy, że wprowadzenie procedury usuwania braków formalnych odwołania daje odwołującemu możliwość merytorycznego rozpoznania sprawy i nie rodzi skutku w postaci utraty wniesionego wpisu, w następstwie odrzucenia odwołania.

Drugim ciekawym zagadnieniem dotyczącym odrzucenia odwołania z uwagi na wniesienie środka ochrony prawnej przez podmiot nieuprawniony – zarówno sprzed, jak i po nowelizacji ustawy z 2009 r. – pojawiającym się w orzecznictwie KIO, jest problematyka dotycząca wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Niejednokrotnie w praktyce występowały przypadki, w których odwołanie do KIO – pomimo złożenia oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – wnosił jeden z członków konsorcjum. Zwrócenie uwagi na konieczność tożsamości podmiotowej wnoszącego odwołanie dostrzec można było również w orzecznictwie KIO sprzed nowelizacji<sup>11</sup>. Ukształtowana przez Izbę linia orzecznicza wskazywała na konieczność odrzucenia odwołania, odmawiając takiemu podmiotowi statusu wykonawcy – przyjmując, że skoro ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, to status wykonawcy przysługuje uczestnikom całego konsorcjum. Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca wnoszący środek ochrony prawnej w postaci odwołania ustanowiony został liderem tego konsorcjum, to powyższa okoliczność musiała jednak wynikać z treści wniesionego odwołania. W konsekwencji – Izba niejednokrotnie wskazywała, że odwołanie może być wniesione wyłącznie przez wszystkich uczestników konsorcjum, bądź w jego imieniu, ale nie w imieniu własnym jednego z członków konsorcjum. Izba jednolicie przyjęła w orzecznictwie, że w takim przypadku wykonawcę występującego we własnym imieniu – a nie w imieniu konsorcjum – należy uznać za podmiot nieuprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Wyrok z dnia 17 stycznia 2012 r., sygn. akt V Ca 2739/11.

<sup>9</sup> Wyrok z dnia 4 czerwca 2012 r., X Wydział Gospodarczy, sygn. akt X Ga 216/12.

<sup>10</sup> Wyrok z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt KIO 482/12.

<sup>11</sup> Postanowienie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 456/09.

<sup>12</sup> Postanowienia: z dnia 6 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1129/11, z dnia 4 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1283/11, z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2276/11, z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 176/13, z dnia 19 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1899/13, z dnia 4 marca 2014 r., sygn. akt KIO 330/14, z dnia 6 marca 2014 r., sygn. akt KIO 332/14, z dnia 18 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 495/16, z dnia 16 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1654/17.



Następnym zagadnieniem odnoszącym się do omawianej przesłanki odrzucenia odwołania jest przypadek, gdy wykonawca skutecznie wykluczony, bądź którego oferta została skutecznie odrzucona wnosił odwołanie. KIO niejednokrotnie uznawała, że skuteczne wykluczenie wykonawcy bądź skuteczne odrzucenie oferty wykonawcy prowadzi do utraty w sposób ostateczny i nieodwracalny statusu wykonawcy w postępowaniu, co przekłada się na postępowanie odwoławcze. Najczęściej utrata statusu wykonawcy przejawiała się w czynności wykluczenia wykonawcy – bądź odrzucenia jego oferty – której odwołujący nie kwestionował, zaś wnoszone odwołanie kierował wobec oferty innego wykonawcy. Sytuację taką Izba zrównywała z przypadkiem, w którym oferta złożona przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia została odrzucona na skutek wyroku Izby, a czynność odrzucenia/wykluczenia stała się zatem ostateczna w związku z uprawomocnieniem się takiego orzeczenia<sup>13</sup>. W konsekwencji podmiot wnoszący odwołanie był podmiotem nieuprawnionym w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji). Izba niejednokrotnie uznawała w swoich orzeczeniach, że podmiotowi takiemu nie przysługuje przymiot wykonawcy na etapie wnoszenia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Powyższy pogląd został zaakceptowany również w orzecznictwie sądów okręgowych<sup>14</sup>.

Nadmienić jednak należy, że zarówno w przypadku wniesienia odwołania przez jednego członka konsorcjum, jak też podmiotu skutecznie wykluczonego z udziału w postępowaniu lub którego oferta została skutecznie odrzucona, w orzecznictwie Izby zdarzały się przypadki oddalania odwołań wyrokiem Izby. Działo się tak przy przyjęciu założenia, że takie podmioty nie wykazały przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, czyli materialnoprawnej przesłanki do wniesienia odwołania, tj. posiadania interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

## **Odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp**

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z 2007 r.<sup>15</sup>, którą powołano KIO i stworzono system środków ochrony prawnej w obecnym kształcie, wyłączyła możliwość wnoszenia odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych określonych dla dostaw i usług<sup>16</sup>. W kolejnej nowelizacji ustawy, z 2008 r.<sup>17</sup>, ustawodawca, utrzymując – jako zasadę – brak odwołań w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, wprowadził możliwość korzystania z tego środka ochrony prawnej w odniesieniu do enumeratywnie wymienionych decyzji zamawiającego. W art. 184 ustawy Pzp został dodany

<sup>13</sup> Postanowienia: z dnia 18 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1176/09, z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 842/11, KIO 844/11, z dnia 4 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1500/13, z dnia 8 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2926/14, z dnia 9 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 631/15, z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 653/15, z dnia 30 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 870/15, z dnia 27 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1744/15, z dnia 16 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2685/15, z dnia 5 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2766/15, z dnia 9 marca 2016 r., sygn. akt KIO 287/16, z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO 365/17, z dnia 11 maja 2017 r., sygn. akt KIO 811/17, z dnia 26 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1181/17, z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1446/17.

<sup>14</sup> Postanowienie Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt IV Ca 521/08.

<sup>15</sup> Ustawa z 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 82, poz. 560).

<sup>16</sup> Art. 184 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r.

<sup>17</sup> Ustawa z 4 września 2008 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

ust. 1a, określający katalog czynności, w odniesieniu do których wykonawcom przysługiwało prawo wniesienia odwołania (wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenie oferty). Jednocześnie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Pzp obligował KIO do odrzucenia odwołania w przypadku, gdy w postępowaniach takich odwołanie dotyczyło innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a. Przedmiotowa zmiana stanowiła realizację postulatów Komisji Europejskiej, która zwracała uwagę na konieczność zapewnienia – w postępowaniach dotyczących zamówień o małej wartości – środków ochrony prawnej w odniesieniu do najistotniejszych decyzji zamawiającego, w sposób zasadniczy wpływających na możliwość ubiegania się o zamówienie oraz uzyskania zamówienia. Wątpliwości interpretacyjne na gruncie art. 184 ust. 1a ustawy Pzp dotyczyły możliwości wnoszenia odwołań wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania czy też zaniechania odrzucenia oferty. Orzecznictwo Izby w tym zakresie wypracowało jednolite stanowisko, zgodnie z którym powyższe zaniechania nie mogą być przedmiotem odwołań w „małych” postępowaniach<sup>18</sup>.

Nowelizacja z 2009 r.<sup>19</sup> nie przyniosła praktycznych zmian w samym zakresie ograniczeń dotyczących korzystania ze środków ochrony prawnej w „małych” postępowaniach, a we wprowadzonym przepisie art. 180 ust. 2 potwierdzono jedynie *expressis verbis* ugruntowane już w orzecznictwie KIO stanowisko, że możliwość wniesienia odwołania w postępowaniach podprogowych wobec wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty dotyczy wyłącznie wykluczenia czy też odrzucenia oferty odwołującego. Podstawą odrzucenia odwołania wobec czynności innych, niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, stał się przepis art. 189 ust. 2 pkt 6. Prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej w powyższym kształcie obowiązywało do wejścia w życie nowelizacji z 2016 r.<sup>20</sup> i nie budziło większych wątpliwości interpretacyjnych. Przypadki odrzucenia odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp nie były liczne i wynikały raczej z niewiedzy mniej doświadczonych wykonawców, którzy wnosili odwołania, np. wobec opisu przedmiotu zamówienia, wobec czynności unieważnienia postępowania, a niekiedy wobec zaniechania wykluczenia innego wykonawcy z postępowania czy też zaniechania odrzucenia jego oferty<sup>21</sup>.

Ustawą z 22 czerwca 2016 r. katalog czynności zamawiającego, wobec których przysługuje prawo wniesienia odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, został poszerzony o dwie: opis przedmiotu zamówienia (art. 180 ust. 2 pkt 5) oraz wybór najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6). O ile pierwsza z ww. czynności nie wywołała wątpliwości interpretacyjnych, o tyle druga z nich wymagała pogłębionej analizy i wypracowania przez orzecznictwo stanowiska określającego jej zakres. Konieczne stało się rozstrzygnięcie, czy przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć wybór *sensu stricto*, tj. zastosowanie do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób

<sup>18</sup> Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2007 i 2008 ([https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0018/3960/Informacja20o20dziac582alnoc59bci20KIO.pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0018/3960/Informacja20o20dziac582alnoc59bci20KIO.pdf)).

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. – o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

<sup>20</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

<sup>21</sup> Przykładowo: postanowienie z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 296/11, postanowienie z dnia 20 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1134/13, postanowienie z dnia 10 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 223/15.

skutkujący wyborem oferty, czy też wszystkie zachowania zamawiającego poprzedzające ten wybór, a warunkujące jego prawidłowość, w tym zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Przed takim problemem KIO stało bezpośrednio po wejściu w życie znowelizowanych przepisów, kiedy to do Izby zaczęła wpływać znaczna liczba odwołań wobec wskazanych wyżej zaniechań zamawiających.

W orzecznictwie Izby od początku obowiązywania znowelizowanych przepisów jednolicie został przyjęty pogląd, że możliwość wniesienia odwołania na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie wyboru – jako najkorzystniejszej – oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Tym samym Izba stanęła na stanowisku, że zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów unijnych nie podlegają zaniechania zamawiających poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty. Pogląd ten prezentowany był jednolicie w licznych postanowieniach Izby wydanych po wejściu w życie znowelizowanych przepisów<sup>22</sup>. Uzasadniając taką wykładnię art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba wskazywała m.in. na literalne brzmienie przepisu, odnoszące się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, którą to czynność definiuje pośrednio art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiąc, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba podnosiła również takie argumenty, jak m.in. zakaz rozszerzającej interpretacji przepisów stanowiących wyjątek od zasady, domniemanie racjonalności ustawodawcy, który nie wykreślił ani nie zmienił przesłanek z pkt 3 i 4 art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, wnioski wypływające z wykładni celowościowej, a także z wykładni autentycznej, za której rodzaj należy uznać stanowisko autora ustawy nowelizującej (Ministerstwo Rozwoju), zgodnie z którym enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, a poza tym zakresem znajdują się zaniechania zamawiającego<sup>23</sup>.

Powyższego stanowiska nie podzielił Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który w skargach wnoszonych na kolejne postanowienia Izby podnosił m.in., że prezentowana przez Izbę interpretacja stoi w sprzeczności z zasadniczym celem ustawy Pzp, którym w świetle art. 7 ust. 3 jest wybór wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Prezes UZP wskazywał, że prawidłowy wybór oferty może mieć miejsce wyłącznie po zgodnym z przepisami Pzp przeprowadzeniu przez zamawiającego faz poprzedzających ten wybór oraz że niezgodny z ustawą jest wybór oferty wykonawcy, który nie spełnia określonych wymogów podmiotowych i przedmiotowych, a pozbawienie wykonawców prawa do podważania takiego wyboru może spowodować realizację zamówienia przez ten podmiot, co przeczy celowi i istocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Prezesa Urzędu, stanowisko Ministerstwa Rozwoju, prezentowane w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy, odnosi się do zaniechań pozostających bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w żaden sposób nie zawęża zakresu zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

<sup>22</sup> M.in. postanowienia wydane w sprawach o sygn. akt: KIO 1599/16, KIO 1674/16, KIO 1696/16, KIO 1750/16, KIO 1810/16, KIO 1816/16, KIO 1862/16, KIO 1910/16, KIO 1930/16, KIO 2015/16, KIO 2026/16, KIO 2059/16, KIO 2084/16, KIO 2128/16, KIO 2162/16, KIO 2203/16, KIO 2211/16, KIO 2232/16, KIO 2283/16, KIO 2292/16, KIO 2298/16, KIO 2355/16, KIO 2397/16, KIO 2405/16, KIO 2462/16, KIO 122/17, KIO 216/17, KIO 344/17, KIO 342/17, KIO 436/17, KIO 475/17.

<sup>23</sup> Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 roku [https://www.uzp.gov.pl/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0020/35075/Informacja-o-dzialalnosci-Krajowej-Izby-Odwoławczej-w-2016-r..pdf](https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0020/35075/Informacja-o-dzialalnosci-Krajowej-Izby-Odwoławczej-w-2016-r..pdf).

W orzecznictwie sądów okręgowych rozpoznających skargi Prezesa UZP początkowo zarysowała się rozbieżność co do interpretacji art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Z czasem jednak zdecydowaną przewagę zyskał pogląd dopuszczający możliwość wniesienia odwołania od zaniechań poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty. Stanowisko Izby podzielił Sąd Okręgowy w Gdańsku<sup>24</sup> oraz Sąd Okręgowy w Płocku<sup>25</sup>, popierając argumentację przedstawioną w zaskarżonych postanowieniach. Wyroki uwzględniające skargi zostały wydane m.in. przez sądy okręgowe: w Lublinie<sup>26</sup>, Szczecinie<sup>27</sup>, Krakowie<sup>28</sup>, Katowicach<sup>29</sup>, Przemyślu<sup>30</sup>, Kaliszu<sup>31</sup>, Poznaniu<sup>32</sup>, Białymstoku<sup>33</sup>, Koninie<sup>34</sup>, Opolu<sup>35</sup>, Warszawie<sup>36</sup>, Kielcach<sup>37</sup>, Legnicy<sup>38</sup>, Częstochowie<sup>39</sup>, Olsztynie<sup>40</sup> oraz Rzeszowie<sup>41</sup>, oraz Sąd Okręgowy Warszawa-Praga<sup>42</sup>, które przychyliły się do argumentacji przedstawionej w skargach Prezesa UZP.

Wyklarowanie się w orzecznictwie sądów okręgowych zdecydowanej przewagi stanowiska dopuszczającego wnoszenie w postępowaniach podprogowych odwołań wobec zaniechań poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty, nie mogło pozostać bez wpływu na orzecznictwo Izby, która uwzględniając pogląd prezentowany w rozstrzygnięciach II instancji, po ok. 9 miesiącach obowiązywania znowelizowanych przepisów, zmieniła swoją linię orzeczniczą. Obecnie odwołania na takie zaniechania podlegają merytorycznemu rozpoznaniu<sup>43</sup>.

Istotny wpływ na sposób interpretacji w przyszłości przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, który ma doniosłe znaczenie systemowe, może mieć oczekiwane stanowisko Sądu Najwyższego, do którego wpłynęło pytanie prawne skierowane przez Sąd Okręgowy w Gdańsku<sup>44</sup> oraz skarga kasacyjna Prezesa UZP<sup>45</sup>.

---

<sup>24</sup> Wyrok z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt XII Ga 837/16.

<sup>25</sup> Wyrok z dnia 1 lutego 2017 r., sygn. akt IV Ca 1051/16.

<sup>26</sup> Wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt. IX Ga 502/16, wyrok z dnia 25 maja 2017 r., sygn. akt IX Ga 35/17.

<sup>27</sup> Wyrok z dnia 22 grudnia 2016 r., sygn. akt II Ca 1461/16, wyrok z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt II Ca 1626/16.

<sup>28</sup> Wyrok z dnia 20 stycznia 2017 r., sygn. akt XII Ga 1018/16, wyrok z dnia 9 marca 2017 r., sygn. akt II Ca 145/17.

<sup>29</sup> Wyrok z dnia 13 lutego 2017 r., sygn. akt XIX Ga 3/17, wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt XIX Ga 202/17.

<sup>30</sup> Wyrok z dnia 16 lutego 2017 r., sygn. akt I Ca 399/16.

<sup>31</sup> Wyrok z dnia 9 marca 2017 r., sygn. akt II Ca 116/17.

<sup>32</sup> Wyrok z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt X Ga 1071/16.

<sup>33</sup> Wyrok z dnia marca 2017 r., sygn. akt II Ca 115/17.

<sup>34</sup> Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt II Ca 51/17.

<sup>35</sup> Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r., sygn. akt VI Ga 56/17.

<sup>36</sup> Wyrok z 14 lipca 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 626/17, wyrok z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 365/17, postanowienie z dnia 21 kwietnia 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 1517/16.

<sup>37</sup> Wyrok z dnia 9 czerwca 2017 r., sygn. akt VII Ga 139/17, wyrok z 26 maja 2017 r., sygn. akt VII Ga 169/17.

<sup>38</sup> Wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. akt VI Ga 147/17, wyrok z dnia 24 kwietnia 2017 r., sygn. akt VI Ga 62/17.

<sup>39</sup> Wyrok z dnia 6 czerwca 2017 r., sygn. akt VI Ca 365/17.

<sup>40</sup> Wyrok z dnia 10 maja 2017 r., sygn. akt V Ga 69/17, wyrok z 23 maja 2017 r., sygn. akt V Ga 2/17.

<sup>41</sup> Wyrok z dnia 21 marca 2017 r., sygn. akt VI Ga 60/17.

<sup>42</sup> Wyrok z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. akt IV Ca 685/17.

<sup>43</sup> M.in. wyrok z dnia 13 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1077/17.

<sup>44</sup> Sygn. akt XII Ga 178/17.

<sup>45</sup> Skarga kasacyjna z 13 kwietnia 2017 r. od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 3 stycznia 2017 r., sygn. akt XII Ga 837/16.

## Odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp

Przesłanka odrzucenia odwołania związana z nieprzekazaniem zamawiającemu kopii odwołania, w taki sposób, aby ten mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie realizuje dwie funkcje:

1. funkcję gwarancyjną, chroniącą zamawiającego przed naruszeniem zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, a w konsekwencji nieważnością umowy o zamówienie publiczne oraz
2. funkcję informacyjną umożliwiającą Zamawiającemu ustosunkowanie się do zarzutów zawartych w odwołaniu i przygotowanie do posiedzenia i rozprawy w postępowaniu odwoławczym z rozważeniem możliwości uwzględnienia części lub całości zarzutów odwołania oraz umożliwiającą pozostałym wykonawcom ustosunkowanie się do zarzutów przez zgłoszenie przystąpienia.

Istotną zmianę w stosowaniu i interpretacji art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp wprowadziła nowelizacja ustawy Pzp wprowadzona przez ustawę z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>46</sup>. W ramach nowelizacji ustalono, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 5 dni. Zachowano wymóg jednoczesności przekazania kopii odwołania Zamawiającemu, precyzując, iż chodzi o jego treść. W stosunku do odwołania wnoszonego do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wskazano, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego było równoznaczne z wniesieniem odwołania do właściwego adresata. Podobna regulacja nie została wprowadzona w odniesieniu do przekazywania kopii odwołania zamawiającemu. Orzecznictwo, tak Izby, jak i sądów okręgowych, nie traktowało także na równi z obowiązkiem przekazania Zamawiającemu kopii odwołania nadania kopii odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego. Na uwagę i wspomnienie zasługują orzeczenia wydane przez Sąd Okręgowy w Warszawie, z dnia 30 stycznia 2007 r.<sup>47</sup> oraz z dnia 27 kwietnia 2007 r.<sup>48</sup>, podtrzymujące stanowisko Izby, że o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić, gdy kopia tego odwołania dotrze do zamawiającego w terminie przewidzianym na jego [odwołania] wniesienie. Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 lutego 2008 r.<sup>49</sup> również potwierdzało taką interpretację przepisów. Sądy jednoznacznie i wyraźnie stwierdzały, że forma przekazania pisma poprzez nadanie w urzędzie pocztowym jest zastrzeżona wyłącznie dla czynności złożenia odwołania, natomiast dla powiadomienia zamawiającego o tej czynności, poprzez przekazanie kopii odwołania, forma ta nie została wprost przewidziana w przepisach ustawy, a zatem nie może być domniemywana. Zatem zamawiający powinien być skutecznie powiadomiony przez odwołującego o złożeniu odwołania najpóźniej w ostatnim dniu na złożenie odwołania, przez fizyczne otrzymanie jego treści, przy czym odwołujący musiał dysponować

---

<sup>46</sup> Dz. U. Nr 171, poz. 1058.

<sup>47</sup> Sygn. akt V Ca 117/07.

<sup>48</sup> Sygn. akt V Ca 467/07.

<sup>49</sup> Sygn. akt XIX Ga 40/08.

dowodem przekazania takiej kopii stronie zamawiającej, np. wydrukiem raportu faksowego. Warto także zauważyć, że był to jeden z najczęstszych powodów odrzucenia odwołania po wprowadzonej w 2008 r. nowelizacji.

Co ciekawe, Izba nie uznawała, iż kopia odwołania musi być podpisana, zarzut braku podpisu na kopii odwołania nie mieścił się w granicach tej przesłanki. Przepis nowelizacji stanowi o obowiązku przekazania zamawiającemu kopii treści odwołania<sup>50</sup>. Nie sposób traktować dokumentu przekazanego zamawiającemu jako oświadczenia woli, gdyż brak jest obowiązku spełnienia wymogu złożenia własnoręcznego podpisu.

W roku 2010 podczas kolejnych nowelizacji przepisów ustawy Pzp<sup>51</sup> ustalono regułę, według której zniesiono domniemanie doręczenia odwołania do Prezesa Izby (właściwego organu) w terminie przez nadanie odwołania w placówce pocztowego operatora publicznego<sup>52</sup>. Nadal obowiązywała zasada przekazania kopii odwołania zamawiającemu w taki sposób, że mógł on się zapoznać z jego treścią przed upływem terminu do jego wniesienia. W orzecznictwie Izby do chwili obecnej podkreśla się, 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>53</sup>. Także tego warunku nie spełnia powiadomienie o zamiarze wniesienia odwołania<sup>54</sup>.

Kolejnymi powodami, dla których w orzecznictwie nie uznawano prawidłowości przekazania kopii odwołania zamawiającemu, jest fakt przekazania zamawiającemu kopii odwołania później niż Prezesowi Urzędu lub KIO (UZP KIO/UZP 331/09, KIO 316/11), lub też przekazanie kopii odwołania na numer faksu innej jednostki organizacyjnej niż zamawiający (KIO/UZP 475/09). Izba wielokrotnie również nie przyjmowała argumentacji, że przesłanie kopii odwołania było niemożliwe ze względu na wyłączony faks zamawiającego<sup>55</sup>. Z uwagi na dopuszczalność i powszechność stosowania szeroko rozumianych środków komunikacji elektronicznej (np. poczta elektroniczna) takiej okoliczności nie uznawano za usprawiedliwioną. Za nie wypełniające wymogu przekazania kopii odwołania zamawiającemu uznaje się w orzecznictwie przesłanie tylko kilku pierwszych stron odwołania<sup>56</sup>. Natomiast na prawidłowość przekazania kopii odwołania nie ma wpływu przesłanie faksu poza godzinami pracy zamawiającego<sup>57</sup>.

---

<sup>50</sup> Wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 19/09, z dnia 25 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 59/11.

<sup>51</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) oraz ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

<sup>52</sup> Przykładowo: postanowienie z dnia 16 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 389/10, postanowienie z dnia 29 września 2010 r., sygn. akt KIO 2067/10, postanowienie z dnia 24 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 60/11.

<sup>53</sup> Postanowienia: z dnia 9 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 731/13, z dnia 16 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1117/14, z dnia 28 lipca 2014 r. sygn. akt KIO 1476/14.

<sup>54</sup> Postanowienie z dnia 15 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1359/14.

<sup>55</sup> Wyrok z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt KIO 933/11.

<sup>56</sup> Postanowienie z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1407/11.

<sup>57</sup> Postanowienie z dnia 5 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1410/13, wyrok z dnia 17 października 2011 r., sygn. akt KIO 2121/11.



