

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 11

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

**WYBRANE ORZECZENIA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH**

ZESZYT NR 11

WARSZAWA, październik 2012

# ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

## ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 11

### **Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:**

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Katarzyna Ronikier-Dolańska (Krajowa Izba Odwoławcza do 15.08.2012 r.)

Małgorzata Stręciwilk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Rafał Zadrozny (Urząd Zamówień Publicznych)

### **Kierownictwo i redakcja:**

Małgorzata Stręciwilk

### **Opracowanie techniczne:**

Małgorzata Stręciwilk

Rafał Zadrozny

### **Wydawca:**

Urząd Zamówień Publicznych

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

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

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA

 CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

Zam. 2876/W/C/2012

Warszawa 2012 r.

## SPIS TREŚCI

<b>Wprowadzenie</b> . . . . .	15
<b>Wykaz Skróków</b> . . . . .	16
<b>Art. 2 ust. 13</b> . . . . .	<b>17</b>
1. Sygn. akt: KIO 1470/11, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r. . . . .	17
<b>Art. 7 ust. 1</b> . . . . .	<b>17</b>
2. Sygn. akt: KIO 1851/11, Wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r. . . . .	17
3. Sygn. akt: KIO 1995/11, Wyrok KIO z dnia 26 września 2011 r. . . . .	17
4. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r. . . . .	18
<b>Art. 7 ust. 3</b> . . . . .	<b>18</b>
5. Sygn. akt: KIO 1689/11, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011 r. . . . .	18
6. Sygn. akt: KIO 1851/11, Wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r. . . . .	19
7. Sygn. akt: KIO 2096/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r. . . . .	19
8. Sygn. akt: KIO 2439/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r. . . . .	20
9. Sygn. akt: KIO 2446/11, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2011 r. . . . .	20
<b>Art. 8 ust. 3</b> . . . . .	<b>21</b>
10. Sygn. akt: KIO 1368/11, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r. . . . .	21
11. Sygn. akt: KIO 1472/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r. . . . .	22
12. Sygn. akt: KIO 1612/11, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r. . . . .	22
13. Sygn. akt: KIO 2187/11, Wyrok KIO z dnia 25 października 2011 r. . . . .	23
14. Sygn. akt: KIO 2294/11, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r. . . . .	23
15. Sygn. akt: KIO 2286/11, KIO 2303, KIO 2309, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	24
16. Sygn. akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2623/11, KIO 2634/11, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r. . . . .	24
17. Sygn. akt: KIO 2658/11, KIO 2662/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r. . . . .	24
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 1</b> . . . . .	<b>25</b>
18. Sygn. akt: KIO 1962/11, KIO 1963/11, Wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r. . . . .	25
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 2</b> . . . . .	<b>25</b>
19. Sygn. akt: KIO 1507/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r. . . . .	25
20. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r. . . . .	26
21. Sygn. akt: KIO 2154/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. . . . .	26
22. Sygn. akt: KIO 2199/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. . . . .	27
23. Sygn. akt: KIO 2286/11, KIO 2303, KIO 2309, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	27

---

24. Sygn. akt: KIO 2338/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	28
25. Sygn. akt: KIO 2319/11, KIO 2330/11, KIO 2335/11, KIO 2336/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r. . . . .	28
26. Sygn. akt: KIO 2421/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r. . . . .	29
27. Sygn. akt: KIO 2466/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r. . . . .	29
28. Sygn. akt: KIO 2471/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r. . . . .	29
29. Sygn. akt: KIO 2468/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r. . . . .	30
30. Sygn. akt: KIO 2487/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r. . . . .	30
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 3 . . . . .</b>	<b>31</b>
31. Sygn. akt: KIO 1454/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r.. . . . .	31
32. Sygn. akt: KIO 1958/11, Wyrok KIO z dnia 26 września 2011 r.. . . . .	31
33. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r. . . . .	32
34. Sygn. akt: KIO 2380/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r. . . . .	32
35. Sygn. akt: KIO 2481/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r. . . . .	33
36. Sygn. akt: KIO 2471/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r. . . . .	33
37. Sygn. akt: KIO 2658/11, KIO 2662/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r. . . . .	33
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 4 . . . . .</b>	<b>34</b>
38. Sygn. akt: KIO 1582/11, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r. . . . .	34
39. Sygn. akt: KIO 1941/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r.. . . . .	34
40. Sygn. akt: KIO 2043/11, Wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r. . . . .	35
41. Sygn. akt: KIO 2154/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. . . . .	35
42. Sygn. akt: KIO 2214/11, Wyrok KIO z dnia 24 października 2011 r. . . . .	36
43. Sygn. akt: KIO 2438/11, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2011 r. . . . .	37
<b>Art. 22 ust. 4 . . . . .</b>	<b>37</b>
44. Sygn. akt: KIO 1506/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r. . . . .	37
45. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r. . . . .	38
46. Sygn. akt: KIO 2600/11, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2011 r. . . . .	39
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 1 . . . . .</b>	<b>39</b>
47. Sygn. akt: KIO 2695/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r. . . . .	39
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 2 . . . . .</b>	<b>40</b>
48. Sygn. akt: KIO 2319/11, KIO 2330/11, KIO 2335/11, KIO 2336/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r. . . . .	40
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 3 . . . . .</b>	<b>40</b>
49. Sygn. akt: KIO 1661/11, KIO 1684/11, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r. . . . .	40

---

<b>Art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8</b> . . . . .	<b>41</b>
50. Sygn. akt: KIO 1364/11, Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2011 r. . . . .	41
51. Sygn. akt: KIO 2250/11, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2011 r. . . . .	42
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 1</b> . . . . .	<b>42</b>
52. Sygn. akt: KIO 2219/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r. . . . .	42
53. Sygn. akt: KIO 2286/11, KIO 2303, KIO 2309, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	43
54. Sygn. akt: KIO 1536/11, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2011 r. . . . .	43
55. Sygn. akt: KIO 2122/11, Wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r. . . . .	44
56. Sygn. akt: KIO 2406/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r. . . . .	44
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 2</b> . . . . .	<b>45</b>
57. Sygn. akt: KIO 1544/11, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r. . . . .	45
58. Sygn. akt: KIO 1815/11, Wyrok KIO z dnia 5 września 2011 r. . . . .	46
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 3</b> . . . . .	<b>46</b>
59. Sygn. akt: KIO 1666/11, KIO 1669/11, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r.. . . . .	46
60. Sygn. akt: KIO 1902/11, Wyrok KIO z dnia 14 września 2011 r. . . . .	47
61. Sygn. akt: KIO 1944/11, Wyrok KIO z dnia 22 września 2011 r. . . . .	47
62. Sygn. akt: KIO 2013/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r. . . . .	48
63. Sygn. akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2623/11, KIO 2634/11, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r. . . . .	49
64. Sygn. akt: KIO 2681/11, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2011 r. . . . .	49
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 4</b> . . . . .	<b>50</b>
65. Sygn. akt: KIO 1836/11, Wyrok KIO z dnia 9 września 2011 r. . . . .	50
66. Sygn. akt: KIO 1873/11, Wyrok KIO z dnia 9 września 2011 r. . . . .	50
67. Sygn. akt: KIO 2078/11, Wyrok KIO z dnia 7 października 2011 r. . . . .	51
<b>Art. 25 ust. 1</b> . . . . .	<b>51</b>
68. Sygn. akt: KIO 2073/11, Wyrok KIO z dnia 7 października 2011 r. . . . .	51
69. Sygn. akt: KIO 2239/11, Wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r. . . . .	51
70. Sygn. akt: KIO 2289/11, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r. . . . .	52
<b>Art. 25 ust. 1 pkt 1</b> . . . . .	<b>52</b>
71. Sygn. akt: KIO 1577/11, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2011 r. . . . .	52
72. Sygn. akt: KIO 2058/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r. . . . .	52
73. Sygn. akt: KIO 2148/11, Wyrok KIO z dnia 19 październik 2011 r. . . . .	53
74. Sygn. akt: KIO 2324/11, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2011 r. . . . .	53
<b>Art. 25 ust. 1 pkt 2</b> . . . . .	<b>54</b>
75. Sygn. akt: KIO 1424/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r. . . . .	54

---

76. Sygn. akt: KIO 1637/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r. . . . .	54
77. Sygn. akt: KIO 2044/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r. . . . .	55
78. Sygn. akt: KIO 2184/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r. . . . .	56
<b>Art. 26 ust. 2b . . . . .</b>	<b>56</b>
79. Sygn. akt: KIO 1482/11, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r. . . . .	56
80. Sygn. akt: KIO 1849/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r. . . . .	57
81. Sygn. akt: KIO 1962/11, KIO 1963/11, Wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r. . . . .	57
82. Sygn. akt: KIO 2049/11, KIO 2063/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r. . . . .	57
83. Sygn. akt: KIO 2106/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r. . . . .	58
84. Sygn. akt: KIO 2143/11, Wyrok KIO z dnia 18 października 2011 r. . . . .	58
85. Sygn. akt: KIO 2200/11, Wyrok KIO z dnia 24 października 2011 r. . . . .	58
86. Sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r. . . . .	59
87. Sygn. akt: KIO 2248/11, KIO 2249/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r. . . . .	59
88. Sygn. akt: KIO 2422/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r. . . . .	60
89. Sygn. akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2623/11, KIO 2634/11, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r. . . . .	60
<b>Art. 26 ust. 3 . . . . .</b>	<b>61</b>
90. Sygn. akt: KIO 1514/11, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2011 r. . . . .	61
91. Sygn. akt: KIO 1557/11, Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 r. . . . .	62
92. Sygn. akt: KIO 1867/11, Wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r. . . . .	63
93. Sygn. akt: KIO 1886/11, Wyrok KIO z dnia 12 września 2011 r. . . . .	64
94. Sygn. akt: KIO 2018/11, Wyrok KIO z dnia 30 września 2011 r. . . . .	64
95. Sygn. akt: KIO 2050/11, KIO 2066/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r. . . . .	65
96. Sygn. akt: KIO 2148/11, Wyrok KIO z dnia 19 październik 2011 r. . . . .	65
97. Sygn. akt: KIO 2182/11, Wyrok KIO z dnia 21 październik 2011 r. . . . .	65
98. Sygn. akt: KIO 2254/11, KIO 2258/11, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2010 r. . . . .	65
99. Sygn. akt: KIO 2282/11, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2011 r. . . . .	66
<b>Art. 26 ust. 4 . . . . .</b>	<b>66</b>
100. Sygn. akt: KIO 1882/11, KIO 1895/11, Wyrok KIO z dnia 14 września 2011 r. . . . .	66
101. Sygn. akt: KIO 2072/11, Wyrok KIO z dnia 7 październik 2011 r. . . . .	66
102. Sygn. akt: KIO 2451/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r. . . . .	67
<b>Art. 27 ust. 1 . . . . .</b>	<b>67</b>
103. Sygn. akt: KIO 1984/11, KIO 1987/11, Wyrok KIO z dnia 30 września 2010 r. . . . .	67

---

<b>Art. 29 ust. 1</b> . . . . .	<b>67</b>
104. Sygn. akt: KIO 1463/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r. . . . .	67
105. Sygn. akt: KIO 2649/11, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r. . . . .	68
106. Sygn. akt: KIO 2699/11, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2011 r. . . . .	69
<b>Art. 29 ust. 2</b> . . . . .	<b>69</b>
107. Sygn. akt: KIO 1442/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r. . . . .	69
108. Sygn. akt: KIO 2023/11, Wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r. . . . .	70
109. Sygn. akt: KIO 2009/11, Wyrok KIO z dnia 10 października 2011 r. . . . .	70
110. Sygn. akt: KIO 2127/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r. . . . .	71
111. Sygn. akt: KIO 2093/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r. . . . .	71
112. Sygn. akt: KIO 2188/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. . . . .	72
113. Sygn. akt: KIO 2272/11, Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2011 r. . . . .	72
114. Sygn. akt: KIO 2295/11, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2011 r. . . . .	72
115. Sygn. akt: KIO 2349/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	73
116. Sygn. akt: KIO 2588/11, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2011 r. . . . .	73
<b>Art. 29 ust. 3</b> . . . . .	<b>74</b>
117. Sygn. akt: KIO 1470/11, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r. . . . .	74
118. Sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2011 r. . . . .	74
119. Sygn. akt: KIO 1772/11, KIO 1783/11, Wyrok KIO z dnia 2 września 2011 r. . . . .	74
120. Sygn. akt: KIO 2235/11, Wyrok KIO z dnia 31 października 2011 r. . . . .	75
121. Sygn. akt: KIO 2434/11, Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2011 r. . . . .	76
<b>Art. 30 ust. 1</b> . . . . .	<b>76</b>
122. Sygn. akt: KIO 1652/11, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r. . . . .	76
<b>Art. 35 ust. 5</b> . . . . .	<b>77</b>
123. Sygn. akt: KIO 2398/11, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2011 r. . . . .	77
<b>Art. 36 ust. 1 pkt 12</b> . . . . .	<b>77</b>
124. Sygn. akt: KIO 1470/11, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r. . . . .	77
125. Sygn. akt: KIO 2612/11, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2011 r. . . . .	77
<b>Art. 36 ust. 1 pkt 16</b> . . . . .	<b>78</b>
126. Sygn. akt: KIO 1506/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r. . . . .	78
<b>Art. 38 ust. 1</b> . . . . .	<b>79</b>
127. Sygn. akt: KIO 1983/11, Wyrok KIO z dnia 3 października 2011 r. . . . .	79
128. Sygn. akt: KIO 2397/11, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2011 r. . . . .	79



---

<b>Art. 38 ust. 4</b> . . . . .	<b>80</b>
129. Sygn. akt: KIO 2108/11, Wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r. . . . .	80
<b>Art. 38 ust. 6</b> . . . . .	<b>80</b>
130. Sygn. akt: KIO 2108/11, Wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r. . . . .	80
<b>Art. 45</b> . . . . .	<b>80</b>
131. Sygn. akt: KIO 1998/11, KIO 2029/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r. . . . .	80
132. Sygn. akt: KIO 2334/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	81
133. Sygn. akt: KIO 2482/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r. . . . .	81
<b>Art. 45 ust. 3</b> . . . . .	<b>82</b>
134. Sygn. akt: KIO 1666/11, KIO 1669/11, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r. . . . .	82
<b>Art. 46 ust. 4a i 5</b> . . . . .	<b>82</b>
135. Sygn. akt: KIO 1712/11, KIO 1714/11, KIO 1718/11, KIO 1719/11, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r. . . . .	82
136. Sygn. akt: KIO 1898/11, Wyrok KIO z dnia 16 września 2011 r. . . . .	83
137. Sygn. akt: KIO 2060/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r. . . . .	83
138. Sygn. akt: KIO 2061/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r. . . . .	84
139. Sygn. akt: KIO 2168/11, Wyrok KIO z dnia 18 października 2011 r. . . . .	84
<b>Art. 60b ust. 1</b> . . . . .	<b>85</b>
140. Sygn. akt: KIO 1798/11, Wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r. . . . .	85
<b>Art. 60d ust. 2 i 3</b> . . . . .	<b>86</b>
141. Sygn. akt: KIO 1724/11, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r. . . . .	86
<b>Art. 63 ust. 3</b> . . . . .	<b>87</b>
142. Sygn. akt: KIO 2012/11, Wyrok KIO z dnia 30 września 2011 r. . . . .	87
<b>Art. 82</b> . . . . .	<b>88</b>
143. Sygn. akt: KIO 1548/11, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2011 r. . . . .	88
144. Sygn. akt: KIO 1850/11, Wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r. . . . .	88
<b>Art. 84 ust. 2</b> . . . . .	<b>89</b>
145. Sygn. akt: KIO 1657/11, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r. . . . .	89
<b>Art. 85 ust. 2</b> . . . . .	<b>89</b>
146. Sygn. akt: KIO 1815/11, Wyrok KIO z dnia 5 września 2011 r. . . . .	89
<b>Art. 87 ust. 1</b> . . . . .	<b>90</b>
147. Sygn. akt: KIO 1717/11, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011 r. . . . .	90
148. Sygn. akt: KIO 1690/11, Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2011 r. . . . .	91

