

# NEWSLETTER

PZP

## W NUMERZE M.IN.:

- Odesłania do dawnego PZP w gwarancjach wadialnych, czyli orzecznictwo KIO już nie tak formalne
- Unijny zakaz udziału rosyjskich podmiotów w zamówieniach
- Udzielanie pomocy obywatelom Ukrainy wyłączone z procedur ustawy Prawo zamówień publicznych
- Certyfikacja wykonawców jako sposób na zmniejszenie biurokracji i usprawnienie przetargów



Truple  
Konarski  
Podrecki  
& Wspólnicy

# TKP

# AKTUALNOŚCI

## Opinia Prezesa UZP dotycząca możliwości zmiany umowy w sprawie zamówienia m.in. w kontekście wojny w Ukrainie i wysokiej inflacji

*Małgorzata Kotwica*

Choć Opinia liczy zaledwie 13 stron[1], zostały w niej poruszone aż 4 zagadnienia związane z możliwością zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego (dalej: „Umowa”), a mianowicie:

- Dopuszczalność wprowadzenia zmiany do Umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129; dalej: „p.z.p.”), tj. przewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia postanowień umownych, które powinny być jasne, precyzyjne i jednoznaczne (tzw. klauzule przeglądowe).
- Dopuszczalność zmiany Umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p., tj. jeżeli konieczność zmiany Umowy spowodowana jest **okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć**, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru Umowy, a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej Umowy.
- Dopuszczalność zmiany Umowy na podstawie art. 455 ust. 2 p.z.p., tj. gdy łączna wartość zmian jest mniejsza niż progi unijne, a jednocześnie jest mniejsza niż 10% wartości pierwotnej Umowy w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane, jest mniejsza niż 15% wartości pierwotnej Umowy, a zmiany te nie modyfikują ogólnego charakteru Umowy.
- Możliwość zmiany Umowy zawartej przed dniem wejścia w życie Ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020).

W Opinii wyraźnie wskazano, że za okoliczności niemożliwe do przewidzenia i niezależne od stron Umowy (o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p.) należy uznać m.in. zjawiska gospodarcze zewnętrzne w stosunku do stron i w pełni od nich niezależne, takie jak: **gwałtowna dekonjunktura, ogra-**

**niczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów. Jeśli określone zdarzenia społeczne, finansowe lub ekonomiczne były lub są obserwowane w gospodarce i cechuje je określona ciągłość lub cykliczność, to zamawiający powinien uwzględnić je w ramach klauzul umownych, o których mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 p.z.p., ich zastosowanie bowiem umożliwi przywrócenie zachwianej tymi zdarzeniami równowagi w Umowie łączącej strony.**



[1] Opinia dostępna pod adresem: [https://www.uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0018/54162/Dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf](https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0018/54162/Dopuszczalnosc-zmiany-umowy-w-sprawie-zamowienia-publicznego-na-podstawie-art.-455-ust.-1-pkt-1-i-4-oraz-art.-455-ust.-2-ustawy-Pzp.pdf) (dostęp: 29.03.2022).

Zdaniem Prezesa UZP skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do Umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p. nie jest również wykluczone nawet wtedy, gdy zamawiający przewidział klauzulę waloryzacyjną lub określone klauzule przeglądowe pozwalające na zmianę Umowy na podstawie dyspozycji art. 455 ust. 1 pkt 1 p.z.p., ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności realizacji Umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany.

**Konflikt zbrojny w Ukrainie oraz jego transgraniczne, gospodarcze skutki, przejawiające się np. przerwaniem łańcucha dostaw, niedostępnością materiałów, wzrostem cen materiałów i kosztów robocizny, a także wyjazdem z Polski pracowników będących obywatelami Ukrainy, wprost zostały uznane przez Prezesa UZP jako zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, mieszczące się w dyspozycji art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p.**

Nie zwalnia to jednak wykonawców z wykazania, że okoliczności związane z wojną wywierają wpływ na wykonanie Umowy, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy.