W przypadku kwestii przekazywania kopii odwołania przy użyciu komunikacji elektronicznej Izba duży nacisk kładzie na dowiedzenie przez odwołującego rzeczywistego otrzymania kopii odwołania przez zamawiającego. Wielokrotnie uznawano, że odwołujący przez złożenie wydruku z korespondencji mailowej (potwierdzenie wysyłki korespondencji mailowej) wykazał jedynie, że taka informacja została wysłana z jego adresu mailowego. W przypadku kwestionowania przez zamawiającego uznawano, że nie jest to równoznaczne z odebraniem kopii odwołania przez serwer zamawiającego, niewypełnieniem obowiązku dowodowego po stronie odwołującego był zatem brak raportu potwierdzającego przekazanie i odebranie wiadomości<sup>58</sup>. Sąd Najwyższy – Izba Cywilna<sup>59</sup>, odnosząc się do kwestii oświadczeń woli składanych drogą elektroniczną, uznał, iż oświadczenie woli w postaci elektronicznej, dokonywane online, zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych. Samo wyjście wiadomości z serwera nadawcy nie jest zatem równoznaczne z tym, że została ona przyjęta przez serwer odbiorcy.

Dla odmiany nie uznawano za błędny brak przekazania zamawiającemu jako załączników do odwołania odpisu z właściwego rejestru (np. KRS), bowiem brak ten nie uniemożliwiał oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, a ich treść w istocie była dostępna Zamawiającemu<sup>60</sup>. Jest to stanowisko o tyle zasadne, że element ten podlega możliwości uzupełnienia braków formalnych odwołania na wezwanie Prezesa Izby lub wyznaczonego składu orzekającego. Jako niewypełnienie obowiązku przekazania kopii odwołania nie traktowano sytuacji, w której przy kopii odwołania nie przekazywano także elementów, które stanowiły materiał dowodowy, składany przez stronę na rozprawie, kiedy treść lub opis tego materiału znajdował się w odwołaniu<sup>61</sup>.

W tym ostatnim przypadku ciekawym problemem związanym z przesłanką braku dopełnienia obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu, która pojawiła się w orzecznictwie Izby oraz sądów okręgowych była okoliczność niedoręczenia drugiej stronie wszystkich załączników odwołania. Obowiązek ten dotyczy istotnych dla sprawy dowodów o merytorycznym charakterze, przy pomocy których wykonawca uzasadnia podnoszone zarzuty. W ramach tego zagadnienia Izba w różnorodny sposób podchodziła do definicji pojęcia merytorycznych załączników odwołania<sup>62</sup>. W postanowieniu z dnia 19 lutego 2013 r.<sup>63</sup> skład orzekający Izby uznał, że niezłączenie posiadanych przez odwołującego opinii o uprawnieniach budowlanych traktować należy jako brak przekazania kopii odwołania. Postanowienie to zo-

---

<sup>58</sup> Postanowienia: z dnia 17 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 750/13, z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 760/13, z dnia 01 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2352/14.

<sup>59</sup> Postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2003 r., sygn. akt V CZ 127/03, podobnie wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 22 października 2009 r., sygn. akt III SA/GI 1067/09.

<sup>60</sup> Wyrok z dnia 27 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1932/13, wyrok z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 597/14, wyrok z dnia 9 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2553/11.

<sup>61</sup> Wyrok z dnia 5 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2293/12, wyrok z dnia 29 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 649/14, KIO 655/14.

<sup>62</sup> Postanowienia: z dnia 1 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 909/10, z dnia 17 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1091/10, z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1129/10, wyrok z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1788/10, z dnia 16 marca 2011 r., sygn. akt KIO 480/11; wyrok z dnia 19 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 735/11, KIO736/11; postanowienie z dnia 4 maja 2011 r., sygn. akt KIO 833/11, wyrok z dnia 13 września 2011 r., sygn. akt KIO 1864/11, postanowienie z dnia 29 września 2011 r., sygn. akt KIO 1982/11.

<sup>63</sup> Sygn. akt KIO 252/13.

stało zaskarżone przez Prezesa UZP i zmienione przez sąd wyższej instancji<sup>64</sup>. Sąd uznał, że wymogami formalnymi odwołania jest m.in. wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Ponadto przepis nakazuje dołączenie do odwołania: dowodu uiszczenia wpisu od odwołania w wymagalnej wysokości, dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu oraz wypisu z KRS, pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego. Ustawa Pzp w ramach pojęcia kopii odwołania nie stanowi o jego załącznikach. Ostatecznie uznano, że konieczne jest dołączenie do odwołania tych załączników, które są niezbędne do merytorycznego ustosunkowania się zamawiającego do zarzutów. W przedmiotowej sprawie dokumenty dotyczyły kwestii opisanych w odwołaniu, nie były więc niezbędne do merytorycznego odniesienia się do zarzutów. Były jedynie potwierdzeniem faktów opisanych w odwołaniu. Po niniejszym wyroku Sądu okręgowego w orzecznictwie Izby przyjęto i zastosowano pogląd, zgodnie z którym odrzucenie odwołania, bez rozważenia rzeczywistego wpływu nie dołączonych zamawiającemu przy kopii odwołania dowodów na treść odwołania traktować należy jako niczym nieuzasadniony formalizm, w szczególności nieznajdujący poparcia w przepisach regulujących postępowanie w sprawie zamówień publicznych. Zatem odrzucenie odwołania w oparciu o przesłankę z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp jest możliwe tylko w przypadku, gdy w przesłanej zamawiającemu kopii odwołania brakuje materiałów (załączników) stanowiących element konstytuujący treść odwołania<sup>65</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. Korzystając z doświadczenia orzecznictwa doprowadzono do zasadnych zmian legislacyjnych, polegających 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. Obecnie w tych postępowaniach *de facto* poza możliwością zaskarżenia znajduje się jedynie unieważnienie postępowania.

Statystyki pokazują, że błędy prowadzące do odrzucenia odwołania, z uwzględnieniem omówionych przesłanek, zdarzają się coraz rzadziej, wnioskować więc należy, że rośnie w tym względzie świadomość prawna wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne, którzy nie dopuszczają się już określonych uchybień formalnych skutkujących odrzuceniem odwołania.

---

<sup>64</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt XIX Ga 179/13.

<sup>65</sup> Postanowienia: z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt KIO 594/13, z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 958/16, z dnia 23 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1046/13, z dnia 2 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 137/15, wyrok z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 591/14, wyrok z dnia 20 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 224/15, wyrok z dnia 3 marca 2015 r., sygn. akt 309/15, wyrok z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt KIO 491/15, wyrok z dnia 13 maja 2015 r., sygn. akt KIO 842/15, KIO 862/15.

## 12. STAWKA PODATKU VAT W ORZECZNICTWIE KIO, SO I SN

Emil Kawa  
Ryszard Tetzlaff

*Przedmiotem niniejszego artykułu jest przekrojowe omówienie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej: Izbą, na przestrzeni 10 lat jej funkcjonowania w zakresie stawki podatku VAT<sup>1</sup>, w tym kwestii dotyczącej błędnej stawki podatku VAT, jako błędu w obliczeniu ceny. Powyższe zostanie dokonane z uwzględnieniem orzecznictwa Sądów Okręgowych oraz Sądu Najwyższego. W opracowaniu przedstawiono określone uwarunkowania, które pojawiły się po uchwałach Sądu Najwyższego z 2011 r., w szczególności dotyczące tego, czy zamówienie należy klasyfikować jako usługę kompleksową, czy też jest to usługa złożona z kilku odrębnych świadczeń. W opracowaniu zwrócono również uwagę na kwestię dotyczącą tzw. odwróconego VAT-u.*

### Stawka VAT a błąd w obliczeniu ceny

Izba, rozpoczynając swoją pracę orzeczniczą w 2007 roku, bazowała na dotychczasowym doświadczeniu orzecznictwem, co do kwalifikacji błędnej stawki podatku VAT<sup>2</sup>. Praktycznie do 2009 r. w orzecznictwie Izby jednolicie prezentowany był pogląd, iż określenie w ofercie wykonawcy ceny ofertowej z błędną stawką podatku VAT, skutkuje odrzuceniem tej oferty, jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny. W 2009 r. w orzecznictwie Izby zarysowały się dwa stanowiska w kwestii zasadności rozstrzygnięcia przez zamawiających oraz Izbę o prawidłowości zastosowanych przez wykonawców przy obliczeniu ceny stawek VAT<sup>3</sup>. Dotychczasowy pogląd, zgodnie z którym błędy w obliczeniu ceny oferty<sup>4</sup>, to błędy nie tylko w stosunku do opisu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: siwz, ale przede wszystkim błędy w rozumieniu powszechnie obowiązujących przepisów prawa, regulujących sposób obliczania ceny za przedmiot zamówienia. Skutkiem nieprawidłowości ustalonej i zastosowanej przez wykonawcę stawki VAT jest obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Przyjęcie przez wykonawców różnych stawek VAT prowadzi do nieporównywalności ofert i ewentualnie nierównego traktowania wykonawców. Błąd co do stawki VAT nie podlegał sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z uwagi na jego świadomy charakter. Podkreślano, że to błąd polegający na sprzeczności z odrębnymi przepisami prawa, a nie siwz. Nadto, podnoszono, że Izba nie jest organem uprawnionym do rozstrzygnięcia kwestii związanej z zastosowaniem właściwej stawki VAT w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia. Jednakże w kontekście postępowania, gdzie przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert jest cena brutto, istotne jest ustalenie, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób

<sup>1</sup> Określonej w ustawie z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.).

<sup>2</sup> Zgodnie z ugruntowanym, wieloletnim orzecznictwem Zespołów Arbitrów (np. wyrok ZA z 24.09.2003 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1521/03, wyrok ZA z 17.05.2002 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-445/02 zastosowanie błędnej stawki podatku VAT stanowiło błąd w obliczeniu ceny. W takiej sytuacji zamawiający miał obowiązek odrzucić ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (za wyrokiem ZA z 25.06.2004 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-934/04). Pogląd ten został poparty w orzecznictwie sądowym (np. wyrok SO w Poznaniu z 30.09.2005 r., sygn. akt: II Ca 1063/05, czy też wyrok SO w Poznaniu z 08.03.2007 r., sygn. akt: X Ga 41/07).

<sup>3</sup> Źródło: Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2009 r., s. 34–36 (www.uzp.gov.pl).

<sup>4</sup> Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej. Zatem ustalenie w konkretnych okolicznościach faktycznych, czy stawkę podatku od towarów i usług wykonawca uwzględnił poprawnie w cenie ofertowej, stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia Izby. W tym kontekście wskazywano na znaczenie aspektu dowodowego w sprawach odnoszących się do stawki podatku od towarów i usług. Z uwagi na ciężar dowodu spoczywający na odwołującym – jako na podmiocie, który wywodzi określone skutki prawne z określonych twierdzeń – Izba, wydając orzeczenia w przedmiocie prawidłowości zastosowanych stawek VAT, przykładała dużą wagę do składanego przez strony materiału dowodowego, a przede wszystkim do złożenia wiążącej interpretacji indywidualnej organów podatkowych wydanej w konkretnej sprawie. Interpretacja w istocie stanowiła podstawę do podjęcia określonych decyzji przez podatnika, a zastosowanie się do niej nie może szkodzić wnioskodawcy<sup>5</sup>. Co za tym idzie, organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej nie mogły obciążać negatywnymi konsekwencjami wykonawcy, który przyjął za prawidłowe stanowisko wynikające z interpretacji. Reprezentantem tego poglądu było także stanowisko sądów powszechnych wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 20.02.2009 r., sygn. akt: VII Ca 911/08, w wyroku Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 16.04.2009 r., sygn. akt: II Ca 88/09, wyroku Sądu Okręgowego w Koninie z dnia 19.05.2009 r., sygn. akt: I1 Ca 202/09 czy też w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 09.11.2009 r., sygn. akt: IX Ca 736/09. Zgodnie z odmiennym poglądem to wystawca faktury, a więc wykonawca, określa stawkę podatku, a odbiorca (zamawiający) nie ma prawa do korygowania ww. czynności. Niejednokrotnie podkreślano, że interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego dokonuje Minister Finansów, która to czynność podlega kontroli wojewódzkich sądów administracyjnych. Natomiast poprawność stosowania prawa podatkowego podlega kontroli organów podatkowych w toku postępowania podatkowego<sup>6</sup>. Decyzje administracyjne wydawane przez organy podatkowe podlegają z kolei weryfikacji w ramach kontroli działalności administracji publicznej przez sądy administracyjne, która to kontrola obejmuje m.in. rozpoznawanie skarg na decyzje administracyjne<sup>7</sup>. Ustawodawca nie przyznał Izbie kompetencji do rozstrzygania sporów w zakresie prawa podatkowego, a kompetencja ta nie może być domniemywana. Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie stanowi o kognicji Izby w tym zakresie. Skoro bowiem zamawiający nie ma podstaw do określania w sposób wiążący dla podatnika stawek VAT, które to uprawnienie przysługuje organom podatkowym, to również Izbie, w trybie dokonywania kontroli decyzji zamawiającego, takie uprawnienie nie przysługuje. Izba zwracała też uwagę na brak takiej regulacji w ustawie Pzp w odniesieniu do spraw z zakresu prawa podatkowego. Wskazywano na różnorodność stanów faktycznych i poziom skomplikowania spraw dotyczących prawidłowości zastosowanych stawek VAT. Nie negując indywidualnych interpretacji podatkowych, ww. różnorodność stanów faktycznych powodowała, że także organy podatkowe wydawały sprzeczne interpretacje w tym samym stanie faktycznym oraz w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Izba orzekała na podstawie dwóch podatkowych interpretacji indywidualnych<sup>8</sup>: nawet gdy ten sam uprawniony organ podatkowy, tego samego dnia wydał odmienną opinię podatkową, podpisaną przez tę samą osobę<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Art. 14k § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.).

<sup>6</sup> Ibidem, art. 120 i n. Ordynacji podatkowej.

<sup>7</sup> Art. 3 § 2 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1369).

<sup>8</sup> Wyrok KIO z dnia 29 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 203/09 i KIO/UZP 219/09.

<sup>9</sup> Wyrok KIO z dnia 9 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 61/10.

W 2010 roku w orzecznictwie wyraźnie zarysowała się rozbieżność stanowisk dotyczących zakwalifikowania błędów popełnionych przez wykonawców przy ustalaniu prawidłowej stawki podatku VAT w ofercie, jako błędu w obliczeniu ceny prowadzącego do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp<sup>10</sup>. W części orzeczeń Izba zajęła stanowisko, zgodnie z którym przyjęcie błędnej stawki podatku VAT stanowi podstawę do odrzucenia oferty ze stwierdzeniem błędu w obliczeniu ceny. W konsekwencji, w tych sprawach Izba, rozstrzygając merytorycznie zarzuty odwołania, orzekała o prawidłowej dla przedmiotowego zamówienia stawce podatku VAT<sup>11</sup>. Jednocześnie zapadały orzeczenia, w których składy orzekające uznawały za nieuprawnione przyjęcie, iż w przypadku błędów dotyczących ustalenia wysokości stawki podatku VAT można mówić o błędzie w obliczeniu ceny, którego skutkiem miałyby być odrzucenie oferty w oparciu o dyspozycję normy wyrażonej w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Na tej podstawie składy orzekające nie poddawały badaniu prawidłowości przyjmowanych przez wykonawców stawek podatku VAT<sup>12</sup>. Rozbieżność dotyczyła zagadnienia natury ogólnej, tj. przyjęcia możliwości badania przez Izbę prawidłowości zastosowanej dla obliczenia ceny oferty, określonej w kwocie brutto, stawki podatku VAT, jak również samego rozumienia błędu w obliczeniu ceny, którego wystąpienie powinno prowadzić do zastosowania sankcji wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W orzeczeniach, w których Izba dokonywała rozstrzygnięcia w przedmiocie prawidłowej dla danego przedmiotu zamówienia stawki podatku VAT, wskazywano na m.in. cenotwórczy charakter podatku VAT, wynikający z ustawowej definicji ceny, decydujący o jego uznaniu za element składowy ceny brutto, poddawanej ocenie w kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe twierdzenie podawano dla uzasadnienia opinii, że błędy dotyczące tego elementu, stanowią o błędach w obliczeniu ceny<sup>13</sup>. W orzeczeniach prezentujących odmienny pogląd w sprawie skutków przyjęcia przez wykonawców błędnych stawek VAT dla oceny prawidłowości obliczenia ceny i uznających, iż nie stanowią one okoliczności, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, podnoszono m.in., że podstawę do korygowania czynności wykonawcy w zakresie ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT stanowić może interpretacja indywidualna. Zamawiający, nie dysponując interpretacją indywidualną, nie ma podstaw do kwestionowania stawki podatku VAT przyjętej przez wykonawcę, na którym spoczywa obowiązek prawidłowego rozliczenia VAT-u<sup>14</sup>. Reprezentantem tego poglądu było także stano-

<sup>10</sup> Źródło: Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r., s. 24–28 ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

<sup>11</sup> Wyrok KIO z dnia 12 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 17/10; wyrok KIO z dnia 2 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 49/10; wyrok KIO z dnia 9 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 74/10; wyrok KIO z dnia 16 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 225/10; wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 329/10; wyrok KIO z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 237/10; wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 482/10; wyrok KIO z dnia 4 maja 2010 r., sygn. akt: KIO 612/10; wyrok KIO z dnia 21 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1422/10; wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1538/10; wyrok KIO z dnia 30 września 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1997/10; wyrok KIO z dnia 15 października 2010 r., sygn. akt: KIO 2138/10; wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO 2615/10; wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2010 r., sygn. akt: KIO 2658/10.

<sup>12</sup> Wyrok KIO z dnia 16 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 144/10; wyrok KIO z dnia 29 marca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 260/10; wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 629/10; wyrok KIO z dnia 7 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1280/10; wyrok KIO z dnia 7 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1287/10; wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1405/10; wyrok KIO z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1430/10; wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1476/10; wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1620/10; wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1667/10; wyrok KIO z dnia 6 września 2010 r., sygn. akt: KIO 1779/10; wyrok KIO z dnia 10 września 2010 r., sygn. akt: KIO 1844/10; wyrok KIO z dnia 2 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2257/10; wyrok KIO z dnia 17 listopada 2010 r., sygn. akt: KIO 2403/10.

<sup>13</sup> Pełna argumentacja w Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r., s. 25–26 ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

<sup>14</sup> Pełna argumentacja w Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2010 r., s. 26–27 ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).



wisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 25.03.2011 r., sygn. akt: XIX Ga 91/11<sup>15</sup> rozstrzygającego skargę na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 2788/10.

Na przełomie 2010 i 2011 r., w związku z planowaną zmianą wysokości ustawowych stawek podatku VAT<sup>16</sup>, rozstrzygnięcia Izby wymagało kolejne zagadnienie dotyczące oceny czy oferty, w których przyjęto stawki obowiązujące do końca 2010 r., powinny podlegać odrzuceniu, w sytuacji, gdy ocena ofert następowała w roku 2010 r., zaś realizacja zamówienia w roku 2011. W tym przypadku Izba uznała za prawidłowe przyjęcie dla kalkulacji ceny oferty stawki podatku VAT obowiązującej w dacie powstania obowiązku podatkowego, tj. w czasie obowiązywania nowych stawek podatkowych, o ile otwarcie ofert nastąpiło już po opublikowaniu nowych przepisów podatkowych<sup>17</sup>.

W roku 2011<sup>18</sup> Izba podejmowała kroki na rzecz stabilnego orzecznictwa w zakresie omawianego tematu<sup>19</sup>. W tym roku również Sąd Najwyższy wyraził swój pogląd na temat traktowania błędnych stawek podatku VAT w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – uczynił to w dwóch uchwałach<sup>20</sup>. Powyższe stanowisko doprowadziło do modyfikacji poglądu Izby, prezentowanego w tym zakresie w orzeczeniach, które zapadły pod koniec 2011 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że: „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.)”. Podjęte uchwały były następstwem przedstawionego do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego<sup>21</sup>, wynikającego z rozbieżności w orzecznictwie i dotyczącego możliwości utożsamiania błędu w obliczeniu ceny z przyjęciem nieprawidłowej stawki VAT. W uzasadnieniu uchwał Sąd Najwyższy stwierdził, iż w świetle powołanej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach<sup>22</sup> definicji ceny<sup>23</sup>, nie może budzić jakiegokolwiek wątpliwości, że

<sup>15</sup> Cena, w skład której wchodzi podatek od towarów i usług (kwota tego podatku ustalona w wyniku zastosowania właściwej stawki), jest kategorią w pełni umowną, podlegającą dyspozycji wykonawcy, który składa ofertę i na rzecz którego będzie dokonywana zapłata za wykonanie zamówienia.

<sup>16</sup> Zmiana ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.) zmieniająca stawkę podatku VAT z 7% na 8%, z 22% na 23%, likwidująca stawkę 3% i wprowadzająca stawkę 5%, została wprowadzona ustawą z dnia 26 listopada 2010 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej i opublikowana w dniu 17 grudnia 2010 r. (Dz. U. z dnia 17 grudnia 2010 r. Nr 238, poz. 1578). Kwestie te pojawiały się także w dalszych latach w kontekście obowiązywania np. danego zwolnienia (stawki 0%), np. wyrok KIO z dnia 09.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2222/16.

<sup>17</sup> Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2741/10; wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2765/10; wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 2788/10. Do powyższej kwestii odniósł się także wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 04.04.2011 r., sygn. akt: IV Ca 51/11.

<sup>18</sup> Źródło: Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2011 r., s. 52–64 ([www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

<sup>19</sup> Wnioskując m.in. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wnoszenie skarg na orzeczenia Izby.

<sup>20</sup> Uchwały SN z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11.

<sup>21</sup> Postanowienie SO w Koninie z 31 maja 2011 r., sygn. akt: I1 143/11.

<sup>22</sup> Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2001 r. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.). Od 25 lipca 2014 r. jest to ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r., poz. 915), zmiana odesłanie w ustawie Pzp na art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 tej ustawy.

<sup>23</sup> Zmiana definicji ceny od 25 lipca 2014 r. – została ona dookreślona w art. 3 ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług poprzez wyraźne wskazanie, że „W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową”.



VAT stanowi element cenotwórczy, co nakłada na wykonawców obowiązek obliczenia ceny z uwzględnieniem właściwej stawki VAT, a ewentualne nieprawidłowości w tym elemencie prowadzą do błędu w obliczeniu ceny. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp musi być jednak poprzedzony uprzednią kontrolą zamawiającego, której wyniki mogą wskazywać na konieczność poprawienia w tym zakresie oferty wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skutki prawne dokonanej przez zamawiającego oceny ograniczają się wyłącznie do płaszczyzny wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych tychże wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z zamawiającym. Nadto Sąd Najwyższy wskazał, iż zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków (najpierw poprawienia w ofertach innej omyłki, a dopiero później odrzucenia oferty, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki), warunkowany jest treścią siwz. Jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w siwz konkretną stawkę VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w siwz stawki VAT, w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatniej wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny.

Po podjęciu tych uchwał nastąpiło ujednoczenie stanowiska Izby w przedmiocie kwalifikacji błędów wykonawców popełnionych przy ustalaniu prawidłowej stawki VAT, jako błędu w obliczeniu ceny lub omyłki podlegającej poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W orzeczeniach wydanych do końca 2011 r. składy orzekające Izby, rozstrzygając merytorycznie o zarzutach naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w kontekście zastosowanej stawki VAT, zajmowały stanowiska w przedmiocie prawidłowości przyjętej dla obliczenia ceny w ofertach, stawki podatkowej<sup>24</sup>. W części wyroków, w tym również wydanych przed sporządzeniem uzasadnienia uchwał Sądu Najwyższego (grudzień 2011 r.), Izba rozstrzygała, czy w okolicznościach ustalonych w indywidualnych sprawach zachodziła podstawa do poprawienia stawki VAT na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czy też nieprawidłowości w tym zakresie należało traktować jako błąd w obliczeniu ceny. W jednym z wyroków Izba uznała, iż zastosowanie stawki VAT niezgodnej z ustaloną w specyfikacji, stanowi omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a dokonanie poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy nie prowadziłoby do istotnej zmiany jej treści. W innym wyroku Izba<sup>25</sup>, rozstrzyga-

<sup>24</sup> Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2225/11, wyrok KIO z dnia 9 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2320/11, wyrok KIO z dnia 16 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2379/11, wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2436/11 i KIO 2447/11, wyrok KIO z dnia 24 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2348/11 i KIO 2352/11, wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2440/11, wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2472/11 i KIO 2483/11, wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2502/11 i KIO 2512/11.

