

GWW



Marta Lipińska

Radca prawny w GWW Grynhoft i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp. p. Na co dzień zajmuje się obsługą projektów infrastrukturalnych, doradztwem prawnym z zakresu prawa zamówień publicznych oraz reprezentacją przed KIO i SO.

Nowe prawo zamówień publicznych („Pzp” lub „nowe Pzp”) znacznie rozszerza katalog przypadków, w których wykonawcom przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej („KIO” lub „Izba”). Takie same przesłanki odwołania występują obecnie w zakresie zamówień poniżej jak i powyżej progów unijnych a także zamówień społecznych. Odwołanie może być wniesione zarówno na działania jak i zaniechania zamawiającego, w tym zaniechania przeprowadzenia przez niego postępowania, mimo, że ustawa go do tego zobowiązywała.

# Odwołanie w nowym Pzp

## Kiedy można wnieść odwołanie?

Art. 513 nowego Pzp precyzuje, że odwołanie przysługuje na:

- niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
- zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
- zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

## Odwołanie na działanie

Wykonawcy mogą przede wszystkim skarżyć wszelkie niezgodne z nowym Pzp czynności zamawiającego podejmowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie. Pzp precyzuje także, że skarżone mogą być projektowane postanowienia przyszłej umowy, jaka zostanie zawarta w jednym z w/w trybów.

Podkreślić należy, że przez czynności zamawiającego nie należy rozumieć wyłącznie

czynności proceduralnych ale także (a na pierwszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wręcz przede wszystkim) skonstruowanie zapisów treści specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”).

Niezgodną z przepisami ustawy czynnością zamawiającego będzie przykładowo „obciążanie wykonawcy działającego z należytą starannością oraz zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi w OPZ, konsekwencjami podmiotów trzecich. Zamawiający mając faktyczną przewagę nad wykonawcami, nie może narzucać im warunków umowy, które są dla nich widocznie krzywdzące.” (wyrok KIO 3439/20 z dnia 22 stycznia 2021 r.).

Przez czynność zamawiającego można rozumieć przykładowo skonstruowanie postanowień SWZ, wezwanie do przedłożenia dokumentów niewymaganych w SWZ lub Pzp, odstąpienie tajemnicy przedsiębiorstwa, przyznanie punktów w ramach kryteriów oceny ofert, odrzucenie oferty, wykluczenie wykonawcy, unieważnienie postępowania.

## Odwołanie na zaniechanie

Wykonawcom przysługuje także prawo wniesienia odwołania na zaniechanie zamawiającego jakiego dopuścił się w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Z zaniechaniem zamawiającego możemy mieć do czynienia na wielu etapach postępowania. Zamawiający dopuszcza się zaniechania nie udzielając odpowiedzi na zadane przez

wykonawców pytania do treści SWZ, nie przedłużając zgodnie z przepisami Pzp terminu składania ofert, nie dokonując modyfikacji SWZ mimo, że wydany uprzednio wyrok Izby go do tego zobowiązywał, nie udostępniając jawnej części ofert w terminie określonym w ustawie. Co do zasady można powiedzieć, że zarzut ten można postawić w sytuacjach gdy Pzp zobowiązuje zamawiającego do podjęcia konkretnych czynności a ten mimo ustawowego obowiązku ich nie podejmuje.

Wykonawcy muszą także pamiętać, że zaniechaniem w rozumieniu art. 513 pkt 2 Pzp nie będzie przykładowo brak zgody na zmianę terminu przedłożenia dokumentów. Jeśli bowiem zamawiający wyznaczy wykonawcy termin na uzupełnienie dokumentów zgodny z ustawą zaś wykonawca wystąpi o jego przedłużenie to brak zgody nie może być zaskarżony jako zaniechanie zamawiającego a także nie może być uznany za czynność niezgodną z nowym Pzp. Zdaniem Izby „przedłużenie terminu złożenia żądanych oświadczeń i dokumentów jest uprawnieniem Zamawiającego w przeciwieństwie do obowiązku, co w świetle art. 180 ust. 1 p.z.p. [obecnie art. 513 pkt 2 nowego Pzp –przyp. autora] pozwala przyjąć, że nie może stanowić podstawy zarzutu.” Jeśli zaś Zamawiający wyznaczy termin niezgodnie z Pzp to Wykonawcy przysługiwać będzie prawo do wniesienia odwołania na czynność zamawiającego.