Zdaniem autorki niniejszego tekstu Opinia może pomóc wielu zamawiającym w podjęciu decyzji o zmianie Umowy, w tym o podwyższeniu wynagrodzenia. Prezes UZP wielokrotnie wskazuje bowiem na konieczność przywrócenia równowagi ekonomicznej stron Umowy, która istniała w momencie jej zawarcia, lecz została zakłócona przez określone zjawiska, które zaistniały na etapie realizacji kontraktu. Należy pamiętać, że celem systemu zamówień publicznych jest otrzymanie przez zamawiającego należyście wykonanego zamówienia, przy uwzględnieniu zmieniających się w toku jego realizacji okoliczności oraz przy zachowaniu wszelkich norm i zasad, w tym dotyczących możliwości zmiany Umowy. Nadmierny formalizm, będący niechlubną wizytówką wielu postępowań i kontraktów, coraz częściej jest postrzegany jako niepożądane zjawisko, a nie jako wyraz poszanowania przepisów p.z.p.



## Udzielanie pomocy obywatelom Ukrainy wyłączone z procedur ustawy Prawo zamówień publicznych

*Tomasz Krzyżanowski*

W konsekwencji rosyjskiej napaści na Ukrainę Sejm chwalił Ustawę z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa (Dz. U. poz. 583). Ustawa przewiduje szereg wyłączeń stosowania Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129; dalej: „p.z.p.”) przy realizacji przez zamawiających planów związanych z udzieleniem pomocy obywatelom Ukrainy. Brak obowiązku stosowania procedur ustawowych ma na celu znaczne przyspieszenie udzielenia zamówień.

Zgodnie z ustawą do zamówień publicznych niezbędnych do zapewnienia pomocy, o której mowa w art. 12 ust. 1–4, 18 i 19 ustawy o pomocy obywatelom Ukrainy, przez wojewodę, inne organy administracji publicznej, jednostki podległe lub nadzorowane przez organy administracji publicznej, jednostki sektora finansów publicznych oraz inne organy władzy publicznej, jednostki samorządu terytorialnego, związki jednostek samorządu terytorialnego lub związki metropolitalne lub niezbędnych do informowania o pomocy kierowanej do obywateli Ukrainy, o których mowa w art. 1 ust. 1, nie stosuje się przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z ustawą nie ma obowiązku stosowania p.z.p. przy organizowaniu pomocy obywatelom Ukrainy, których pobyt na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej uznaje się za legalny w zakresie określonym w przepisach. W praktyce wojewodowie mogą zapewniać uchodźcom przede wszystkim pomoc w zakresie zakwaterowania, całodziennego wyżywienia, transportu do miejsc zakwaterowania czy punktów udzielania wsparcia. Ustawa – Prawo zamówień publicznych nie znajduje zastosowania do udzielania zamówień polegających na zapewnieniu wyżywienia zbiorowego czy transportu do miejsc zakwaterowania ani przy zakupie sprzętu komputerowego czy fotograficznego i usług dla gmin niezbędnych do realizacji przez nie zadań w związku z legalizacją pobytu obywateli Ukrainy w Polsce (np. nadawanie numeru PESEL, zapewnianie świadczeń rodzinnych). Ustawy p.z.p. nie stosuje się również do

zamówień niezbędnych do zapewnienia opieki medycznej i pomocy, o których mowa w art. 112 ust. 1 Ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1108).

W celu zapewnienia przejrzystości i uniknięcia nadużyć zamawiający udzielający zamówienia ma obowiązek w terminie trzech miesięcy od końca miesiąca, w którym udzielono zamówienia, zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych informację o udzieleniu zamówienia. W Biuletynie należy podać dane zamawiającego, datę zawarcia umowy wraz ze wskazaniem wykonawcy, opis przedmiotu umowy, z wyszczególnieniem odpowiednio ilości rzeczy lub innych dóbr oraz zakresu usług i ceny (albo przewidzianej ceny maksymalnej, jeżeli konkretna kwota nie będzie znana w chwili zamieszczenia ogłoszenia). Co szczególnie istotne, w ogłoszeniu należy również zawrzeć informacje o wskazaniu okoliczności faktycznych, które uzasadniały udzielenie zamówienia bez przetargu.

Ustawa o pomocy obywatelom Ukrainy weszła w życie z mocą wsteczną od dnia 24 lutego 2022 r., czyli od tej daty można korzystać z nowych wyłączeń.