<sup>25</sup> Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2440/11.

jąc o możliwości uznania nieprawidłowej stawki VAT jako omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazała na konieczność ustalenia, czy poprawienie takiej niezgodności spowoduje istotne zmiany w treści oferty, za jaką uznano zmianę wpływającą na pozycję wykonawcy w rankingu ofert. W kolejnym orzeczeniu<sup>26</sup> Izba nie stwierdziła spełnienia przesłanek do poprawienia nieprawidłowej stawki VAT na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w sytuacji, kiedy nie można przypisać zachowaniu wykonawcy omyłkowego (niezamierzzonego) charakteru. W orzecznictwie Izby została zatem zaakcentowana potrzeba badania przez zamawiającego – w sytuacji, kiedy wymagał on podania stawek podatku VAT – prawidłowości przyjętych do obliczenia ceny ofert stawek i ich ewentualnej korekty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy także wskazać, że w jednym z orzeczeń sądowych<sup>27</sup> podnoszono z kolei, iż błąd w postaci przyjęcia niewłaściwej stawki podatku VAT jest raczej błędem, co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, niż wadliwie od strony „technicznej” wykonaną czynnością obliczenia ceny. Błąd wskazywany jako przesłanka odrzucenia oferty musi się przy tym odnosić do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. do ceny za całość świadczenia. Nieuprawnione więc będzie odrzucanie ofert, w których popełniony został błąd w elemencie ceny, a więc również w określeniu stawki podatku VAT, jeśli nie przyniósł on żadnych konsekwencji w ustaleniu ostatecznej ceny oferty. Przedmiotowy błąd wykonawcy oczywiście zrodził pewne skutki, jednakże dla wykonawcy. Wykonawca, który zaproponował cenę z błędnie określoną stawką podatku VAT nie będzie mógł żądać ceny wyższej. W przypadku podania nieprawidłowej, niższej stawki podatku VAT poniesie stratę, gdyż będzie musiał dopłacić różnicę w podatku VAT. Weryfikacja stawek VAT oraz czuwanie nad ich prawidłowością nie należy do wymiaru sprawiedliwości, lecz do organów podatkowych, które w określonym stanie faktycznym mogą dokonać stosownych czynności. W innych orzeczeniach sądowych<sup>28</sup> odnoszących się do uchwał Sądu Najwyższego stwierdzano, że jeżeli zamawiający nie określił w siwz konkretnej stawki podatku VAT, to nie można przyjąć, że wykonawca w złożonej ofercie dopuścił się omyłki polegającej na niezgodności oferty z siwz. Brak jest bowiem przesłanki niezgodności oferty z siwz, skoro nie wskazywała ona żadnej konkretnej stawki podatku VAT. Z tej przyczyny podanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku VAT należy zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny, skutkujący odrzuceniem jego oferty.

W konsekwencji przywołanych uchwał w latach 2012 i 2013 oraz w latach następnych pojawiły się sprawy związane ze wskazaniem stawki podatku VAT przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia<sup>29</sup>. Po pierwsze, jeśli zamawiający wskazywał wprost stawki VAT w rozdziale siwz dotyczącym sposobu obliczenia ceny nawet wówczas wykonawcy podnosili zarzuty dotyczące niezgodnego z ustawą odrzucenia oferty zawierającej inną niż wskazana przez zamawiającego stawka podatku VAT, którą wykonawca ustalił na podstawie

<sup>26</sup> Wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2502/11 i 2512/11. Podobnie w wyroku KIO z dnia 1 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2472/22 i KIO 2483/11 oraz wyroku KIO z dnia 9 listopada 2011 r., sygn. akt: KIO 2320/11.

<sup>27</sup> Wyrok SO w Gliwicach z dnia 16 marca 2012 r., sygn. akt: X Ga 284/11/za.

<sup>28</sup> Wyrok SO w Koninie z dnia 20 stycznia 2012 r., sygn. akt: II Ca 143/11, wyrok SO w Koninie z dnia 9 marca 2012 r., sygn. akt: I1 Ca 154/11, jak i wyrok SO w Gdańsku z dnia 07.10.2015 r., sygn. akt: XII Ga 405/15.

<sup>29</sup> Ustawą z dnia 15 kwietnia 2015 roku o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 1649) wprowadzono nowy art. 14, dający zamawiającemu możliwość wystąpienia z wnioskiem do Ministra Finansów o wydanie interpretacji indywidualnej w zakresie stawki VAT na świadczenie nabywane w kontekście zamówienia publicznego.

uzyskanej własnej indywidualnej interpretacji podatkowej<sup>30</sup>. Po drugie, innym sposobem na wskazanie stawki podatku VAT było podanie symboli PKWiU<sup>31</sup> dla zamawianych robót budowlanych, dostaw czy usług. Przy braku wskazania przez zamawiającego w sposób jednoznaczny stawki podatku VAT, jak również w przypadku braku sklasyfikowania przedmiotu zamówienia według kodów PKWiU, powstawał spór na tle zagadnienia kompleksowości usług w związku z ustaleniem prawidłowej stawki podatku VAT.

## **Stawka podatku VAT a ocena charakteru przedmiotu zamówienia**

Izba zainteresowała się również inną kwestią dotyczącą podatku VAT – oceną kompleksowości świadczenia i weryfikacji, czy przedmiot zamówienia składa się z kilku odrębnych świadczeń. Zamawiający w większości rozpoznawanych przez Izbę przypadków nie wypowiedali się w treści siwz, czy też udzielając wyjaśnień w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp do treści siwz, czy zamówienie należy klasyfikować jako usługę kompleksową, czy też jest to usługa złożona z kilku odrębnych świadczeń<sup>32</sup>. Powyższe zaś skutkowało tym, że w toku postępowania odwoławczego ujawniały się rozbieżności pomiędzy zamawiającym, a odwołującym, czy dane zamówienie jest kompleksowe, czy jedynie złożone.

W orzecznictwie Izby pojawił się problem odnoszący się do ustalenia prawidłowej stawki podatkowej w sytuacji transakcji złożonych, tam gdzie zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia oczekiwał realizacji kilku zadań cząstkowych tego zamówienia. To powoduje przede wszystkim konieczność ustalenia, czy w danym stanie faktycznym mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, opodatkowanym jednolitą stawką podatkową, czy też świadczenia te winny być do opodatkowania traktowane jako odrębne. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zarówno w sytuacji, gdy zamówienie dotyczy zdarzenia ekonomicznego jednorodzącego, ale także w sytuacji, kiedy jedną lub więcej części składowych zamówienia uznaje się za usługę zasadniczą, a inną jego część bądź inne elementy traktuje się jako usługi dla niego pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Dla prawidłowego zinterpretowania danej usługi, jako zdarzenia samoistnego, czy też uznania za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej konieczne jest obiektywne ustalenie, czy dana usługa składowa przedmiotu zamówienia stanowi dla zamawiającego cel podstawowy, czy też jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej, bez której zamówienie może zostać wykonane.

---

<sup>30</sup> W wyroku KIO z 30 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2863/13, Izba uznała, że porównywalność ofert dla zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie pozwala na przyznanie wykonawcy prawa do zastosowania odmiennie niż w siwz stawki podatku VAT, gdyż to właśnie stawka określona przez zamawiającego była znana wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu na jednakowych zasadach.

<sup>31</sup> Do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług – uwzględniając § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług – PKWiU (Dz. U. Nr 207, poz. 1293 ze zm.) – stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług (PKWiU), wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Dz. U. Nr 42, poz. 264 ze zm.). Z kolei zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług – PKWiU (Dz. U. z 2015 r., poz. 1676) – do dnia 31 grudnia 2017 r. stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU).

<sup>32</sup> Wyrok KIO z dnia 22 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1870/14, wyrok KIO z 19 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 503/16, wyrok KIO z 1 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16 i KIO 901/16, czy też wyrok KIO z dnia 6 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 276/17 i KIO 277/17.

Ocena, czy mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, czy świadczeniem pojedynczym zależy od faktów i okoliczności konkretnej sprawy i musi być dokonywana przy uwzględnieniu specyfiki potrzeb odbiorcy – zamawiającego. Świadczeniem złożonym jest świadczenie, które winno być rozdzielone ze względu na fakt, że zawiera elementy podlegające różnemu traktowaniu i tym samym różnemu opodatkowaniu. Natomiast za pojedyncze świadczenie należy uważać takie świadczenie, które zawiera dominującą część i inne elementy mające charakter integralny, pomocniczy lub incydentalny. Nadto możliwość uznania szeregu świadczeń za świadczenie złożone ma charakter wyjątkowy i musi być uzasadniona określonymi względami. Generalną zasadą jest natomiast uznanie poszczególnych świadczeń za niezależne od siebie i tym samym każde z nich winno być opodatkowane właściwą dla danego świadczenia jednostkową stawką VAT.

Z praktycznego punktu widzenia należy stosować zasadę, że jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia. Jeżeli jednak świadczenia stanowią dla nabywcy całość ekonomiczną, nie należy ich sztucznie rozdzielać.

Izba w 2013 r. i w latach następnych<sup>33</sup> rozstrzygała te problemy, prezentując takie jak powyżej podejście do prawidłowego ustalenia podatku VAT w różnych stanach faktycznych, gdyż, zarówno w prawie krajowym, jak i europejskim, brak jest definicji legalnej, co należy rozumieć pod określeniem transakcji złożonych, z uwzględnieniem bogatego orzecznictwa europejskiego, jak i krajowego<sup>34</sup>. Izba uznawała np., że rozstrzygające znaczenie dla oceny ma charakter usługi oraz cel gospodarczy, jaki ma być przez wykonanie zamówienia osiągnięty<sup>35</sup>, a także, że nie może być mowy o kompleksowości usługi, gdy wszystkie wymagane usługi mają charakter równorzędny, i nie można uznać, że jedna z usług ma charakter pomocniczy w stosunku do pozostałych<sup>36</sup>. Izba wskazywała również, że jeśli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane. W jednym z orzeczeń Izba stwierdziła też, że analiza całości opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w konkretnej sprawie prowadziła do wniosku, że nie występuje

---

<sup>33</sup> Wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 349/16; wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r., sygn. akt: KIO 503/16; wyrok KIO z dnia 1 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 898/16, KIO 899/16, KIO 901/16; wyrok KIO z dnia 21 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2060/16; KIO 2100/16; wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2222/16; wyrok KIO z dnia 28 lipca 2016 r., sygn. akt: KIO 1287/16; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. akt: KIO 1044/16; z dnia 24 czerwca 2016 r., sygn. akt: KIO 967/16.

<sup>34</sup> Izba odwoływała się do tych zagadnień poprzez orzecznictwo, przykładowo TSUE: w wyroku C-251/05 *Talacre Beach Caravan Sales Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*, w wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 *Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise*, w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 *Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën*, w wyroku TSUE z 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-572/07 *RLRE Tellmer*, TSUE w wyrokach w sprawie C-276/09 *Everything Everywhere Ltd p-ko Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs* z dnia 2 grudnia 2010 r.; Sądy administracyjne przykładowo: Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach z dnia 25 stycznia 2007 r., sygn. akt: I FSK 499/06 oraz z dnia 2 grudnia 2008 r., sygn. akt: I FSK 1946/07, w wyroku NSA z 12 lutego 2008 r., sygn. akt: I FSK 264/07; w wyroku NSA z 14 maja 2008 r.; Sąd Najwyższy: w wyroku SN z 4 lutego 1994 r., sygn. akt: III ARN 84/93.

<sup>35</sup> Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2857/12 i KIO 2860/12, czy też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO 1536/17.

<sup>36</sup> Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2870/12; wyrok KIO z 3 grudnia 2014 r., sygn. akt: KIO 2433/14; wyrok KIO z 24 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 349/16.

w nim świadczenie główne, któremu można byłoby przypisać status świadczenia dominującego względem świadczeń pomocniczych<sup>37</sup>. W innej sprawie Izba doszła do wniosku, że przy wykonywaniu instalacji gazów medycznych z pozostałymi robotami budowlano-montażowymi, brak jest możliwości wyodrębnienia wykonania tej instalacji jako osobnej usługi, gdyż roboty nią objęte są ściśle powiązane ze sobą i wynikają z realizacji jednego przedmiotu zamówienia<sup>38</sup>. Uznając również, że jeżeli przedmiotem umowy są usługi utrzymania, zagospodarowania i konserwacji terenów zielonych opodatkowane stawką preferencyjną VAT w wysokości 8%, w ramach których dojdzie do dostawy i usług remontowych obiektów małej architektury, które są opodatkowane stawką podstawową w wysokości 23%, wówczas do całej usługi podatnik może zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 8%, tj. właściwą dla świadczenia głównego. Izba uznała za rozstrzygające wyjaśnienia GUS odnoszące się do klasyfikacji PKWiU 2008<sup>39</sup>.

Stwierdzając na kanwie innej sprawy, że możliwe jest zastosowanie jednolitej stawki podatku VAT, gdy dla wykonania usługi głównej konieczne jest przetransportowanie pojemnika do samochodu, a umycie pojemnika nie jest możliwe bez jego opróżnienia, czyli odbioru, Izba podkreśliła, że wykonanie tych czynności nie jest celem samym w sobie, ale towarzyszy usłudze głównej, uzupełniając ją i poprawiając jej jakość<sup>40</sup>. W jednym z orzeczeń sądowych<sup>41</sup> stwierdzono z kolei, że bezsporną, wynikającą z praktyki gospodarczej, zasadą opodatkowania usług kompleksowych złożonych z kombinacji różnych usług, jest opodatkowanie wszystkich usług tak, jak usługi, która nadaje całości zasadniczy charakter. W orzecznictwie stwierdzano również, że interpretacje stanowią wskazanie skutków podatkowych dla sytuacji opisanych we wniosku o dokonanie interpretacji. Niezależnie od powyższego podnoszono też, iż sąd rozpoznając skargę nie jest związany interpretacją przepisów dokonaną przez Ministra Finansów na podstawie ustawy ordynacja podatkowa. W orzecznictwie pojawiła się też kwestia oceny, czy w sytuacji niewskazania przez zamawiającego stawki podatku VAT możliwe jest skorzystanie przez zamawiającego z instytucji poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp<sup>42</sup>. Odpowiadając na to pytanie Izba stwierdziła, że nie jest możliwe poprawienie omyłki w zakresie stawki podatku VAT w sytuacji, gdy zamawiający nie wskazał takiej stawki w siwz.

Z orzecznictwa wynika również zagadnienie, czy indywidualna interpretacja podatkowa może stanowić dowód rozstrzygający o prawie wykonawcy do przyjęcia określonej stawki podatku VAT na potrzeby obliczenia ceny oferty. W tym przypadku Izba stanęła na stanowisku, że dla prawidłowego ustalenia stawki podatkowej ma znaczenie klasyfikacja według PKWiU i interpretacja uzyskana od Urzędu Statystycznego w Łodzi w zakresie klasyfikacji danej usługi w świetle PKWiU. Może ona stanowić dowód rozstrzygający o prawidłowości zastosowanej stawki, natomiast indywidualne interpretacje podatkowe, nawet wydane w oparciu o opis stanu faktycznego adekwatnego do opisu przedmiotu zamówienia, nie stanowią dowodu rozstrzygającego o stawce podatku VAT, gdyż nie wiążą one ani zamawiającego, ani Izby,

---

<sup>37</sup> Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2928/13.

<sup>38</sup> Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 3/13.

<sup>39</sup> Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 700/13.

<sup>40</sup> Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1544/13 i KIO 1545/13.

<sup>41</sup> Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt: XXIII Ga 1442/12.

<sup>42</sup> Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2836/12 i KIO 2842/12.



ani nawet wykonawcy; wiąże jedynie organ podatkowy, co do ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej podatnika stosującego się do posiadanej interpretacji. Izba podkreślała, że fakt uzyskania interpretacji nie chroni wykonawcy przed ewentualną możliwością odrzucenia jego ofert w przypadku zastosowania się do owej interpretacji<sup>43</sup>. Pokłosiem tego, czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, czy usługą złożoną z kilku odrębnych świadczeń było pojawienie się w jednym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ocenianych przez Izbę nawet kryterium oceny ofert – Wskaźnik dotyczący podatku VAT (V)<sup>44</sup>. W kryterium tym stawka podatku VAT była różna dla usługi sprzątania – utrzymania czystości terenów otwartych i terenów zamkniętych (do terenów otwartych zalicza się m. in. „międzytorza”, perony). Przedmiotem oceny w tym kryterium był zatem inny sposób utrzymania czystości terenów otwartych i terenów zamkniętych z uwzględnieniem częstotliwości wykonywania usługi. Stawka podatku VAT dla usługi utrzymania czystości terenów otwartych wynosiła 8%, dla terenów zamkniętych – 23%.

Kwestia świadczenia kompleksowego była także przedmiotem orzeczeń sądowych<sup>45</sup>, w których wskazywano, iż wykonawca miał wykonać przedmiot zamówienia określony w siwz i bez znaczenia było, że w jego trakcie miał wykonać usługi, czy czynności pośrednie. Warunkiem realizacji zamówienia było pełne wykonanie usługi kompleksowej i w tym przypadku wskazywano, że powinna obowiązywać jednakowa stawka VAT, właściwa dla świadczenia kompleksowego, bo taki był faktyczny przedmiot zamówienia publicznego. W orzecznictwie sądowym dopuszczano także poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stawki podatku VAT zgodnie ze wskazaną stawką w siwz<sup>46</sup>.

## „Odwrócony VAT”

Kolejnym ważkim zagadnieniem jest tzw. mechanizm odwróconego (odwrotnego) obciążenia VAT<sup>47</sup>, stanowiący wyjątek od zasady, zgodnie z którą podatnikiem z tytułu odpłatnego świadczenia usług lub dostawy towarów jest usługodawca lub dostawca towaru. Podatnikami przy mechanizmie odwróconego VAT są podmioty nabywające usługi lub towary, co jest równoznaczne z przerwaniem na nabywcę obowiązku rozliczenia podatku należnego

<sup>43</sup> Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 3/13, wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 54/13, wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 700/13, wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2863/13.

<sup>44</sup> Wyrok KIO z dnia 7 października 2016 r., sygn. akt: KIO 1738/16, sygn. akt: KIO 1740/16.

<sup>45</sup> Wyrok SO w Katowicach z dnia 01.02.2016 r., sygn. akt: XIX Ga 935/15.

<sup>46</sup> Wyrok SO w Poznaniu z dnia 29.05.2014 r., sygn. akt: X Ga 174/14.

<sup>47</sup> Mechanizm odwróconego obciążenia (*reverse charge*) przy rozliczeniu VAT-u został wprowadzony do polskiego systemu podatkowego nowelizacją ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo o miarach (Dz. U. Nr 64, poz. 332) z dnia 1 kwietnia 2011 r. Ponadto z dniem 1 lipca 2011 r. do przepisów ustawy o VAT został wprowadzony załącznik nr 11 – zamknięty katalog towarów objętych mechanizmem odwrotnego obciążenia podatkiem VAT, opisanych za pomocą nomenklatury PKWiU. W związku z pozytywnym skutkiem dla budżetu Państwa zakres grup towarów objętych tym sposobem opodatkowania ulegał na przestrzeni lat sukcesywnemu zwiększeniu. Od stycznia 2017 r. weszła w życie ustawa z dnia 1 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2024), która wprowadziła szereg zmian w zakresie stosowania zasady odwróconego VAT, czego konsekwencją było rozszerzenie zakresu obciążenia VAT o transakcje, których przedmiotem są usługi budowlane. Nowelizacja ustawy o VAT z 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015 r., poz. 605), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 roku, wprowadziła zmiany dotyczące stosowania tzw. mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem od towarów i usług VAT na gruncie art. 91 ust. 3a Pzp.



z tytułu dokonania danej czynności. Odwrócony VAT jest procedurą, która przewiduje, że to kupujący, a nie sprzedający, zobowiązuje się do odprowadzenia podatku.

W zakresie stosowania odwróconej stawki podatku VAT, oprócz kwestii podstawowej, jaką jest sposób obliczenia ceny ofertowej i podania jej zamawiającemu, przejawiało się w orzecznictwie Izby<sup>48</sup> także kilka innych istotnych kwestii, jak np., czy wykonawca, zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, winien zawsze wraz z ofertą składać informacje dla zamawiającego o przeliczeniu na niego obowiązku rozliczenia VAT z zamówienia. W tym zakresie Izba wypracowała stanowisko, iż obowiązek informacyjny wykonawców, wynikający z przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, konkretyzuje się jedynie w przypadku powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług. W innym przypadku wykonawcy nie są zobowiązani do złożenia takiej (negatywnej) informacji. Obowiązkowi informacyjnemu zawsze towarzyszy obowiązek wskazania nazwy, rodzaju towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, a także wskazania wartości oferty netto, ze stawką podatku VAT, lecz bez obliczenia jego kwoty. Izba uznawała także, że brak jest także podstaw do składania powyższej informacji w postępowaniach dotyczących zawarcia umowy ramowej, gdyż brak jest nie tylko takiej potrzeby, ale i możliwości w tym zakresie. Umowa ramowa jest tylko podstawą dla zawieranych później umów realizacyjnych, jednak nie implementuje obowiązku kontraktowania.

Izba w swoich orzecznictwach wskazywała, że wprowadzony obowiązek informowania zamawiającego o powstaniu obowiązku podatkowego ma walor informacyjny, ograniczający się wyłącznie do płaszczyzny wyboru oferty najkorzystniejszej i nie zdejmuje z zamawiającego obowiązku i odpowiedzialności za prawidłowe obliczenie i odprowadzenie podatku na podstawie odpowiednich przepisów podatkowych.

Istotną kwestią w zakresie odwróconego obowiązku podatkowego związanego z podatkiem VAT było ustalenie obowiązku podania stawki VAT przez wykonawcę składającego ofertę<sup>49</sup>. Istotą problemu było to, czy zgodnie z przepisem art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, w przypadku stosowania procedury odwróconego VAT, oferta wykonawcy, który nie podał lub podał niewłaściwą stawkę podatku VAT, w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podlega odrzuceniu z powodu błędu w obliczeniu ceny oferty.

Z analizy treści przepisu art. 91 ust. 3a ustawy Pzp regulującego powyższe kwestie na gruncie prawa zamówień publicznych wynika, iż zasada odwróconego mechanizmu rozliczania podatku VAT dokonuje zmiany procedury wykazywania podatku VAT w wystawianej zamawiającemu fakturze oraz jego rozliczania, natomiast nie zmienia zasad podawania i obliczania ceny oferty oraz procedury jej badania przez zamawiającego. Izba wskazała, że niewątpliwym jest, iż na gruncie zamówień publicznych cena, o której mowa w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp, za-

---

<sup>48</sup> Wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt: KIO 1956/15; wyrok KIO z dnia 17 września 2015 r., sygn. akt: KIO 1966/15; wyrok KIO z dnia 28 października 2015 r., sygn. akt: KIO 2263/15; wyrok KIO z dnia 13 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2362/15; wyrok KIO z dnia 20 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2422/15; wyrok KIO z dnia 20 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2432/15, wyrok KIO z dnia 23 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO 2411/15 oraz z 11 grudnia 2015 r., sygn. akt: KIO 2555/15.