---

149. Sygn. akt: KIO 1908/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r. . . . .	91
150. Sygn. akt: KIO 1986/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r. . . . .	91
151. Sygn. akt: KIO 2073/11, Wyrok KIO z dnia 7 października 2011 r. . . . .	92
152. Sygn. akt: KIO 2075/11, Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r. . . . .	92
153. Sygn. akt: KIO 2154/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. . . . .	92
154. Sygn. akt: KIO 2231/11, Wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r. . . . .	92
155. Sygn. akt: KIO 2219/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r. . . . .	93
156. Sygn. akt: KIO 2316/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	93
157. Sygn. akt: KIO 2379/11, Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2011 r. . . . .	93
158. Sygn. akt: KIO 2505/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r. . . . .	94
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 2 . . . . .</b>	<b>94</b>
159. Sygn. akt: KIO 1787/11, Wyrok KIO z dnia 1 września 2011 r. . . . .	94
160. Sygn. akt: KIO 2366/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r. . . . .	94
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 3 . . . . .</b>	<b>94</b>
161. Sygn. akt: KIO 1849/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r. . . . .	94
162. Sygn. akt: KIO 1884/11, Wyrok KIO z dnia 14 września 2011 r. . . . .	95
163. Sygn. akt: KIO 2048/11, Wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r. . . . .	95
164. Sygn. akt: KIO 2152/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. . . . .	96
165. Sygn. akt: KIO 2219/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r. . . . .	96
166. Sygn. akt: KIO 2306/11, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r. . . . .	97
167. Sygn. akt: KIO 2316/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	97
168. Sygn. akt: KIO 2383/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	98
169. Sygn. akt: KIO 2446/11, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2011 r. . . . .	98
170. Sygn. akt: KIO 2463/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r. . . . .	99
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 2 . . . . .</b>	<b>99</b>
171. Sygn. akt: KIO 1490/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r. . . . .	99
172. Sygn. akt: KIO 1513/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r. . . . .	99
173. Sygn. akt: KIO 1673/11, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r. . . . .	100
174. Sygn. akt: KIO 1803/11, Wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r. . . . .	100
175. Sygn. akt: KIO 1941/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r. . . . .	101
176. Sygn. akt: KIO 1998/11, KIO 2029/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r. . . . .	102
177. Sygn. akt: KIO 2002/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r. . . . .	102
178. Sygn. akt: KIO 2046/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r. . . . .	102
179. Sygn. akt: KIO 2075/11, Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r. . . . .	102
180. Sygn. akt: KIO 2164/11, Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r. . . . .	103
181. Sygn. akt: KIO 2154/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. . . . .	104
182. Sygn. akt: KIO 2212/11, Wyrok KIO z dnia 25 października 2011 r. . . . .	104

---

183. Sygn. akt: KIO 2226/11, Wyrok KIO z dnia 27 października 2011 r. . . . .	105
184. Sygn. akt: KIO 2219/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r. . . . .	105
185. Sygn. akt: KIO 2259/11, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r. . . . .	105
186. Sygn. akt: KIO 2327/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	106
187. Sygn. akt: KIO 2350/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r. . . . .	106
188. Sygn. akt: KIO 2392/11, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2011 r. . . . .	106
189. Sygn. akt: KIO 2348/11, KIO 2352/11, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2011 r. . . . .	107
190. Sygn. akt: KIO 2478/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r. . . . .	107
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 3 . . . . .</b>	<b>107</b>
191. Sygn. akt: KIO 1962/11, KIO 1963/11, Wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r. . . . .	107
192. Sygn. akt: KIO 2109/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r. . . . .	108
193. Sygn. akt: KIO 2672/11, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2011 r. . . . .	108
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 4 . . . . .</b>	<b>109</b>
194. Sygn. akt: KIO 1384/11, Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2011 r. . . . .	109
195. Sygn. akt: KIO 1601/11, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r. . . . .	109
196. Sygn. akt: KIO 1639/11, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r. . . . .	110
197. Sygn. akt: KIO 1836/11, Wyrok KIO z dnia 9 września 2011 r. . . . .	110
198. Sygn. akt: KIO 2109/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r. . . . .	111
199. Sygn. akt: KIO 2268/11, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r. . . . .	111
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 6 . . . . .</b>	<b>111</b>
200. Sygn. akt: KIO 2225/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r. . . . .	111
201. Sygn. akt: KIO 2348/11, KIO 2352/11, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2011 r. . . . .	112
202. Sygn. akt: KIO 2440/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r. . . . .	112
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 7 . . . . .</b>	<b>113</b>
203. Sygn. akt: KIO 2152/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. . . . .	113
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 8 . . . . .</b>	<b>113</b>
204. Sygn. akt: KIO 1419/11, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2011 r. . . . .	113
205. Sygn. akt: KIO 1962/11, KIO 1963/11, Wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r. . . . .	114
206. Sygn. akt: KIO 2369/11, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2011 r. . . . .	114
207. Sygn. akt: KIO 2368/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r. . . . .	114
208. Sygn. akt: KIO 2407/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r. . . . .	115
<b>Art. 90 ust. 1 . . . . .</b>	<b>115</b>
209. Sygn. akt: KIO 1403/11, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2011 r. . . . .	115
210. Sygn. akt: KIO 1492/11, KIO 1495/11, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2011 r. . . . .	116
211. Sygn. akt: KIO 1526/11, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r. . . . .	116

---

212. Sygn. akt: KIO 1868/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r. . . . .	116
213. Sygn. akt: KIO 1958/11, Wyrok KIO z dnia 26 września 2011 r. . . . .	116
214. Sygn. akt: KIO 2052/11, KIO 2055/11, KIO 2064/11, Wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r. . . . .	117
215. Sygn. akt: KIO 2109/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r. . . . .	118
216. Sygn. akt: KIO 2192/11, Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r. . . . .	118
217. Sygn. akt: KIO 2286/11, KIO 2303, KIO 2309, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	119
218. Sygn. akt: KIO 2360/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r. . . . .	119
219. Sygn. akt: KIO 2431/11, Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2011 r. . . . .	119
<b>Art. 90 ust. 3 . . . . .</b>	<b>119</b>
220. Sygn. akt: KIO 1452/11, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2011 r. . . . .	119
221. Sygn. akt: KIO 1459/11, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2011 r. . . . .	120
222. Sygn. akt: KIO 1868/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r. . . . .	121
223. Sygn. akt: KIO 2431/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r. . . . .	121
<b>Art. 91 ust. 2 . . . . .</b>	<b>122</b>
224. Sygn. akt: KIO 2165/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r. . . . .	122
225. Sygn. akt: KIO 2653/11, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r. . . . .	122
<b>Art. 91 c ust. 1 . . . . .</b>	<b>123</b>
226. Sygn. akt: KIO 2427/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r. . . . .	123
<b>Art. 92 ust. 1 . . . . .</b>	<b>124</b>
227. Sygn. akt: KIO 1620/11, KIO 1625/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r. . . . .	124
228. Sygn. akt: KIO 1653/11, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 r. . . . .	125
229. Sygn. akt: KIO 1901/11, Wyrok KIO z dnia 16 września 2011 r. . . . .	125
<b>Art. 92 ust. 1 . . . . .</b>	<b>125</b>
230. Sygn. akt: KIO 2428/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r. . . . .	125
<b>Art. 93 ust. 1 . . . . .</b>	<b>126</b>
231. Sygn. akt: KIO 1792/11, Wyrok KIO z dnia 1 września 2011 r. . . . .	126
232. Sygn. akt: KIO 2361/11, KIO 2362, KIO 2364, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	126
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 4 . . . . .</b>	<b>127</b>
233. Sygn. akt: KIO 1645/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r. . . . .	127
234. Sygn. akt: KIO 1693/11, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011 r. . . . .	128
235. Sygn. akt: KIO 1943/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r. . . . .	129
236. Sygn. akt: KIO 2398/11, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2011 r. . . . .	130
237. Sygn. akt: KIO 2645/11, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r. . . . .	130

---

<b>Art. 93 ust. 1 pkt 6</b> . . . . .	<b>131</b>
238. Sygn. akt: KIO 1948/11, Wyrok KIO z dnia 23 września 2011 r. . . . .	131
239. Sygn. akt: KIO 2163/11, Wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r. . . . .	133
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 7</b> . . . . .	<b>133</b>
240. Sygn. akt: KIO 1792/11, Wyrok KIO z dnia 1 września 2011 r. . . . .	133
241. Sygn. akt: KIO 2134/11, Wyrok KIO z dnia 17 października 2011 r. . . . .	135
242. Sygn. akt: KIO 2660/11, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r. . . . .	136
<b>Art. 93 ust. 3</b> . . . . .	<b>137</b>
243. Sygn. akt: KIO 2028/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r. . . . .	137
<b>Art. 96 ust. 3</b> . . . . .	<b>137</b>
244. Sygn. akt: KIO 2360/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r. . . . .	137
<b>Art. 101 ust. 2</b> . . . . .	<b>138</b>
245. Sygn. akt: KIO 2231/11, Wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r. . . . .	138
<b>Art. 179 ust. 1</b> . . . . .	<b>138</b>
246. Sygn. akt: KIO 1412/11, Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2011 r. . . . .	138
247. Sygn. akt: KIO 1545/11, Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2011 r. . . . .	139
248. Sygn. akt: KIO 1626/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r. . . . .	139
249. Sygn. akt: KIO 1724/11, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r. . . . .	140
250. Sygn. akt: KIO 1866/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r. . . . .	140
251. Sygn. akt: KIO 2295/11, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2011 r. . . . .	140
252. Sygn. akt: KIO 2324/11, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2011 r. . . . .	141
253. Sygn. akt: KIO 2345/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r. . . . .	141
254. Sygn. akt: KIO 2481/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r. . . . .	142
255. Sygn. akt: KIO 2682/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r. . . . .	142
256. Sygn. akt: KIO 2626/11, KIO 2633/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r. . . . .	143
<b>Art. 180 ust. 3</b> . . . . .	<b>143</b>
257. Sygn. akt: KIO 2463/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r. . . . .	143
258. Sygn. akt: KIO 2625/11, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2011 r. . . . .	144
<b>Art. 185 ust. 2 i 3</b> . . . . .	<b>144</b>
259. Sygn. akt: KIO 1450/11, Postanowienie KIO z dnia 20 lipca 2011 r. . . . .	144
260. Sygn. akt: KIO 1509/11, Postanowienie KIO z dnia 26 lipca 2011 r. . . . .	144
261. Sygn. akt: KIO 1570/11, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r. . . . .	145
262. Sygn. akt: KIO 1879/11, Postanowienie KIO z dnia 8 września 2011 r. . . . .	145

---

263. Sygn. akt: KIO 2051/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r. . . . .	145
264. Sygn. akt: KIO 2360/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r. . . . .	145
<b>Art. 185 ust. 4 . . . . .</b>	<b>146</b>
265. Sygn. akt: KIO 1509/11, Postanowienie KIO z dnia 26 lipca 2011 r. . . . .	146
<b>Art. 185 ust. 7 . . . . .</b>	<b>146</b>
266. Sygn. akt: KIO 2016/11, Wyrok KIO z dnia 30 września 2011 r. . . . .	146
<b>Art. 186 ust. 2 i 3 . . . . .</b>	<b>147</b>
267. Sygn. akt: KIO 1313/11, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2011 r. . . . .	147
268. Sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2011 r. . . . .	147
269. Sygn. akt: KIO 1786/11, Wyrok KIO z dnia 2 września 2011 r. . . . .	148
270. Sygn. akt: KIO 1833/11, Postanowienie KIO z dnia 5 września 2011 r. . . . .	148
271. Sygn. akt: KIO 1800/11, Wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r. . . . .	149
272. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r. . . . .	149
273. Sygn. akt: KIO 2439/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r. . . . .	149
<b>Art. 186 ust. 4 . . . . .</b>	<b>150</b>
274. Sygn. akt: KIO 2626/11, KIO 2633/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r. . . . .	150
<b>Art. 187 ust. 1 pkt 2 . . . . .</b>	<b>150</b>
275. Sygn. akt: KIO 2647/11, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2011 r. . . . .	150
<b>Art. 189 ust. 2 . . . . .</b>	<b>150</b>
276. Sygn. akt: KIO 2421/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r. . . . .	150
<b>Art. 189 ust. 2 ust. 2 . . . . .</b>	<b>151</b>
277. Sygn. akt: KIO 2379/11, Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2011 r. . . . .	151
278. Sygn. akt: KIO 2415/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r. . . . .	151
279. Sygn. akt: KIO 2686/11, Postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2011 r. . . . .	152
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 3 . . . . .</b>	<b>153</b>
280. Sygn. akt: KIO 1308/11, Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2011 r. . . . .	153
281. Sygn. akt: KIO 1872/11, Postanowienie KIO z dnia 8 września 2011 r. . . . .	154
282. Sygn. akt: KIO 1879/11, Postanowienie KIO z dnia 8 września 2011 r. . . . .	154
283. Sygn. akt: KIO 2608/11, Postanowienie KIO z dnia 15 grudnia 2011 r. . . . .	155
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 4 . . . . .</b>	<b>155</b>
284. Sygn. akt: KIO 2421/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r. . . . .	155
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 5 . . . . .</b>	<b>155</b>
285. Sygn. akt: KIO 1726/11, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r. . . . .	155

---

<b>Art. 189 ust. 2 pkt 7</b> . . . . .	<b>156</b>
286. Sygn. akt: KIO 1509/11, Postanowienie KIO z dnia 26 lipca 2011 r. . . . .	156
287. Sygn. akt: KIO 1602/11, Postanowienie KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r. . . . .	157
288. Sygn. akt: KIO 2121/11, Wyrok KIO z dnia 17 października 2011 r. . . . .	157
<b>Art. 190 ust. 1</b> . . . . .	<b>157</b>
289. Sygn. akt: KIO 1580/11, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r. . . . .	157
290. Sygn. akt: KIO 1851/11, Wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r. . . . .	158
291. Sygn. akt: KIO 1934/11, Wyrok KIO z dnia 19 września 2011 r. . . . .	158
<b>Art. 190 ust. 4</b> . . . . .	<b>158</b>
292. Sygn. akt: KIO 1772/11, KIO 1783/11, Wyrok KIO z dnia 2 września 2011 r. . . . .	158
<b>Art. 192 ust. 2</b> . . . . .	<b>159</b>
293. Sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11, KIO 1619/11, KIO 1630/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r. . . . .	159
294. Sygn. akt: KIO 1615/11, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r. . . . .	160
295. Sygn. akt: KIO 2360/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r. . . . .	161
<b>Art. 192 ust. 7</b> . . . . .	<b>161</b>
296. Sygn. akt: KIO 1387/11, Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2011 r. . . . .	161
297. Sygn. akt: KIO 2054/11, Wyrok KIO z dnia 7 października 2011 r. . . . .	162
298. Sygn. akt: KIO 2079/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r. . . . .	162
<b>Art. 192 ust. 9 i 10</b> . . . . .	<b>162</b>
299. Sygn. akt: KIO 2651/11, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2011 r. . . . .	162
300. Sygn. akt: KIO 2563/11, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2011 r. . . . .	163
<b>Art. 196 ust. 1</b> . . . . .	<b>163</b>
301. Sygn. akt: KIO 2604/11, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2011 r. . . . .	163
<b>Indeks rzeczowy</b> . . . . .	<b>164</b>
<b>Akty prawne przywołane w orzeczeniach</b> . . . . .	<b>169</b>

## WPROWADZENIE

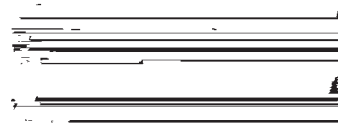
Szanowni Państwo,

Kolejny, jedenasty Zeszyt Orzeczniczy stanowi kontynuację merytorycznej analizy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Po wydaniu jubileuszowego Zeszytu (Zeszyt nr 10), zawierającego uchwały Sądu Najwyższego zapadłe w sprawach sporów odwoławczych, Zespół Redakcyjny dokonał przeglądu orzecznictwa Izby z drugiego półrocza 2011 r. Analizie zostało poddanych około 1300 orzeczeń Izby wydanych w tym okresie. Wynikiem tej analizy jest wybór 301 tez orzeczniczych, które stanowią syntezę kształtujących się kierunków orzeczniczych Izby. Należy przy tym pamiętać, że rozpoznawane przez Izbę sprawy dotyczą konkretnych stanów faktycznych. Zachęcam więc – w razie szczególnego zainteresowania określoną kwestią i tezą orzeczniczą – do zapoznania się z całą treścią orzeczenia Izby zamieszczoną na stronie internetowej: [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl) w zakładce KIO.

W ramach aktualnego Zeszytu Orzeczniczego polecam Państwu uwadze przykładowo wybrane przez Zespół Redakcyjny orzeczenia dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) czy też zarzutu podania nieprawdziwych informacji przez wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Sporów odwoławczych dotyczących tych właśnie kwestii Izba rozpoznaje w ostatnim czasie coraz więcej.

Mam nadzieję, że wybrane orzeczenia Izby okażą się Państwu pomocne przede wszystkim w praktycznym stosowaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Małgorzata Stręciwilk



Redaktor Zeszytów  
Członek KIO



## WYKAZ SKRÓTÓW

<b>art.</b>	– artykuł
<b>BZP</b>	– Biuletyn Zamówień Publicznych
<b>CPV</b>	– Wspólny Słownik Zamówień
<b>Dz. U.</b>	– Dziennik Urzędowy
<b>Dz. U. UE</b>	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
<b>ETS</b>	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
<b>FIDIC</b>	– Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Warunki kontraktowe na roboty budowlane)
<b>KC, Kc, kc lub k.c.</b>	– Kodeks Cywilny
<b>KIO</b>	– Krajowa Izba Odwoławcza
<b>KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.</b>	– Kodeks postępowania cywilnego
<b>KRK</b>	– Krajowy Rejestr Krany
<b>KRS</b>	– Krajowy Rejestr Sądowy
<b>KRUS</b>	– Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
<b>KSH lub ksh</b>	– Kodeks Spółek Handlowych
<b>lit.</b>	– litera
<b>nr</b>	– numer
<b>Ustawa Pzp, PZP lub PrZamPubl</b>	– ustawa Prawo zamówień publicznych
<b>PKD</b>	– Polska Klasyfikacja Działalności
<b>pkt</b>	– punkt
<b>poz.</b>	– pozycja
<b>przyp. red.</b>	– przypis redakcyjny
<b>RZ</b>	– Rejestr Zastawów
<b>SN</b>	– Sąd Najwyższy
<b>SO</b>	– Sąd Okręgowy
<b>SIWZ lub siwz</b>	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
<b>t.j.</b>	– tekst jednolity
<b>UE</b>	– Unia Europejska
<b>US</b>	– Urząd Skarbowy
<b>ust.</b>	– ustęp
<b>u.z.n.k.</b>	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
<b>UZP</b>	– Urząd Zamówień Publicznych
<b>VAT</b>	– Podatek od towarów i usług
<b>ZA</b>	– Zespół Arbitrów
<b>zd.</b>	– zdanie
<b>ze zm.</b>	– ze zmianami
<b>ZNKU lub znku</b>	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
<b>ZUS</b>	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

## Art. 2 ust. 13

### 1. Sygn. akt: KIO 1470/11, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r.

Odnosząc się do przywołanej definicji zamówienia publicznego szczególną uwagę zwrócić należy na odpłatność umowy o takie zamówienie. W doktrynie prawa cywilnego przyjęto, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, w której każda ze stron uzyskuje korzyść majątkową (rozumianą zarówno jako korzyść o charakterze pieniężnym, jak również inną korzyść majątkową w postaci świadczeń niepieniężnych). Zatem biorąc pod uwagę definicję zamówienia publicznego należy stwierdzić, iż jest nim umowa zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, w wyniku której korzyść majątkową otrzyma zamawiający w postaci wykonanego na jego rzecz zamówienia (usługi, dostawy lub roboty budowlanej), jak i wykonawca, otrzymujący korzyść w postaci zapłaty lub w innej formie, nie zawsze pieniężnej (jednak w postaci, której wartość możliwa jest do przedstawienia w pieniądzu). Tym samym na gruncie ustawy Pzp brak jest podstaw do przyjęcia, iż niedopuszczalnym byłoby uiszczenie wynagrodzenia wykonawcy częściowo bądź w całości w formie niepieniężnej. Powyższe zostało również potwierdzone przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 30 listopada 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 1671/05, Lex nr 239145.