Warto też pamiętać, że sytuacja, jaka powstała w związku z napływem uchodźców z Ukrainy do Polski, jest na tyle wyjątkowa, że zamawiający mogą również rozważyć udzielenie zamówień na dowolny przedmiot zamówienia (związany z pomocą uchodźcom) w trybie z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, jeżeli wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Podstawa ta znajduje się w art. 214 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

[Link do informacji na stronie UZP.](#)

# Unijny i polski zakaz udziału rosyjskich podmiotów w zamówieniach publicznych

*Tomasz Krzyżanowski, Aleksandra Nycz*

Na skutek agresji wojskowej Rosji na Ukrainę w ramach piątego pakietu sankcji gospodarczych i indywidualnych[1] wobec Rosji w dniu 8 kwietnia 2022 r. Rada Unii Europejskiej przyjęła rozporządzenie (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.04.2022, str. 1[2]). Na jego mocy od 9 kwietnia 2022 r. obowiązuje ogólnounijny zakaz udziału rosyjskich wykonawców w zamówieniach publicznych i koncesjach. Rozporządzenie ma zasięg ogólny, wiąże w całości oraz jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Zakaz dotyczy nie tylko udzielania nowych zamówień, lecz także dalszego wykonywania wszelkich zamówień publicznych lub koncesji objętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Z rozporządzenia wynika, że zamawiający do 10 października 2022 r. mają obowiązek zakończenia współpracy z podmiotami rosyjskimi w przypadku udzielonych zamówień o wartości równej progom unijnym lub je przekraczającej.

Równoległe w Polsce uchwalono krajową ustawę z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U.2022.835), która nakazuje wykluczanie z przetargów wykonawców wpisanych na prowadzoną przez polskie władze listę. Weszła ona w życie dnia 16 kwietnia 2022 r.

Przepisy unijne i polskie są oddzielnymi regulacjami. W praktyce rozporządzenie unijne (stosowane bezpośrednio w Polsce) i polska ustawa siłą rzeczy będą się uzupełniały. Trzeba jednak podkreślić, że póki co nowe regulacje generują wiele problemów interpretacyjnych co do ich zastosowania w praktyce.

## Problemy interpretacyjne

Przykładowo wątpliwości budzi zakres podmiotowy z unijnego rozporządzenia. Rozporządzenie bowiem odnosi się podmiotowo do szerokiego spektrum podmiotów:

*„a) obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji, b) osób prawnych, podmiotów lub organów, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50% należą do podmiotu, o którym mowa w lit. a) niniejszego ustępu; czy c) osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów działających w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w lit. a) lub b) niniejszego ustępu”.*

Co więcej, zakaz obejmuje również podwykonawców, dostawców lub podmioty, na których zdolności polega się w rozumieniu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, w przypadku gdy przypada na nich ponad 10% wartości zamówienia. Rozporządzenie nie określa, jak w praktyce zamawiający ma weryfikować, czy dany podmiot podlega zakazowi. W szczególności nie wiadomo czy i jakich oświadczeń lub dokumentów zamawiający może wymagać aby ustalić czy zachodzi przypadek działania „w imieniu lub pod kierunkiem” obywateli rosyjskich lub podmiotów rosyjskich.

Urząd Zamówień Publicznych w opublikowanym na stronach Urzędu komunikacie[3] wskazał co prawda, że:

*„Weryfikacji braku zaistnienia tej podstawy wykluczenia w stosunku do konkretnego podmiotu zamawiający może dokonać za pomocą wszelkich dostępnych środków. Jako przykład takich metod weryfikacji można wskazać chociażby ogólnodostępne rejestry takie jak Krajowy Rejestr Sądowy, Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej czy Centralny Rejestr Beneficjentów Rzeczywistych”.*

jednakże nie rozwiązuje to szerszego problemu ustalenia kiedy de facto mamy do czynienia z podmiotem „rosyjskim” i czy dotyczy to przykładowo sytuacji gdy wykonawca jest kontrolowany przez osobę fizyczną posiadającą obok obywatelstwa rosyjskiego obywatelstwo innego państwa, którego sankcje nie dotyczą.

Nowe przepisy unijne i polskie są przez nas obecnie szczegółowo analizowane.

[1] <https://www.consilium.europa.eu/pl/press/press-releases/2022/04/08/eu-adopts-fifth-round-of-sanctions-against-russia-over-its-military-aggression-against-ukraine/> (dostęp: 15.04.2022).