<sup>49</sup> Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1462/17. Kwestie związane z mechanizmem odwróconego VAT-u pojawiły się także w wyroku KIO z dnia 08.02.2017 r., sygn. akt: KIO 170/17, wyroku KIO z dnia 28.04.2017 r., sygn. akt: KIO 685/17, czy też w wyroku KIO z dnia 26 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1336/17.

wiera podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, gdyż podatek VAT jest niewątpliwie składnikiem ceny, elementem, który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o jej wysokości. W celu prawidłowego porównania cen ofert, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisem art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający na otwarciu ofert podaje wysokość zaoferowanej ceny, a więc ceny w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy Pzp. W przypadku kryterium oceny, jakim jest cena, dla porównania ofert w postępowaniu o zamówienie publiczne, zamawiający powinien brać pod uwagę całkowitą kwotę wydatkowanych przez siebie środków publicznych, czyli kwotę, jaką będzie musiał zapłacić z tytułu realizacji zamówienia, a więc zawierającą także podatek od towarów i usług. Dlatego za niezbędne należało uznać wskazanie przez wykonawcę stawki podatku VAT, którą zamawiający w przypadku odwróconego mechanizmu VAT, winien obliczyć i doliczyć do podanej wartości netto. Do obowiązków wykonawcy składającego ofertę, w zakresie ceny należy podanie kwoty netto i stawki podatku VAT, natomiast Zamawiającego obciąża obliczenie kwoty podatku i rozliczenie z organem skarbowym tego podatku. Wykonawca nie może podać dowolnej stawki podatku VAT, lecz winien podać stawkę właściwą, tj. taką, jaka winna być zastosowana adekwatnie do przedmiotu zamówienia. Podanie niewłaściwej stawki podatku bądź jej niepodanie, stanowi błąd w obliczeniu ceny i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert jest cena brutto, istotne zatem jest ustalenie, czy wykonawca, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa, w sposób właściwy dokonał obliczenia ceny ofertowej, gdyż podana cena winna odnosić do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

## Podsumowanie

Przedstawione powyżej zagadnienia wskazują, że kwestie podatku od towarów i usług (VAT) na przestrzeni ostatnich lat stanowiły w orzecznictwie Izby, ale także sądów okręgowych oraz Sądu Najwyższego, niezwykle ważki temat. Można pokusić się o konkluzję, że zastosowanie w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego właściwej stawki podatku VAT nadal przysparza wielu problemów uczestnikom tego postępowania. Mając na względzie przedstawione powyżej rozważania i doniosłość problemu stosowania stawki podatku VAT, wynikającego ze złożoności różnych stanów faktycznych, które pojawiają w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, autorzy artykułu poprzez niniejsze opracowanie być może choć w części ułatwią uczestnikom postępowania sposób procedowania, a także unikanie błędów w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej.

## 13. CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI W ORZECZNICTWIE KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Renata Tubisz

*W zamówieniach publicznych obowiązuje podstawowa zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Konsekwencją obowiązywania tej zasady jest eliminowanie z grona wykonawców tych, którzy tę zasadę naruszają, składając ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. Celem artykułu jest próba określenia czynów, które w zamówieniach publicznych można zakwalifikować jako czyny nieuczciwej konkurencji z przypisaniem im wymaganych przesłanek, aby mogły być za takie czyny uznane. Przedmiotem badania i analizy były wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej ze zbioru Zeszytów Orzeczniczych „Zamówienia Publiczne w orzecznictwie”. Orzecznictwo Izby wskazuje na czyny nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza jako ograniczające dostęp do rynku konkurentom oraz zмовы przetargowe.*

### **Wprowadzenie – zdefiniowanie pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji**

Czyn nieuczciwej konkurencji to ustawowe pojęcie występujące w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, prowadzonych zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>. Przy czym definicja pojęcia nieuczciwej konkurencji wywodzi się z odrębnej regulacji prawnej, którą jest ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>2</sup>. Przedmiotem regulacji u.z.n.k. jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w szeroko rozumianej działalności gospodarczej również w interesie publicznym<sup>3</sup>. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma zasadniczo za przedmiot opisanie zachowań kwalifikowanych jako czyny nieuczciwej konkurencji (art. 5–17d u.z.n.k.), ale również odpowiedzialności cywilnej (art. 18–22 u.z.n.k.) oraz odpowiedzialności karnej (art. 23–27 u.z.n.k.) w przypadku przypisania czynom cech nieuczciwej konkurencji. Katalog czynów nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. jest katalogiem otwartym i należy do niego zaliczyć przede wszystkim każde działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli narusza ono interes innego przedsiębiorcy lub klienta, lub mu zagraża (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.) – definicja ogólna. Z kolei otwarty katalog stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji znajduje się w art. 3 ust. 2<sup>4</sup>, a ich opisanie w przywoła-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2017 r., poz. 1579), zwana dalej: „ustawą Pzp”.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwana dalej „u.z.n.k.”.

<sup>3</sup> Art. 1 u.z.n.k. ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolnej, budownictwie, handlu i usługach – w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów.

<sup>4</sup> Art. 3 ust. 2 u.z.n.k. czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwą lub zakazaną reklamę, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

nych już powyżej art. 5–17d u.z.n.k. Dla ustalenia pełnego zakresu pojęciowego czynu nieuczciwej konkurencji, należy przywołać także ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. – o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>5</sup>. Zagadnieniem prawnym regulowanym w UOKiK są zakazane porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. Jedną z zakazanych form porozumień, w związku z czynami nieuczciwej konkurencji na tle stosowania ustawy Pzp, są zmowy przetargowe, które polegają na uzgadnianiu przez wykonawców przystępujących do przetargu lub w porozumieniu z zamawiającym warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Porozumienia te są w całości lub w odpowiedniej części nieważne (art. 6 ust. 2 UOKiK).

Czyny, opisane w powyżej przywołanych ustawach, stanowią jedną z ustawowych przesłanek odrzucenia oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp<sup>6</sup>, oprócz innych wymienionych w tym przepisie (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) ustawowych przesłanek odrzucenia oferty. Z praktyki orzeczniczej KIO<sup>7</sup> wynika, że przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji, jako podstawa odrzucenia oferty, bywa często wskazywana wraz z inną przesłanką do odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, tj. najczęściej z przesłanką rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Waga instytucji czynu nieuczciwej konkurencji jako podstawy odrzucenia oferty wynika również z racji obowiązującej w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zasady zachowania uczciwej konkurencji. Zasada ta jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, co wynika z treści art. 7 ust.1 ustawy Pzp<sup>8</sup>, jak też z treści art. 29 ust. 2 ustawy Pzp<sup>9</sup>, to jest z zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Tak więc obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji leży zarówno po stronie zamawiającego (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), co skutkuje przywoływaniem naruszenia tej zasady niemal w każdym z wnoszonych do Izby odwołań, jak i po stronie wykonawcy pod rygorem odrzucenia jego oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

## **Czyn nieuczciwej konkurencji w orzecznictwie Izby**

Jedną ze stypizowanych w u.z.n.k. form czynu nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.). Zarówno po stronie zamawiających, jak i odwołujących, zdarza się, że przy odrzuceniu oferty, czy też

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2017 r., poz. 229 ze zm.), zwana dalej: „UOKiK”.

<sup>6</sup> Art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

<sup>7</sup> KIO – art. 172 ustawy Pzp – Tworzy się Krajową Izbę Odwoławczą zwaną dalej „Izbą” właściwą do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

<sup>8</sup> Art. 7 ust.1 ustawy Pzp – zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

<sup>9</sup> Art. 29 ust. 2 ustawy Pzp – przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

żądaniu jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stwierdza się popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Tymczasem z orzecznictwa Izby wynika, że nie zawsze zamawiający czy też odwołujący zdają sobie sprawę, że z sytuacją nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. mamy do czynienia tylko w przypadku, gdy utrudnienie dostępu do rynku jest realizowane przez sprzedaż poniżej kosztów, ale w celu eliminacji innych wykonawców z rynku. Jeżeli sprzedaż poniżej kosztów jest prowadzona w innym celu niż eliminacja wykonawców z rynku, to nie kwalifikuje się takiego zachowania wykonawcy jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. „Zatem tylko sprzedaż poniżej kosztów, która została dokonana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a nie np. w celu wejścia na rynek (tak wyrok SA w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt: I ACa 231/07<sup>10</sup>), może zostać zakwalifikowana jako delikt nieuczciwej konkurencji. (...) Samo stwierdzenie, że zaproponowanie ceny na poziomie 0,01 zł za wykonanie spornych pozycji kosztorysowych jest niemożliwe do osiągnięcia, nie przesądza jeszcze, że działanie to zostało podjęte z zamiarem utrudnienia dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców”<sup>11</sup>. Taki bowiem przykład może świadczyć o złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę, co nie oznacza jeszcze wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji po stronie wykonawcy.

Tak więc, zamawiający jak i wykonawcy, utożsamiają cenę rażąco niską z ceną dumpingową w rozumieniu przepisów u.z.n.k. oraz UOKiK, gdzie dumping to sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztu zakupu, w celu eliminowania innych przedsiębiorców. Czyn taki należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, jeśli polega on faktycznie na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Natomiast zgodnie z UOKiK z cenami dumpingowymi mamy do czynienia w sytuacji, kiedy przedsiębiorca dominujący na danym rynku ustala ceny na niskim poziomie w celu wyeliminowania konkurencji. Za wyrokiem KIO z 13.03.2012 r.: „Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest 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 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). (...) Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz w celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Dodatkowo warto zauważyć, że warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 roku, sygn. akt I ACa 231/07. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrażonym w „Interpretacji nowelizacji przepisów...”, na które powoływał się także Odwołujący, jest nim tylko takie utrudnianie dostępu do rynku, które może być uznane za

<sup>10</sup> Apel.-W-wa 2008, nr 4, poz. 32.

<sup>11</sup> Sygn. akt: KIO 830/16, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r.

sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało muszą zostać spełnione przesłanki z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą więc uznane tylko takie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 tej ustawy) – są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powyższym uznać należy, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdy zarzut tak jak w treści niniejszego odwołania dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej. Zdaniem Izby, Odwołujący, na którym ciąży obowiązek wynikający z treści art. 6 kc, nie wykazał popełnienia (...) czynu nieuczciwej konkurencji, a jego twierdzenia w tym zakresie nie zostały poparte dowodami<sup>12</sup>. W ocenie Izby, oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Powyżej przedstawiona argumentacja prawna, w szeregu orzeczeń, nie tylko Izby, ale również sądów powszechnych, jak i Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wskazuje na to, że nie należy utożsamiać rażąco niskiej ceny z czynem nieuczciwej konkurencji, ponieważ sam fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny nie świadczy wprost o celu, jakim jest eliminowanie innych wykonawców z rynku, ponieważ aby taki cel osiągnąć należy mieć co najmniej pozycję dominującą na rynku i należy taki cel wykonawcy udowodnić, na co wskazują orzeczenia Izby.

We wprowadzeniu do niniejszego artykułu wskazano również na definicję czynu nieuczciwej konkurencji przez wskazanie definicji ogólnej, wynikającej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., jak i zidentyfikowanie czynów stypizowanych w art. 3 ust. 2 u.z.n.k. Tak więc w każdym z przypadków formuły definicji należy wskazać czyn nieuczciwej konkurencji czy to przez każde ze zdarzeń wymienionych w art. 3 ust. 2 u.z.n.k., a opisanych w art. 5–17e u.z.n.k., czy przez przywołanie innego czynu niż wymienione w art. 3 ust. 2 u.z.n.k., ale spełniającego przesłanki definicji ogólnej w zakresie sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Tak więc dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji należy każdorazowo udowodnić zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy.

W każdej innej sytuacji wydaje się nieskuteczne zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., które to naruszenie, nie pod-

---

<sup>12</sup> Sygn. akt: KIO 406/12.



daje się ocenie w sytuacji niewskazania czynu nieuczciwej konkurencji, czyli czynu posiadającego elementy wymienione w art. 3 ust.1 u.z.n.k.. Co do zasady nie ma przeszkód rozważenia i oceny zachowania wykonawcy przez pryzmat klauzuli generalnej pod warunkiem wskazania czynu nieuczciwej konkurencji niekoniecznie stypizowanego w art. 3 ust. 2 u.z.n.k.

W orzecznictwie Izby odnajduje się również przypadki próby posłużenia się klauzulą generalną dla wykazania czynu nieuczciwej konkurencji zawartej w przepisie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. „Jednocześnie nie można tracić z pola widzenia, że klauzule generalne to przepisy prawne, w których nie da się sprecyzować wszystkich elementów składających się na hipotezę czy dyspozycję normy prawnej, ponieważ ich treść jest najczęściej wyrażona przy pomocy pojęć o dużym stopniu niedookreśloności, a ocena konkretnego stanu faktycznego, który pozwala na ich identyfikację, zostaje przerzucona na organ stosujący prawo. Przedmiotowa klauzula generalna wskazuje te cechy, celowo wyrażone w sposób nieostry, które pozwalają wyodrębnić zachowania interesujące z punktu widzenia celu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wynikającego z jej art. 1 u.z.n.k. („zapobiegania i zwalczania nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolnej, budownictwie, handlu i usługach – w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów”) i z tych względów jest możliwa ocena zachowania danego podmiotu przez pryzmat klauzuli generalnej, bez powołania się na konkretnie stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji. W doktrynie przedmiotu, i z tym należy się zgodzić, przeważa stanowisko, że jeśli określone zachowanie nie mieści się w hipotezie żadnego przepisu szczegółowego, powstaje potrzeba dokonania jego oceny w świetle klauzuli generalnej czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Klauzula generalna bowiem oprócz funkcji uzupełniającej spełnia także funkcję korygującą względem innych przepisów (art. 5–17e u.z.n.k.). (...) Odwołujący upatruje czynu nieuczciwej konkurencji w ujęciu kosztów świadczenia spornej usługi opcjonalnej w kosztach realizacji zamówienia podstawowego stojąc na stanowisku, że zakres rzeczowej usługi opcjonalnej nie daje podstaw do jej skalkulowania na tak niskim poziomie. Co do zasady wskazane działania mogłoby być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, jednakże nie stwierdzono go w przypadku Przystępującego”<sup>13</sup>.

Tak więc praktyka orzecznicza Izby wskazuje na element nieuczciwej konkurencji nie tylko w wymiarze czynów szczególnych (art. 3 ust. 2 u.z.n.k.), ale również, a może przede wszystkim w odniesieniu do czynu według klauzuli ogólnej (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.).

## **Zmowa przetargowa w orzecznictwie Izby**

Jak wynika z definicji przywołanej we wprowadzeniu do artykułu, zmowa przetargowa to porozumienie, które wyklucza konkurencję w celu zdobycia zamówienia. Jednym ze środków umożliwiających przeciwdziałanie zmomom przetargowym jest nowelizacja art. 46 ust. 4a ustawy Pzp<sup>14</sup> odnosząca się do zatrzymania wadium wykonawcy, który na wezwanie zamawiającego nie uzupełnia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

<sup>13</sup> Sygn. akt: KIO 1081/16, wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r.

<sup>14</sup> Przywołany przepis został wprowadzony do regulacji ustawy Pzp ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058).

Przepis miał w swoim założeniu przeciwdziałać znikom przetargowym wykonawców. Stosownie do orzecznictwa Izby w tym zakresie poprzestanie tylko na literalnym brzmieniu przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp prowadzi do pominięcia jego celu, polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. U źródła nowelizacji, którą wprowadzono w życie przywołany przepis, legła potrzeba przeciwdziałania znikom wykonawców, przejawiającym się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu, i ich nieuzupełnianiu, bądź uzupełnieniu tylko przez tego wykonawcę, który – w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów – przedstawił nie najniższą cenę, ale zazwyczaj najwyższą. Pozostali uczestnicy zmywy mogliby wówczas bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia<sup>15</sup>. W przypadku art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w brzmieniu aktualnie obowiązującym<sup>16</sup> przyczyną nowelizacji ustawy były odnotowywane porozumienia wykonawców składających oferty, mające charakter znom przetargowych.

W doktrynie i orzecznictwie dotyczącym ochrony konkurencji porozumienie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 UOKiK określane jest w skrócie jako tzw. zmywa przetargowa. Zmywa taka może mieć w szczególności charakter porozumienia horyzontalnego (poziomego), tj. zawierane go pomiędzy konkurentami. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przejawem takiego niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego (zmywy przetargowej) mogą być: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.); 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku, opierający się na różnego rodzaju kryteriach, np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór<sup>17</sup>.

Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa, dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest,

<sup>15</sup> Druk sejmowy VI kadencji nr 471.

<sup>16</sup> Art. 46 ust. 4a ustawy – Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejsza.

<sup>17</sup> Zob. W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, Lex 2012; K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 286; D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Kraków 2004; E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002.

aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmywy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne)<sup>18</sup>. Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r.<sup>19</sup> wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 kpc.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne w orzecznictwie<sup>20</sup>.

Kolejne stanowisko Izby co do dowodów pośrednich na zmywę przetargową wskazuje na powyższą ocenę Izby: „Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w SIWZ przewidział, iż wykonawcy mogą złożyć ofertę na maksymalnie dwie części zamówienia. Oferty wszystkich Odwołujących zostały sporządzone przez tego samego pełnomocnika – Pana Mateusza C., co niewątpliwie wynika z pełnomocnictw z dnia 10 marca 2016 r. załączonych do ofert tych wykonawców. Zatem – co nie zostało przez strony zaprzeczone – wykonawcy znali wzajemnie treść złożonych ofert. Z treści złożonych ofert wynika również, że wszyscy Odwołujący nie złożyli ofert na te same części, w żaden sposób zatem nie stanowili dla siebie wzajemnie konkurencji w tym postępowaniu. Ponadto we wszystkich ofertach określono taki sam adres korespondencyjny, tj. adres pełnomocnika Pana Mateusza C. Nie ulega również wątpliwości – na co zwrócił również uwagę Zamawiający – że wszystkie złożone oferty są bardzo podobne, wręcz identyczne pod względem graficznym. Wszędzie podano te same daty potwierdzenia za zgodność z oryginałem. Wskazane okoliczności przemawiają za uznaniem, że celem tego współdziałania było porozumienia co do podziału lokalnego rynku danego zamówienia. W ocenie Izby zwłaszcza fakt tożsamości jednego pełnomocnika we wszystkich czterech ofertach w połączeniu z podobieństwami graficznymi ofert świadczy o tym, że treść tych ofert była wykonawcom znana wzajemnie. Oczywistym jest mechanizm, jaki wykonawcy przyjęli. Jak wynika z treści czterech ofert wykonawcy ci dokonali podziału zamówienia między siebie, ustalając na które części złożą oferty w ten sposób, aby ze sobą nie konkurować. Porozumienie pomiędzy wykonawcami: Mateuszem C. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą X. Mateusz C. z siedzibą w B., Łukaszem F. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Y Łukasz F. z siedzibą w K., Bogdanem P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Z Bogdan P. z siedzibą w Ś. pozwalało na ustalenie wspólnych reguł złożenia oferty, ustalenia elementów kalkulacyjnych ofert, co sprowadza się do wypaczenia reguł konkurencji i wyczerpuje czyn kwalifikowany jako zmywa wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze zmywą w ujęciu horyzontalnym, tj. porozumieniem pomiędzy przedsiębiorcami – działającymi na danym rynku jako konkurenci, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty ze sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że zmywa przetargowa jest działaniem sprzecznym

---

<sup>18</sup> Wyroki Izby wydane: 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14), 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13), 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12) i 20 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 517/13).

<sup>19</sup> Sygn. akt III SK 6/06.

<sup>20</sup> Sygn. akt KIO 648/16, wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r.

z prawem, które godzi w interes klienta – Zamawiającego, u którego zastosowany mechanizm wyłączył konkurencję rynkową. Zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że przetarg o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozorność w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji”<sup>21</sup>.

Analizując orzecznictwo Izby można wywieść, że zachodzi ewolucja w zakresie podstaw do ustalania zmów przetargowych, z kierunku dowodu bezpośredniego na dowód pośredni w związku z nieracjonalnością oczekiwać co do dowodów w formie pisemnej lub temu podobnej. Powyższe ma miejsce, z uwagi na to, że takie porozumienia są objęte sankcjami prawnymi dyskredytującymi je jako objęte z mocy prawa nieważnością, na co wskazuje UOKiK, czy też objęte są odpowiedzialnością karną.

„W orzecznictwie Izby wskazuje się, że z uwagi na trudności w udowodnieniu zmywy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zmywy dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Podstawa faktyczna domniemania zmywy przetargowej musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jednocześnie podkreśla się, że nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zmywy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności. Powyższe stanowisko oznacza w istocie, że przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek – o zmywie przetargowej (...). Zmowa przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zmywy to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę tylko do tego jednego wniosku (...) Z podnoszonego przez Odwołującego argumentu, że jedna osoba dostarczyła Zamawiającemu oferty w tym samym czasie, że taka prawidłowość jest w innych postępowaniach, że podmioty współpracują ze sobą, wzajemnie świadczą sobie usługi, nie można było wywieść, że okoliczności te tworzą taki zbiór poszlak, który uprawnia do przypisania wykonawcom działania w tym postępowaniu w warunkach zmywy. Za pozbawiony wartości dowodowej Izba uznała dowód z protokołu posiedzenia zarządu spółki X z dnia 31 października 2013 r. złożony na okoliczność, iż podmioty te współpracują ze sobą od dłuższego czasu. Fakt współpracy nie tworzy żadnego domniemania zmywy przetargowej (...). Izba oceniła przy tym oferty tych wykonawców, w tym sposób ich sporządzenia, treść, układ, złożone koncepcje autorskie i nie stwierdziła, by dokumenty te cechowały elementy mogące świadczyć przykładowo o sporządzaniu ofert w porozumieniu, a nie oddzielnie na zasadzie konkurencji”.

Przedstawione orzeczenia potwierdzają dopuszczenie w orzecznictwie Izby dowodów pośrednich (czyli poszlak, uprawdopodobnień) dla wykazania przesłanki zmywy przetargowej. Równocześnie też orzecznictwo potwierdza istnienie w zamówieniach publicznych zmów o charakterze horyzontalnym, czyli takich porozumień, które usiłują dzielić rynek lokalny danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Przy czym należy też zwrócić uwagę, że każdy przypadek jest rozpatrywany indywidualnie i szczegółowo z uwzględnieniem oceny wy-

<sup>21</sup> Sygn. akt: KIO 858/16; KIO 871/16; KIO 872/16; KIO 873/16; KIO 874/16; KIO 876/16; wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2016 r.

stępujących w konkretnej sprawie okoliczności faktycznych mogących świadczyć zarówno o znowie, jak i przeciwko niej.

## **Podsumowanie**

Przeprowadzona analiza orzecznictwa Izby, w tym przywołane w artykule orzeczenia Izby, sądów powszechnych, Sądu Najwyższego oraz poglądy doktryny czy też Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wskazują na pojawianie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przypadków nieuczciwych praktyk związanych z ochroną konkurencji. Zbadanie zakresu, rozmiaru tego zjawiska oraz jego pełna ocena znacznie wykracza poza wymiar przedmiotowego artykułu. Niemniej z pewnością można postawić tezę, że problematyka czynu nieuczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych przejawia się w orzecznictwie Izby niemal w całym okresie funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej, to jest w latach 2007–2017. Czyn nieuczciwej konkurencji jako pojęcie odrębnych ustaw na tle ustawy Pzp nakłada konieczność posiadania przez członków Krajowej Izby Odwoławczej nie tylko komplementarnej, ale również wysublimowanej wiedzy i oceny rozstrzyganych zarzutów pod kątem zaistnienia czy też wykluczenia czynu nieuczciwej konkurencji w rozstrzyganej sprawie.

Z przedstawionego i poddanego analizie materiału orzeczniczego Izby wynika szereg zagadnień, które są brane pod uwagę przy rozstrzyganiu zarzutu nieuczciwej konkurencji, a do których należą wpływ nieuczciwej praktyki na interes konkurenta oraz zamawiającego czy też samo stwierdzenie faktu zaistnienia znowy przetargowej czy to po stronie wykonawców, czy też po stronie wykonawcy i zamawiającego.

## 14. KIERUNKI WYKŁADNI POJĘCIA RAŻĄCO NISKIEJ CENY W ORZECZNICTWIE KIO NA TLE ZMIAN PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Luiza Łamejko

*Przedmiotem niniejszego opracowania jest zagadnienie badania ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem poziomu zaoferowanych cen. Zaproponowanemu przeglądowi problematyki, z jaką musiało zmierzyć się orzecznictwo Izby oraz sądów okręgowych w ww. zakresie, towarzyszy perspektywa ustawodawcy, bowiem doniosłość ceny, jako mechanizmu służącego podmiotom ubiegającym się o udzielenie zamówienia do konkurencji ze sobą sprawia, iż materię rażąco niskiej ceny ustawodawca uczynił przedmiotem kilku ostatnich nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>.*

Podstawową cechą gospodarki rynkowej jest konkurencja. Podmioty obecne na danym rynku konkurują ze sobą w zawieraniu transakcji poprzez przedstawianie korzystniejszej od innych podmiotów oferty rynkowej. Konkurencyjne przedsiębiorstwa powinny cechować się wysokim poziomem elastyczności, zdolnościami adaptacji do zmieniających się warunków otoczenia oraz podejmować decyzje, które zapewnią im uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Jednym z podstawowych przejawów rywalizacji przedsiębiorstw jest kształtowanie poziomu cen oferowanych produktów (towarów i usług). Zaburzenie konkurencji poprzez oferowanie cen poniżej kosztów własnych wykonawcy, może przynieść skutek w postaci braku realizacji bądź nieprawidłowej realizacji przedmiotu transakcji, co nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy transakcja ta jest finansowana ze środków publicznych. Takiemu oto zaburzeniu konkurencji przeciwdziałać mają regulacje ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1–3. Ustawodawca wprowadzając ww. przepisy zadbał, aby środki publiczne były efektywnie wydatkowane, chroniąc przy tym rzetelnych wykonawców.