Zatem, argumentacja Odwołującego, iż rozwiązanie przyjęte w SIWZ dopuszczające formę rozliczenia w postaci przekazania używanego przez Zamawiającego pojazdu jest niedopuszczalne na gruncie zamówień publicznych, i nie może przez Izbę być podzielone. Umowę, której wzór Zamawiający zawarł w SIWZ, niewątpliwie cechuje odpłatność. Przewidziano w nim, iż częściową formę zapłaty będzie stanowił posiadany przez Zamawiającego samochód zabudowany urządzeniem ssąco-płuczącym Kaiser Aquastar (...), którego wartość można przedstawić w jednostkach pieniężnych. Zatem przekazanie ww. samochodu ma być sposobem rozliczenia wzajemnych należności pomiędzy stronami (Zamawiającym a wykonawcą), co w świetle definicji zamówienia publicznego nie odbiera przyszłej umowie waloru odpłatności, jak również mieści się w ramach przyjętej – ustawą Prawo zamówień publicznych – definicji dostawy.

## Art. 7 ust. 1

### 2. Sygn. akt: KIO 1851/11, Wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r.

Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

### 3. Sygn. akt: KIO 1995/11, Wyrok KIO z dnia 26 września 2011 r.

Izba podziela ugruntowane stanowisko orzecznictwa i piśmiennictwa w sprawie zamówień publicznych, zgodnie z którym fakt, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów – nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. Zatem sama

okoliczność, że wykonawca nie spełnia wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego, nie świadczy jeszcze o tym, że została naruszona zasada uczciwej konkurencji. Aby udowodnić prowadzenie postępowania z naruszeniem reguł zapewnienia uczciwej konkurencji w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia, należy wykazać, że wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia. Odwołujący powyższych okoliczności nie podnosił ani nie wykazał. Prawem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który w jak najpełniejszym zakresie odpowiada jego potrzebom. Zamawiający konstruuując w tym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert w odniesieniu do części 27, jak wyjaśnił, posługiwał się danymi rynkowymi, danymi zamieszczonymi w specyfikacjach innych postępowań, literaturą fachową, opiniami pracowników laboratorium, którzy obsługują aparaturę i wykonują badania analityczne krwi i osocza, pod kątem wykrywania oznaczonych jednostek chorobowych i stopnia wirerii. Zamawiający kierował się również dążeniem, aby aparat który wydzierzawi, zapewniał wyniki badań na najwyższym możliwym poziomie diagnostycznym, dokładności i jakości wyników badań. Wyjaśnienia powyższe Izba uznała za wiarygodne.

#### **4. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r.**

Izba uznała za rażące naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych podnoszone przez odwołującego (...) wyłączenie możliwości wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy zrealizowali umowy rodzajowo podobne w innych państwach. Izba miała na względzie, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą mieć charakteru dyskryminujących zarówno w odniesieniu do wykonawców krajowych, ale też zagranicznych.

### **Art. 7 ust. 3**

#### **5. Sygn. akt: KIO 1689/11, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011 r.**

Odwołujący w odwołaniu twierdził, że Zamawiający nie miał prawa unieważnić wcześniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie sprowadzało się zatem do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający może sam zweryfikować wcześniej dokonaną przez siebie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i stwierdzić, że konieczne jest dalsze postępowanie wyjaśniające w tej kwestii. Na tak postawione pytanie Izba odpowiedziała twierdząco. Jeżeli po dokonaniu czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający dojdzie do wniosku, że w toku badania i oceny ofert popełnił błąd, mogący mieć wpływ na wynik postępowania, w takiej sytuacji w ocenie Izby Zamawiający ma prawo (i obowiązek) czynność badania i oceny ofert powtórzyć. Choć brak w Prawie zamówień publicznych wyraźnej podstawy do dokonania przez Zamawiającego „autopoprawki” wcześniej dokonanej czynności, konieczność jej wykonania można wywieść z innych przepisów. Gdyby zaakceptować pogląd przeciwny, prowadziłoby to bądź do podpisania umowy z wykonawcą, co do którego jest wątpliwość, czy złożył ofertę najkorzystniejszą (a więc w konsekwencji zawarta umowa mogłaby być uznana za nieważną), bądź do unieważnienia postępowania. Przy czym unieważnienie postępowania w takim przypadku wydaje się wątpliwe – jako podstawa prawna unieważnienia mógłby być brany pod uwagę art. 93 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, jednak obliuguje on do unieważniania postępowania wyłącznie w sytuacji, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem, jeżeli Zamawiający powziął wątpliwość co do słuszności dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej, może swoje działanie poprawić (a więc wadę można usunąć), powtarzając czynność badania i oceny ofert. Niewykluczone, że weryfikacja poprzedniej czyn-

ności może doprowadzić do wykluczenia wykonawcy/odrzućcia oferty, uznanej pierwotnie za najkorzystniejszą i wyboru oferty kolejnej w rankingu ofert. Nie ma więc w takim wypadku powodów do unieważniania postępowania, skoro ma ono szansę zakończyć się udzieleniem zamówienia – celem postępowania jest przecież efektywne udzielenie zamówienia, a nie samo prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami. Oczywiście autoweryfikację przez Zamawiającego swoich działań należy traktować jako wyjątek, a nie regułę, i powinna ona następować w wyjątkowych sytuacjach. W ocenie Izby nie można jednak jako podstawy dokonania takiej czynności wykluczać żadnej przyczyny – ani samodzielnego stwierdzenia przez Zamawiającego błędu we wcześniej dokonanej czynności, ani stwierdzenia tego na skutek impulsu z zewnątrz (tak jak w sytuacji niniejszego postępowania – w związku z informacją pochodzącą od innych wykonawców). Nie ma powodów, aby ograniczać Zamawiającemu możliwość powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej wyłącznie do przypadków, wynikających z wniesienia środków ochrony prawnej przez wykonawców (czy do zawiadomienia na podstawie art. 181 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych na czynności, na które nie przysługuje odwołanie). Stworzenie przez ustawodawcę procedur szczególnych, umożliwiających w ściśle określonych sytuacjach pozostałym wykonawcom zainteresowanym wynikiem postępowania uregulowany formalnie sposób dochodzenia ochrony ich słuszych interesów, nie może przesądzać o wykluczeniu weryfikacji przez Zamawiającego własnych wcześniejszych decyzji na skutek innych okoliczności. Trudno byłoby zaaprobować pogląd, nakazujący Zamawiającemu zignorować sygnały o nieprawidłowości dokonanej przez niego czynności. Jak już zostało wskazane wyżej, celem postępowania jest udzielenie zamówienia i podpisanie umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a więc jeżeli Zamawiający poweźmie z jakiegokolwiek źródła wątpliwość odnośnie prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej, powinien czynność powtórzyć. Weryfikacja dotychczasowej czynności powinna się odbywać z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, a w szczególności zasady równego traktowania wykonawców, i nie może prowadzić do wzywania danego wykonawcy „do skutku”, aby wykazał warunki udziału w postępowaniu, bądź czy oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego; przeważnie będzie należało podjąć ustalenia co do nowych okoliczności, ujawnionych już po wyborze oferty najkorzystniejszej.

## **6. Sygn. akt: KIO 1851/11, Wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r.**

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

## **7. Sygn. akt: KIO 2096/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r.**

Zamawiający ma prawo i obowiązek całościowej oceny ofert złożonych przez wykonawców, to jest dokonania zarówno oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców, jak i badania złożonych przez nich ofert, gdyż ocenie według kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej mogą zostać podane wyłącznie oferty złożone przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 1 i ust. 2 pzp, które jednocześnie nie podlegają wykluczeniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek wskazanych w art. 89 ust. 1 lub art. 90 ust. 3 pzp. Rozdzielenie etapu wykluczenia z postępowania i odrzućcia ofert występuje jako zasada w postępowaniach dwuetapowych, jednak w przypadku takich trybów co do zasady nie dochodzi do złożenia oferty przez wykonawcę uprzed-

nio wykluczonego (w przeciwnym razie, znajdzie zastosowanie przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp), a jedynie wyjątkowo może dojść do wykluczenia wykonawcy na etapie badania i oceny ofert. Dopiero spośród ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp, a dokonany w ten sposób wybór może czynić zadość art. 7 ust. 3 pzp. (...) W razie zajścia zbiegu kilku podstaw wykluczenia lub odrzucenia wykonawcy nie mogą domagać się od zamawiającego by wykluczył lub odrzucił ich tylko na podstawie niektórych spośród zaistniałych przesłanek.

#### **8. Sygn. akt: KIO 2439/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r.**

Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający każdorazowo jest uprawniony do samodzielnej konwalidacji dokonanych przez siebie czynności, jak również jest zobligowany, co jednoznacznie wynika z art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp do powtórzenia czynności w wyniku uwzględnienia środka ochrony prawnej zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. W obu tych przypadkach czynności powtórzone winny być zgodne z przepisami ustawy Pzp i względem tych przepisów oceniane. Nie sposób wszakże uznać, iż Zamawiający uwzględniając odwołanie ma obowiązek wykonać czynności sprzeczne z prawem. Dlatego też, jak wskazano powyższej, czynność uwzględnienia odwołania winna być przemyślana i świadoma.

#### **9. Sygn. akt: KIO 2446/11, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2011 r.**

Przede wszystkim nietrafnie przyjął zamawiający, że wobec dokonania wyboru oferty przystępującego i przesłania informacji o wynikach postępowania nie jest uprawniony do ponownego badania oferty uznanej za najkorzystniejszą. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują wprost tej kwestii, jednak prawo zamawiającego do unieważnienia z własnej inicjatywy czynności w postępowaniu wywieść należy z ogólnych przepisów kodeksu cywilnego, stosownie do odesłania zawartego w art. 14 Pzp. Zamawiający, ilekroć uzna, że jego oświadczenie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotknięte było błędem wynikającym z wadliwej oceny oferty lub dokumentów złożonych wraz z ofertą, może uchylić się od jego skutku – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z danym wykonawcą – przez złożenie stosownego oświadczenia (art. 84 i 88 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Izba nie dopatrzyła się przeszkód dla stosowania w drodze ostrożnej analogii art. 84 k.c. stanowiącego w § 1, że w razie błędu co do treści czynności prawnej można uchylić się od skutków prawnych swego oświadczenia woli. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. Stosownie do art. 84 § 2 k.c. można powoływać się tylko na błąd uzasadniający przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści (błąd istotny). Wskazać trzeba, iż błąd w ocenie oświadczeń, dokumentów lub oferty składanych przez wykonawcę ma charakter „błędu wywołanego przez tę osobę”, a skoro skutkuje wyborem najkorzystniejszej oferty, ma zawsze charakter istotny. Na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych wskazać można natomiast, że skoro ustawodawca w art. 186 ust. 2 Pzp przyznał zamawiającemu prawo do uwzględnienia zarzutów odwołania w całości z konsekwencją w postaci zobowiązania do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania, to nie znajduje uzasadnienia odmowa zamawiającemu prawa do ponawiania już dokonanej oceny również z inicjatywy własnej. Celem postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybach konkurencyjnych jest, zgodnie z art. 2 pkt 7a Pzp wybór oferty złożonej przez wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia to zawarcie umowy w sprawie zamówienia



publicznego. Zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta wyłącznie na podstawie oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do ustalonych kryteriów wyboru, ale pod warunkiem, że oferta taka nie podlega odrzuceniu, a składający ją wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. W przeciwnym razie umowa w sprawie zamówienia publicznego narażona będzie na ryzyko unieważnienia.

### Art. 8 ust. 3

#### 10. Sygn. akt: KIO 1368/11, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2011 r.

Niepodzielono także tych zarzutów odwołania, które wskazują na zaniechanie przez Zamawiającego zbadania zasadności zastrzeżenia przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca ten w złożonej ofercie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte na str. 13–59, 67–82 oraz 84–351 oferty. Na wstępie, nie podzielono argumentacji Zamawiającego, iż podniesione zarzuty w tym zakresie są spóźnionymi. Zasadnym mógł być taki wniosek, gdyby Zamawiający dokonał jakiegokolwiek czynności związanej z zastrzeżonymi informacjami (przykładowo uznałby jakakolwiek część z nich za bezpodstawnie zastrzeżoną), co pozwalałoby wykonawcom przyjąć, że z tą chwilą przedmiotowa czynność podlega ewentualnej kontroli w ramach środków ochrony prawnej. Jednak brak jakiegokolwiek reakcji Zamawiającego w tym zakresie pozwala przyjąć, że do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający był w trakcie czynności oceny ofert, w czym mieści się min. ocena zasadności zastrzeżenia informacji. Wobec powyższego, przy braku sygnałów dla wykonawców o jakichkolwiek czynnościach związanych z dokonaniem oceny takiego zastrzeżenia, należy przyjąć, że dopiero z momentem wyboru najkorzystniejszej oferty, będącej reasumpcją badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, wykonawcy mogli podnosić zarzuty w tym zakresie. (...)

Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) istotnie, Zamawiający nie uzewnętrzniał w żaden sposób dokonanej czynności badania zasadności zastrzeżenia przez (...) sp. z o.o. w W. określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (dotyczy to także informacji zastrzeżonych w ofercie Odwołującego). Dostrzec trzeba jednak, że żaden przepis nie stawia wyraźnego obowiązku formalnego potwierdzenia takiego badania, czy też dania wyrazu dokonania odrębnej czynności w tym zakresie i zakomunikowania o tym w postępowaniu o zamówienie publiczne: istotne jest, by zamawiający poddał złożone dokumenty niezbędnej refleksji w kategorii zasadności i dopuszczalności zastrzeżenia ich treści. Nie stawia takiego wymogu żaden z przepisów – tak ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie wynika taki obowiązek z zasady pisemności postępowania: jeśli Zamawiający dokonując oceny informacji zawartych w ofercie dojdzie do przekonania, że dysponent informacji dokonał zasadnie takiego zastrzeżenia, nie ma potrzeby szczególnego dokumentowania takiej oceny. O ile w razie uznania bezpodstawnego zastrzeżenia takich informacji przez wykonawcę, Zamawiający powinien uprzednio zwrócić się do tego wykonawcy celem wyjaśnienia podstaw i zasadności takiego zastrzeżenia, to w razie uznania, że wszystkie informacje zostały zastrzeżone prawidłowo, odnotowanie faktu takiej oceny jest co najwyżej pożądane, ale nie stanowi obowiązku zamawiającego. Nie jest zasadną w tym miejscu argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą obowiązek Zamawiającego uzewnętrznienia dokonanej oceny należy wywodzić z treści art. 27 ustawy dotyczącej zasad komunikacji z uczestnikami postępowania. Czym innym jest bowiem ukształtowanie zasad komunikacji w postępowaniu, inną zaś kwestia istnienia obowiązku lub jego brak udokumentowania odpowiednich czynności.