Jako zaniechanie zamawiającego nie może być traktowana odmowa zawarcia umowy gdyż zgodnie z art. 7 pkt 18 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej. Przepis ten wprost bowiem stanowi, że zawarcie umowy nie stanowi czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykonawcy muszą ponadto pamiętać aby nie skarżyć przedwcześnie zaniechania zamawiającego. Jeśli bowiem ustawa zobowiązuje go do konkretnej czynności, np. udostępnienia załączników do protokołu po wyborze oferty najkorzystniejszej, to wykonawcy nie mogą skarżyć tego przed tym zdarzeniem. W przeciwnym przypadku zarzut taki zostanie uznany za przedczesny.

### Termin na wniesienie odwołania

W przypadku odwołania wnoszonych na podstawie art. 513 pkt 2 lub 3 termin na wniesienie

odwołania uzależniony jest od wartości postępowania i sposobu przekazania informacji o czynności zamawiającego (tj. elektronicznie czy też w inny sposób).

Dla postępowań powyżej tzw. progów unijnych terminy te wynoszą:

- a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
- b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

W przypadku postępowań poniżej progów unijnych zostały one skrócone odpowiednio do 5 i 10 dni.

### Nieprzeprowadzenie postępowania

Art. 513 pkt 3 Pzp przewiduje zaś możliwość wniesienia odwołania w przypadku nieprzeprowadzenia przez zamawiającego postępowania. Jest to nowa, w stosunku do ustawy Pzp z 2004 r., przesłanka do wniesienia odwołania. Wykonawcy mogą zatem zaskarżyć działania zamawiającego zmierzające do zawarcia umowy bez uprzedniego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu bez stosowania przepisów Pzp. Zaskarżeniu podlegać będzie także zaniechanie przeprowadzenia konkursu wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 325 ust 2 Pzp.

Jeśli zatem zamawiający nie przeprowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, np. z powodu podzielenia zamówienia na kilka części w celu uniknięcia stosowania Pzp lub z powodu błędnego zakwalifikowania stanu faktycznego do jednej z sytuacji opisanych w oddziale 2 Pzp (tj. art. od 9 do 14 Pzp) to wykonawcy, którzy wykażą, że mogliby zrealizować takie zamówienie będą uprawnieni do wniesienia odwołania do KIO.

Termin na wniesienie takiego odwołania określony został w art. 515 ust. 3 Pzp, i obliczany jest od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach

stanowiących podstawę jego wniesienia, np. od publikacji przez zamawiającego informacji o zawarciu umowy. Wynosi on odpowiednio 10 dni dla zamówień powyżej progów unijnych i 5 dni w przypadku tzw. zamówień krajowych.

### Sposób wnoszenia odwołania

Odwołanie wnoszone jest do Prezesa Izby. Odwołujący musi pamiętać, że zobowiązany jest przekazać zamawiającemu odwołania wniesionego w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopii tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej. Powyższe musi nastąpić przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Ustawodawca przewidział domniemanie prawne, z którego wynika, że wystarczające jest, że kopia odwołania wpłynie do zamawiającego na chwilę przed upływem terminu na jego wniesienie. Zgodnie z ustawą domniemywa się bowiem, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

### Co zawiera odwołanie?

KIO niejednokrotnie wskazywała, że odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego (np. wyrok KIO 2711/18 z dnia 18 stycznia 2019 r.). Odwołanie powinno:

- konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań,
- wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów,
- wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego.

Powyższe oznacza, że odwołujący musi odnieść się do elementów stanu faktycznego, zawartości SWZ lub oferty, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne

**Nowością w stosunku do ustawy Pzp z 2004 r. jest możliwość uwzględnienia odwołania w przypadku niezgodności projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów Pzp. Podkreślić należy, że co do zasady również na gruncie starych przepisów Izba nakazywała zamawiającym zmianę postanowień projektowanej umowy jeśli jej postanowienia naruszały np. zasady równowagi stron. Nowe Pzp porządkuje jednak tę kwestię i zwalnia wykonawców z obowiązku wykazania wpływu na wynik postępowania.**

zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu.