Badanie realności dokonywanych przez wykonawców wycen, mających niewątpliwie wpływ na realizację przedmiotu zamówienia, oraz konieczność ustrzeżenia się przed niekonkurencyjnymi praktykami wykonawców, uzasadnione są wagą, jaką ustawodawca przykładą do kryterium ceny. Kryterium cenowe, jako najistotniejsze dla oceny ofert, do niedawna często kryterium jedyne, stosowane jest w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Celem przedmiotowego opracowania jest zaprezentowanie wypracowanej przez orzecznictwo definicji ceny rażąco niskiej, jak również omówienie zmian legislacyjnych oraz kierunków orzeczniczych w przedmiocie rażąco niskiej ceny i sposobu jej badania. Ustawodawca dostrzegł potrzebę uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doprecyzowania zagadnienia rażąco niskiej ceny i wytyczenia zasad działania uczestników tego procesu, skutkiem czego było objęcie tej problematyki ostatnimi nowelizacjami ustawy Pzp.

Wprowadzając w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia ustawodawca nie zde-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwana dalej: „ustawą Pzp”.



finiował tego pojęcia. Definicja ta wypracowana została przez orzecznictwo oraz doktrynę, w świetle których za cenę rażąco niską należy uznać cenę nierealistyczną, niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych, za którą nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia, która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami, pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać<sup>2</sup>. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż ocena oferty w tym zakresie należy do zamawiającego i odbywa się *ad casum* w odniesieniu do danego stanu faktycznego i całokształtu występujących w nim okoliczności<sup>3</sup>.

Z uwagi na zawarte w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz w art. 90 ust. 1–3 ustawy Pzp wskazanie, że badając poziom ceny należy przyrównać ją do przedmiotu zamówienia, w orzecznictwie wypracowany został pogląd, iż wyznacznik ten stanowi ustaloną przez zamawiającego wartość szacunkową danego zamówienia, obliczoną z należytą starannością oraz zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp jako wartość netto, do której, w celu porównywalności z wartością ofert złożonych w postępowaniu, należy doliczyć kwotę podatku od towarów i usług właściwą dla danego przedmiotu zamówienia. Izba wyrażała stanowisko, iż porównywanie wartości szacunkowej netto z cenami zaoferowanymi w danym postępowaniu określanymi w kwotach brutto prowadziłyby do konieczności oceny nieporównywalnych *de facto* elementów i w konsekwencji do niewymiernych wyników tej oceny<sup>4</sup>. Analogicznie, w orzecznictwie prezentowany był pogląd, że w sytuacji, gdy oferta dotyczy części podzielonego zamówienia, porównaniu należy poddać cenę oferty złożoną na daną część z wartością tej części zamówienia<sup>5</sup>. Pogląd ten został utrzymany, pomimo licznych zmian w przedmiocie badania rażąco niskiej ceny.

Pomimo braku wyraźnego wskazania w treści przepisów ustawy Pzp, w orzecznictwie wydanym na gruncie ustawy w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.<sup>6</sup> ukształtował się również pogląd, że punkt odniesienia przy badaniu ceny, oprócz szacunkowej wartości zamówienia, powinny stanowić także ceny ofert konkurencyjnych. Takie poglądy znajdowały uzasadnienie w sytuacji braku aktualności dokonanego przez zamawiającego szacunku wartości zamówienia, czy też *stricte* usługowego charakteru przedmiotu zamówienia, którego cena opierała się wyłącznie na wycenie pracy ludzkiej<sup>7</sup>. Orzecznictwo pozostawało także zgodne

---

<sup>2</sup> Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1441/07, wyrok SO w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 88/09, wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 684/09, wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11, wyrok SO w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. akt IV Ca 204/15, wyrok KIO z dnia 31 października 2016 r., sygn. akt KIO 1901/16, KIO 1903/16, KIO 1904/16, wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2017/16.

<sup>3</sup> Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 109/09, wyrok SO w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15.

<sup>4</sup> Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08, wyrok KIO z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 866/09, KIO/UZP 879/09, Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 148/15, wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 165/15, wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt KIO 500/15, wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r., sygn. akt KIO 818/15.

<sup>5</sup> Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15.

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014, poz. 1232).

<sup>7</sup> Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 109/09, wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 684/09, wyrok KIO z dnia 8 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1339/10, wyrok KIO z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt KIO 1237/10.

co do tego, że przy badaniu ceny pod kątem jej rażąco niskiego poziomu należało brać pod uwagę cały przedmiot zamówienia, nie zaś tylko niektóre z pozycji, czy ceny jednostkowe za poszczególne elementy oferty – pozycje kosztorysowe<sup>8</sup>.

W celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, już od początku funkcjonowania tej instytucji, zamawiający zobowiązany był do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym przedmiocie. Automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznanie zaoficerowanej ceny za rażąco niską, bez umożliwienia wykonawcy wypowiedzenia się co do powodów zaproponowania ceny na niskim poziomie, uznawane było za sprzeczne z ustawą, niezgodne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych, a także wytycznymi orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. Przebieg procedury, jaką zobowiązany jest przeprowadzić zamawiający w celu zbadania poziomu cenowej danej oferty, pomimo nowelizacji ustawy Pzp, pozostał niezmienny<sup>9</sup>.

Orzecznictwo pozostawało zgodne również co do tego, że wystąpienie zamawiającego do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi sygnał, że zamawiający po wstępnej ocenie uznał, że zaoficerowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem doprowadzić do przekonania zamawiającego, iż jego założenie jest błędne. Dowód braku zaoficerowania ceny rażąco niskiej spoczywał na wykonawcy<sup>10</sup>. Orzecznictwo wcześniejsze, ale i wydane na gruncie obecnego stanu prawnego jest również zgodne co do tego, że dla obalenia powstałego domniemania nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych<sup>11</sup>. Zdawkowe, ogólne i uniwersalnej natury wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia ww. domniemania<sup>12</sup>. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mówi o dowodach na ich potwierdzenie<sup>13</sup>.

Przed ww. nowelizacją ustawy Pzp z sierpnia 2014 r. przepisy nie czyniły wyjątku od klasycznej reguły rozkładu ciężaru dowodu, ujętej w art. 6 kc. W sporze przed Izłą ciężar dowiedzenia, że wyjaśnienia odwołującego się nie obalają domniemania zaoficerowania ceny rażąco

---

<sup>8</sup> Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 123/08, wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 756/08, wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1511/08, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 109/09, wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 671/09, wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 963/09.

<sup>9</sup> Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1453/07, wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08, wyrok SO w Krakowie z dnia 8 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 59/09, wyrok KIO z dnia 18 października 2016 r., sygn. akt KIO 1802/16.

<sup>10</sup> Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1524/08, wyrok KIO z dnia 10 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2338/10, wyrok KIO z dnia 12 maja 2014 r., sygn. akt KIO 785/14, wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 669/14.

<sup>11</sup> Wyrok SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06, wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r., sygn. akt KIO 1851/16, wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2017/16.

<sup>12</sup> Wyrok KIO z dnia 17 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 262/09, wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r., sygn. akt KIO 817/16, wyrok KIO z dnia 29 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1282/16, wyrok KIO z dnia 19 października 2016 r., sygn. akt KIO 1866/16, wyrok KIO z dnia 10 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2064/16.

<sup>13</sup> Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09.

niskiej spoczywał na zamawiającym, który nie uznał złożonych wyjaśnień i dokonał czynności odrzucenia oferty wykonawcy. Na zamawiającym spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania prawidłowości oceny wyjaśnień wykonawcy<sup>14</sup>. Z kolei ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał na odwołującym się<sup>15</sup>.

Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r.<sup>16</sup> udzieliła uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wytycznych w zakresie badania ceny pod kątem jej rażąco niskiego poziomu, wychodząc tym samym naprzeciw, wynikającym ze stanu prawnego sprzed ww. nowelizacji, wątpliwościom uczestników rynku.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym w wyniku omawianej nowelizacji, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione 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 ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przepis ten zakładał zatem możliwość powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do wskazanej przez wykonawcę ceny, czy daje ona szansę na prawidłowe, zgodne z wymogami zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami, wykonanie zamówienia. Wydane na gruncie znowelizowanego przepisu orzecznictwo przyjęło, że ustawodawca, ustanawiając nowe reguły, dał jednoznaczne wytyczne, kiedy zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia w zamian za zaoferowaną cenę i kiedy zobowiązany jest wystąpić do wykonawcy o wyjaśnienia, tj. w sytuacji, gdy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieje jedna z dwóch okoliczności: cena oferty jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu<sup>17</sup>.

Orzecznictwo Izby udzieliło również odpowiedzi na pytanie, czy brak zaistnienia w danym postępowaniu szczególnych okoliczności dotyczących ceny oferty wskazanych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp skutkuje pozbawieniem zamawiającego uprawnień do badania zaoferowanej przez wykonawcę ceny. Izba wyraziła pogląd, że zamawiający uprawniony jest do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w każdym przypadku, w którym powziął wątpliwości co do możliwości prawidłowej realizacji zamówienia. Zamawiający mógł zatem powziąć uzasadnione wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny, niezależnie od tego czy ustalony przez ustawodawcę wyznacznik matematyczny zaistniał. Wprowadzony w znowelizowanym art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w razie zaistnienia konkretnych okoliczności nie

<sup>14</sup> Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08.

<sup>15</sup> Wyrok KIO z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1068/08, wyrok SO w Bielsku-Białej z dnia 10 marca 2009 r., sygn. akt II Ca 88/09.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232).

<sup>17</sup> Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 417/15, wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt KIO 439/15, wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 858/15, wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1586/15, wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1647/15, wyrok z dnia 10 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2595/15.

niwelował obowiązku zamawiającego do każdorazowego analizowania wysokości zaofertowanych cen i uprawnienia zamawiającego do wystąpienia o wyjaśnienia w tym zakresie w przypadku powzięcia przez niego wątpliwości co do ich wysokości<sup>18</sup>.

Orzecznictwo przyjęło ponadto, że z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, aby ustawodawca wprowadził możliwość pomijania przy porównaniu ceny danej oferty do średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w danym postępowaniu, cen niektórych ofert, w tym np. ofert odrzuconych przez zamawiającego lub podlegających odrzuceniu. Co za tym idzie, porównaniu w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podlegają ceny wszystkich ofert skutecznie złożonych w danym postępowaniu<sup>19</sup>.

W znowelizowanym przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca jako przykładowe czynniki podlegające ocenie, oprócz dotychczasowych, tj. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu czy pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wskazał także koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 20 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę<sup>20</sup>. Dokonując wykładni pojęcia „koszty pracy” orzecznictwo Izby zmierzało w kierunku wykładni celowościowej stwierdzając, że odniesienie kosztów pracy do ustawowej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę odnosi się do wynagrodzeń osób wykonujących pracę przy realizacji zamówienia zarówno na podstawie stosunku pracy, jak też na innych podstawach, w szczególności – umów cywilnoprawnych<sup>21</sup>.

Orzecznictwo Izby rozwiązało też wątpliwości uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego co do możliwości wielokrotnego wzywania wykonawcy do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyrażany był pogląd, że przepisy prawa nie pozwalają na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień ma charakter jednorazowy niezależnie od okoliczności danego przypadku, z zastrzeżeniem, że żądanie złożenia wyjaśnień co do ceny rażąco niskiej nie może być prowadzone wielokrotnie, aż do przedstawienia przez wykonawcę dostatecznych argumentów uzasadniających wysokość ceny. Za nieuprawnione uznaje się bowiem wydobywanie przez zamawiającego od wykonawcy informacji przy bierności wykonawcy, wobec braku jego zainteresowania losem złożonej oferty. Jednocześnie wyrażany był pogląd, iż taki sposób procedowania prowadziłyby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu<sup>22</sup>. Jeżeli jednak wykonawca składając wyjaśnienia dołożył należytej staranności, udzielone wyjaśnienia były rzetelne, ale wymagały doprecyzowania, uznawano, że zamawiający był uprawniony do uzyskania wyjaśnień dotyczących szczegółowych kwestii i zwrócenia się

<sup>18</sup> Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 148/15, wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1586/15, wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1746/15, wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 534/16.

<sup>19</sup> Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1647/15.

<sup>20</sup> Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.

<sup>21</sup> Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 47/15, wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt KIO 398/15.

<sup>22</sup> Wyrok KIO z dnia 12 maja 2016 r., sygn. akt KIO 638/16, wyrok KIO z dnia 3 października 2016 r., sygn. akt KIO 1748/16, wyrok KIO z dnia 24 października 2016 r., sygn. akt KIO 1887/16, wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2374/16, wyrok KIO z dnia 1 marca 2017 r., sygn. akt KIO 238/17.

do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień uzupełniających. Takie postępowanie Izba uznawała za szczególnie uzasadnione w sytuacji, gdy zamawiający nie wyspecyfikował zakresu oczekiwanych informacji w pierwszym kierowanym do wykonawcy wezwaniu, bądź gdy nowe wątpliwości wynikły na tle treści już złożonych wyjaśnień<sup>23</sup>.

Przedmiotowa nowelizacja potwierdziła ponadto ukształtowany w orzecznictwie pogląd, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. W treści znowelizowanego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zostało wskazane, że zamawiający zwraca się do wykonawców o złożenie dowodów, zaś art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w nowym brzmieniu wprost wskazywał, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. To wykonawca zobowiązany był przekonać zamawiającego o rzetelności kalkulacji pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty<sup>24</sup>. Służyć temu miały wyjaśnienia, jak też dowody, co do których ustawodawca nie przewidział jakichkolwiek ograniczeń<sup>25</sup>. W orzecznictwie Izby prezentowany był jednak pogląd, że fakt niezłożenia dowodów nie uzasadnia twierdzenia, że cena jest rażąco niska. Wskazywało się, że obowiązek złożenia dowodów, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy sytuacji, w których dowody takie istnieją, tj. mogą być obiektywnie pozyskane. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę dowodów, przedmiotem oceny pozostawały wyjaśnienia wykonawcy, które powinny być kompletne, spójne, wskazywać na indywidualne, dostępne wyłącznie temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny<sup>26</sup>.

Należy mieć na uwadze, że utrzymany został pogląd, iż co do zasady, przy badaniu podejrzenia rażąco niskiej ceny powinno się uwzględniać cenę zaproponowaną przez wykonawcę za cały przedmiot zamówienia, nie zaś za poszczególne jej elementy. Tym samym, nawet relatywnie niska cena za poszczególne składowe przedmioty zamówienia nie mogła stać się przesłanką do odrzucenia oferty, jeżeli jednocześnie cena całkowita nie odbiegała znacząco od wartości szacunkowej oraz cen rynkowych mających swoje odzwierciedlenie w cenach zaoferowanych przez wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Jednocześnie, zamawiający powinien być każdorazowo mieć na uwadze charakter zamówienia oraz przewidziany sposób obliczenia ceny<sup>27</sup>.

Istotną zmianą, jaką przyniosła ze sobą nowelizacja ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r., była modyfikacja obowiązującej w postępowaniu odwoławczym klasycznej reguły rozkładu ciężaru dowodu. Zgodnie z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem

---

<sup>23</sup> Wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r., sygn. akt KIO 343/15, wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 547/15, wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1410/15, wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1479/15, wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/90, KIO 1584/15, wyrok KIO z dnia 18 października 2016 r., sygn. akt KIO 1802/16, wyrok KIO z dnia 28 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 288/17.

<sup>24</sup> Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 sierpnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1072/15, wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt KIO 1911/16, wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2372/16, wyrok SO w Gliwicach z dnia 12 kwietnia 2017 r., sygn. akt X Ga 535/16/za.

<sup>25</sup> Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt KIO 598/16.

<sup>26</sup> Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 132/15, wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 189/15, wyrok KIO z dnia 26 marca 2015 r., sygn. akt KIO 499/15, wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 547/15, wyrok KIO z dnia 21 października 2015 r., sygn. akt KIO 2180/15, wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2595/15.

<sup>27</sup> Wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r., sygn. akt KIO 302/15.



postępowania odwoławczego, lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę nie bierze udziału w postępowaniu odwoławczym. W orzecznictwie Izby zwrócono jednak uwagę, że ustawodawca unormował wyłącznie sytuację, w której wykonawca został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień. Jeżeli zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym może być jedynie to, czy zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny, a ciężar dowodu co do okoliczności wskazujących, że zamawiający powinien dokonać czynności wezwania do wyjaśnień spoczywa na wykonawcy, który domaga się dokonania tej czynności<sup>28</sup>. Utrzymany został pogląd o konieczności złożenia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień wyczerpujących, popartych dowodami, rozwiewających wątpliwości zamawiającego. Za niedopuszczalne uznawane było przedstawianie na etapie postępowania odwoławczego dodatkowych wyjaśnień i dowodów, nieznanymi przednio zamawiającemu<sup>29</sup>.

Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r.<sup>30</sup> dokonała kolejnych uszczegółowień w omawianym obszarze. Przede wszystkim, znowelizowany art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wprowadził instytucję rażąco niskiego kosztu, co stanowi konsekwencję ustanowienia obok kryterium ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, kryterium kosztu. Przepis ten ustanowił obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obowiązek ten uzależniony jest od oceny oferty przez zamawiającego i aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wynikających z tej oceny wątpliwości. Przepis ten, stanowiąc generalną zasadę występowania przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, w odróżnieniu od uprzedniej regulacji, nie kształtuje sztywnych podstaw do wystąpienia z takim żądaniem.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w obowiązującym brzmieniu usankcjonował wynikającą z orzecznictwa i praktyki możliwość występowania przez zamawiającego do wykonawcy z wezwaniem do wyjaśnień dotyczących jedynie części składowych ceny lub kosztu. Wskazać należy, że ustawa mówi o „istotnych częściach składowych”, stąd ważne jest, aby części składowe, których mają dotyczyć wyjaśnienia, miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia (jeśli wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy), lub aby były to istotne części zamówienia stanowiące przedmiot odrębnego wynagrodzenia (przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia). W orzecznictwie wydanym na gruncie znowelizowanych przepisów pojawił się pogląd, zgodnie z którym przedmiotowy przepis nie tylko wskazuje na znaczenie zaniżenia ceny części oferty dla rzetelności oferty jako całości, ale też należy z niego wywieść

---

<sup>28</sup> Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 166/15, wyrok KIO z dnia 20 maja 2015 r., sygn. akt KIO 935/15, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2838/16, wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 447/16, wyrok KIO z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt KIO 1756/16, wyrok SO w Łodzi z dnia 5 grudnia 2016 r., sygn. akt XIII Ga 1094/16.

<sup>29</sup> Wyrok KIO z dnia 17 października 2016 r., sygn. akt KIO 1737/16, wyrok KIO z dnia 6 marca 2017 r., sygn. akt KIO 297/17.

<sup>30</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).



dyrektywę, zgodnie z którą koszty danej części oferty powinny być uwzględniane wyłącznie w kalkulacji dotyczącej tej części. W przeciwnym razie badanie istotnej części oferty dopuszczone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp narażone będzie na brak przejrzystości, będącej zasadą, której zamawiający powinien przestrzegać na każdym etapie postępowania<sup>31</sup>.

Ww. przepis w brzmieniu zmienionym ww. nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. rozszerzył katalog przykładowych czynników mogących mieć wpływ na obniżenie ceny lub kosztu oferty o czynniki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska, jak też powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Najistotniejszym z dodanych przez ustawodawcę czynników wydaje się być jednak zastrzeżenie poczynione w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, że wartość kosztów pracy przyjęta do wyliczenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę<sup>32</sup>. Ustawodawca jednoznacznie zatem objął kosztami pracy również wynagrodzenia osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług.

Opisana powyżej generalna zasada występowania z żądaniem złożenia przez wykonawcę wyjaśnień została uszczegółowiona przez regulacje art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w którym ustawodawca wprowadził obowiązek zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Treść ww. przepisu rozwiała ostatecznie wątpliwości co do wartości podlegających porównaniu, wskazując, że zaoferowane ceny należy zestawić z wartością zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług. Tym samym, przyjęte w orzecznictwie stanowisko, że dla porównania wartości zamówienia z ceną istotna jest faktyczna wartość brutto danego zamówienia, pozostaje aktualne. Nie ma przy tym wątpliwości, że ustawodawca, wskazując na wartość zamówienia, z całą pewnością miał na myśli szacunkową wartość zamówienia.

Art. 90 ust. 1a ustawy Pzp wskazał również na możliwość zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w sytuacji, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych. Analogicznie, jak w pkt 1 przedmiotowego przepisu, bez wątpienia ustawodawca zalecił porównanie ceny całkowitej oferty do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, wskazując jednak na możliwość jej aktualizacji, która sprowadza się do wzięcia pod uwagę zmian zachodzących w gospodarce, w tym cen rynkowych, co może mieć miejsce w szczególności w przypadku długo trwającej procedury udzielenia zamówienia publicznego, kiedy dokonany przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania szacunek, z uwagi na upływ czasu bądź zaistniałą zmianę na rynku, stał się nieaktualny.

<sup>31</sup> Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 1964/16.

<sup>32</sup> Dz. U. z 2017 r., poz. 847.

Podkreślenia wymaga, że wszystkie mierniki wprowadzone ostatnią nowelizacją nie mają charakteru automatycznego – w każdym przypadku zamawiający zobowiązany jest do oceny, czy w danym stanie faktycznym zaistniały okoliczności skutkujące powstaniem podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Także w przypadku, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, który może wydawać się nakazem bezwzględnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji wystąpienia opisanych w nim okoliczności, ustawodawca dał zamawiającemu możliwość nieskorzystania z owego wezwania w sytuacji, gdy rozbieżność pomiędzy wskazanymi w tym przepisie wartościami wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wydaje się, że o oczywistości okoliczności można mówić, kiedy wiedza o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów<sup>33</sup>. Jako przykład można wskazać sytuację, gdy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, co potwierdzają złożone w postępowaniu oferty. W pozostałym zakresie regulacje dotyczące badania wysokości zaoferowanej ceny lub kosztu nie zmodyfikowały zasad przyjętych nowelizacją ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r.

Cena, a zasadniczo jej dominująca waga jako kryterium oceny ofert, przy dużej determinacji wykonawców do uzyskania zamówienia, sprawia, iż zagadnienie rażąco niskiej ceny jest niezmiennie przedmiotem zainteresowania ustawodawcy oraz istotnym elementem rozważań Izby oraz sądów okręgowych. Niewątpliwie, efektem dokonanych dotąd zmian przepisów prawa było zauważalne zwiększenie stopnia szczegółowości postępowań wyjaśniających w zakresie rażąco niskiej ceny. Problemem, z jakim mierzy się Izba w poszczególnych sprawach, pozostaje ocena wyjaśnień pod względem merytorycznym, czyli ich rzetelności i wiarygodności. Ukształtowanie dobrej praktyki stosowania omawianych przepisów to istotne zadanie stojące przed Izba oraz sądami okręgowymi.

---

<sup>33</sup> Wyrok KIO z dnia 20 marca 2017 r., sygn. akt KIO 367/17.