**11. Sygn. akt: KIO 1472/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r.**

Izba nie dała wiary stanowisku zamawiającego, że wyliczenie ilości urządzeń stanowi „emanację know-how” przystępującego. Przeciwnie, w ocenie Izby, dane te stanowią jedynie tabelaryczne zestawienie ilości urządzeń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia urządzeń. Różnica w zestawieniach wynikać może z różnicy cech i standardów oferowanych urządzeń, przypisanej każdemu z nich liczby portów lub być skutkiem błędnego wyliczenia dokonanego przez wykonawcę. Izba nie dopatrzyła się w samym zestawieniu ilościowym urządzeń informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub innej informacji posiadającej wartość gospodarczą. Można ewentualnie uznać, że informacje te mają wartość gospodarczą w tym postępowaniu, jako że są związane z możliwością uzyskania zamówienia przez przystępującego, który dokonał zastrzeżenia. Jednak ochronie w myśli art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają informacje, których ujawnienie godzi interesy przedsiębiorcy przekraczające możliwość uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Sam fakt, że konkurujący wykonawca, będzie mógł skontrolować, czy oferowane ilości urządzeń zostały wyliczone prawidłowo i zapewniają realizację zamówienia, nie uzasadnia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba nie podzieliła poglądu przystępującego, że odwołujący „nie udowodnił ponad wszelką wątpliwość” nieprawidłowości zastrzeżenia. Odwołujący powołał charakter przedmiotu zamówienia, wymagania zawarte w załączniku Nr 4.1. oraz złożone przez siebie dokumenty. Izba dokonała również analizy treści załącznika nr 4.1 przystępującego. Powołane dowody, oświadczenia zamawiającego i przystępującego złożone na rozprawie nie dały podstaw do przyjęcia, że dane te są godne ochrony, a ich weryfikacja przez konkurującego wykonawcę naruszy interes przystępującego, inny niż uzyskanie zamówienia w badanym postępowaniu. Tym samym nawet przy uznaniu, że dane te podlegają ochronie zgodnie z § 3 ust. 13 regulaminu pracy przystępującego (mimo, że brak jest podstaw do przyjęcia, że w przedsiębiorstwie przystępującego informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa posiadają taki status), to nie spełnione zostały wymagania zawarte w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przesłanki zawarte w przywołanym przepisie winny być spełnione kumulatywnie, zatem sam fakt podjęcia działań w celu zachowania poufności informacji jest niewystarczający dla objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

**12. Sygn. akt: KIO 1612/11, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r.**

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Z przytoczonych przepisów należy odkodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiedzie ona bezwzględnie do prymatu. Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczy-

nione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie konieczność zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 powołanej ustawy, w istocie tak należy zakwalifikować.

### **13. Sygn. akt: KIO 2187/11, Wyrok KIO z dnia 25 października 2011 r.**

(...) w świetle art. 8 ust. 3 Pzp to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżona informacja rzeczywiście stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. czy spełnia następujące warunki:

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

Biorąc bowiem pod uwagę, że oferty ujawnia się od chwili otwarcia ofert, należy uznać, że zbadanie przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia części ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa powinno nastąpić niezwłocznie, tak aby ograniczenie zasady jawności postępowania następowało wyłącznie w przypadkach rzeczywiście uzasadnionych, zgodnie z przepisami prawa.

(...) wykonawca zastrzegł, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty takie jak:

1. wykaz środków myjących, konserwujących, dezynfekujących,
2. plan higieny,
3. organizacja pracy,
4. szczegółowe procedury i instrukcje sprzątnia i dezynfekcji,
5. zasady kontroli jakości i sposób dokumentowania kontroli.

Brak działań po stronie przedsiębiorcy w celu wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że zastrzeżona informacja spełnia przesłanki ustawowe do uznania jej za tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi podstawę do uznania przez zamawiającego, że wykonawca nie jest w stanie wykazać spełnienia tych przesłanek. Biorąc pod uwagę również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy uznać, że głośne zastrzeżenie przez wykonawcę informacji w ofercie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może wywoływać właściwego skutku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 Pzp. Odnosząc się do charakteru informacji zawartych w zastrzeżonych przez Spółdzielnię uznana, że nie spełniają one przesłanek, określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Są to dokumenty [złożone – *przyp. red.*] przez wykonawców ściśle według wymagań zamawiającego zawartych w siwz oraz w oparciu o formularze i wytyczne opracowane przez zamawiającego. Dokumenty te nie mają indywidualnego charakteru oraz nie zawierają niepowtarzalnych danych o charakterze technologicznym, organizacyjnym i nie stanowią *know-how* wykonawcy stworzonego specjalnie na potrzeby niniejszego postępowania. Izba podzieliła pogląd iż treść załączników do siwz przesądza o kształcie i zawartości merytorycznej ofert – tak w zakresie doboru środków i urządzeń do wykonania usług, jak i w zakresie organizacji pracy osób wskazanych do realizacji usług.

### **14. Sygn. akt: KIO 2294/11, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r.**

Przepisy ustawy Pzp nie regulują procedury przeprowadzenia takiego badania, w szczególności obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zamawiający jest w stanie samodzielnie stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie. Jednakże ewentualne wątpliwości winny skłonić zamawiającego do zwróce-



nia się o takowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia winny dać zamawiającemu jednoznaczny obraz co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej informacji, a zatem nie mogą być ogólnikowe, lakoniczne czy opierać się na gołosłownych twierdzeniach. Izba podkreśla bowiem, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

**15. Sygn. akt: KIO 2286/11, KIO 2303, KIO 2309, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

Jak zaznaczał sam Odwołujący w odwołaniu, nie kwestionował on samej możliwości zastrzegania jako tajemnicy tego typu wyjaśnień. Wskazywał jedynie, że Zamawiający nie zbadał skuteczności tego zastrzeżenia. Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez Zamawiającego w toku rozprawy, rozstrzygając o zasadności dokonania takiego zastrzeżenia przez konsorcjum (...) oparł się jedynie na treści wyjaśnień składnych w trybie art. 90 ustawy Pzp. Uwzględniając powołane okoliczności, a także fakt, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co do zaniechania podjęcia przez Zamawiającego określonych działań mających na celu wyjaśnienie treści oferty w celu ustalenia prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba stwierdziła, że obowiązujące przepisy prawa nie nakazują Zamawiającemu w ramach badania i oceny ofert obligatoryjnej procedury podjęcia wyjaśnienia treści oferty, czy też później złożonych wyjaśnień, poprzez skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy odpowiedniego pisma. Jeśli Zamawiający poprzez analizę zastrzeżonych informacji – a taka ocena była przeprowadzana przez Zamawiającego, co poświadczył on do protokołu z rozprawy – dochodzi do przekonania, że faktycznie mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa, jest to wystarczające w ramach procedury badania i oceny ofert również w kontekście weryfikacji oferty pod kątem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

**16. Sygn. akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2623/11, KIO 2634/11, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r.**

Izba uznała, iż polisa OC nie zawierała informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiących informację techniczną, technologiczną, organizacyjną przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Polisa OC stanowi jedynie dowód zawarcia umowy ubezpieczenia, co było powszechnie dostępną informacją dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie.

**17. Sygn. akt: KIO 2658/11, KIO 2662/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.**

Bezspornym jest, iż Odwołujący (...) utajnił część złożonej oferty, jako zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa. Bezspornym jest także, że Zamawiający odtajnił zastrzeżoną część oferty Odwołującego (...), nie wzywając go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, jak również nie informując go tym fakcie (odtajnienia zastrzeżonej części oferty).

Niewątpliwym jest, iż obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązuje bowiem Zamawiającego do zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na obowiązek ten wskazał także Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku w (III CZP 74/05). Dopiero bowiem w przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie jest bezpodstawne Zamawiający ma obowiązek odtajnić zastrzeżone dokumenty i udostępnić jako informacje jawne. Tak więc Zamawiający zobowiązany był takie działania podjąć i faktycznie je podjął, badając skuteczność poczynionego przez Odwołują-

cego (...) zastrzeżenia, przy czym, co Strony przyznały także podczas rozprawy, Zamawiający w toku wyjaśnień zasadności zastrzeżenia części oferty Odwołującego (...) nie wystąpił do tego wykonawcy z prośbą o wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia określonych informacji, przyjmując samodzielnie, iż nie mogą one być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej jednak z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika obowiązek wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do zasadności zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę. Istotnie utrwaliła się praktyka wzywania wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień. Trudno jednak czynić Zamawiającemu zarzut z tego powodu skoro przepisy ustawy, w tym przypadku, takiego obowiązku na Zamawiającego nie nakładają. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

### **Art. 22 ust. 1 pkt 1**

#### **18. Sygn. akt: KIO 1962/11, KIO 1963/11, Wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r.**

W ocenie składu orzekającego przedmiotowa decyzja potwierdza posiadanie uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia w dacie składania ofert i spełnienia powołany w siwz wymóg aktualności. Izba nie podziela odmiennego stanowiska odwołującego, iż skoro decyzja ta [decyzja – zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych o wymaganej kodzie 20 03 03 – przyp. red.] nie była decyzją ostateczną i prawomocną, to nie uprawniała do prowadzenia działalności w niej określonej. Należy zauważyć, że procedura administracyjna (kpa), nie zawiera instytucji prawomocności decyzji administracyjnej, natomiast reguluje kwestie wykonalności decyzji i jej ostateczności rozumianej jako stan, w którym od decyzji nie przysługuje odwołanie. Uzasadnione jest zatem rozważenie zagadnienia wykonalności decyzji nieostatecznej. Jak wynika z treści decyzji z 29.07.2011 r. została ona wydana uwzględniając wniosek strony, jaką jest (...) Sp. z o.o., a zatem może być wykonywana także przed upływem terminu do wniesienia odwołania od niej, stosownie do art. 130 § 4, jako wydana zgodnie z żądaniem wszystkich stron (w tym wypadku występuje 1 strona). Dodatkowo można wskazać na pogląd prezentowany w literaturze przedmiotu, że zakaz wykonywania decyzji przed upływem terminu do wniesienia odwołania wskazany w art. 130 kpa dotyczy organu administracji publicznej, nie zaś strony (W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie*, 1962, s. 203; Z. Janowicz, *Komentarz*, 1995, s. 314 w nawiązaniu do stanowiska J. Pokrzywnickiego, *Komentarz*, 1948, s. 230, który stwierdził, że: „Zakaz wykonania decyzji przed upływem terminu odwołania został stworzony wyłącznie w interesie strony i ogranicza władzę, a nie stronę”). Oznacza to, że strona po doręczeniu lub ogłoszeniu treści decyzji może przystąpić do jej wykonania i to niezależnie od tego, czy decyzja nadaje jej uprawnienia, czy obciąża obowiązkiem. Z przepisu art. 130 § 1 wynika zatem, że to organ administracji publicznej nie może przed upływem terminu do wniesienia odwołania skutecznie żądać od strony wykonania decyzji ani też przystąpić do przymusowego jej wykonania (por. W. Dawidowicz, *Ogólne postępowanie*, 1962, s. 203).

### **Art. 22 ust. 1 pkt 2**

#### **19. Sygn. akt: KIO 1507/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r.**

(...) stwierdzić należy, że opisywane przez zamawiającego doświadczenie, którym miał się legitymować wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, polegające na zaprojektowaniu i budowie zakładu unieszkodliwiania odpadów komunalnych, a także na zaprojektowaniu i budowie zamkniętej instalacji intensywnej stabilizacji tlenowej i przetwarzania (kompostowania) biofrakcji jest na gruncie ustawy Pzp doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych. W świetle ustawy Pzp zamówienie polegające na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a także realizacja obiektu bu-

dowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, traktowane jest jako robota budowlana (art. 2 pkt 8 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie wymagało zatem dokonania interpretacji przepisu § 1 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r.), zgodnie z którym wykonawcy w przypadku wykazywania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych zobowiązani są złożyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W drugiej kolejności dostrzec należy, że sformułowanie użyte w § 1 ust. 1 pkt 2 przywoływanego rozporządzenia prowadzi do wniosku, iż wykonawca ma obowiązek złożyć dokumenty, które mają dowodzić faktu prawidłowego ukończenia i wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Ustawodawca w przypadku robót budowlanych (odmiennie niż w przypadku usług i dostaw o charakterze ciągłym i okresowym) nie pozwala więc na wykazywanie się doświadczeniem w robotach trwających, a tylko takich które zostały ukończone. Z przepisu tego wynika również, że przedmiotem dowodzenia jest jedynie prawidłowe ukończenie takiego zakresu robót, który wynika z treści łączącego strony podstawowego stosunku zobowiązaniowego. W pojęciu tym nie mieści się natomiast brak jakiegokolwiek wady w chwili oddania robót budowlanych. Wykryte wady oczywiście podlegają usunięciu co jednak nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że roboty zostały prawidłowo ukończone. Ponadto podkreślić należy że w pojęciu tym nie mieści się również konieczność udowodnienia, iż usunięto wszystkie wady ujawnione w okresie gwarancji i rękojmi.

## **20. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r.**

Izba uznała, że przez konglomerat szczegółowości wymagań, ustalenie ich w wielu przypadkach na poziomie tożsamym lub przewyższającym dane wnikające z opisu przedmiotu zamówienia, żądanie wartości umów referencyjnych na nieuzasadnionym wysokim poziomie zamawiający przekroczył uprawnienia przyznane mu przepisami. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał przed Izbą dlaczego tak opisane wymagania są mu niezbędne. Nieuzasadnione ograniczenie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia nastąpiło również przez uniemożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy umowy o podobnym przedmiocie [*zamówienie informatyczne – przyp. red.*] wykonali za granicą. Nie znajduje podstaw dopuszczenie w licznych punktach specyfikacji możliwości wykazania usług zrealizowanych wyłącznie na rzecz jednostek sektora finansów publicznych – odmowa wykazywania doświadczenia w oparciu o umowy o przedmiocie adekwatnym do przedmiotu tego postępowania, które były zrealizowane na rzecz podmiotów prywatnych, nie będących jednostkami sektora finansów publicznych. Celem ustalania warunków udziału w postępowaniu winno być wyłonienie wykonawcy posiadającego określone kompetencje nabyte w ramach swojej działalności zawodowej, nie zaś takiego wykonawcy, który niezbędnej wiedzy i doświadczenia nabył przez wykonywanie umów wyłącznie na rzecz pewnej grupy zamawiających.

## **21. Sygn. akt: KIO 2154/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.**

Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia Wykonawcy zawarł w ofercie wykaz „dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia na łączną kwotę minimum 5 000 000,00 PLN brutto, (słownie złotych: pięć milionów), w jednym roku kalendarzowym” i w celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku Wykonawca miał przedłożyć zestawienie dostaw, „które łącznie w jednym roku kalendarzowym objęły wskazaną wyżej kwotę 5 000 000,00 PLN brutto – wykonanych lub wykonywanych w ostatnich 3 latach, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających wymogom sformułowanym powyżej z podaniem ich wartości, przedmiotu,

dat wykonania i odbiorców, oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należyście". (...)

Zamawiający nie określił, co należy rozumieć pod pojęciem dostaw pojazdów zgodnych z przedmiotem zamówienia, toteż pojęcie to, zgodnie z powołaną powyżej linią orzeczniczą nakazującą wykładnię niejasnych postanowień SIWZ na korzyść Wykonawców, interpretować należy możliwie szeroko, jednak nie budzi wątpliwości, iż zgodność z przedmiotem zamówienia dotyczyć ma przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Nie sposób zatem zgodzić się z argumentacją prezentowaną przez Wykonawcę (...) Sp. z o.o., iż miałyby być to zgodność jedynie z zamówieniem realizowanym w ramach wykazywanej dostawy. Takie rozumienie abstrahuje bowiem od przedmiotu obecnego zamówienia i pozwalałoby wykazywać się wiedzą i doświadczeniem w zakresie, który mógłby pozostawać bez związku z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu.

## **22. Sygn. akt: KIO 2199/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.**

Odwołujący zarzuca, że zamawiający bezpodstawnie preferuje dużych wykonawców, którzy są w stanie wykazać się wykonaniem robót na kwotę minimum 25.000.000 zł. Zamawiający uzasadnił, że w skład przedmiotu zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu wchodzi jednocześnie trzy grupy robót i dlatego zamawiającemu może zależeć, aby wykonawca wykazali się wykonaniem tych trzech grup robót w jednym zadaniu. Natomiast wartość przekraczająca 60.000.000 zł (bez VAT) uzasadnia żądanie wykazania się przez wykonawców wykonaniem przedmiotu za cenę 25.000.000 zł (z VAT) i odwołujący nie dowiódł, że kwota ta nie jest proporcjonalna wartości do przedmiotu zamówienia. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że żądanie przez zamawiającego wykazania przez wykonawców robót, za cenę 25.000.000 zł nie jest nieproporcjonalne w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i żądanie to nie narusza art. 22 ust. 4 Pzp. (...)

Zamawiający nie może w ogłoszeniu o zamówieniu odsyłać do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wynika to z, w zasadzie, identycznego brzmienia uregulowania odnoszącego się nie tylko do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w przetargu nieograniczonym (art. 41 pkt 7 Pzp, jak w rozpoznawanym przypadku), ale także do postępowania w trybie przetargu ograniczonego (art. 48 ust. 2 pkt 6 Pzp), w którym nie występuje specyfikacja na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. (...) zarzut dokonania nieprecyzyjnego opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia – zasługuje na uwzględnienie. I dlatego skład orzekający Izby biorąc pod uwagę, że postanowienia odnoszące się do określenia warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania w ogłoszeniu o zamówieniu (co wynika z art. 41 pkt 7 Pzp) i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp) muszą zawierać identyczną treść – nakazuje wprowadzenie wyżej omówionych doprecyzowań do treści ogłoszenia i specyfikacji.