[2] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2022:111:FULL&from=EN> (dostęp: 15.04.2022).

[3] <https://www.uzp.gov.pl/strona-glowna/slider-aktualnosci/stosowanie-unijnego-zakazu-udzialu-wykonawcow-rosyjskich-w-zamowieniach/stosowanie-unijnego-zakazu-udzialu-wykonawcow-rosyjskich-w-zamowieniach>

# Certyfikacja wykonawców jako sposób na zmniejszenie biurokracji i usprawnienie przetargów

*Tomasz Krzyżanowski*

Ministerstwo Rozwoju i Technologii (MRiT) w marcu 2022 r. opublikowało dokument pn. „Zielona księga certyfikacji wykonawców”. Przedstawiono w nim założenia certyfikacji wykonawców, w tym omówiono przyjęte modele certyfikacji w wybranych państwach członkowskich UE oraz podano przykładowe rozwiązania, które miałyby znaleźć zastosowanie w Polsce. Dokument został poddany konsultacjom publicznym, w których bierze udział m.in. radca prawny kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy, pełniący funkcję Przewodniczącego Komitetu Zamówień Sektora Publicznego Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji. Certyfikacja ma na celu zmniejszenie biurokracji i usprawnienie (przyspieszenie) postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Certyfikaty mają potwierdzać posiadane przez wykonawców zdolności i zasoby, weryfikowane w ramach warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy, zamiast składać w sposób powtarzalny w kolejnych postępowaniach te same dokumenty, będą mogli posłużyć się właśnie certyfikatem. Ma to ograniczyć obowiązki formalne.

Wykonawca będzie mógł posługiwać się certyfikatem na potrzeby różnych postępowań, bez składania wielu dokumentów w każdym przetargu oddzielnie. Warto jednak podkreślić, że będzie można wykazywać spełnienie warunków również w tradycyjny sposób. Uzyskanie certyfikatu nie będzie bowiem obowiązkowe, lecz dobrowolne.

Certyfikat ma być wiążący dla zamawiającego. Będzie on mógł zakwestionować treść certyfikatu czy jego aktualność jedynie w ograniczonych przypadkach. Korzyści z certyfikatu są oczywiste: znacznie szybsza weryfikacja wykonawcy.

„Zielona księga certyfikacji wykonawców” przedstawia założenia. Niczego jeszcze nie przesądzone, w tym tego, jakie podmioty będą uprawnione do wydawania certyfikatu ani jak długo będzie on ważny.

Konsultacje publiczne „Zielonej księgi” trwały do połowy kwietnia a ramach nich opracowane w imieniu PIIT i przy współudziale naszej Kancelarii z osobistym udziałem radcy prawnego Tomasza Krzyżanowskiego, opracowane zostały uwagi dla MRiT, które mają pomóc w opracowaniu odpowiednich przepisów.



# INSTYTUCJE PZP

## Samooczyszczenie

Piotr Nepelski

### Czym jest samooczyszczenie?

Samooczyszczenie można zdefiniować jako uprawnienie wykonawcy do udowodnienia zamawiającemu, że pomimo zaistnienia w stosunku do wykonawcy przesłanki wykluczenia z postępowania daje on rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie powinien zostać z postępowania wykluczony.

Wykonawca może samooczyścić się od przesłanek wykluczenia z postępowania o charakterze:

1. obligatoryjnym (tj. mających zastosowanie w każdym postępowaniu), wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 p.z.p.;
2. fakultatywnym (tj. mających zastosowanie, jeśli zamawiający przewidział je w dokumentacji postępowania), wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10 p.z.p.

### Warunki dokonania samooczyszczenia

Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1. **naprawił szkodę – lub zobowiązał się do jej naprawienia – wyrządzoną** przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniądze;
2. **wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności** związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub z zamawiającym;
3. **podjął konkretne środki techniczne**, organizacyjne i kadrowe odpowiednie do zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

### Inicjatywa dokonania samooczyszczenia

Na podstawie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, ukształtowanego na gruncie ustawy p.z.p. z 2004 r.[1] i zachowującego aktualność także na gruncie ustawy p.z.p. z 2019 r., inicjatywa dokonania samooczyszczenia spoczywa na

wykonawcy. Przykładowo w wyroku z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 274/18, wskazano, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy.