## 15. INNA OMYŁKA – WPŁYW ORZECZNICTWA KIO NA KSZTAŁT PROCEDURY POPRAWIANIA OMYŁEK W OFERTACH WYKONAWCÓW

Anna Packo

*Wprowadzony ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup>, wskazujący na możliwość poprawienia w ofercie omyłek, polegających na niezgodności treści tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, odgrywa doniosłą rolę w procedurze udzielania zamówień publicznych, wpływając na losy wielu ofert. Stanowi on próbę pogodzenia koniecznego w zamówieniach publicznych formalizmu, związanego z zasadą niezmienności złożonej oferty, z reformą podejścia do badania ofert uznawanego za nadmiernie restrykcyjne i nieekonomiczne. Pomimo jednak faktu, że sam przepis nie jest redakcyjnie obszerny lub skomplikowany, jego pojawienie się stanowiło kompletne novum w procedurze, a tym samym budziło szereg wątpliwości co do możliwości jego zastosowania w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych. W celu prawidłowego stosowania tego instrumentu proceduralnego, należało więc nadać mu ramy powszechnie zrozumiałe i akceptowane przez uczestników rynku zamówień publicznego rynku. Zadanie to w praktyce zostało nałożone na Krajową Izbę Odwoławczą.*

Wymagany przez przepisy oraz ukształtowaną praktykę ich stosowania formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu zapewnienie realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasad jawności i przejrzystości postępowania.

Jednym z narzędzi służących urzeczywistnieniu powyższych zasad jest zasada niezmienności oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może bowiem złożyć wyłącznie jedną ofertę<sup>2</sup>, która przez całe postępowanie (od upływu terminu składania ofert do zawarcia umowy) pozostaje niezmienna – co zostało wyrażone pośrednio w treści art. 84 ustawy Pzp, z którego wynika, iż wykonawca może zmienić lub wycofać złożoną ofertę, ale jedynie przed upływem terminu do składania ofert oraz *explicite* w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który zakazuje prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, co do zasady, jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jednocześnie jednak formalizm ten postrzegany był przez uczestników rynku zamówień publicznych jako jego największa wada. Dotyczyło to w szczególności sfery związanej z, jak uważano, nadmiernie restrykcyjnym sposobem badania ofert, skutkującym odrzucaniem atrakcyjnych ofert z powodu niewielkich nawet uchybień. Ustawodawca, widząc problemy praktyczne w tym zakresie, podjął trzy istotne kroki mające ułatwić sytuację i wykonawców, i zamawiających oraz doprowadzić do bardziej efektywnego udzielania zamówień. Pierwszy z nich dotyczył generalnej możliwości zawarcia umowy w przypadku, gdy w postę-

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwana dalej ustawą: „Pzp”.

<sup>2</sup> Obecne brzmienie art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wprowadza wyjątek od tej zasady w postaci oferty wariantowej, jednak wyjątki w tym zakresie pozostają poza obszarem zainteresowania niniejszego opracowania.

powaniu złożono choćby jedną niepodlegającą odrzuceniu ofertę<sup>3</sup>. W drugim – przesłanki odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zostały ograniczone do „treści” oferty, a nie każdego jej drobnego formalnego aspektu<sup>4</sup>. Trzeci krok to rozszerzenie możliwości korekty przez zamawiającego drobnych omyłek i błędów oferty w zakresie jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Należy przypomnieć, iż w pierwotnym brzmieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, podobnie jak i we wcześniejszej ustawie o zamówieniach publicznych<sup>5</sup>, zamawiający mógł jedynie dokonać poprawienia omyłek pisarskich i rachunkowych. W wersji pierwotnej ustawy Prawo zamówień publicznych artykuł 87 brzmiał następująco: „1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. 2. Zamawiający poprawia w tekście oferty oczywiste omyłki pisarskie oraz omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny, niezwłocznie zawiadamiając o tym wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty”. Przepis ten uzupełniał art. 88, w którym opisano zasady poprawiania omyłek rachunkowych.

Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>6</sup> wprowadziła w treści art. 87 niewielką pod względem redakcyjnym, lecz doniosłą zmianę, do katalogu dopuszczalnych prawnie zmian, wprowadzając możliwość poprawienia również omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zmianom tym towarzyszyła również zmiana ustępu 1 artykułu 89 w zakresie punktu 2. i 7., dostosowując je do powyższej zmiany.

Tym samym ustawa Prawo zamówień publicznych uzyskała w tym zakresie obecne brzmienie: „Art. 87. 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. 1a. W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców sprecyzowania i dopracowania treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. 2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie

---

<sup>3</sup> Należy przypomnieć, iż wcześniej obowiązujący art. 27b ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. Nr 76, poz. 344 z późn. zm.) przewidywał konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie innym niż tryb zamówienia z wolnej ręki wpłynęły mniej niż dwie oferty niepodlegające odrzuceniu lub mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym.

<sup>4</sup> Art. 27a ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych nakazywał zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli „oferta” ta jest sprzeczna z ustawą lub specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. nr 76, poz. 344).

<sup>6</sup> Dz. U. Nr 171, poz. 1058.

- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. (...)

Art. 89. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; (...) 7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Ujmując rzecz chronologicznie, pewien wyłom w zasadzie niezmienności oferty wprowadziła już nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 13 kwietnia 2007 r.<sup>7</sup>, wprowadzająca ust. 1a artykułu 87., który również odnosił się do nieistotnych zmian w treści ofert. Jednak ze względu na to, że postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego stanowią jedynie niewielki odsetek postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, znaczenie tego przepisu, pomimo jego ponaddziesięcioletniej historii, jest marginalne, a po wprowadzeniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w praktyce został on w tym zakresie „skonsumowany” przez powyższy przepis stosowany na zasadach ogólnych.

Wprowadzenie nowej możliwości poprawiania ofert spotkało się z jednomyślną akceptacją ze strony uczestników rynku zamówień publicznych, lecz jednocześnie – szczególnie wśród zamawiających – skutkowało ich obawą i niepewnością związaną z zakresem stosowania tego przepisu, zwłaszcza że ustawodawca nakazał stosowanie nowych przepisów dotyczących poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty także do postępowań wszczętych przed wejściem w życie ustawy nowelizującej<sup>8</sup>. Tym samym znalezienie rozwiązania problemu pozostawiono Krajowej Izbie Odwoławczej.

Jeśli więc rozpatrywać wpływ orzecznictwa Izby zarówno na kształtowanie się, jak i na obecną postać procedury poprawiania omyłek w ofertach wykonawców, to można jednoznacznie skonstatować, iż to właśnie Izba uformowała obecną interpretację przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Dużą rolę w tym kontekście odegrała niewątpliwie szybkość postępowania odwoławczego, dzięki której Izba już po kilku tygodniach od pierwszych czynności zamawiających, obejmujących art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w swoich wyrokach udzieliła pierwszych instrukcji co do sposobu zastosowania tego przepisu. Dodatkowo, oceniając orzecznictwo Izby w tym przedmiocie, można zauważyć, że interpretacja przedmiotowego przepisu przez poszczególne składy orzekające Izby co do zasady i w głównych aspektach od samego początku była jednolita.

Odnosząc się do samej interpretacji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ukształtowanej przez Izbę, nie można nie odwołać się do treści samych orzeczeń. Na wstępie należy wskazać,

<sup>7</sup> Dz. U. Nr 82, poz. 560.

<sup>8</sup> Art. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r.

że przede wszystkim wyjaśnia ona znaczenie poszczególnych pojęć występujących w tym przepisie. Zgodnie z orzecnictwem Izby przepis ten odnosi się więc do:

- omyłki,
- omyłki niebędącej oczywistą omyłką pisarską, oczywistą omyłką rachunkową ani jej konsekwencją rachunkową (które zostały objęte punktem 1. i 2. tego przepisu),
- omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie doprowadzi do zgodności oferty z założeniami lub wymaganiami tej specyfikacji,
- omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty,
- omyłki możliwej do skorygowania przez zamawiającego,

przy czym, po stwierdzeniu powyższych okoliczności, dokonanie tej korekty jest obowiązkiem zamawiającego.

W orzecnictwie Izby „omyłka” została zatem zdefiniowana jako niezamierzone działanie wykonawcy, niezamierzony błąd – przy czym omyłki nie oznaczają braku świadomości działania wykonawcy, ale dotyczą niezamierzonej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – zatem w zakres omyłki nie wchodzi celowe „korygowanie” przez wykonawcę wymagań zamawiającego. Jak wskazała Izba „dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego”<sup>9</sup>. Szersze stanowisko zostało zawarte w uchwale o sygn. akt KIO/KD 38/09. „Oczywistym jest, iż ustalenia tak rozumianej wykładni nie mogą wszakże prowadzić do sprzeczności z wyraźnym brzmieniem oferty, niemniej jednak wyjątkowo poprawia się w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, rachunkowe i inne oczywiste omyłki, aby uniknąć nieporozumień na przyszłość. Nie można ich jednak łączyć ze zmianą treści oferty, lecz jedynie z prawidłowym odzwierciedleniem rzeczywistych intencji i rzeczywistej woli oferenta. Oczywiste omyłki są to zatem drobne, przypadkowe «przekłamania», odbiegające od rzeczywistego zamiaru oferenta”<sup>10</sup>.

Podobne definicje „innej omyłki” zostały zawarte w szeregu innych wyroków, np. „to niedokładność spowodowana niezawinionym błędem osoby lub urządzenia technicznego, np. programu komputerowego. Omyłką w tym znaczeniu nie będzie celowe, chociażby wynikające z niewiedzy, działanie człowieka.”<sup>11</sup>, „Procedura przewidziana w art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych generalnie dotyczy omyłek w ofertach wykonawców. Nie jest więc możliwa konwalidacja oferty, wówczas jeżeli jakakolwiek niezgodność z warunkami ustalonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, byłaby wynikiem świadomego i celowego działania wykonawcy.”<sup>12</sup>, „Odnosząc się do pierwszego spornego zagadnienia Izba stwierdziła, iż, chociaż sama kwota 5 złotych została przez Odwołującego świadomie skalulowana, zaistniała sytuacja jest o tyle omyłką, że jest w sposób niezamierzony niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Sytuacja ta wyczerpuje znamiona «bycia

<sup>9</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 634/09.

<sup>10</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2009 r., sygn. akt KIO/KD 38/09.

<sup>11</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2010 r., sygn. akt KIO 780/10.

<sup>12</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1377/10.



omyłką», o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i jest podobna do większości pomyłek występujących w ofertach, które polegają najczęściej właśnie na przeoczeniu jakiegoś postanowienia lub wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo jej modyfikacji i wyjaśnień do niej. Nie zmienia tego fakt, iż wykonawcy składają «świadome» oświadczenia danej treści – niezgodnej z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia – skoro nie są świadomi faktu, iż oświadczenia te są z tą specyfikacją niezgodne, a zatem ich oferty będą podlegały odrzuceniu<sup>13</sup>.

Przyjmuje się też założenie, iż, w odróżnieniu od omyłki pisarskiej i rachunkowej, omyłka ta nie musi być oczywista w powszechnym rozumieniu tego pojęcia, może być wyinterpretowana z treści samej oferty lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nawet stwierdzona po przeprowadzeniu wyjaśnień treści oferty: „W istocie przyznać należy rację Zamawiającemu, iż omyłkę stanowi jedynie błąd widoczny na pierwszy rzut oka, jednakże błędu tego nie można oceniać tak jak omyłki rachunkowej czy pisarskiej, który niezależnie od kontekstu sytuacyjnego jest łatwo dostrzegalny. Za omyłkę z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych może być uznany błąd, który jest co prawda oczywisty, ale w kontekście postanowień SIWZ”<sup>14</sup>.

Pogląd taki wyrażono także w innych wyrokach, m.in.: „Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 powołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści. Zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie «innej omyłki» nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako technicznego błędu w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania, co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie”<sup>15</sup>.

Najtrudniejsze zadanie w interpretacji rozpatrywanego przepisu stanowiło określenie „istotności omyłki” dla treści danej oferty czy też istotności jej niezgodności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która to niezgodność w oczywisty sposób może przekładać się na ocenę charakteru dokonywanych zmian. Trudność ta wynika z dwóch okoliczności: po pierwsze z mnogości stanów faktycznych, które mogą zaistnieć w postępowaniach – często wręcz pojedyncze postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub pojedyncza deklaracja zawarta w ofercie może prowadzić do odmiennej oceny danej sytuacji, a tym samym możliwości poprawienia omyłki. Po drugie: ponieważ przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie „istotności omyłki” ma charakter ocenny, zrozumiałe jest też, iż mogą istnieć odmienne opinie na temat „istotności” różnego rodzaju omyłek.

W zasadniczym stopniu „istotność” ta została jednak wyjaśniona przez orzecznictwo i nadano jej pewne ramy faktyczne i prawne, jakkolwiek aktualne pozostaje twierdzenie, że każdy

---

<sup>13</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 34/09.

<sup>14</sup> SIWZ – specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 890/09.

<sup>15</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1707/09.

stan faktyczny należy oceniać indywidualnie: „Pojęcie «istotności» zmiany treści oferty, nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane ani w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też w żadnym innym przepisie ustawy. W związku z powyższym – zdaniem Izby – pojęcie to należy interpretować, biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem przede wszystkim podstawowych zasad udzielenia zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym konkretnie postępowaniu poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego w żaden sposób nie narusza interesów innych wykonawców składających oferty w tym postępowaniu. Oceniając „istotność” zmian w ofercie nie można pominąć okoliczności niniejszego przypadku, które wskazują, że poprawienie oferty Odwołującego poprzez obniżenie jeszcze na korzyść Zamawiającego ceny ofertowej nie wpłynęło na pozycję rankingową tej oferty. Tak bowiem przed jej poprawieniem, jak i po poprawieniu, którego efektem będzie obniżenie ceny Odwołującego, jest to oferta najtańsza”<sup>16</sup>. Podobny pogląd pojawia się w wielu wyrokach, przykładowo: „Kryterium uznania danej omyłki za podlegającą poprawieniu jest jej istotność, pod względem wpływu na treść oferty. Treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje podstawy do określania w sposób arbitralny arytmetycznych granic kwotowych bądź ilościowych pozwalających na uznanie omyłki za podlegającą poprawieniu. Powyższe kwestie podlegać powinny ocenie każdorazowo w odniesieniu do konkretnej sytuacji i warunków danego postępowania w sprawie zamówienia”<sup>17</sup>.

W początkowym okresie pewne wątpliwości budziła kwestia, czy można w ofercie poprawić elementy składające się na *essentialia negotii* umowy (w szczególności cenę oferty), czy też inne istotne postanowienia przyszłej umowy, które z samego założenia są ważne dla stron, a więc przeczą idei „nieistotności” omyłki. Jednak dość szybko stwierdzono, że dokonanie poprawek jest możliwe „nawet jeśli w rezultacie ich dokonania, zmianie ulegnie cena oferty. Cena oferty stanowi bowiem zasadniczą część – *essentialia negotii* przyszłej umowy, ale jednocześnie nie zawsze jej zmiana, zwłaszcza w niewielkich granicach, ma szczególne lub istotne znaczenie dla stron tej umowy. Przykładem tego jest już choćby samo wynagrodzenie kosztorysowe, gdzie ustalone wynagrodzenie jest tylko wstępną wyceną, która ulegnie zmianie podczas realizacji umowy. W zwykłych stosunkach rynkowych również strony często zgadzają się na zmianę ceny wyjściowej w pewnych granicach, by osiągnąć zamierzony efekt. Zatem sama konieczność skorygowania ceny oferty nie przesądza jeszcze o istotności proponowanej zmiany”<sup>18</sup>. Podobnie w innym z wyroków: „Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela twierdzeń Zamawiającego, iż zakwalifikowanie określonych elementów umowy do jej *essentialia negotii*, uniemożliwia skorzystanie z regulacji przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby taka była intencja ustawodawcy, biorąc pod uwagę jego racjonalność, z pewnością znalazłoby to odzwierciedlenie w treści wskazanego przepisu. Dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej również nie potwierdza stanowiska Zamawiającego. Wielokrotnie Izba dopuszczała bowiem możliwość, w ramach przedmiotowego przepisu, ingerencji w istotne postanowienia umowy, takie jak chociażby cena czy przedmiot zamówienia”<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1119/09.

<sup>17</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1260/09.

<sup>18</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1525/09.

<sup>19</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 890/09.

W istocie, konieczność weryfikacji ceny oferty nie mogła stanowić zapory w stosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – w innym przypadku przepis ten miałby marginalne znaczenie, nawet bowiem przy prostej korekcie błędu w kosztorysie, np. w zakresie kolumny „ilość”, nie można byłoby dokonać przeliczenia tej ilości na wartość pozycji. A przecież bezpośrednim bodźcem do wprowadzenia zmian w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp była chęć dopuszczenia tego rodzaju poprawek.

Przeszkodą w dokonaniu korekty oferty nie jest również liczba błędów, które zaistniały w ofercie – pod warunkiem, że cały zbiór tych omyłek wciąż spełnia warunek braku istotności zmiany: „Skład orzekający Izby stwierdza, że nie jest istotna liczba omyłek, których poprawek musi dokonać zamawiający, ale istotny jest charakter tych omyłek. Tak więc mimo stwierdzenia wystąpienia około 650 miejsc, w których zamawiający stwierdzi konieczności dokonania poprawek, zamawiający nie może zaniechać dokonania poprawy, jeżeli stwierdzi, że ta poprawa nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty, a do takiego wniosku powinien dojść zamawiający wobec poprawki wynoszącej w sumie około 55 zł; wobec kwoty całej oferty opiewającej na około 16 000 000 zł. Nie bez znaczenia musi pozostawać fakt w rozpoznawanym przypadku, że kolejna oferta jest droższa o kwotę większą niż o około 55 zł, o które należałoby zwiększyć cenę oferty odwołującego”<sup>20</sup>.

W cytowanych powyżej wyrokach pośrednio odniesiono się także do innej kwestii, która jest co do zasady – choć nie w każdym stanie faktycznym – uważana za przeszkodę w poprawieniu omyłki, czyli na wpływ dokonanej zmiany na pozycję oferty w rankingu ofert. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w swoim brzmieniu „istotną zmianę” odnosi do treści oferty. Jednak przepisu tego nie można rozpatrywać z pominięciem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem „istotność zmiany treści oferty” w różnych stanach można odnieść także do wpływu przedmiotowej poprawki na punktową ocenę oferty w ramach kryteriów oceny ofert.

Kolejna ukształtowana przez orzecznictwo KIO zasada poprawiania omyłek w ofercie wiązana z ich „istotnością” i niezmiennością treści oferty odnosi się w istocie do przyjętego założenia, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Tym samym zamawiający ofertę może „poprawiać”, ale nie może zastępować wykonawcy w jej tworzeniu: „Nie jest dopuszczalne, w ocenie składu orzekającego, uznanie za omyłkę w treści oferty będącej oświadczeniem woli wykonawcy, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, braku wyceny którejś z pozycji kosztorysu ofertowego. Brak wskazania ceny jednostkowej uniemożliwia dokonanie wyceny pozycji, a zatem zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej i oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Celem regulacji art. 87 ust. 2 ustawy nie jest poprawianie wszystkich braków, czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek w treści oferty (...). Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia ustawodawca nie dopuścił”<sup>21</sup>. Zatem „dokonanie przez wykonawcę wyceny innego typu przedmiotów niż wymagał zamawiający nie stanowi omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

<sup>20</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1091/09.

<sup>21</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1073/09.

Chcąc poprawić ww. błędy zamawiający zmuszony byłby wskazać ceny jednostkowe za innego typu przedmioty niż wycenione przez wykonawcę. Takie działanie zamawiającego jest niedopuszczalne – jedynym podmiotem, który może wskazać w ofercie cenę za realizację przedmiotu zamówienia lub jego części jest wykonawca<sup>22</sup>.

W kolejnym z wyroków wskazano na cel wprowadzenia omawianego przepisu: „Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub nie mających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Zakres możliwych do poprawienia omyłek powinien być interpretowany możliwie najszerszej. Jednakże proces poprawiania omyłek nie może prowadzić do konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty (...) wskazanie zarówno cen jednostkowych, jak i ceny za realizację całego zamówienia jest uprawnieniem i obowiązkiem wyłącznie wykonawcy. Prowadzenie korespondencji z wykonawcą w tym zakresie prowadziłyby do negocjacji, co z kolei byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...) Bezsprzecznie omyłki, które mogą być poprawione w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinny mieć taki charakter, by czynności ich poprawienia mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co w niniejszym stanie faktycznym nie jest możliwe”<sup>23</sup>.

Należy tu zauważyć, że pomimo wyrażanego w powyższych wyrokach poglądu, że zamawiający ofertę ma poprawić „samodzielnie”, stanowisk tych nie należy uznawać za ewidentnie sprzeczne z wcześniej prezentowanymi poglądami o możliwości korzystania przez zamawiającego przed poprawieniem omyłki z instytucji wyjaśnień treści oferty. Jakkolwiek kwestia, czy zamawiający może przed poprawieniem omyłki – w celu ustalenia poprawnej treści oferty – przeprowadzić czynność wyjaśnień, o których mowa w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiła najdłużej utrzymującą się wątpliwość w zakresie stosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to kategorycznie wyrażane zakazy tego typu praktyki można uznać za epizodyczne – pod warunkiem, że wyjaśnienia nie są wykorzystane jako narzędzie do stworzenia *de facto* nowego zakresu oferty, o czym mowa w cytowanych wyrokach dotyczących braku wyceny poszczególnych elementów. Tym samym możliwość wykorzystania procedury wyjaśnienia oferty każdorazowo będzie zależała od tego, jakie braki i jakie wątpliwości w stosunku do danej oferty występują.

Możliwość poprawienia w ofercie danego wykonawcy lub wykonawców zaistniałych omyłek jest bez wątpienia ważnym narzędziem zamawiającego odnoszącym się do badania ofert, a w konsekwencji – ich akceptacji lub odrzucenia, bezpośrednio wpływającym nie tylko na wynik danego postępowania, ale także efektywność i ekonomiczność samych procedur udzielania zamówień publicznych. Tym samym nie można przecenić praktycznego znaczenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dla uczestników rynku zamówień publicznych – nieprzesadne będzie stwierdzenie, że w dużej mierze zmienił on oblicze zamówień publicznych na mniej formalistyczne i bardziej dla nich przyjazne. Jednocześnie jednak – w celu zachowania zasad udzielania zamówień publicznych wymienionych na wstępie – stosowanie tego instrumentu musiało zostać ujęte w powszechnie zrozumiałe i logicznie akceptowalne ramy. Zadanie to w praktyce zostało nałożone na Krajową Izbę Odwoławczą, i chociaż można podzielać wyrażane przez Izbę poglądy lub też nie, nie można w tym przypadku zarzucić Izbie, iż z zadania tego się nie wywiązała.

<sup>22</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1444/08.

<sup>23</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1278/09.

## 16. ZNACZENIE ORZECZNICTWA KIO DLA INTERPRETACJI PRZESŁANEK DO UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Robert Skrzyszewski

*Przedmiotem niniejszego opracowania jest omówienie niektórych przesłanek do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wymienionych w obecnie obowiązującym przepisie art. 93 ust. 1 ustawy Pzp<sup>1</sup>, których treść w znacznej mierze została ukształtowana przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.*

Przepis art. 93 ust. 1 ustawy Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek unieważnieniowych i powinien być interpretowany ściśle przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności towarzyszących podejmowanej przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, że celem tej regulacji jest pozbawienie bytu prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w warunkach opisanych w tym przepisie.

Przechodząc do komentarza, do cytowanego wyżej przepisu należy zauważyć, że stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.

Należy zwrócić uwagę, że pkt 2 tego przepisu zobowiązuje zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie postępowania w sytuacji, gdy jest ono prowadzone w trybie zapytania o cenę i nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu, natomiast pkt 3 art. 93 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego taki obowiązek w sytuacji, gdy w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta.

Historycznie rzecz ujmując warto podkreślić, że podobna instytucja, odpowiadająca częściowo treści art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, była ukształtowana już w przedwojennym ustawodawstwie krajowym dotyczącym zamówień publicznych, gdzie władza, urząd lub zarząd, miały uznać, że przetarg nie dał wyniku dodatniego w przypadku braku co najmniej dwóch ważnych ofert.

Wracając jednak na grunt ustawodawstwa obowiązującego aktualnie, tj. w okresie działalności Krajowej Izby Odwoławczej, wydaje się, że powyższe przepisy art. 91 ust. 1 pkt 1–3 ustawy Pzp w praktyce nie nastroczały większych trudności interpretacyjnych.