## **23. Sygn. akt: KIO 2286/11, KIO 2303, KIO 2309, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

Konsorcjum (...) zawarło w wykazie wskazanie na jedną usługę, załączając na potwierdzenie jej wykonania trzy dokumenty potwierdzające należyte wykonanie trzech różnych umów. Odwołujący zarzucał konsorcjum (...), że ukryło ono w ten sposób, że zdobyło wykazywane doświadczenie realizując kilka następujących po sobie umów. W ocenie Odwołującego każda z tych umów powinna być oceniana oddzielnie, a żadna z nich odrębnie nie potwierdza spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Co istotne Odwołujący w toku rozprawy zmodyfikował swoje stanowisko w tej sprawie, oświadczając, iż można byłoby się zgodzić, żeby konsorcjum (...) w odniesieniu do drugiej i trzeciej umowy (zawarte odpowiednio w 2007 r. i 2009 r.) wykazywało świadczenie realizowane na ich podstawie jako jedną usługę. Zastrzegł jednak, że konieczna byłaby w tym przypadku tożsamość stron

tych umów, która w tym przypadku nie zachodziła. W ocenie Izby pozwala to stwierdzić, iż Odwołujący przyznał, iż kolejno zawierane po sobie umowy, których przedmiotem było sprawowanie nadzoru nad tymi samymi robotami budowlanymi realizowanymi przez tego samego Zamawiającego na podstawie jednego kontraktu, uznać można za jedną usługę i jako taką wykazywać.

#### **24. Sygn. akt: KIO 2338/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

Przedmiotem niniejszego zamówienia są dwa samochody (jeden samochód ratowniczo-gaśniczy szybkiej interwencji 4x4 i jeden samochód ratowniczo-gaśniczy ciężki 6x6), a więc takie same samochody, jakie wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia dostarczali w przeszłości. Istotę sporu stanowi kwestia proporcjonalności postawionych w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ wymogów dotyczących warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w tym konkretnym przypadku doświadczenia w realizacji tego typu dostaw, tj. ilości dostarczanych już przez danego wykonawcę samochodów w stosunku do ilości samochodów zamawianych. (...) Niewątpliwym jest, iż zarówno samochody ratowniczo – gaśnicze, które były dostarczane przez wykonawców na rzecz innych zamawiających, a wykazanie których stanowić będzie spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jak i te które są przedmiotem niniejszego zamówienia są samochodami, które bezwzględnie musiały i muszą spełniać minimalne parametry charakterystyczne dla lotniskowych samochodów ratowniczo – gaśniczych, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 września 2005 r. w sprawie przygotowania lotnisk do sytuacji zagrożenia oraz lotniskowych służb ratowniczo – gaśniczych (Dz. U., Nr 197, poz. 1634). (...) Istotnie jest to samochód dostarczany na konkretne zamówienie i rzeczywiście pod to konkretne zamówienie realizowany. Niemniej jednak, nawet mimo pewnej jego złożoności, dostawa już jednego takiego samochodu, w sytuacji gdy zamawiany jest samochód określonego typu i wykazać się należy realizacją dostawy samochodu tego właśnie typu, daje już rękojmię wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłową realizację zamówienia. Stanowisko przeciwne, w sposób nieuprawniony, powodowałoby i niewątpliwie powoduje wyeliminowanie z tego i nie tylko tego postępowania wyłącznie tych wykonawców, którzy takich dostaw (dwóch samochodów ratowniczo-gaśniczych szybkiej interwencji 4x4 i dwóch samochodów ratowniczo-gaśniczych ciężkich 6x6) nie realizowali. Rynek dostawców tego rodzaju samochodów jest bardzo wąski. Takie określenie warunku, jak uczynił to Zamawiający, prowadzi więc w istocie do zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, w tym posiadających doświadczenie w realizacji tego typu dostaw, a co niewątpliwie ma bezpośrednie wpływ na zachowanie konkurencji. Wykonawca, który dostarczył już choćby jeden tego typu samochód ma już doświadczenie w realizacji tego typu dostaw.

#### **25. Sygn. akt: KIO 2319/11, KIO 2330/11, KIO 2335/11, KIO 2336/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r.**

Przede wszystkim wybrany przez zamawiającego tryb negocjacji z ogłoszeniem wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, tym samym to co zostało określone wstępnie przez zamawiającego w ramach opisu przedmiotu zamówienia może ulec zmianie lub modyfikacji, nadto opis przedmiotu zamówienia w formule do negocjacji jest przekazywany dopiero wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych. Sam zamawiający ma tego świadomość, gdyż taką informację zamieścił w sekcji II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu. Prawidłowo zatem wykonawcy odczytali treść tych postanowień ogłoszenia przyjmując, że jest to maksymalny zakres przedmiotu zamówienia jaki może być przedmiotem negocjacji, a w jej wyniku realizacji. Wobec jednak faktu, że zakres ten może ulec zmianie czy to na etapie zaproszenia do składania ofert wstępnych czy to na etapie



negocjacji, trudno jest wymagać od wykonawców, aby dokonali interpretacji warunku udziału w postępowaniu przez pryzmat nie wiążącego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w ogłoszeniu.

#### **26. Sygn. akt: KIO 2421/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r.**

W pkt V.2 SIWZ Zamawiający ponad wszelką wątpliwość wymagał, aby „okres realizacji usługi nie był krótszy niż 1 rok”. W ocenie Izby Zamawiający w toku rozprawy nie wykazał, aby były podstawy do interpretacji terminu „1 rok”, w inny, aniżeli zgodny z przepisami kodeksu cywilnego, sposób. Brak podstaw, aby uznać, iż termin ten można utożsamiać z pojęciami „okres grzewczy” czy też „rok grzewczy”. Zauważyć też należy, że w treści pkt V.2 SIWZ odniesienie do przedmiotu zamówienia jest przywołane jedynie w aspekcie zakresu wykazywanej usługi, nie zaś okresu jej realizacji. W tym zakresie Zamawiający w sposób wyraźny wskazał na okres jednego roku, bez żadnych dodatkowych wskazań, czy też określił mogących stanowić podstawę dla dokonania wykładni tego pojęcia w sposób, który został zaprezentowany w pisemnym stanowisku Zamawiającego przedłożonym Izbie. W ocenie Izby tak dokonana interpretacja terminu „1 rok” jest zbyt daleko idąca. Szczególnie wobec faktu, iż Zamawiający sporządzając opis warunku, zobowiązany jest czynić to w sposób precyzyjny i odwoływać się do powszechnego rozumienia używanych w takim opisie pojęć. Jeśli zaś chciałby nadać użytemu terminowi inne znaczenie, niż to które jest mu powszechnie przypisywane, powinien był to wyraźnie w opisie warunku zaznaczyć.

#### **27. Sygn. akt: KIO 2466/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r.**

Organem właściwym do zatwierdzenia planu urządzenia lasu dla lasów stanowiących własność Skarbu Państwa jest minister właściwy do spraw środowiska. W tym kontekście żądanie wykazania się doświadczeniem w realizacji projektów planu urządzenia lasu wraz z prognozami oddziaływania tych projektów na środowisko, zatwierdzonych przez Ministra Środowiska, niewątpliwie uznać można za związane z przedmiotem zamówienia, a więc żądanie wykazania się doświadczeniem w realizacji usług o takich charakterze dotyczy przedmiotu zamówienia. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, że taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia narzucony przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w kontekście przedmiotu zamówienia, a więc nie jest do niego adekwatny. Spełniona została pierwsza z przesłanek określonych art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

#### **28. Sygn. akt: KIO 2471/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r.**

Zamawiający nie zawarł również w postanowieniach siwz sposobu rozumienia pojęcia „usługa” użytego w treści warunku, w szczególności nie określił, czy usługę należy utożsamiać z umową o świadczenie. Wobec braku określenia przez zamawiającego jak rozumieć usługę, należy przyjąć, że pojecie to zostało użyte w znaczeniu szerokim. Jak wynika z art. 2 pkt 10 Pzp przez pojęcie usługi – należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Opierając się na encyklopedycznej definicji należy przyjąć, że „usługa” to działanie podejmowane w celu zaspokojenia określonej potrzeby (lub potrzeb) klienta lub inaczej – to zespół czynności wykonywanych przez jedne podmioty na rzecz innych podmiotów w celu zaspokojenia ich potrzeb (konsumpcyjnych lub produkcyjnych). Każda usługa może być określona przy pomocy kilku indywidualnych elementów, w szczególności są to: podmiot usługi, nazywany też usługodawcą, adresat lub użytkownik usługi, czyli usługobiorca, treść usługi, czyli zakres działań usługodawcy w stosunku do usługobiorcy, środki (np. narzędzia), za pomocą których usługodawca realizuje treść usługi wobec usługobiorcy, sposób, w jaki obsługujący używa środków by realizować treść usługi, czas i miejsce usługi. Usługa nie zawsze jest równoznaczna z umową. W ramach jednej umowy może być wykonanych kilka usług. Nie ma jednak wątpliwości, że usługi realizowane przez różnych wy-

konawców na rzecz różnych zamawiających w ramach odrębnych umów nie mogą stanowić jednej i tej samej usługi, tylko z tego względu, że treść takich usług jest podobna.

### **29. Sygn. akt: KIO 2468/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r.**

Zamawiający wskazał, iż za spełnienie tego warunku uzna taki stan, z którego wynikać będzie, iż wykonawca potwierdzi realizację usługi obejmującą dwa zamówienia każde po min. 900 000,00 zł dla zadania Nr 1 i dwa zamówienia każde po min. 200 000,00 zł dla zadania Nr 2 (wartości usług nie sumują się, np. wykonawca składający ofertę na oba zadania musi wykazać się czterema usługami o wartości min. 2 200 000,00 zł) w obiekcie związanym z obronnością i bezpieczeństwem w państwa w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególnej ochrony (Dz. U. Nr 116, poz. 1090). Przystępujący do oferty załączył stosowny dokument, w którym wykazał się wykonaniem (dla zadania nr 1, kwestionowanego przez Odwołującego) dwóch usług, w których Zamawiającym była (...), a wartość tych usług wynosiła odpowiednio 1 163 508,90 zł oraz 1 729 827,20 zł. Odwołujący kwestionuje możliwość uznania wskazanego przez Przystępującego doświadczenia, gdyż jak dowodził, zamówienia powyższe były prowadzone z podziałem na zadania (kilkanaście obiektów na terenie kilku jednostek wojskowych), a w ocenie odwołującego Zamawiający nie dopuścił sumowania wartości zamówień z wszystkich zadań/części. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego uznać należy za bezzasadne. Podkreślić bowiem należy, że zamówienie w zakresie w jakim świadczył Przystępujący udzielone zostało w oparciu o jedno zamówienie, co prawda podzielone na części. Przystępujący miał prawo zsumować wynagrodzenie otrzymane na podstawie tychże umów, albowiem dotyczyły one jednego zamówienia. Zamawiający nie zastrzegł bowiem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że każde zamówienie może obejmować tylko i wyłącznie zamówienie uzyskane w oparciu o jedną umowę. Odmienne stanowisko prowadziłoby do naruszenia przez Zamawiającego podstawowej zasady prawa zamówień publicznych – zasady równego traktowania wykonawców.

### **30. Sygn. akt: KIO 2487/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r.**

(...) w ogłoszeniu z dnia 5 października 2011 r. o zmianie ogłoszenia o zamówieniu dokonano m.in. zmiany kodów opisujących przedmiot zamówienia, przez wskazanie następujących „80100000-5, 80310000-0, 80000000-4”, tym samym dopuszczając do legitymowania się przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarówno szeroko rozumianymi usługami edukacyjnymi, ale i wszelkimi usługami szkoleniowymi. Wskazuje na to bowiem użycie kodu 80000000-4. Istotnie w podanych kodach – jak słusznie podnosił Zamawiający – brak jest kodu dotyczącego usługi szkolnictwa przedszkolnego. Niemniej jednak szeroki zakres kodu 80000000-4 pozwala na uznanie wszelkich usług szkoleniowych i edukacyjnych wskazanych przez wykonawcę za spełniających warunek udziału w postępowaniu, o ile są one usługami o określonej przez Zamawiającego wartości i faktycznie zostały wykonane należycie bądź też – zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu – „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku (...) Wszelkie nieścisłości pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu a treścią SIWZ muszą być bowiem bezwzględnie tłumaczone na korzyść wykonawcy. To Zamawiający zobowiązany jest do takiego przygotowania postępowania, aby nie było rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ. I tego obowiązku nie może on przerzucać na wykonawcę, tym bardziej, że w tzw. postępowaniach podprogowych, a takim właśnie jest niniejsze postępowanie wykonawcy mogą korzystać ze środków ochrony prawnej w ograniczonym zakresie, a mianowicie wyłącznie w przypadkach enumeratywnie wymienionych w ustawie, wśród których brak jest możliwości kwestionowania treści zarówno ogłoszenia o zamówieniu, jak

i treści SIWZ (jedynym wyjątkiem jest możliwość kwestionowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu).

### **Art. 22 ust. 1 pkt 3**

#### **31. Sygn. akt: KIO 1454/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r.**

Izba stwierdziła, że wykonawca – (...) potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wymaganym w pkt 9.1.3a specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a także przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz.1817) ma zastosowanie tylko wtedy, gdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powołuje się na osoby zdolne do wykonania zamówienia należące do innych podmiotów, tj. podmiotów, które dysponują takimi osobami. W takim przypadku – jak zasadnie stwierdził Zamawiający – mamy do czynienia z dysponowaniem przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób pośredni. Tym samym a *contrario* należy uznać, iż przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia nie znajduje zastosowania do przypadków, gdy to sam wykonawca dysponuje takimi osobami w sposób bezpośredni. Tak jak ustaliła Izba, Pan Zdzisław K. udostępnił swoją osobę bezpośrednio i w ramach realizacji zamówienia przez wykonawcę – (...) będzie wykonywał czynności na rzecz wykonawcy na podstawie stosunku prawnego łączącego go bezpośrednio z wykonawcą, a nie za pośrednictwem podmiotu trzeciego. Izba podzieliła także pogląd dominujący w orzecznictwie KIO, że osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy nie pozostają w absolutnej dyspozycji pracodawcy, ale równolegle mogą świadczyć pracę na rzecz innych podmiotów, czy nawet nawiązać kolejny stosunek pracy. Izba stwierdza także, że wykonawca zobowiązany byłby do przedłożenia w ofercie oświadczenia o udostępnieniu osób zdolnych do realizacji zamówienia przez pracodawcę, tylko wtedy, gdyby ten pracodawca zamierzał udostępnić pracowników w ramach nawiązanego z nimi stosunku pracy. Wówczas takie udostępnienie byłoby świadczeniem pracy u innego podmiotu za skierowaniem dotychczasowego pracodawcy do świadczenia pracy. Takie rozwiązanie jest dopuszczalne w świetle przepisów prawa, chociażby art. 174<sup>1</sup>. § 1 Kodeksu pracy, zgodnie z którym, za zgodą pracownika, wyrażoną na piśmie, pracodawca może udzielić pracownikowi urlopu bezpłatnego w celu wykonywania pracy u innego pracodawcy przez okres ustalony w zawartym w tej sprawie porozumieniu między pracodawcami.

#### **32. Sygn. akt: KIO 1958/11, Wyrok KIO z dnia 26 września 2011 r.**

Wykonawca Jacek W. w znajdującym się w ofercie wykazie osób (załącznik nr 4 do SIWZ) w kolumnie nr 5 zatytułowanej „Dysponują lub będą dysponował” wpisał dla każdej z osób słowo „dysponuję”. Analiza zapisu pkt 1 prim lit. B) Rozdziału VI SIWZ wskazuje, iż Zamawiający wymóg wskazania podstawy dysponowania przez wykonawcę osobami wskazanymi w wykazie określił szczegółowo jedynie do osób, którymi będzie dysponował. W tym wypadku wymagał przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Powyższy zapis należy odnieść do postanowień art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Tym samym Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, która nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ. Brak wprost żądania przez Zamawiającego wykazania określonej podstawy dysponowania personelem własnym jest bowiem zgodne z utrwaloną linią orzecniczą, która prezentuje stanowisko, iż nie jest istotnym stosunek prawny łączący wykonawcę z osobami zdolnym do wykonania zamówienia. Tzn. nie jest istotne, z punktu widzenia celu, jakim jest żądanie dysponowania tymi osobami i możliwości rozporządzania nimi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia jaka jest



podstawa prawna powyższego faktu. Istotnym jest bowiem skutek, w postaci spełnienia warunku udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez doświadczony personel, niezależnie od faktu, czy prawo do dysponowania określonymi osobami ma swoje źródło w umowie o pracę, umowie cywilnoprawnej, jak również czy jest wynikiem relacji podwykonawca – generalny wykonawca. Zamawiający faktu uznania za spełniony warunku w zakresie dysponowania potencjałem osobowym nie uzależnił bowiem od wykazania określonej formy dysponowania tymi osobami. Tym samym informacja taka byłaby bezprzedmiotowa dla Zamawiającego w kontekście oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

### **33. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r.**

Izba uznała za trafny zarzut podniesiony przez odwołującego (...) wobec § 8 ust. 1 wzoru umowy, gdzie zamawiający nakazał zatrudnienie osób wskazanych w wykazie złożonym wraz z ofertą. Wykaz osób, wymieniony został w § 1 ust. 1 pkt 6) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jako dokument składany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co do dysponowania przez wykonawcę osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia (stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp). Brak jest podstaw prawnych do wymagania przez zamawiającego nie tylko zatrudnienia tych osób (które to sformułowanie, wbrew twierdzeniom zamawiającego, w ocenie Izby, uzasadnia przypuszczenie, że zamawiający oczekiwał zawarcia umów o pracę). Dla zabezpieczenia interesów zamawiającego wystarczające, a z punktu widzenia praktyki życia gospodarczego, bardziej racjonalne, jest wymaganie wykonania przedmiotu zamówienia przez osoby o wymaganych kwalifikacjach, wskazane w wykazie lub inne. Izba uznała zarzut odwołującego (...) Izba nie uwzględniła natomiast zarzutu (...) co do niedopuszczalności żądania dokumentów potwierdzających kwalifikacje wskazywanych osób, w tym kopii posiadanych certyfikatów przed podpisaniem umowy. Przede wszystkim, przepisy rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów nie wymieniają *expressis verbis* kopii uprawnień lub dowodów posiadanych kwalifikacji, przepis § 1 ust. 1 pkt 6) stanowi jedynie o informacji na temat kwalifikacji. Izba ocenia, że w ramach przywołanej informacji, wykonawca może złożyć kopie dokumentów potwierdzających posiadanie zadeklarowanych kwalifikacji. Tym bardziej brak jest przeszkód dla żądania takich dokumentów przed podpisaniem umowy. Przeciwnie rozumienie naraziłoby interesy zamawiającego na szwank (istniałaby groźba dopuszczenia do wykonania umowy osób nie dających gwarancji jej prawidłowej realizacji). Sprzyjałoby również składaniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji na temat wykazywanych osób, co stoi w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień.