Art. 516 Pzp precyzuje ponadto szereg wymagań formalnych odwołania. Zaliczyć do nich należy:

- elementy identyfikujące odwołującego i zamawiającego (imię i nazwisko, nazwa, adres, numer telefonu, adres e-mail);
- elementy identyfikujące postępowanie (nazwa, numer postępowania);
- elementy determinujące zakres rozpoznania odwołania (zarzuty i ich uzasadnienie);
- żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia;
- podpis;
- załączniki do odwołania (dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości, dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu, dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego).

### **Uwzględnienie odwołania przez Izbę**

Zgodnie z art. 554 ust. 1 Pzp KIO uwzględni odwołanie w całości lub w części. Ma to miejsce w przypadku stwierdzenia:

- naruszenia przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;
- niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów Pzp.

Odwołujący powinien zatem wykazać jak stwierdzone przez niego naruszenia wpływają na wynik postępowania. Jako przykład braku wpływu na wynik postępowania można przykładowo uznać zaskarżenie niewykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta uplasowała się w rankingu ofert na pozycji drugiej mimo, że wykonawca, który złożył ofertę z pozycji pierwszej nie został wykluczony (tak: wyrok KIO 183/21 z dnia 15 lutego 2021 r.).

Nowością w stosunku do ustawy Pzp z 2004 r. jest możliwość uwzględnienia odwołania w przypadku niezgodności projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów Pzp. Podkreślić należy, że co do zasady również na gruncie starych przepisów Izba nakazywała zamawiającym zmianę postanowień projektowanej umowy jeśli jej postanowienia naruszały np. zasady równowagi stron. Nowe Pzp porządkuje jednak tę kwestię i zwalnia wykonawców z obowiązku wykazania wpływu na wynik postępowania. Izba zobowiązana zatem będzie uwzględnić odwołanie na niezgodne z przepisami Pzp postanowienia umowy nawet jeśli odwołujący się wykonawca nie wykaże wpływu na wynik postępowania.

### **Rodzaje rozstrzygnięć**

Nowe Pzp szczegółowo określa także rodzaje rozstrzygnięć jakie może podjąć KIO. Zgodnie z art. 554 ust. 3 Pzp, do momentu zawarcia umowy Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

Jeśli umowa została zawarta w okolicznościach niedopuszczonych w Pzp (np. z pominięciem stosowania Pzp) oraz zachodzi jedna z przesłanek do unieważnienia umowy to Izba może unieważnić umowę albo jeśli część umowy została już wykonana 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. Z tym ostatnim przypadkiem będziemy mieli do czynienia np. w przypadku umów na świadczenie usług doradczych, dostaw wody czy najmu sprzętu, które przez pewien czas były już realizowane.

Dodatkowo, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, Izba może nałożyć na zamawiającego karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

Jeśli zaś umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, stwierdź naruszenie przepisów Pzp. Z taką sytuacją będziemy mieć przede wszystkim do czynienia w przypadku gdy brak będzie podstaw do unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 Pzp lub gdy KIO uchyliła zakaz zawarcia umowy na podstawie art. 578 Pzp.

### **Podsumowanie**

Powyżej omówionych zostało kilka kluczowych z punktu widzenia zamawiających i wykonawców przepisów nowego Pzp, dotyczących odwołań na od czynności i zaniechań zamawiającego. Co do zasady nowe Pzp nie wprowadza rewolucji w postępowaniu odwoławczym jednakże przewidziane w nim regulacje należy oceniać pozytywnie z punktu widzenia runku zamówień publicznych. Ostatecznie wszystko zależeć będzie jednak od determinacji samych wykonawców oraz kierunków orzeczniczych jakie zostaną przyjęte przez poszczególne składy orzecznicze a także nowo powołany sąd - Sąd Okręgowy w Warszawie - sąd zamówień publicznych.

Uwaga: powołane w niniejszym artykule orzecznictwo zostało wydane do ustawy Pzp z 2004 r. jednakże w ocenie autorki znajduje zastosowanie do nowego Pzp. ■