Trochę inaczej sytuacja prezentowała się, jeśli chodzi o przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W obecnie obowiązującym stanie prawnym art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinien skutkować unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwana dalej „ustawą Pzp”.



w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Należy przypomnieć, że pierwotnie ustawodawca w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przewidywał, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zawsze zatem musiało dojść faktycznie do wyboru oferty najkorzystniejszej, aby w oparciu o ww. przesłankę móc stwierdzić, że zamawiający nie dysponuje środkami na sfinansowanie danego postępowania i unieważnić postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten ma zatem zabezpieczać postępowanie przed swobodną, nieczyli nieskrępowaną, możliwością unieważniania postępowań w sytuacji, gdy zamówienie miałby uzyskać wykonawca z jakichś względów nieodpowiadający zamawiającemu. Ww. przepis nakazywał zamawiającemu w takim przypadku unieważnić postępowanie, przy czym kwota, którą zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie musiała być taką samą kwotą, jak ustalona podczas przygotowania postępowania wartość zamówienia. Wartością porównywalną była kwota podana przed otwarciem ofert, o ile była niższa niż wartość oferty najkorzystniejszej. Zamawiający mógł dokonać zwiększenia tej kwoty na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej. Zasadą wynikającą z przywołanego przepisu było i w dalszym ciągu pozostaje, że w oparciu o ten przepis zamawiający nie może unieważnić postępowania, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty jest niższa niż kwota podana podczas otwarcia ofert. Natomiast jeżeli jest wyższa, zamawiający może unieważnić postępowanie, albo postarać się o zwiększenie tej kwoty do wysokości umożliwiającej sfinansowanie zamówienia (...). Dopiero w sytuacji, gdy dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4<sup>2</sup>.

Takie brzmienie powołanego wyżej przepisu ustawy Pzp powodowało, że składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej stały na stanowisku, że prawo roszczenia wykonawcy do pozytywnego zakończenia postępowania zatrzymuje się na kwocie podanej na otwarciu ofert przez zamawiającego. Decyzja zamawiającego o zwiększeniu środków finansowych jest decyzją suwerenną i wykonawcy w tym zakresie nie przysługuje żaden prawnie skuteczny środek. Regulacja ustawowa jest tak skonstruowana, że zamawiający, nie znając oferowanych kwot, określa przed otwarciem ofert, jakimi środkami dysponuje<sup>3</sup>.

Skoro więc znalezienie dodatkowych środków jest wyłącznie prawem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem, to wykonawcy uczestniczący w postępowaniu nie mogą domagać się od zamawiającego, aby znalazł dodatkowe środki na sfinansowanie konkretnego zamówienia.

Potwierdzenie tej linii orzecznictwa można znaleźć także w wyrokach sądów okręgowych, gdzie przyjęto, że niekwestionowanym winno pozostawać, że to zamawiający dokonuje oceny, jaką kwotę przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a kontrola gospodarowania

---

<sup>2</sup> Opinia Nr 23 [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl).

<sup>3</sup> Wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2008r., sygn. akt KIO/UZP 542/08.



środkami finansowymi przez zamawiającego nie należy do kompetencji uczestników postępowania<sup>4</sup>.

Na tle zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zaczęto zwracać uwagę na różnice pomiędzy kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – art. 86 ust. 3 ustawy Pzp, w stosunku do kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podkreślając, że to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania i ciężar ten w żadnym wypadku nie może być przeniesiony na wykonawcę<sup>5</sup>. Zwracano również uwagę na wyjątkowość takiej sytuacji, uzasadniającej unieważnienie przetargu z przyczyny określonej w powołanym wyżej przepisie, a także na konieczność należytego umotywowania takiej możliwości.

Zmianą z dnia 29 grudnia 2010 r. ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw nadano art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp obecne brzmienie. Następstwem tej zmiany była ewolucja orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wypowiadającego się odnośnie nowej treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Orzecznictwo, które dotychczas dopuszczało możliwość unieważnienia postępowania w oparciu o treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w sytuacji gdy od momentu podania podczas otwarcia ofert kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej zaszły nieprzewidywalne okoliczności, które zasadniczo ograniczyły możliwości finansowe zamawiającego, stało się nieaktualne. Tym samym zamawiający w sytuacji, gdy nie ma środków finansowych na skutek zdarzeń, których nie dało się przewidzieć, nie ma obecnie podstaw do unieważnienia postępowania.

Za nieuzasadnione Izba uznała przy tym nakazywanie zamawiającemu dokonywania przesunięć budżetowych czy dokonywania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywanie mu wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na coś innego lub którą zamierzał zaoszczędzić<sup>6</sup>. Tym samym Izba nie przyznała wykonawcom uprawnień do żądania ingerencji w budżet zamawiającego pod kątem wydatkowania przez niego środków budżetowych, a także kontroli tych wydatków w zakresie celowości i gospodarności<sup>7</sup>.

W dalszej kolejności, omówienia wymaga przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, który przewiduje obowiązek unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Już w pierwszych latach działalności Krajowej Izby Odwoławczej przepis ten wymagał dokonania jego wykładni. Wskazywano, że zmiana okoliczności musi powodować utratę interesu publicznego w realizacji zamówienia, a zmiany tej okoliczności nie można było przewidzieć,

<sup>4</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 24 kwietnia 2017r., sygn. akt XIX Ga 131/08.

<sup>5</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 września 2008r., sygn. akt V Ca 1554/08.

<sup>6</sup> Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1645/11, podobnie wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2926/13, wyrok KIO z dnia 22 maja 2015 r., sygn. akt KIO 961/15, wyrok KIO z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1375/15.

<sup>7</sup> Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1554/12, wyrok KIO z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt KIO 969/13.

czyli powinny wystąpić zdarzenia nadzwyczajne, nieoczekiwane, na które zamawiający nie ma wpływu.

Zamawiający, chcąc się powołać na tę przesłankę, musi udowodnić, że w momencie wszczęcia postępowania nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, że zmienią się określone okoliczności i na skutek tych zmian nie będzie można kontynuować postępowania, udzielenie zamówienia bowiem nie będzie leżało w interesie publicznym. Zmiana ta musi mieć charakter istotny. Sytuacją taką nie może być np. zawyżenie ilości materiałów przyjętych w przedmiarach na skutek braku należytej staranności pracownika zamawiającego<sup>8</sup>. Nie stanowi również okoliczności uzasadniającej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego także potencjalna możliwość uzyskania przez zamawiającego niższych cen świadczenia usługi w nowym przetargu<sup>9</sup>. Natomiast za istotną zmianę okoliczności Izba uznała między innymi zaprzestanie działalności i likwidację zamawiającego<sup>10</sup>.

W judykaturze zaczęto wskazywać, że interes publiczny nie jest równoznaczny z indywidualnym interesem zamawiającego. Interes publiczny należało rozumieć przede wszystkim jako korzyść, przejawiającą się w świadczeniu (usług, dostaw, robót budowlanych) na rzecz społeczeństwa<sup>11</sup>.

Zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, powinien także wyraźnie wskazać, jaki interes publiczny wymaga, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione.

Ostatnia z przesłanek wymienionych w obecnie obowiązującym przepisie art. 93 ustawy Pzp została określona w ust. 1 pkt 7, który nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wymaga wskazania, że w pierwszych latach funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej unieważnienie dotyczyło postępowania obciążonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, dopiero zmiana ustawy obowiązująca od dnia 29 stycznia 2010 r.<sup>12</sup> wprowadziła aktualne brzmienie obecnie obowiązującego pkt 7 ust. 1 art. 93 ustawy Pzp. Z aktualnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obciążone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Wskazać przy tym należy, iż przywołana nowelizacja wprowadziła istotne *novum* w przepisach dotyczących umów w sprawie zamówień publicznych, polegające na przyjęciu w miejsce instytucji nieważności umowy, potwierdzonej jedynie deklaratoryjnym orzeczeniem sądu – instytucję nieważności umowy, której skutki,

---

<sup>8</sup> Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 54/07.

<sup>9</sup> Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 304/13.

<sup>10</sup> Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt KIO 1298/10.

<sup>11</sup> Wyrok KIO z dnia 23 września 2011 r., sygn. akt KIO 1948/11, za uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96 zawierającą definicję interesu publicznego.

<sup>12</sup> Dz.U.2009.223.1778.

choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, to mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Kolejną zmianą, mającą istotny wpływ na rozumienie przywołanej przesłanki do unieważnienia postępowania, było wprowadzone nowelizacją brzmienie przepisów art. 146 ust. 1 Pzp, który w poprzednim stanie prawnym w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącem naruszeniem ustawy (pkt 5) albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 6). W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 Pzp w punktach od 1 do 6 wskazano wyłącznie zasadnicze przyczyny unieważnienia umowy, konkretnie sprecyzowane, dotyczące bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów – niepoddające się wykładni rozszerzającej na inne działania lub zaniechania zamawiających<sup>13</sup>. Oznacza to, że wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, jeśli nie dadzą się usunąć, będą stanowić podstawę unieważnienia postępowania.

Jak wynika z orzecznictwa Izby, unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ma miejsce np.: w sytuacji wadliwego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie cen z uwzględnieniem stawki podatku prowadzącego do zaoferowania dwóch różnych stawek podatkowych, powodującego nieporównywalność złożonych ofert<sup>14</sup>, otwarcia koperty z ofertą przed terminem jej otwarcia<sup>15</sup> czy też w sytuacji, gdy SIWZ nie określa terminu składania i otwarcia ofert<sup>16</sup>. Natomiast przesłanki do unieważnienia postępowania nie stanowi np. brak wskazania w pouczeniu, że wadium należy wpłacić przelewem<sup>17</sup>, a także niedołączenie do SIWZ warunków kontraktowych FIDIC<sup>18</sup>.

Reasumując, należy ocenić pozytywnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie wykładni przesłanek przepisu art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza że katalog przesłanek unieważnienia postępowania jest katalogiem zamkniętym i nie może być traktowany rozszerzająco.

Z całą pewnością wykładnia KIO tych przesłanek, a w szczególności przesłanek z art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, w tym zwłaszcza przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, okazała się niezwykle istotna w praktyce udzielania zamówień publicznych. Znaczące, z punktu widzenia nadania przez KIO odpowiedniego kierunku interpretacyjnego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, było przyjęcie, że nie tylko przesłanki dotyczące unieważnienia umowy zawarte w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp mogą stanowić o unieważnieniu postępowania, ale również stwierdzenie, że ewentualne zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, skutkowałoby złożeniem powództwa o unieważnienie umowy przez Prezesa UZP (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp).

---

<sup>13</sup> Wyrok KIO z dnia 31 marca 2011 r., sygn. akt KIO 582/11.

<sup>14</sup> Wyrok z dnia 14 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 60/07.

<sup>15</sup> Wyrok z dnia 25 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 112/07, wyrok z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 1069/16.

<sup>16</sup> Wyrok z dnia 28 marca 2011 r., sygn. akt KIO 572/11.

<sup>17</sup> Wyrok z dnia 18 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1413/08.

<sup>18</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 30 czerwca 2008 r., sygn. akt VII Ca 363/08.

## 17. PROBLEMATYKA UTRZYMANIA CZYSTOŚCI W ORZECZNICTWIE KIO

Marek Koleśnikow  
Lubomira Matczuk-Mazuś

*Przedmiotem opracowania jest omówienie regulacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zakresie odnoszącym się do prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów, w tym zmian wprowadzonych ostatnią nowelizacją tej ustawy. Opracowanie zawiera również omówienie najciekawszych przypadków z orzecznictwa dotyczących tego rodzaju zamówień.*

1 stycznia 2012 r. weszła w życie ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw<sup>1</sup>. Ustawa ta w sposób znaczący zmieniła ustawę z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach<sup>2</sup>.

Z punktu widzenia Krajowej Izby Odwoławczej najistotniejszą zmianą wynikającą z nowelizacji ustawy u.c.p.g. z 2012 r. było wprowadzenie obowiązku organizowania przez gminy lub związki gmin przetargów w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub odbierania i zagospodarowania tych odpadów. Ze względu na użycie w ustawie wyrazu „przetarg”, gminy mogły wyłaniać wykonawców tego typu zamówień tylko w trybach przetargu nieograniczonego albo ograniczonego. Wiązało się to z koniecznością równego traktowania wszystkich podmiotów (wykonawców) bez możliwości jakiegokolwiek uprzywilejowywania, szczególnie spółek z udziałem gminy, która organizowała postępowanie przetargowe.

Problemy, z którymi spotykała się Izba w związku z tą regulacją prawną, najlepiej zostały scharakteryzowane w „Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2013 r.”<sup>3</sup>, która została wykorzystana w niniejszym opracowaniu. O znaczeniu problemu odbierania lub odbierania i zagospodarowania odpadów w sferze zamówień publicznych świadczy też fakt, że pod koniec 2012 r. i w 2013 r. odwołania na zamówienia stanowiły aż 8% ogólnej liczby odwołań.

W przedmiotowym opracowaniu zaprezentowane zostały w zarysie najistotniejsze wybrane wycinkowo, problemy merytoryczne, którymi Izba zobowiązana była się zająć w związku z organizowaniem przez gminy postępowań na odbiór odpadów albo odbiór i zagospodarowanie odpadów. Wskazana tematyka pozwoliła na wypowiedzenie się przez KIO w bardzo różnorodnych kwestiach dotyczących tego szczegółowego rodzaju zamówień.

Rozpoczynając od zagadnień podmiotowych Izba musiała rozstrzygnąć, czy zamówienia w zakresie odbierania odpadów komunalnych może udzielać pojedyncza gmina, czy także związek gmin. Izba, wywodząc to z art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym<sup>4</sup>, uznała, że to drugie rozwiązanie jest również dopuszczalne.

<sup>1</sup> Dz. U. z 2011 r. Nr 152, poz. 897.

<sup>2</sup> Dz. U. t.j. z 2017 r., poz. 1289, zwana dalej: „u.c.p.g.”.

<sup>3</sup> www.uzp.gov.pl.

<sup>4</sup> Dz. U. z 2016 r., poz. 446, 1579 i 1948 oraz z 2017 r., poz. 730 i 935.

Zgodnie z art. 6d ust. 4 u.c.p.g. zamawiający – jednostki samorządu terytorialnego, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), oprócz postanowień wynikających z art. 36 ustawy Pzp, musiały zamieszczać w opisie przedmiotu zamówienia także kwestie dotyczące:

- 1) wymogów dotyczących przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK);
- 2) rodzajów odpadów komunalnych odbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości;
- 3) standardów sanitarnych wykonywania usług oraz ochrony środowiska;
- 4) zakresu obowiązków prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem;
- 5) szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

W związku z koniecznością zamieszczenia w SIWZ przedstawionych wyżej postanowień, Izba zobowiązana była również rozstrzygnąć kwestie dotyczące tego, czy zamawiający ma prawo wskazać w treści SIWZ konkretne instalacje, tzw. RIPOK, co mogło być traktowane jako preferowanie wykonawców prowadzących RIPOK i godzić w zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Izba wydawała rozstrzygnięcia, w których wskazywała, że w przypadku postępowań, których przedmiotem jest wyłącznie odbiór odpadów, zamawiający ma prawo wskazać konkretną instalację RIPOK wynikającą z uchwały sejmiku województwa dla regionu, do którego należy zamawiający. Natomiast takie wskazanie nie jest dopuszczalne, gdy zamawiający określił przedmiot zamówienia jako zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Izba jednocześnie wskazywała, że ewentualne przekazanie odpadów do innych instalacji jest możliwe wyłącznie w sytuacjach wynikających z art. 91 ust. 2 u.c.p.g., to jest w sytuacji, gdy w danym regionie nie ma RIPOK, RIPOK ma awarię lub z innych przyczyn nie może przyjmować odpadów.

W odwołaniach składanych do Izby podnoszone były zarzuty dotyczące nakładania na wykonawców obowiązku prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem. Izba rozstrzygając te kwestie, zajmowała stanowisko o dopuszczalności zakładania podwyższonych standardów świadczenia usługi, zależnie od obiektywnych potrzeb zamawiających i możliwości nałożenia takich obowiązków na wykonawców.

Inne zarzuty odwołujących były związane z opisem przez zamawiającego szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości i dotyczyły wymagań związanych z nakładaniem na wykonawców obowiązku sporządzania i uzgadniania oraz dostarczania właścicielom nieruchomości harmonogramów odbioru odpadów, które mieszczą się w sposobie wykonywania usługi i służą jej prawidłowej realizacji. Również nakładanie na wykonawców obowiązku wyposażenia właścicieli nieruchomości w pojemniki lub worki w określonej ilości, pojemności czy kolorystyce Izba dopuszczała w swoich orzeczeniach jako możliwość uszczegółowienia sposobu świadczenia usługi. Jedno-

częście Izba zwracała uwagę na konieczność jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia oraz wskazania minimalnej i maksymalnej liczby pojemników, które wykonawcy będą zobowiązani dostarczyć, określenia terminu na realizację powyższego w sposób umożliwiający wykonawcom wykonanie zamówienia oraz nieograniczania dostępu do zamówienia wykonawcom, którzy dysponują pojemnikami zgodnymi z uchwałą rady gminy przez zawężenie przedziału pojemnościowego pojemników. Izba zwracała również uwagę na to, że wykonawcy muszą odebrać każdą ilość odpadów i tę okoliczność wkalkulować jako ryzyko w cenę oferty. W sprawach odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia Izba wskazywała również, że nie ma przeszkód, by wymóg utworzenia i prowadzenia punktów selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) był nałożony na wykonawcę odbierającego odpady komunalne. Podkreślano tu jednak, że rozszerzenie przedmiotu zamówienia o organizację i obsługę PSZOK powinno być dokonywane z ostrożnością i uwzględniać akcesoryjny charakter tej części przedmiotu zamówienia, tak aby nie dyskryminować wykonawców, którzy są zdolni wykonać jego podstawowy zakres. W tym zakresie Izba wskazywała też, że zamawiający zobowiązany jest do przekazania wszelkiej dostępnej zamawiającemu wiedzy o strumieniu odpadów, a także potrzebach mieszkańców, jeśli chodzi o pojemniki, z uwagi na charakter zawieranej umowy jako umowy rezultatu oraz zasadę kompletności opisu przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Izby podkreślano również, że wykonawca – dla prawidłowej kalkulacji oferty i wyceny własnego ryzyka – powinien mieć zagwarantowaną minimalną ilość świadczenia oraz znać maksymalny rozmiar świadczenia. W jednym z wyroków Izba stanęła na stanowisku, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający obowiązany jest podać: (1) maksymalną ilość odpadów do odebrania i zagospodarowania przez wykonawców w ramach wynagrodzenia ryczałtowego; (2) maksymalną liczbę i rodzaj pojemników oraz worków, jakie wykonawca ma dostarczyć w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Ponadto zamawiający w SIWZ powinien rozstrzygnąć, co się stanie po osiągnięciu maksymalnej ilości odpadów przed upływem terminu, na jaki zostanie zawarta umowa.

Z problemem wynikającym ze specyfiki odpadów jako przedmiotu zamówienia wiązały się też warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, czyli warunki posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności oraz warunków zdolności technicznej, a zwłaszcza dysponowania przez wykonawcę określoną liczbą, rodzajem i wyposażeniem pojazdów do wykonywania usługi oraz dysponowania bazą magazynowo-transportową i tytułem prawnym do nieruchomości, na której lokalizowana jest taka baza. Stawiane we wskazanym zakresie warunki udziału w postępowaniu były przedmiotem wielu rozstrzygnięć KIO. Izba w takich sprawach uznawała, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia wykonawcy muszą posiadać wpis do działalności regulowanej, a brak wpisu do takiej działalności powoduje, że wykonawca nie może wykonywać działalności legalnie, zgodnie z art. 9c ust. 1 u.c.p.g. Z tych też względów zamawiający nie może akceptować prowadzenia działalności w zakresie odbioru odpadów bez wymaganego zezwolenia, czyli bez uzyskania wpisu do rejestru.

Izba, rozstrzygając spory w tego rodzaju zamówieniach, zajmowała się też tematyką kryteriów oceny ofert. I tak w postępowaniach przetargowych na odbiór i zagospodarowanie lub sam odbiór odpadów, przeważającym kryterium oceny ofert było kryterium cenowe. Jednak Izba pozytywnie oceniała fakt, że w niektórych postępowaniach zamawiający zamierzał promować podwyższoną jakość usługi, która powinna się przekładać na jak najwyższy współczynnik odzysku odpadów.



Rozpoznając spory na etapie badania i oceny złożonych ofert Izba zajmowała się takimi problematycznymi kwestiami jak: ocena podejrzenia rażąco niskiej ceny, ocena wykazywanych przez wykonawców własnych instalacji i ich bliskość od miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, sprawdzenie deklaracji wykonawców co do zysków ze sprzedaży odpadów zbieranych selektywnie. W tym aspekcie Izba uznała m.in. za niedopuszczalne zaoferowanie ujemnej ceny jednostkowej za odbiór odpadów zbieranych selektywnie, jeśli zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe za każdą tonę osobno zmieszanych odpadów komunalnych i osobno odpadów zebranych selektywnie. Izba stanęła na stanowisku, że brak jest podstaw do wykluczenia przedsiębiorcy, który zrzekł się mandatu radnego, mimo że brał on udział w głosowaniach nad podjęciem uchwał w sprawie gospodarki odpadami, gdyż takiego głosowania nie można uznać za czynność bezpośrednio związaną z przygotowaniem postępowania o zamówienie publiczne.

Analiza orzecznictwa Izby dotyczącego tego rodzaju zamówień wskazuje, że zamawiający mieli spore problemy ze sporządzeniem prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, a ich kłopoty potęgowało różne nazewnictwo funkcjonujące w ustawie Pzp, u.c.p.g. oraz w ustawie o odpadach. Izba wskazywała na potrzebę ujednoczenia pojęć stosowanych w tych aktach prawnych.

## 18. ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W DZIEDZINIE OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA. WPŁYW WDROŻENIA DYREKTYWY OBRONNEJ NA DZIAŁALNOŚĆ ORZECZNICZĄ KIO

Emil Kuriata

*Bezpieczeństwo to dobro, które figuruje na czołowym miejscu listy wartości pożądaných i chronionych tak przez jednostki, jak i podmioty zbiorowe. Zamówienia w dziedzinie bezpieczeństwa podlegające dyrektywie UE, która została wdrożona do prawodawstwa polskiego, są w sposób odpowiedni zabezpieczone legislacyjnie, także z perspektywy rozpoznawania sporów odwoławczych. Niniejsze opracowanie wskazuje nie tylko na aspekt szczególnego charakteru zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, lecz również na rolę Krajowej Izby Odwoławczej w procesie rozpoznawania odwołań wnoszonych przez wykonawców w takich zamówieniach. Wdrożona do polskiego porządku prawnego w 2012 r. dyrektywa obronna nałożyła w tym zakresie na Krajową Izbę Odwoławczą dodatkowe wymogi i obostrzenia, które zostały przedstawione w niniejszym opracowaniu.*

Uczestnictwo Polski w strukturach Unii Europejskiej wymusza stosowanie przepisów prawa ustanowionych przez Parlament Europejski i Komisję Europejską w zakresie dostosowywania przepisów krajów członkowskich do ogólnych norm całej Unii Europejskiej. Wiele krajów zjednoczonej Europy opracowane dyrektywy implementuje w sposób właściwy do obowiązującego w tych krajach porządku prawnego, dostosowując przepisy dyrektyw w sposób umożliwiający ich właściwe i racjonalne zastosowanie. Przepisy dyrektyw podlegają ciągłej ewaluacji, wymuszając na państwach członkowskich odpowiednią ich implementację, co wywołuje kolejne nowelizacje przepisów poszczególnych państw.

Bezpieczeństwo to dobro, które figuruje na czołowym miejscu listy wartości pożądaných i chronionych tak przez jednostki, jak i podmioty zbiorowe. Kwestia osiągnięcia i utrzymania optymalnego w danych warunkach stanu bezpieczeństwa stanowi w związku z tym jeden z zasadniczych celów ludzkiego działania. Wiadomo jednocześnie, że bezpieczeństwo absolutne i powszechne może mieć tylko charakter ideału wyobrażanego i pożądanego, lecz w praktyce jest nieosiągalne. Wynika to ze złożoności mechanizmów społecznych i przyrodniczych, które powodują, iż mimo bogatych doświadczeń, poznania i opanowania wielu metod zwalczania zagrożeń godzących w bezpieczne bytowanie rodzaju ludzkiego, nieustannie towarzyszą one ludzkości nie tylko jako pewien negatywny potencjał zgromadzony w istniejącym świecie, ale także jako konkretne zjawiska i zdarzenia<sup>1</sup>.