### **34. Sygn. akt: KIO 2380/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r.**

W ocenie składu orzekającego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Niesporne jest, że wybrany wykonawca nie jest właścicielem samochodów osobowych wymienionych w wykazie w załączniku nr 1, w którym jednoznacznie wskazał, że podstawą dysponowania pojazdami są umowy leasingu załączone do oferty; potwierdza to również treść wpisów w dowodach rejestracyjnych. Należy stwierdzić, że prawo dysponowania określonym potencjałem technicznym nie jest ograniczone do prawa własności i może wynikać, tak jak w niniejszej sprawie, z innych tytułów potwierdzających prawo do używania i korzystania z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem niezależnie od faktu, czy posiadanie rzeczy jest posiadaniem samoistnym, czy zależnym. Tym samym wykonawca, jako posiadacz we własnym imieniu, potwierdził dysponowanie przedmiotowym sprzętem i okoliczność ta nie wymaga dodatkowego dowodzenia w trybie i okolicznościach przewidzianych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp, który to przepis nie ma zastosowania w okolicznościach rozpoznawanych, a (...) Sp. z o.o., wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie potencjału technicznego w rzeczywistości nie polega na potencjale podmiotów trzecich mających udo-

stąpić swoje zasoby na cele przedmiotowego zamówienia, lecz pozyskał prawo dysponowania w sposób niejako pierwotny poprzez zawarcie umowy leasingu.

**35. Sygn. akt: KIO 2481/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r.**

W ocenie składu orzekającego treść ogłoszenia w przedmiotowym zakresie istotnie nie jest jednoznaczna. Za niesporne jednak uznać należy, że wykonawca przedstawiając określony potencjał osobowy nie był zobowiązany do określania funkcji lub stanowiska, jakie będzie pełnić dana osoba, lecz opisu doświadczenia i kwalifikacji przedstawionych w wykazie osób. W konsekwencji skoro określone w wykazie osoby nie są dedykowane do pełnienia konkretnej funkcji w toku realizacji zamówienia, za bezprzedmiotowe należy uznać powoływanie się na regulacje Prawa budowlanego dotyczą niepołączalności wskazanych wyżej funkcji pełnionych przez uczestników procesu budowlanego. Należy także zauważyć, że treść ogłoszenia nie określała wprost liczby osób, które należy wskazać na potwierdzenie ich dysponowania. Biorąc pod uwagę, że rozbieżne stanowiska obydwu stron nie są wprost sprzeczne z treścią ogłoszenia Izba uznaje, że zachodzą podstawy do podzielenia stanowiska zamawiającego i przystępującego opierając się na zasadzie udzielania zamówień publicznych określonej w art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy i biorąc pod uwagę okoliczność, że niejednoznaczny opis warunków udziału w postępowaniu nie może prowadzić do eliminacji wykonawcy wykazującego ich spełnianie w oparciu o ich wykazanie mieszczące się w granicach wynikających z racjonalnie rozumianej treści zapisu.

**36. Sygn. akt: KIO 2471/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r.**

Jak wynika z ugruntowanego poglądu w orzecznictwie KIO, osoba zatrudniona przez wykonawcę nie jest „innym podmiotem” w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp. Jest to osoba udostępniająca samą siebie, co z punktu widzenia wykonawcy stanowi tzw. dysponowanie bezpośrednio, w przeciwieństwie do dysponowania na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Pzp. Ponadto, osoba zatrudniona przez wykonawcę może udostępnić wykonawcy, również w sposób bezpośredni, własny pojazd samochodowy do tzw. celów służbowych. Nie mamy tu do czynienia z innym podmiotem – odrębnym w odniesieniu do danej osoby, ani też odrębnym w stosunku do wykonawcy. Stosunek istniejący pomiędzy osobą p. Ryszarda S. a Konsorcjum (...) wynikający z zobowiązań złożonych przez p. Ryszarda S. nie zawiera cech dysponowania tzw. pośredniego, a tylko w takim przypadku może być wymagane złożenie dokumentów, o których mowa w Rozdziale VIII ust 2 pkt 2.2.1–2.2.7 siwz (dokumenty te nie zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu).

**37. Sygn. akt: KIO 2658/11, KIO 2662/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.**

Niewątpliwym jest, iż wspólnikami spółki cywilnej mogą być wszystkie podmioty prawa cywilnego, a więc zarówno osoby prawne, jak i osoby fizyczne. Spółka cywilna nie posiada statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43<sup>1</sup> k.c., ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Za przedsiębiorców uważa się natomiast wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (art. 4 ust. 2 tej ustawy). Stosownie do art. 860 k.c., znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 ustawy Pzp, spółka cywilna jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna nie tworzy także odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników. Wobec powyższego jedyną formą udostępnienia wspólnika spółki cywilnej może być jego samodzielna decyzja i stosunek bezpośrednio łączący tę osobę z podmiotem na rzecz, którego osoba ta się udostępnia. Tak więc zobowiązaniem do złożenia wszystkich dokumentów jest ten wspólnik spółki cywilnej, który dokonuje udostępnienia swo-

jej osoby. Dlatego też obowiązkiem temu czynią zadość oświadczenia złożone przez Panią Annę K (s. 90-91 oferty) oraz Pana Pawła B (s. 96-97 oferty). Udział tych osób w spółce cywilnej – jak słusznie podniósł Zamawiający – nie eliminuje bowiem ich uprawnień do samodzielnego występowania na rynku.

### **Art. 22 ust. 1 pkt 4**

#### **38. Sygn. akt: KIO 1582/11, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r.**

W szczególności Izba zwraca uwagę, że *ratio legis* wprowadzenia, jako dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku ekonomicznego polisy ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej polega na tym, że potwierdza ona wiarygodność ekonomiczną wykonawcy, który ubezpieczając swoją działalność z jednej strony wykazuje się odpowiedzialnością profesjonalisty dbającego o bezpieczeństwo własne i swoich kontrahentów, a z drugiej wykazuje, iż znajduje się w sytuacji finansowej i ekonomicznej pozwalającej mu na poniesienie kosztów ubezpieczenia. Zaznaczyć należy, iż polisa OC, którą składają wykonawcy w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy do zabezpieczenia realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie. Tak więc, nie jest to ubezpieczenie danej inwestycji czy przedsięwzięcia gospodarczego, które jest przedmiotem zamówienia, bowiem takie ubezpieczenie może być żądane przy zawarciu umowy, jako dodatkowy sposób zabezpieczenia realizacji zamówienia poza ustawowo przewidzianym zabezpieczeniem wykonania umowy. Oczekiwanie Odwołującego, że polisa OC składana, jako dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu powinna obejmować cały zakres przedmiotu zamówienia (w tym wszystkie klauzule powinny być w wysokości kwoty postawionej w warunku udziału w postępowaniu) wynika z braku rozróżnienia przez Odwołującego pomiędzy okolicznościami mającymi potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a obowiązkami wynikającymi z umowy na realizację przedmiotu zamówienia. Izba zwraca uwagę, iż powyższe stanowisko zostało już ugruntowane w dotychczasowej linii orzeczniczej (vide: wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1511/10, z dnia 30 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2512/10, z dnia 18 marca 2011 r., sygn. akt KIO 467/11, z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 605/11, z dnia 23 maja 2011 r., sygn. akt KIO 966/11, KIO 973/11).

Izba zwróciła również uwagę na okoliczność, iż ubezpieczenie, zgodnie z treścią postawionego warunku ma obejmować odpowiedzialność cywilną w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Działalność gospodarcza prowadzona przez wykonawców ma być związana, nie zaś, jak chce tego Odwołujący, tożsama, identyczna z przedmiotem zamówienia. W powyższym zakresie należy zatem dopuścić pewne różnice pomiędzy zakresem działalności gospodarczej objętej ubezpieczeniem, a zakresem przedmiotu zamówienia. Istotne jest to, aby istniał związek między nimi. Jak słusznie wskazywał Zamawiający termin „związana” jest pojęciem nieostrym, wynikającym jednakże z treści przepisu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, dlatego też jego zawężanie przez Odwołującego stanowiłoby naruszenie powołanego przepisu (vide: wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1205/11, z dnia 11 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 200/11).

#### **39. Sygn. akt: KIO 1941/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r.**

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego złożonego wraz z ofertą X niewłaściwego zaświadczenia z banku prowadzącego rachunek wykonawcy. Odwołujący się zarzucił, że w myśl specyfikacji istotnych warunków zamówienia pkt 7.1.5 („Oświadczenie i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”) oferent jest zobowiązany przedstawić „informacje banku X, w którym wykonawca posiada rachunek potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdol-

ność kredytową wykonawcy”. X przedstawiła oświadczenie (...) Banku, według którego na rachunku bankowym znajduje się kwota 500.566,44 PLN. Jak wynika z adnotacji placówki bankowej – dokument został wydany na prośbę klienta. Z uwagi na to, iż całość oferty jest firmowana działalnością Pani Beaty S. pn.: X – jak wynika z pieczętki na każdej stronie oferty – nie jest jasnym z jakiego powodu oferent przedstawił zaświadczenie z Banku wystawione na podmiot Y Beata S. Jak wynika z zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej Beaty S. – są to działalności, prowadzone przez Panią S. odrębnie, co potwierdza wspomniane firmowanie oferty tylko jedną działalnością – X, której zaświadczenie z Banku nie dotyczy. Izba stwierdza, że zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 9 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów... zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Definicja wykonawcy zawarta jest w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, zgodnie z którym ilekroć w ustawie jest mowa o wykonawcy należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W rozpoznawanym przypadku ofertę, w stosunku do której podnoszone są zarzuty, złożyła Pani Beata S. i to ona posiada tutaj status wykonawcy. Bez znaczenia jest fakt, że Pani Beata S. prowadzi działalność gospodarczą pod różnymi firmami. Dokumenty i zaświadczenia wystawiane dla Pani Beaty S. zawsze dotyczą jej osoby bez względu na to, w związku z którą działalnością są wystawiane. Beata S. X i Y Beata S. pomimo różnych nazw, nie są odrębnymi podmiotami. Podmiotem i wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także – w przypadku wyboru jako najkorzystniejszej jej oferty – stroną umowy jest Pani Beata S. Nie ma zatem podstaw do kwestionowania wystawionego dla Pani Beaty S. zaświadczenia nawet w sytuacji, gdy wskazano inną nazwę prowadzonej przez nią działalności niż ta, pod którą złożyła ofertę.

#### **40. Sygn. akt: KIO 2043/11, Wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r.**

Izba podziela pogląd niejednokrotnie wyrażany w orzecznictwie, że Zamawiający nie może obarczać wykonawców uczestniczących w postępowaniu negatywnymi konsekwencjami niejasności i nieściśłości specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z czym mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Należy pamiętać, że wszelkie niejasności należy interpretować na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu, ponieważ to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie warunków udziału w postępowaniu. Wymagania Zamawiającego dotyczące postawionych warunków udziału w postępowaniu powinny być jasno określone w SIWZ, a Zamawiający powinien oceniać wymagania wyłącznie o kryteria i dokumenty wskazane w specyfikacji. Inne zachowanie Zamawiającego, opierającego ocenę oferty o domniemane wymagania prowadzić może do dowolności w ocenie złożonych ofert a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Skoro zatem Zamawiający nie określił wiążącego wzoru na obliczenie wskaźnika bieżącej płynności finansowej i nie zawarł w niej żadnych wytycznych w tym zakresie, w następstwie nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

#### **41. Sygn. akt: KIO 2154/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.**

Odwołujący zakwestionował grupowy charakter polisy, wskazując, że powyższe oznacza, iż każdy z ubezpieczonych jest wprawdzie ubezpieczony do określonej w polisie wysokości,

jednak w przypadku gdyby doszło do wyczerpania sumy gwarancyjnej na skutek zdarzeń spowodowanych przez innych ubezpieczonych, to Wykonawca (...) Sp. z o.o. nie uzyskałby ochrony ubezpieczeniowej. Tymczasem Zamawiający wymagał wprost ochrony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia do kwoty minimum 1.000.000 zł bez warunków i ograniczeń. (...) Odnosząc się do powyższej argumentacji, wskazać należy, iż polisa potwierdzająca ubezpieczenie wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia nie oznacza, że polisa ma dotyczyć wyłącznie danego przedmiotu zamówienia czy ubezpieczenia konkretnego kontraktu. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia (...) W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie wskazywano, że polisa OC składana przez wykonawców w ramach wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, w przedmiocie którego prowadzone jest postępowanie, lecz ma potwierdzić, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w określonej przez Zamawiającego wysokości. (...)

W ocenie Izby należy podzielić rozumowanie, iż wymóg ten oznacza, aby działalność związana z przedmiotem zamówienia była objęta odpowiedzialnością w ramach ubezpieczenia OC, na co jednoznacznie wskazuje treść polisy seria OC-C numer (...). Polisa seria OC-C numer (...) wymienia bowiem w rubryce „Główna działalność, pozostałe zgodnie z KRS” sprzedaż pojazdów i serwis pojazdów jako przedmiot działalności (...) Sp. z o.o. Skoro jest to polisa potwierdzająca zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, obejmującej m.in. odpowiedzialność OC kontraktową, deliktową i za produkt, (...) należy bowiem mieć na uwadze, że dokument ubezpieczenia stanowi dokument wydawany przez podmioty trzecie i zazwyczaj jest dokumentem określonym wewnętrznymi przepisami każdego z ubezpieczycieli. (...) Co do wątpliwości odnośnie zbiorowego charakteru polisy oraz sumy gwarancyjnej w ramach takiej polisy, stwierdzić należy, iż grupowy charakter polisy nie pozbawia Wykonawcy prawa do posłużenia się nią jako prawidłowym dowodem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Rozwiązanie takie jest bowiem bardzo często spotykane, szczególnie w przypadku spółek działających w ramach grup kapitałowych, gdzie zawierana jest umowa generalna, w ramach której ubezpieczony jest nie jeden podmiot indywidualnie, lecz grupa podmiotów. (...)

Niewątpliwie jednak niezależnie od charakteru polisy OC (zbiorowa, indywidualna) czy dokumentu przedstawionego na dowód posiadania ubezpieczenia OC (polisa, certyfikat) z dokumentu tego winno wynikać jednoznacznie i bezspornie, iż dany Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez Zamawiającego minimalną sumę gwarancyjną – 1 000 000 zł.

#### **42. Sygn. akt: KIO 2214/11, Wyrok KIO z dnia 24 października 2011 r.**

(...) w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w Rozdziale IV pkt 15 ppkt 13 zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia informacji z banku, w którym wykonawca posiada podstawowy rachunek bankowy, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w kwocie 2 000 000,00 zł. Wykonawca złożył dokument wystawiony przez (...) z którego wynika, że wykonawca może ubiegać się o kredyt do kwoty 2 000 000,00 zł. W ocenie Izby przedłożony dokument czyni zadość wymogom przedmiotowego przetargu. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki



dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej. Informacja w tej kwestii pozwala zamawiającemu na dokonanie oceny, czy kondycja finansowa danego wykonawcy pozwoli mu na udział w przedsięwzięciu wymagającym zaangażowania własnych lub pozostawionych do jego dyspozycji znacznych środków finansowych. W przypadku, gdyby wykonawca polegał na środkach finansowych pochodzących z kredytu, zamawiający może domagać się informacji, czy kredyt w wymaganej wysokości zostałby wykonawcy udzielony. Kwestią wtórną, pozostającą poza strefą zainteresowania zamawiającego są warunki przyznania takiego kredytu, w szczególności jego oprocentowanie i terminy spłat. Uzyskanie takiej wiedzy jest możliwe poprzez żądanie, by wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył wraz z ofertą informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. (...) Żądana informacja dotycząca zdolności kredytowej wykonawcy nie musi zawierać wszystkich danych odpowiadających definicji zdolności kredytowej wykonawcy w rozumieniu art. 70 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 roku Nr 72, poz. 665 ze zmianami).