W wyroku z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1102/18, stwierdzono natomiast, że samooczyszczenie to „instytucja podejmowana z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji, gdy ten ma świadomość i wie, że podlega wykluczeniu. [...] Samooczyszczenie winno być dokonane najpóźniej wraz ze złożeniem dokumentu JEDZ, czyli wraz z upływem terminu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Późniejsze, następcze w wyniku wezwania Zamawiającego czy po podjęciu przez niego decyzji o wykluczeniu samooczyszczenie wykonawcy wypaczałoby sens tej instytucji”.

Są sytuacje, o których wykonawca mógł się dowiedzieć na etapie postępowania, już po złożeniu dokumentu JEDZ (np. powzięcie informacji o wprowadzeniu zamawiającego w błąd przy przedstawieniu doświadczenia osoby wskazanej na warunek udziału w postępowaniu). W takim przypadku wykonawca powinien rozpocząć procedurę samooczyszczenia niezwłocznie, nawet jeśli przedłożył już wcześniej dokument JEDZ.

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843).

Potwierdza to m.in. wyrok z dnia 29 maja 2020 r., sygn. akt KIO 444/20: „Przyznanie przez wykonawcę faktu wprowadzenia Zamawiającego w błąd musi być dokonane niezwłocznie po uzyskaniu takiej wiedzy. Zwleknięcie z tą czynnością przez wykonawcę do momentu, gdy Zamawiający zażąda wyjaśnień dotyczących danej osoby, wyłącza możliwość uznania, że wykonawca z własnej inicjatywy przyznał, że informacje przekazane Zamawiającemu są nieprawdziwe. Nieuzasadnione oczekiwanie przez wykonawcę z zawiadomieniem Zamawiającego o nieprawdziwości złożonych informacji przeczy skuteczności self cleaning, a tym samym przeczy rzetelności wykonawcy”.

### **Bezwarunkowość przyznania się do deliktu**

Na koniec warto przypomnieć, że aby samooczyszczenie było skuteczne, wykonawca musi przyznać się do deliktu. Po pierwsze na tym polega ta procedura (wykonawca przyznaje, że przesłanki wykluczenia istnieją, ale obecnie i na przyszłość się poprawił), a po drugie – w przeciwnym wypadku trudno wadliwe działanie przeanalizować i skorygować (wyrok z dnia 28 września 2018 r., sygn. akt KIO 1797/18).

W związku z powyższym wykonawca powinien dokładnie przemyśleć, jaką drogą zamierza obrać w postępowaniu. Może albo uznać, że podstawa wykluczenia zachodzi, i realizować konsekwentnie samooczyszczenie, albo wręcz przeciwnie: stwierdzić, że nie zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania, i nie informować o tym zamawiającego (nawet z „ostrożności”). Jeśli jednak zamawiający uzna, że zachodzi podstawa do wykluczenia z postępowania, to takiemu wykonawcy pozostaje bronić swoich racji przed Krajową Izbą Odwoławczą (oczywiście jeśli środek odwoławczy jest dopuszczalny), opierając się na tym, że zamawiający błędnie założył, iż nastąpiło zdarzenie uzasadniające wykluczenie z postępowania.





# ORZECZNICTWO

## Odesłania do dawnego p.z.p. w gwarancjach wadialnych, czyli orzecznictwo KIO już nie tak formalne

*Małgorzata Kotwica*

Choć nie od dziś wiadomo, że Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) lubi zaskakiwać, to niespodzianek w tematyce wadium niewiele się spodziewało. Orzecznictwo dotyczące wadium od lat było bowiem niemalże niezmiennie, a w licznych orzeczeniach KIO podkreślano konieczność bezbłędnego sformułowania treści gwarancji zapłaty wadium.