Bezpieczeństwo to jedna z najważniejszych, posiadających złożony charakter potrzeb, której zaspokojenie określa warunki funkcjonowania i rozwoju państwa. W związku z tym kwestia ta od dawna stanowi przedmiot dociekań badawczych, a także obszar, w obrębie którego nieustannie poszukuje się rozwiązań prowadzących do optymalizacji (w danych warunkach) poziomu bezpieczeństwa dla całego szeregu podmiotów (społeczności międzynarodowej, grup państw, pojedynczych państw, grup społecznych i jednostek). Sposoby pojmowania

<sup>1</sup> Zob. W. Fehler, *Bezpieczeństwo wewnętrzne współczesnej Polski*, Warszawa 2012, s. 3.

bezpieczeństwa rozwijały się wraz z postępowaniem cywilizacyjnym. Ogólnie można powiedzieć, że bezpieczeństwo to stan spokoju, pewności związany nie tylko z zachowaniem korzystnego dla danego podmiotu *status quo*, ale także z pozytywną wizją jego przyszłego rozwoju. Etymologia terminu „bezpieczeństwo” wiąże z poczuciem zagrożenia, koniecznością jego likwidacji i ustanowieniem pewności<sup>2</sup>. Jak słusznie wskazują badacze problemu, definicyjnego ujęcia „bezpieczeństwa” należy szukać w łacińskim *securitas, securitatis*, które to słowa pochodzą od zwrotu *sine cura*, oznaczającego stan braku opieki<sup>3</sup>.

Analizując definicje słownikowe należy zwrócić uwagę, że zawierają one takie desygnaty pojęcia „bezpieczeństwo” jak: brak niebezpieczeństw, pewność, spokój, ochrona przed zagrożeniami. Tak określony zakres pojęciowy występuje zarówno w definicjach zachodnich, jak i tych pochodzących z państw dawnego bloku wschodniego<sup>4</sup>. Zasadne zdaje się przyjęcie uniwersalnego, definicyjnego sformułowania bezpieczeństwa, które zostało zawarte w słowniku nauk społecznych UNESCO, gdzie „Bezpieczeństwo jest rzeczywiście identyczne z pewnością (*safety*) i oznacza brak zagrożenia (*danger*) albo ochronę przed nim”<sup>5</sup> oraz z *The Oxford Dictionary*, w którym bezpieczeństwo to „stan lub uczucie, że jest się bezpiecznym”<sup>6</sup>. Według Encyklopedii PWN bezpieczeństwo publiczne należy rozumieć, jako ogół warunków i instytucji chroniących życie, zdrowie i mienie obywateli oraz majątek ogólnonarodowy, ustrój i suwerenność państwa przed zjawiskami groźnymi dla ładu prawnego. W znaczeniu węższym – ochrona ustroju i suwerenności przed zamachami na podstawowe instytucje polityczne państwa i jego bezpieczeństwo<sup>7</sup>.

Przepis art. 346 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)<sup>8</sup> (dawniej art. 296 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską)<sup>9</sup> wskazuje, iż postanowienia Traktatów nie stanowią przeszkody w stosowaniu następujących reguł:

- żadne Państwo Członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa,
- każde Państwo Członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

<sup>2</sup> Zob. A.D. Rotfeld, *Europejski system bezpieczeństwa in statu nascendi*, Warszawa 1990, s. 19.

<sup>3</sup> M. Cieślarczyk, *Współczesne rozumienie bezpieczeństwa* [w:] B. Wiśniewski (red.), *Bezpieczeństwo w teorii i badaniach naukowych*, Szczytno 2011 s. 12, Świniarski, *Bezpieczeństwo lokalne w ujęciu aksjologicznym* [w:] W. Fehler (red.), *Bezpieczeństwo w środowisku lokalnym*, Warszawa 2009, s. 75, J. Stefanowicz, *Bezpieczeństwo współczesnych państw*, Warszawa 1984, s. 12.

<sup>4</sup> Zob. np. *Słownik języka polskiego*, Warszawa 1994 s. 147, *Słownik Roskowsko jazyka*, Moskwa 1981, s. 74, *Hachette Le Dictionnaire de Notre temps*, Paris 1993, s.1496, *Der Neue Brockhaus*, Wiesbaden 1979, t. 4, s. 700.

<sup>5</sup> *Dictionary of the Social Sciences*, London 1964, s. 629, cyt. za: J. Stańczyk, *Współczesne pojmowanie bezpieczeństwa*, Warszawa 1996, s. 17.

<sup>6</sup> *The Oxford Reference Dictionary*, Oxford 1991, s. 749.

<sup>7</sup> Encyklopedia PWN wersja internetowa, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/3876790/bezpieczenstwo-publiczne.html>.

<sup>8</sup> Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, C 326, 26 październik 2012 r.

<sup>9</sup> Dz. Urz. UE 2006, C 321E.

Zgodnie z art. 346 ust. 2 Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji, może wprowadzić zmiany do sporządzonej 15 kwietnia 1958 roku listy produktów<sup>10</sup>, do których mają zastosowanie postanowienia ust. 1 lit. b.

W 2006 roku Komisja wydała Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności<sup>11</sup>. W dokumencie tym zwrócono uwagę na restrykcyjne warunki zastosowania wyłączenia przewidzianego w art. 346 Traktatu, zapewniającego utrzymanie równowagi między interesami państw członkowskich w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa a fundamentalnymi zasadami i celami Unii.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa UE, zamówienia w dziedzinie obronności podlegają dyrektywie 2004/18/WE<sup>12</sup>, z wyjątkiem zamówień, do których odnosi się art. 346 TFUE (art. 10 dyrektywy 2004/18/WE). Zamówienia w dziedzinie bezpieczeństwa również podlegają dyrektywie 2004/18/WE chyba, że są objęte wyłączeniem z art. 14 dyrektywy, zgodnie z którym nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych określonych jako tajne, jeśli ich realizacji muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami prawa krajowego, albo jeśli wymaga tego ochrona podstawowych interesów państwa. Analogiczne wyłączenie zawiera art. 21 dyrektywy 2004/17/WE<sup>13</sup>.

W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 sierpnia 2009 roku<sup>14</sup> została opublikowana dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 13 lipca 2009 roku w sprawie koordynowania procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, uzupełniająca i zmieniająca zapisy w dyrektywach 2004/17/WE (art. 70) i 2004/18/WE (art. 71).

W pkt. 18 preambuły dyrektywy 2009/81/WE wskazano, że zamówienia na broń, amunicję i materiały wojenne, udzielane przez instytucje/podmioty zamawiające, działające w sektorze obronności, są wyłączone z zakresu stosowania Porozumienia w sprawie zamówień rządowych zawartego w ramach Światowej Organizacji Handlu<sup>15</sup>. Inne zamówienia objęte omawianą dyrektywą są również wyłączone z zakresu stosowania Porozumienia w sprawie zamówień rządowych na mocy art. XXIII tego porozumienia. Artykuł 296 Traktatu i art. XXIII ust. 1 Porozumienia w sprawie zamówień rządowych mają różny zakres stosowania i podlegają różnym normom kontroli sądowej. Państwa członkowskie mogą nadal powoływać się na art. XXIII ust. 1 Porozumienia w sprawie zamówień rządowych w przypadkach, gdy nie mogą odwołać się do art. 296 Traktatu. Dwa omawiane postanowienia muszą zatem spełniać różne warunki stosowania.

---

<sup>10</sup> Decyzja Rady nr 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r.

<sup>11</sup> COM (2006) 779.

<sup>12</sup> 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. U. L 134 z 30.4.2004, s. 114).

<sup>13</sup> Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, s. 1).

<sup>14</sup> Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej Nr L216 z dnia 20 sierpnia 2009 r.

<sup>15</sup> Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich Nr L 336/273 z dnia 23 grudnia 1994 r.

Wskazać należy, iż do dnia nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 roku<sup>16</sup>, przeważająca część zamówień dotyczących zaopatrzenia sił zbrojnych była udzielana na podstawie dopuszczonego przepisami prawa, wyłączenia obowiązku stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>17</sup>, przewidzianego w przepisach:

- art. 4. pkt 3 lit. f ustawy Pzp, zgodnie z którym ustawa Pzp nie ma zastosowania do udzielania zamówień na dostawy i usługi. Do tych ostatnich stosuje się art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej),
- art. 4 pkt 5 ustawy Pzp, stosownie do którego ustawa ta nie ma zastosowania do zamówień objętych tajemnicą państwową zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych albo jeśli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa, albo do zamówień objętych tajemnicą służbową, jeśli wymaga tego istotny interes publiczny lub istotny interes państwa.

Procedury udzielenia zamówień dotyczących uzbrojenia i sprzętu wojskowego były realizowane na podstawie decyzji Nr 291/MON (Ministra Obrony Narodowej) z dnia 26 lipca 2006 roku w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy<sup>18</sup>.

Procedury udzielania zamówień wymagające zapewnienia szczególnych wymogów bezpieczeństwa i ochrony informacji, które na podstawie art. 4 pkt 5 ustawy Pzp zostały wyłączone spod działania ustawy w resorcie obrony narodowej, były realizowane z uwzględnieniem decyzji Nr 326/MON ministra obrony narodowej z 25 października 2004 roku w sprawie udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień objętych tajemnicą państwową oraz jeśli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa<sup>19</sup>.

We wskazanych decyzjach, jak i w ustawie Pzp przewidziano zarówno tryb konkurencyjny, jak i formę negocjacji z jednym wykonawcą. Pozwalały one (decyzje MON) na przeprowadzenie procedury w krótszym czasie oraz dopuszczały zakup konkretnego typu sprzętu. Wyłączenie powyższe (ze stosowania ustawy Pzp) powiązane z treścią decyzji MON pozwalało na szybsze, niż przy procedurach przewidzianych przepisami ustawy, wyposażenie wojska w niezbędny sprzęt, w tym konkretnego typu, sprawdzony i uznany przez żołnierzy, oraz umożliwiało jednostkom i komórkom organizacyjnym resortu obrony narodowej niezwłoczne podejmowanie i przeprowadzenie procedury zamówienia na roboty, usługi oraz nabycie praw lub rzeczy objętych tajemnicą państwową bądź służbową w sytuacji, gdy wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa.

Dyrektywa 2004/18/WE oraz krajowe przepisy wdrażające jej postanowienia były rzadko stosowane przez państwa członkowskie w celu udzielania zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

<sup>16</sup> Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. 2012, poz. 1271).

<sup>17</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017, poz. 1579), zwana dalej „ustawą Pzp”.

<sup>18</sup> Dz. Urz. MON z 2006 r. Nr 14, poz. 179 ze zm.

<sup>19</sup> Dz. Urz. MON z 2004 r. Nr 14, poz. 154 ze zm.

Zdaniem Komisji Europejskiej państwa, nie zawsze w sposób uprawniony, powoływały się na zwolnienia z obowiązku stosowania dyrektywy 2004/18/WE przewidziane bądź w art. 346 TFUE w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, bądź w art. 14 dyrektywy 2004/18/WE dotyczącym zamówień publicznych w dziedzinie bezpieczeństwa.

Unormowania prawne przewidujące zwolnienie z obowiązku stosowania unijnych przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych, określone w TFUE jako wyjątkowe, w praktyce stanowiły zasadę. W rezultacie większość zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa była udzielana na podstawie wskazanych powyżej decyzji MON.

Brak zgodności prawa krajowego stanowił podstawową przeszkodę w urzeczywistnieniu jednolitego europejskiego rynku wyposażenia obronnego oraz sprzyjał nieprzestrzeganiu zasad TFUE w zakresie przejrzystości, niedyskryminowania i równego traktowania podczas udzielania zamówień publicznych. Częste powoływanie się na zwolnienie z obowiązku stosowania dyrektyw unijnych przy udzielaniu zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa wynikało między innymi z faktu nieuwzględnienia w dyrektywie 2004/18/WE specyficznych wymagań dotyczących nabywania niektórych towarów i usług związanych z obronnością i bezpieczeństwem. Chodzi między innymi o ochronę informacji niejawnych, a także zapewnienie bezpieczeństwa dostaw na wypadek konfliktów zbrojnych oraz innych sytuacji wyjątkowych. Dlatego też Unia Europejska przyjęła dyrektywę obronną, która została wdrożona do prawa polskiego, mocą ustawy z dnia 12 października 2012 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych<sup>20</sup>.

Jak wskazano w uzasadnieniu konieczności wprowadzenia rzeczonych przepisów, przepisy nowelizujące ustawę Pzp miały na celu:

- 1) prawidłowe zaimplementowanie przepisów dyrektywy obronnej 2009/81/WE, co stanowi wypełnienie przez Rzeczpospolitą Polską zobowiązania wynikającego z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej,
- 2) zapewnienie zgodności działań zamawiających z postanowieniami dyrektywy obronnej oraz Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności mających na celu zapewnienie zgodności wydatkowania środków unijnych z prawem unijnym dotyczącym zamówień publicznych,
- 3) ochronę bezpieczeństwa państwa oraz polskiego przemysłu obronnego,
- 4) racjonalizację wydatków publicznych dotyczących zakupów w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- 5) zwiększenie przejrzystości przy udzielaniu zamówień publicznych.

Dyrektywa obronna oddziałuje bezpośrednio nie tylko na instytucje i podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, lecz także na wykonawców, czyli firmy zajmujące się robotami budowlanymi, dostawami oraz usługami. Choć łączne wydatki państw

---

<sup>20</sup> Dz. U. z dnia 19 listopada 2012 r., poz. 1271.



członkowskich na obronę stanowią około 160 mld euro, faktycznie jest to suma środków publicznych ukierunkowanych głównie na rynki krajowe, nie zaś na wartość jednolitego rynku wyposażenia obronnego i bezpieczeństwa w Europie. Dane Komisji Europejskiej wskazują, że w innych państwach członkowskich zamawiają zaledwie 13% wyposażenia wojskowego. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest między innymi fakt, że reguły jednolitego rynku praktycznie nie obejmują zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. W rezultacie brakuje bodźców do zwiększania konkurencyjności oraz efektywności.

Dotychczas około 70% wartości zamówień realizowanych na podstawie decyzji nr 291/MON było lokowanych w podmiotach polskiego przemysłu obronnego. Dane te oznaczają, że o zamówienia z dziedziny obronności udzielane przez polskich zamawiających na podstawie wymienionych przepisów skutecznie ubiegają się zagraniczni wykonawcy. Również udział tego sektora w rynku pracy nie jest znaczący. W Polsce zatrudnienie w przemyśle obronnym wynosi około 1,9% zatrudnienia w tym przemyśle w Europie. W spółkach sektora obronnego z udziałem Skarbu Państwa jest zatrudnionych około 26 tys. pracowników. Implementacja dyrektywy obronnej powinna zostać zaaprobowana zwłaszcza przez małe i średnie przedsiębiorstwa sektora prywatnego, dysponujące nowoczesnymi technologiami, dla których otwarcie się rynków europejskich stanowi szansę na zdobycie nowych kontraktów – głównego wykonawcy bądź podwykonawcy<sup>21</sup>.

W wyniku nowelizacji z 2012 r. usunięto także art. 4. pkt 3 lit. f ustawy Pzp, który wyłączał zastosowanie ustawy do zamówień zawierających informacje niejawne (dotyczących np. obronności i bezpieczeństwa).

Dodatkowo ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw<sup>22</sup>, wprowadziła do ustawy Pzp nowy przepis – art. 131a ust. 1a, zgodnie z którym przepisy niniejszego rozdziału (tj. rozdziału 4a pt.: Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) stosuje się do zamówień dotyczących infrastruktury krytycznej, o której mowa w ustawie z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym<sup>23</sup>.

Wprowadzone zmiany przepisów ustawy Pzp w szczególności nowelizacja z 2012 r., stanowiły implementację do publicznego porządku prawnego dyrektywy obronnej 2009/18/WE, nałożyły na Krajową Izbę Odwoławczą nowe obowiązki. Zgodnie z przepisem art. 183 ust. 2a ustawy Pzp, w postępowaniu odwoławczym dotyczącym zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zakaz zawarcia umowy będzie mógł zostać uchylony, 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 celu zabezpieczenia informacji prawnie chronionych wprowadzono zmianę brzmienia przepisu art. 189 ust. 6 ustawy Pzp oraz dodano ust. 7–9. Zgodnie z tymi przepisami Kra-

---

<sup>21</sup> Funkcjonowanie rynku uzbrojenia w Polsce (PLog 2/2011), płk Tadeusz Wnuk.

<sup>22</sup> Dz. U. z 2016 r., poz. 1020.

<sup>23</sup> Dz. U. z 2013 r., poz. 1166, z 2015 r., poz. 1485 oraz z 2016 r., poz. 266.

jowa Izba Odwoławcza, na wniosek strony lub z urzędu, może wyłączyć jawność rozprawy w całości lub w części, jeżeli przy rozpoznawaniu odwołania może być ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę chronioną na podstawie odrębnych przepisów, inna niż informacja niejawną w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza może rozpoznawać odwołania na posiedzeniu niejawnym, jeżeli przy rozpoznaniu odwołania może być ujawniona informacja niejawną w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych. Jednocześnie KIO może podjąć decyzję o rozpatrzeniu odwołania na rozprawie, której jawność wyłączono w całości, jeżeli przemawia za tym ważny interes strony.

Dodatkowo, w celu zabezpieczenia poufności informacji prawnie chronionych, została przewidziana regulacja, zgodnie z którą członkowie Izby będą zobowiązani do zachowania poufności informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony i uczestników postępowania oraz przystępujących do postępowania odwoławczego i działania w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Jednocześnie, w celu ochrony interesu publicznego, w szczególności dotyczącego obronności i bezpieczeństwa państwa, KIO nie może unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej.

Odnosząc się do implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektywy obronnej wskazać należy, że nowe przepisy umożliwiają udzielanie zamówień publicznych bezpośrednio związanych z obronnością i bezpieczeństwem. Jednym z ważniejszych przepisów jest art. 131d ustawy Pzp, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień.

Jak wynika z danych, w roku 2013 udzielono 52 zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na łączną kwotę 1,075 mld zł<sup>24</sup>. Dane zawarte w rocznych sprawozdaniach wskazują, iż w roku 2014 udzielono 166 zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na łączną kwotę 3,894 mld zł<sup>25</sup>, w roku 2015 udzielono 173 zamówienia na łączną kwotę 3,026 mld zł<sup>26</sup>, zaś w roku 2016 udzielono 216 zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na łączną kwotę 3,224 mld zł<sup>27</sup>.

Powyższe dane statystyczne w sposób jasny wskazują, iż następuje systematyczny wzrost zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, co oznaczać może, iż założenia i implementacja dyrektyw UE w powyższym zakresie dały zamierzony skutek.

Liczba postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa miała również przełożenie na liczbę odwołań wnoszonych do Prezesa Krajowej

---

<sup>24</sup> Urząd Zamówień Publicznych Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r.

<sup>25</sup> Urząd Zamówień Publicznych Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r.

<sup>26</sup> Urząd Zamówień Publicznych Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r.

<sup>27</sup> Urząd Zamówień Publicznych Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.

Izby Odwoławczej. Z danych statystycznych za lata 2013–2016 wynika, iż w 2013 roku wpłynęło – 6 odwołań<sup>28</sup>, w 2014 roku – 37 odwołań<sup>29</sup>, w 2015 roku – 17 odwołań<sup>30</sup>, natomiast w 2016 roku wpłynęło – 28 odwołań<sup>31</sup>.

Szczegółową procedurę dotyczącą postępowania odwoławczego przed KIO reguluje Dział VI ustawy Pzp oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań<sup>32</sup>.

Przepis art. 189 ust. 9 ustawy Pzp, stanowi, iż w przypadku wniesienia odwołania dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, którego dokumentacja zawiera informacje niejawne, Prezes Urzędu, na wniosek Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, mając na uwadze zapewnienie ochrony informacji niejawnych, wskazuje miejsce rozpoznania odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na względzie przepis art. 189 ust. 9 ustawy Pzp, który stanowi, iż członkowie Izby zachowują poufność informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony i uczestników postępowania oraz przystępujących do postępowania odwoławczego i działają w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w 2016 r. przeprowadziła jedno postępowanie odwoławcze, które wymagało zachowania szczególnych form dotyczących ochrony informacji niejawnych. Była to sprawa o sygn. akt KIO 2394/16, w której Izba w wyroku z dnia 29 grudnia 2016 roku, oddaliła wniesione odwołanie. W przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na złożony dowód w sprawie, tj. pismo o klauzuli „poufne”, rozprawa przeprowadzona została w dniu 29.12.2016 r., z wyłączeniem jawności w części. Powyższe doprowadziło również do tego, że uzasadnienie orzeczenia w zakresie dotyczącym zarzutów związanych z decyzją o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie zawierało omówienia dokumentu wymagającego ochrony przed nieuprawnionym dostępem. Przywołana sprawa odwoławcza zasługuje na szczególną uwagę nie tylko ze względu na prowadzenie postępowania z wyłączeniem jawności w części. Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby w tej sprawie była bowiem niezwykle istotna kwestia związana ze specyfikacją zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. KIO zajmowało się w tym przypadku oceną zasadności wykluczenia z postępowania wykonawcy w oparciu o szczególną, właściwą dla tego typu zamówienia przesłankę. W rzeczonym wyroku Izba wskazała, iż postępowanie prowadzone było według zasad ustalonych dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, opisanych w rozdziale 4a ustawy Pzp, w którym uregulowano również, odrębnie dla tego rodzaju zamówienia, przesłanki do wykluczenia wykonawców z postępowania. Zgodnie z art. 131e pkt 5 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy naruszyli zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, lub których uznano za nieposiadających wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, o której mowa w art. 66 ustawy z dnia

---

<sup>28</sup> Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2013 r.

<sup>29</sup> Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2014 r.

<sup>30</sup> Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 r.

<sup>31</sup> Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2016 r.

<sup>32</sup> T.j. z dnia 23 lipca 2014 r., poz. 964, ze zm.

5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych. Natomiast art. 131e ust. 4 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający odstępuje od uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, w przypadku gdy informacje otrzymane od instytucji właściwych w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego lub zewnętrznego państwa, stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z uwagi na zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, są informacjami niejawnymi i przekazujący je zastrzegł, iż nie wyraża zgody na udzielenie informacji o treści dokumentu.

Izba, wydając wyrok w przedmiotowej sprawie, potwierdziła zasadność decyzji zamawiającego o konieczności wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na wypełnienie się ww. przesłanki, właściwej dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Reasumując stwierdzić należy, że w przeciągu ostatnich kilku lat, tj. od roku 2013, kiedy to wprowadzono do ustawy Pzp przepisy dotyczące zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, postępowania odwoławcze z reguły nie dotyczyły szczególnych kwestii właściwych właśnie dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, lecz spraw powszechnie rozpoznawanych przez Izbę, w standardowej procedurze, tj. np. oceny zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy rążąc niskiej ceny.

Na zakończenie podkreślić należy, że Krajowa Izba Odwoławcza, jako organ wyspecjalizowany w rozstrzyganiu sporów wynikłych z procedury udzielania zamówień publicznych, została wyposażona w odpowiednie siły i środki, które również umożliwiają jej wypełnianie obowiązków orzeczniczych związanych z rozpoznawaniem spraw w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Obowiązujące w tym zakresie przepisy pozwalają Izbie sprawnie prowadzić takie postępowania. Również przygotowanie organizacyjne i merytoryczne członków KIO umożliwia powyższe. Z pewnością posiadanie przez odpowiednią ilość członków Izby poświadczeń bezpieczeństwa z właściwą klauzulą oraz odpowiednie przeszkolenie w tym zakresie gwarantują rzetelność i bezpieczeństwo państwa w rozstrzyganiu takich sporów zawisłych przed Izbą.

**ISBN: 978-83-88686-56-6**

**Warszawa 2017**