#### **43. Sygn. akt: KIO 2438/11, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2011 r.**

Wskazany w tej polisie zakres ubezpieczenia OC był dosyć ogólny, jednak należy stwierdzić, że przedłożone przez Odwołującego w wykonaniu wezwania Zamawiającego oświadczenie (...) z dnia 20.10.2011 r. w całej rozciągłości potwierdziło zakres żądanego przez Zamawiającego ubezpieczenia wraz z dokonaniem opłacenia składki ubezpieczeniowej w całości. Nadto należy zauważyć, iż dokumenty ubezpieczeniowe nie są wystawiane co do zasady do objęcia ubezpieczeniem ryzyk związanych z konkretnym celem gospodarczym, którego realizacja jest jeszcze odległa, lecz z reguły odnoszą się do bieżącej działalności gospodarczej danego przedsiębiorcy.

#### **Art. 22 ust. 4**

#### **44. Sygn. akt: KIO 1506/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r.**

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że zdefiniowanie w opisie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zakresu doświadczenia wykonawców poprzez wskazanie minimalnej wartości zrealizowanych projektów nie stanowiło naruszenia zasad, o których mowa w przywołanym wyżej przepisie. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że odwołanie się do wartości wykonanych zamówień było nieuzasadnione. Zamawiający ma prawo i obowiązek tak opisać warunki udziału w postępowaniu, aby dopuścić do niego wykonawców dających rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy. Uprawniony jest więc do żądania wylegitymowania się doświadczeniem w realizacji zamówień odpowiadających swoją skalą i złożonością przedmiotowi udzielanego zamówienia, a to przekłada się na wartość zrealizowanych dostaw czy usług. Należy zwrócić uwagę, że rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w § 1 ust. 1 pkt 3 uprawnia zamawiających do żądania od wykonawców, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykazu wykonanych/wykonywanych dostaw lub usług, z podaniem m.in. ich wartości. Wynika z tego pośrednio, że wartość wykonanych prac może być elementem podlegającym ocenie w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Nie tylko nie ma przeszkód prawnych

do określenia przez zamawiającego minimalnej wartości wykonanych dostaw i usług, ale w wielu przypadkach jest to uzasadnione. Określenie tej wartości jest dopuszczalne i celowe, o ile pozostaje proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W przedmiotowej sprawie – w ocenie Izby – proporcje te zostały zachowane. Zamawiający przedłożył na rozprawie zestawienie opracowane dla potrzeb oszacowania wartości zamówienia we wcześniej prowadzonym (a następnie unieważnionym) postępowaniu, wg którego, wartość dostawy i uruchomienia automatycznego systemu pobierania opłat oraz rozliczeń i kontroli wynosi 17.208.115 zł, wartość dostawy i instalacji urządzeń oraz oprogramowania systemu teleinformatycznego – 7.060.819 zł, wartość dostawy i uruchomienie systemu teleinformatycznego zbierającego i przetwarzającego dane z pojazdów – 5.455.103 zł, a wartość dostawy i uruchomienia instalacji pokładowych w pojazdach zasilanych elektrycznie – 412.360 zł. Wartość zamówień, których wykonaniem mieli się legitymować wykonawcy wynosiła odpowiednio: 10 mln zł, 3 mln zł, 2 mln zł i 200 tys. zł (zatem stosunek wartości wymaganej w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu do wartości szacunkowej poszczególnych elementów zamykał się w przedziale od 36,7% do 58%). W obecnie prowadzonym postępowaniu wartość szacunkowa ustalona została na poziomie wyższym, natomiast warunki udziału w postępowaniu pozostały bez zmian, zatem wartość wykonanych zamówień stanowi jeszcze mniejszy procent wartości oszacowanej przez Zamawiającego. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że tak opisany warunek pozbawia szansy udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wykonali zamówienia o podobnym zakresie i stopniu skomplikowania, ale taniej. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wartość wykonanych prac została ustalona na poziomie dużo niższym niż wartość szacunkowa poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia, zatem mało prawdopodobna jest sytuacja, w której wykonawca zrealizował projekty równie złożone i skomplikowane za wynagrodzeniem niższym niż ustalone przez Zamawiającego minimum.

#### **45. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r.**

(...) art. 22 Pzp nie oznacza, że zamawiający ma całkowitą i niczym nieograniczoną swobodę w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu oraz żądaniu dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. W art. 7 ustawy, sformułowana została bowiem zasada, która nakłada na zamawiających obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zatem dyrektyw tego przepisu zamawiający jest zobowiązany przestrzegać na wszystkich etapach postępowania. W konsekwencji określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający musi mieć na względzie przeciwstawne interesy: wykonawców przez brak dyskryminacji i poszanowanie uczciwej konkurencji oraz własny, w postaci dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy posiadają potencjał zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców spełnienia warunków w stopniu większym, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców. Art. 22 ust. 4 Pzp nakazuje zamawiającemu dokonanie opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób adekwatny i związany z przedmiotem zamówienia. Uwzględniając wcześniejsze rozważania, wskazać trzeba, że dyspozycja tego przepisu jest spełniona wtedy, gdy warunki tak w swoim zakresie wartościowym jak i przedmiotowym pozostają w korelacji z przedmiotem zamówienia w taki sposób, że spełniający je wykonawca winien należycie wykonać umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jednocześnie obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 7 ust. 1 Pzp jest takie opisanie warunków udziału, by wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia nie była w sposób nieuzasadniony ograniczona możliwość wzięcia udziału w postępowaniu. (...)

Izba podzieliła natomiast stanowisko odwołującego (...) S.A., iż wymagania stawiane kandydatom na stanowisko Kierownika Projektu, Głównego Analityk, Architekt IT, architekta bezpieczeństwa (lit. h), trenerów, specjalisty ds. bezpieczeństwa informacji oraz specjalistów ds. bezpieczeństwa sieci przez nieuzasadnioną restrykcyjność ograniczają konkurencję. Wskazać trzeba bowiem, że z dla pozytywnej oceny zgodności warunku z przepisami ustawy, sam fakt istnienia związku warunku z przedmiotem zamówienia jest niewystarczający. Nie można bowiem tracić z oczu, że poziom wymagań może stanowi czynnik różnicujący sytuacje wykonawców, dający lub odbierający możliwość wzięcia udziału w postępowaniu. Istotny jest zatem stopień adekwatności wymagań zamawiającego, który nie może być nadmierny.

#### **46. Sygn. akt: KIO 2600/11, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2011 r.**

Uwzględniając opis przedmiotu zamówienia oraz postawione wykonawcom warunki podmiotowe w szczególności w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia Izba podzielając stanowisko odwołującego stwierdza, że zamawiający określił poziom wymaganego od wykonawców doświadczenia w sposób ściśle odpowiadający przedmiotowi zamówienia czym ograniczył konkurencję w postępowaniu uniemożliwiając złożenie oferty przez wykonawców nie posiadających doświadczenia *stricto* w utrzymaniu czystości taboru kolejowego mimo posiadania doświadczenia w sprzątanii (myciu i czyszczeniu) pojazdów szynowych innych niż kolejowe, jednakże rodzajowo podobnych np. tramwajów lub szynobusów. W ocenie składu orzekającego takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu może skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania w nadmiernym zakresie, nie usprawiedliwionym dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Izba wydając niniejsze rozstrzygnięcie uznała, że celem zapewnienia zachowania zasad wyrażonych w art. 7 jak i 22 ust. 4 Ustawy niezbędna jest taka zmiana warunku udziału w postępowaniu, która umożliwi ubieganie się o zamówienie również wykonawcom posiadającym doświadczenie w sprzątanii (myciu i czyszczeniu) wagonów także innych niż kolejowe. Uwzględniając dokonane ustalenie Izba nakazała zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie możliwości legitymowania się doświadczeniem w świadczeniu usług sprzątanii (mycia i czyszczenia) pojazdów szynowych, którym można przypisać walor równoważnych w stosunku do pojazdów kolejowych. W ocenie składu orzekającego zakres usług czyszczenia wszystkich pojazdów szynowych przeznaczonych do przewozów osób jest porównywalny tak co do warunków ich wykonywania, jak i samych pojazdów. Wniosek taki znajduje także oparcie w wiedzy o zbliżonych rozwiązaniach w zakresie wnętrza taborów pasażerskich wykonanych z różnorodnych materiałów, w tym wskazanych przez zamawiającego tapicerek, powierzchni szklanych, półek, wykładzin. Podobieństwa, zwłaszcza przy porównywaniu nowoprodukowanych wagonów tramwajowych, a w wypadku szynobusów i elektrycznych zespołów trakcyjnych pełniących funkcję wagonów kolejowych, tożsame rozwiązania techniczne, porównywalny komfort podróży, są powszechnie zauważalne. Nie sposób także bronić tezy o odmiennych standardach bezpieczeństwa i zdrowia pasażerów podróżujących wagonami kolejowymi i innymi pojazdami szynowymi. Powyższe uzasadnia podstawy faktyczne wydanego rozstrzygnięcia. Zdaniem Izby nakazana modyfikacja postanowień ogłoszenia i siwz zadośćuczyni wyrażonej w art. 22 ust. 4 ustawy pzp zasady proporcjonalności opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia.

#### **Art. 24 ust. 1 pkt 1**

#### **47. Sygn. akt: KIO 2695/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.**

Izba zaznacza, iż dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp jest zamkniętą i samoistną regulacją ustanawiającą przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, która nie referuje do jakiegokolwiek



wykazu podmiotów, o których mowa w tym przepisie. Podstawę wykluczenia wykonawcy stanowi więc wystąpienie okoliczności w ww. przepisie opisanych, a nie wpisanie podmiotu do wykazu, o którym mowa w art. 154 pkt 5a Pzp prowadzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Tym samym powołany wykaz może mieć jedynie znaczenie informacyjne, wynikające z faktu, iż ww. przesłanka wykluczenia wykonawcy oraz przesłanka wpisania wykonawcy na ww. listę są tożsame, dodatkowo wsparte autorytetem organu administracji, który ów wykaz prowadzi.

### **Art. 24 ust. 1 pkt 2**

#### **48. Sygn. akt: KIO 2319/11, KIO 2330/11, KIO 2335/11, KIO 2336/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r.**

Zarówno odwołujący X jak i przystępujący Y zgodnie wykazali, że w Finlandii prowadzony jest Rejestr Upadłości i Reorganizacji, w którego obaj wykonawcy uzyskali zaświadczenia dla firmy Z, że nie ogłoszono wobec niej upadłości. Wobec faktu, że taki dokument w kraju siedziby firmy Z jest wydawany niedopuszczalne było jego zastąpienie oświadczeniem w trybie § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [*Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*] (...). Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego i przystępującego Y, że konieczne jest, aby składane dokumenty potwierdzały ściśle okoliczności wskazane w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a i c cyt. Rozporządzenia. Takiej wykładni tego paragrafu przeczy przede wszystkim treść pkt 1 ust. 1 § 4 rozporządzenia, w której ustawodawca wyraźnie posłużył się sformułowaniem „dokument lub dokumenty potwierdzające odpowiednio”. „Odpowiednio” oznacza z uwzględnieniem różnic wynikających z systemów prawnych w państwie pochodzenia. Tym samym, jeśli w Finlandii nie stwierdza się otwarcia likwidacji ale ogłoszenie postępowania restrukturyzacyjnego, to należy przyjąć, że zaświadczenie z Rejestru Upadłości i Reorganizacji Przedsiębiorstw potwierdza odpowiednio okoliczności określone w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia. Tym samym przystępujący Y nie mógł skorzystać z § 4 ust. 3 rozporządzenia i wykazać skutecznie braku podstaw wykluczenia przedkładając oświadczenie złożone przed notariuszem. Izba nie podzieliła także stanowiska zamawiającego, że był on uprawniony i zobowiązany oprzeć się przy badaniu braku podstaw wykluczenia wykonawcy zagranicznego wyłącznie na dokumentach załączonych przez tego wykonawcę do wniosku. Takie stanowisko zostaje w sprzeczności z treścią § 4 ust. 4 rozporządzenia, gdyż w sytuacji, gdy wykonawca zagraniczny składa oświadczenie przed notariuszem, zamiast zaświadczenia, to w treści tego dokumentu znajduje się oświadczenie, że w danym kraju zaświadczenia nie wydaje się. Zamawiający tę okoliczność może i powinien weryfikować, choćby przez wystąpienie do właściwych organów miejsca zamieszkania lub siedziby podmiotu z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu, a w szczególności informacji, czy prawidłowe jest oświadczenie wykonawcy, że kraju jego siedziby lub miejsca zamieszkania nie wydaje się zaświadczeń odpowiednio potwierdzających okoliczności opisane w § 4 ust. 1 pkt 1 ustawy.

### **Art. 24 ust. 1 pkt 3**

#### **49. Sygn. akt: KIO 1661/11, KIO 1684/11, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r.**

(...) wymaganie złożenia zaświadczenia lub zaświadczeń wystawionych przez właściwy oddział ZUS przez wspólników lub przez spółkę cywilną konkretyzuje się w zależności od okoliczności danego przypadku – tzn. faktu zatrudniania pracowników lub zgłaszania do ubezpieczenia osób i odprowadzania składki z innych tytułów (umów cywilnoprawnych) oraz dokonywania lub nie wymienionych czynności w odniesieniu do wspólników. Spółka (...) zatrudnia pracowników. Złożyła zatem zaświadczenie o niezaleganiu z opłatami na rzecz ZUS dla spółki cywilnej.

Pomimo, iż w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawcą nie jest spółka cywilna a wspólnie występujący i tworzący ją wspólnicy, to w świetle przepisów o ubezpieczeniach zdrowotnych i społecznych niemożliwe byłoby wydanie zaświadczenia o niezaleganiu z opłatami, gdyby któryś ze wspólników z takim opłatami zalegał. Zaświadczenie wydane dla spółki cywilnej potwierdza zatem także niezaleganie z opłatami przez wspólników. Oznacza to, że w świetle Pzp Odwołujący się spełnia w tym względzie warunki udziału w postępowaniu.

### **Art. 24 ust. 1 pkt 4–8**

#### **50. Sygn. akt: KIO 1364/11, Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2011 r.**

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli do złożenia m.in. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego („KRK”) w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Prawa zamówień publicznych, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, do którego dołączył m.in. informację z KRK dla p. Petra N. – członka Zarządu spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. – jednego z wykonawców wchodzących w skład Odwołującego.

Pismem z 5 maja 2011 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o uzupełnienie informacji o niekaralności p. Petra N. z uwagi na fakt, iż Zamawiający uznał na podstawie badania treści informacji z KRK, że p. Petr N. mieszka w Kamennym Ujeździe (Republika Czeska), co implikuje konieczność złożenia przez p. Petra N. informacji o niekaralności wystawionej przez właściwy organ sądowy lub administracyjny Republiki Czeskiej. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący pismem 20 maja 2011 roku poinformował Zamawiającego, iż dokument z KRK zaświadczący o niekaralności p. Petra N. jest dokumentem prawidłowym i wystarczającym do wykazania, iż wobec Odwołującego nie zachodzą przesłanki uzasadniające wykluczenie Odwołującego z postępowania, ponieważ p. Petr N. sprawuje od 10 lat funkcję Prezesa Zarządu spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą we W. i od 10 lat mieszka w tym mieście. Odwołujący wyjaśnił, iż na terytorium RP p. Petr N. posługuje się swoim dokumentem tożsamości, w którym widnieje adres zameldowania (tzn. czeski dowód osobisty). Poinstruowany przez polskiego urzędnika o sposobie wypełnienia druku „Zapytanie o udzielenie informacji o osobie” wpisał do wniosku dane z dokumentu tożsamości bowiem, jak to wyjaśnił urzędnik, nie ma to żadnego znaczenia dla sposobu oraz skuteczności wyszukiwania informacji o osobie w polskim KRK. Ponadto, niezależnie od wyjaśnień Odwołującego do pisma z 20 maja 2011 roku dołączone zostały oświadczenia członków Zarządu spółki (...) sp. z o.o. z siedzibą we W., co do miejsca zamieszkania p. Petra N. Pismem z 17 czerwca 2011 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania. Zamawiający podtrzymał swoje zastrzeżenia w stosunku do informacji z KRK dotyczącej p. Petra N. Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba w całości podzieliła stanowisko prezentowane przez Odwołującego i stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zgodnie z art. 25 Kodeksu cywilnego, miejscem zamieszkania jest miejscowość, w której dana osoba przebywa z zamiarem stałego pobytu. Posiadanie „zamiaru stałego pobytu” trudno wykazać za pomocą jakichkolwiek dokumentów, poza oświadczeniem własnym danej osoby oraz oświadczeniem osób, które mogą potwierdzić pobyt (zamiar pobytu) danej osoby w określonej miejscowości. Oświadczenia tego rodzaju Odwołujący załączył już do pisma z dnia 20 maja 2011 r., będącego odpowiedzią na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 maja 2011 r., i dlatego Izba nie uznała za konieczne przeprowadzanie dowodu z dalszych dokumentów, załączonych przez Odwołującego do odwołania (umowa nabycia nieruchomości, deklaracje podatkowe z nią związane itd.), ponieważ posiadanie przez daną osobę nieru-

chomości we W. nie musi przesądzać, że osoba ta posiada „zamiar stałego pobytu” we W., aczkolwiek rzeczywiście tytuł prawny dysponowania daną nieruchomością w tym mieście może uprawdopodobniać, „zamiar stałego pobytu”. W ocenie składu orzekającego za dokument potwierdzający miejsce zamieszkania nie może być uznane zaświadczenie z KRK, jak postulował Zamawiający – rację miał bowiem Odwołujący, że zaświadczenie z KRK potwierdza wyłącznie niekaralność/karalność danej osoby, a nie miejsce zamieszkania. Faktem znanym z powszechnego doświadczenia jest, że w formularzach urzędowych w rubryce „miejsce zamieszkania” zwyczajowo wpisuje się adres, wynikający z dokumentu tożsamości, którym dana osoba się posługuje, a więc z reguły jest to „miejsce zameldowania”, bowiem jest to dodatkowy element pozwalający na identyfikację danej osoby.