Tymczasem 12 stycznia 2022 r. KIO wydała **wyrok o sygn. KIO 3725/22, w którym uznała, że wskazanie w treści gwarancji nieaktualnych przepisów jest wynikiem omyłki i że nie powinna ona nieść negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który złożył taką gwarancję.** Omyłka ta miała być oczywista, bez potrzeby jakiegokolwiek pogłębionej analizy treści gwarancji. Skoro okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 dawnego p.z.p. (dotyczące przesłanek zatrzymania wadium) odpowiadają okolicznościom określonym w art. 98 ust. 6 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129; dalej: „p.z.p.”), to zdaniem KIO należało uznać, że zakres wskazanych w treści złożonej gwarancji okoliczności zatrzymania wadium (na podstawie treści art. 46 ust. 4a i art. 46 ust. 5 dawnego p.z.p.) został określony zgodnie z art. 98 ust. 6 p.z.p., chociaż poprzez odniesienie do treści przepisów dawnego p.z.p. **Zdaniem KIO omyłkowe wskazanie przepisów dawnego p.z.p. nie mogło spowodować nieważności gwarancji.**

Wyrok ten nie jest odosobniony – podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z dnia 9 lipca 2021 r. o sygn. KIO 1700/21, w którym dodatkowo szeroko uzasadniła pogląd o konieczności wykładni treści gwarancji zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego<sup>[1]</sup> (dalej: „k.c.”). Gwoli przypomnienia, zgodnie z art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast według art. 65 § 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. KIO uznała, że oczywistym celem wystawienia gwarancji było zabezpieczenie oferty składanej przez wykonawcę w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tej sytuacji wskazanie przesłanek zatrzymania wadium przez odwołanie się do przepisów dawnego p.z.p. należało uznać za nieistotne dla odczytania, że wolą gwaranta było zabezpieczenie zapłaty wadium w przypadku zajścia każdej z przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w p.z.p.

Wymienione wyroki można traktować jako kolejny przejaw odchodzenia przez KIO od nadmiernego formalizmu. Zjawisko to przez wiele lat było zmorą uczestników rynku zamówień publicznych, a w szczególności wykonawców. Zasadniczo prawidłowe oferty wykonawców, które zawierają jedynie drobne uchybienia formalne, coraz częściej pozostają w postępowaniach, który to kierunek, zdaniem autorki niniejszego tekstu, zdecydowanie należy ocenić jako pozytywny.

[1] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740).



# WYDARZENIA

25.05.2022

Szkolenie

## BŁĘDY I NIEPRAWIDŁOWOŚCI PRZY STOSOWANIU NOWEGO PZP NA PODSTAWIE ORZECZNICTWA KIO, OPINII UZP I INTERPRETACJI

r.pr. Tomasz Krzyżanowski

[Więcej informacji >>](#)

23.06.2022

Konferencja

## ZAMÓWIENIA PUBLICZNE NA DOSTAWY I USŁUGI ORAZ CYBERBEZPIECZEŃSTWO

r.pr. Agnieszka Wachowska, r.pr. Tomasz Krzyżanowski, r.pr. Piotr Nepelski, r.pr. Jakub Chlebowski, adw. Karolina Grochecka - Goljan, Małgorzata Kotwica

[Więcej informacji >>](#)

# PUBLIKACJE



### Zamawiający – marzec-kwiecień 2022

- Tomasz Krzyżanowski – Cyberbezpieczeństwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w projekcie nowelizacji ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa

### IT w Administracji – luty 2022

- Agnieszka Wachowska – Jak przygotować OPZ na system IT
- Małgorzata Kotwica – Zmiana umowy IT oraz jej skutki

# ZESPÓŁ PZP



**Agnieszka Wachowska**  
Radca prawny, Partner  
agnieszka.wachowska@traple.pl



**Tomasz Krzyżanowski**  
Radca prawny, Senior Associate  
tomasz.krzyżanowski@traple.pl



**Piotr Nepelski**  
Radca prawny, Senior Associate  
piotr.nepelski@traple.pl



**Karolina Grochecka-Goljan**  
Adwokat, Senior Associate  
karolina.grochecka@traple.pl



**Małgorzata Kotwica**  
Associate  
malgorzata.kotwica@traple.pl

Artykuły zamieszczone w niniejszym materiale nie stanowią porady prawnej. Osoby zainteresowane uzyskaniem bardziej szczegółowych informacji dotyczących omawianych kwestii proszone są o bezpośredni kontakt z prawnikami kancelarii Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy.

Pytania prosimy kierować na adres:  
pzp@traple.pl

Redaktorka newslettera:  
adw. Karolina Grochecka-Goljan