#### **51. Sygn. akt: KIO 2250/11, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2011 r.**

(...) rolę Biura Rejestru Karnego (CRB) [*brytyjski rejestr karny – przyp. red.*] jest sprawdzenie protokołów policyjnych i, w stosownych przypadkach, informacji posiadanych przez Independent Safeguarding Authority (ISA) w odniesieniu do osób, które wykonują lub ubiegają się o pracę, polegającą na opiece nad dziećmi i lub bezbronnymi dorosłymi lub pracę na innych stanowiskach regulowanych i decyzje o ich przydatności są podejmowane przez organizację, która znajduje się w Anglii i Walii. Dodatkowo wyjaśniono, że rolę CRB jest wyłącznie ujawnienie istotnych informacji, które są zarejestrowane przez policję na PNC. Tym samym, dokumenty dotyczące zawartości CRB, należy uznać za nie mające znaczenia dla czynności badania i ocen ofert, zwłaszcza, iż nie wiadomo jaki zakres informacji mógłby się w nim znajdować (np. mogłyby to być jedynie informacje o przestępstwach i wykroczeniach związanych z ruchem drogowym, czy informacje uzyskane w sposób operacyjny).

Podsumowując, wobec tego rodzaju i charakteru wyjaśnień podanych przez CRB wydającego zaświadczenia w zakresie karalności stwierdzić należy, że informacje, którymi dysponuje ww. podmiot, nie odpowiadają zupełnie zakresowi odpowiedniego zaświadczenia wydawanego w Polsce. Inaczej mówiąc wykonawca mógłby uzyskać zaświadczenie z CRB, jednak nie byłoby ono adekwatne do wymogów polskich przepisów. Zatem nie można uznać za słuszną argumentacji odwołującego, że członkowie organu zarządzającego (...) winni byli przedstawić zaświadczenie wystawione przez CRB, a nie jedynie posługiwać się oświadczeniami. W ocenie Izby za wystarczające należy uznać przedłożenie, na żądanie zamawiającego, oświadczeń następujących członków organu zarządzającego wykonawcy, tj. David C., Gerry T., Kevin B., podpisanych przed notariuszem, iż na dzień 12 lipca 2011 r. wobec żadnej z ww. osób nie zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego, który uznał za właściwe posługiwanie się przez (...) ww. oświadczeniami złożonymi przed notariuszem w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania, z uwagi na nie złożenie wymaganych dokumentów dotyczących karalności członków organu zarządzającego spółki.

#### **Art. 24 ust. 2 pkt 1**

#### **52. Sygn. akt: KIO 2219/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r.**

Niezbędną przesłanką zastosowania regulacji art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest zatem wykazanie, że wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Dopiero w sytuacji zaistnienia przesłanek (lub jednej z nich), o których mowa wyżej, taki wykonawca musiałby udowodnić, iż mimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Ustawa Pzp przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności podejmowane przez Zama-

wiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania” w art. 29–38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy: opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...) Zdaniem Zamawiającego o wypełnieniu przesłanki bezpośredniości nie może być mowy, ponieważ opis przedmiotu zamówienia oraz SIWZ sporządzona została przez Zamawiającego przy udziale doradcy X S.A. oraz Y S.A., bez udziału Z. Jego udział ograniczył się zatem do posłużenia się w SIWZ opracowaniem wykonanym przez tego Wykonawcę w związku z realizacją umowy, której celem nie było opracowanie dokumentacji przedmiotowego postępowania. Opis ten zawarty zresztą został także w innych częściach SIWZ – pkt 2.3.22. str. 31–32 Części B.1 SIWZ oraz pkt 10.1.5 str. 100–111 Części B.1 SIWZ. Wykonawca nie mógł zatem przewidzieć, iż Zamawiający posłuży się tą dokumentacją w postępowaniu dotyczącym modernizacji. Zdaniem Izby nie sposób uznać, aby wykorzystanie tej dokumentacji przez Zamawiającego mogło być uznane za bezpośrednie uczestnictwo w postępowaniu przygotowawczym, które Zamawiający prowadził z udziałem innych podmiotów, opracowując opis przedmiotu zamówienia i pozostałe postanowienia SIWZ, zaś Wykonawca Z nie wykonywał żadnych czynności objętych zakresem przygotowania prowadzonego Postępowania. (...) Izba wskazuje, iż pojęcie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania należy oceniać zarówno na płaszczyźnie, czy to konkretny wykonawca uczestniczył w wymienionych powyżej czynnościach przygotowawczych, jak i czy udział w tych czynnościach miał na celu przygotowanie prowadzonego postępowania. W ocenie Izby z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje jego zastosowania, wykładnia tego przepisu winna mieć charakter ścisły i opierać się przede wszystkim na jego literalnym brzmieniu. Niewątpliwie brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy, gdy w przygotowaniu postępowania przygotowawczego brał udział podmiot inny niż sam wykonawca (np. podmiot zależny od wykonawcy). Nie zachodzi wówczas tożsamość wykonawcy i nie można mówić o bezpośrednim udziale danego podmiotu.

**53. Sygn. akt: KIO 2286/11, KIO 2303, KIO 2309,  
Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

W odniesieniu do konsorcjum (...) Odwołujący podnosił, iż wykonawca ten był autorem dokumentacji projektowej, na podstawie której mają być wykonywane roboty budowlane, nadzór nad którymi jest objęty przedmiotem niniejszego zamówienia. Stanowiło to, w ocenie Odwołującego, podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp. Zaniechanie tej właśnie czynności zarzucał on Zamawiającemu. W ocenie Izby brak było podstaw, aby uznać ten zarzut. Zdaniem składu orzekającego nie zaistniały przesłanki pozwalające uznać w tym konkretnym przypadku, że konsorcjum (...) wykonywało bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Jego przedmiotem jest bowiem nadzór nad robotami budowlanymi, nie zaś samo wykonanie tych robót, stąd też dokumentacja projektowa nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, a jej znajomość, z zastrzeżeniem, iż nie było kwestionowane stwierdzenie, iż od ponad roku była ona dostępna w internecie, nie mogła utrudniać uczciwej konkurencji.

**54. Sygn. akt: KIO 1536/11, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2011 r.**

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posłu-

givali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Z przepisu tego wynika zatem, iż aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, po drugie – ustalić, czy ten udział utrudnia uczciwą konkurencję.

Jednocześnie przypomnienia wymaga, iż celem ww. przepisu jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. (...) Izba zauważa, że zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność postępowania. W takich sytuacjach Zamawiający zobowiązany jest do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenia wskazanego zamówienia stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji (orzeczenie ETS C-21/03 C-34/03, w sprawie *Fabricom S. A. przeciwko Belgii*). Zatem niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt sporządzenia dokumentacji postępowania, koniecznym jest stwierdzenie utrudniania uczciwej konkurencji. Jako przykład okoliczności, utrudniających uczciwą konkurencję można wskazać wiedzę pozyskaną w trakcie przygotowania postępowania, czy też pozyskanie dodatkowych informacji o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Są to okoliczności, które mogą zapewniać przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania. Przewaga ta może się wyrażać w możliwości szybszego i precyzyjniejszego przygotowania oferty. Zakłócenie uczciwej konkurencji polegać może również na możliwości dokonania głębszej analizy inwestycji, zatem istotny jest zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę w toku przygotowywania postępowania i niedostępnych dla innych uczestników postępowania. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że skoro osoby: Pan Andrzej B. i Piotr M. dokonały szacunku według projektu, Izba zauważa, że Zamawiający w maju 2011 r. zwracał się do trzech wykonawców celem dokonania aktualizacji szacunku niniejszego zamówienia, następnie zaś Zamawiający szacunek wartości przedmiotowego zamówienia oparł o średnią arytmetyczną wartości podanych przez wykonawców w maju 2011 r. Zatem trudno jednoznacznie stwierdzić, że udział Odwołującego w wykonaniu określonych czynności utrudnił uczciwą konkurencję.

#### **55. Sygn. akt: KIO 2122/11, Wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r.**

Natomiast Politechnika X, jako podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby Wykonawcy (Politechnice Y), nie może być uznana za wykonawcę, gdyż w ogóle nie ubiega się o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Tym samym nie sposób twierdzić, iż Politechnika X, jako inny podmiot udostępniający swoje zasoby, mogłaby w przedmiotowym postępowaniu podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 pzp. Zupełnie odrębną przesłanką z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 jest sytuacja posługiwania się przez wykonawcę w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania.

#### **56. Sygn. akt: KIO 2406/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r.**

Po pierwsze, w ocenie składu orzekającego okoliczność, że określone osoby, które przygotowywały SIWZ, są ujęte w wykazie osób przewidzianych do realizacji zamówienia nie jest tożsama z posługiwaniem się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w wykonywaniu bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania.



Nie wykazano bowiem, że osoby z wykazu przygotowywały ofertę merytorycznie, a Przystępujący oświadczył, że będą dopiero zatrudnieni na etapie realizacji zamówienia – oświadczenie to potwierdzało informację wynikającą z wykazu. Brak jakiegokolwiek dowodu, że osoby te przygotowywały podlegającą ocenie część oferty. Również okoliczność, że Pan John H. przygotowywał ofertę nie została wykazana – nie przesądza o tym okoliczność, że podpisał się pod referencjami załączonymi do oferty (...). Zamawiający trafnie na rozprawie zauważył, że akceptacja stanowiska, iż osoba, która wystawiła referencję, również przygotowywała ofertę, uniemożliwiłaby każdorazowo udział w kolejnym postępowaniu u tego samego zamawiającego – wystawcy referencji.

### **Art. 24 ust. 2 pkt 2**

#### **57. Sygn. akt: KIO 1544/11, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r.**

Osią sporu pomiędzy stronami jest, czy zamawiający – w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy, uwzględniając treść kopii gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do oferty odwołującego był zobowiązany do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy przyjmując, iż oferta odwołującego nie została zabezpieczona wadium. Odnosząc się do tezy sformułowanej przez odwołującego, iż wniósł wadium w okolicznościach faktycznych sprawy prawidłowo, zatem jego wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp było nieuzasadnione, Izba zwraca uwagę, że przepisy ustawy pzp (art. 45, art. 46, oraz art. 24 ust. 2 pkt 2) przede wszystkim posługują się kategorią „wniesienia wadium”. Pojęcie „wniesienia” wadium należy interpretować na gruncie przepisów ustawy – zarówno jej celów, jak i obowiązków wykonawcy i nie jest uprawnione utożsamianie go z pojęciem – „ustanowienia” wadium. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej przez wniesienie wadium w takim przypadku należy uznać, że zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione do chwili otwarcia ofert. Biorąc pod uwagę treść postanowienia ujętego w punkcie 7 gwarancji ubezpieczeniowej o treści: „7. Niniejsza Gwarancja wygasa również w przypadku zwrotu oryginału niniejszej Gwarancji do Gwaranta” należy zauważyć, że jako jedną z okoliczności skutkujących wygaśnięciem gwarancji przed upływem terminu jej ważności wskazano zwrot oryginału dokumentu gwarancji i jest to zdarzenie niezależne od przesłanek wypłaty z tytułu gwarancji określonych w pkt 5 gwarancji, które rzeczywiście nie wskazują na wymóg przedstawienia gwarantowi przy żądaniu zapłaty, oryginału dokumentu gwarancji. Zatem słusznie podniósł zamawiający, iż złożenie przez odwołującego w terminie składania ofert kopii dokumentu gwarancji bankowej uwzględniając treść przywołanej przesłanki wygaśnięcia gwarancji, nie może być uważane za skuteczne wniesienie wadium, zamawiający nie miał bowiem pewności co do tego, czy dokument gwarancji w dacie otwarcia ofert, lub w dacie późniejszej, nie został zwrócony do wystawcy, a w konsekwencji, czy złożona oferta pozostawała zabezpieczona wadium. Zatem, jeżeli zamawiający nie dysponuje oryginałem gwarancji, nie ma pewności, czy gwarancja nie wygasła w wyniku jej zwrotu. Należy przy tym podzielić pogląd, że z treści dokumentu nie sposób wywodzić, że zwrotu dokumentu może dokonać wyłącznie beneficjent; uzasadnione jest zatem twierdzenie, że zwrotu oryginału gwarancji może dokonać ten podmiot, który nim rzeczywiście dysponuje, a w okolicznościach rozpatrywanej sprawy nie jest nim zamawiający. Trzeba w tym miejscu także podkreślić, że zamawiający powinien mieć możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą. W opinii Izby obowiązkiem odwołującego było dochowanie należytej staranności przy wnoszeniu wadium, zauważając, że okoliczność wniesienia wymaganego wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być niesporna, a ewentualne wątpliwości w tym zakresie nie podlegają wyjaśnieniu w sposób przewidziany dla treści oferty na zasadach art. 87 ust. 1 ustawy lub wyjaśnianiu treści dokumentów służących potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

niu (art. 26 ust. 4 ustawy pzp). Zatem załączona do oferty kserokopia gwarancji bankowej w świetle powołanej treści pkt 7 zobowiązania gwarancyjnego nie może stanowić podstawy do uznania, że wniesiono wadium.

### **58. Sygn. akt: KIO 1815/11, Wyrok KIO z dnia 5 września 2011 r.**

Należy podkreślić, że przesłanką możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy nie jest uprzednie wezwanie wykonawcy przez Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Z treści artykułu 24 nie wynika, aby brak zgody wykonawcy, o którym mowa w tym przepisie, musiał być poprzedzony wezwaniem Zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą. Fakt, iż ustawodawca nie zawarł sformułowania w art. 24 ust. 2 pkt 2 „na wezwanie Zamawiającego”, a jedynie „nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą” potwierdza, że w tym artykule jest także przesłanka do wykluczenia wykonawcy, który samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą (czyli nie wyraził zgody na przedłużenie związania ofertą), a nie tylko tego, który po wezwaniu zamawiającego nie przedłużył terminu związania ofertą (na wezwanie). Izba za nieprawidłowe uznała twierdzenia odwołującego, iż możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, której termin związania upłynął. Twierdzenie takie w istocie prowadzi do podważenia instytucji terminu związania ofertą, która przewiduje m.in. art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę wykładnię systemową oraz zasadę racjonalnego ustawodawcy nie sposób uznać, że istnienie tej instytucji nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Gdyby twierdzenie odwołującego było prawidłowe, instytucja terminu związania ofertą byłaby w ustawie zbędna, gdyż z jej istnieniem nie byłyby powiązane żadne skutki prawne. Jednakże instytucja ta istnieje w ustawie, w związku z tym, w ocenie Izby skutek prawny jej istnienia polega na tym, że nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął.

### **Art. 24 ust. 2 pkt 3**

### **59. Sygn. akt: KIO 1666/11, KIO 1669/11, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r.**

Do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Wobec braku definicji legalnej w ustawie – Prawo zamówień publicznych pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołano się – odpowiednio – do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN 1095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz



w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie – zdaniem Sądu Najwyższego – wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. Powyższe rozumienie pojęcia „nieprawdziwych” informacji nawiązuje do obiektywnej niezgodności treści podawanych oświadczeń z rzeczywistością. Podkreślenia przy tym wymaga, że informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie „Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. sygn. akt: ACa 1018/05 *niepubl*). Jakkolwiek jednak postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać podwyższoną staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji, to jednak staranność ta nie może sięgać tak daleko, by można było wnioskować o złożeniu nieprawdziwych informacji na podstawie dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które odpowiadają na brzmienie warunku udziału w postępowaniu, co do którego – wobec posłużenia się pojęciami niejednoznacznymi, czy też takimi, co do można przyjmować różne rozumienia.

#### **60. Sygn. akt: KIO 1902/11, Wyrok KIO z dnia 14 września 2011 r.**

Wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 możliwe jest wówczas, gdy zostaną spełnione łącznie dwie przesłanki: wykonawca złoży nieprawdziwe informacje i informacje te będą miały lub będą mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie Izby nie została spełniona żadna z wymaganych przesłanek. Co prawda przystępujący istotnie pomylił się podając w wykazie, że Pan O. ma 13-letnie doświadczenie, niemniej jednak informację tę można zweryfikować na podstawie znajdującej się w ofercie decyzji nr 83/U/01 z dnia 18 kwietnia 2001 roku, na podstawie której Panu Krzysztofowi O. zostały nadane uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. W ocenie Izby nie można uznać, że przystępujący złożył w ofercie nieprawdziwe informacje w sytuacji, gdy do tej samej oferty dołączył dokument, z którego wynika faktyczny okres doświadczenia Pana O. W takim przypadku rozbieżność ta nie może zostać oceniona inaczej niż skutek popełnionej przez przystępującego pomyłki. (...) informacja o 13-letnim doświadczeniu Pana O. nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający wymagał, by osoba wskazana na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych posiadała minimum 3 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami. Pan O. uprawnienia zdobył ponad 10 lat temu, więc i tak spełnia postawiony warunek.

#### **61. Sygn. akt: KIO 1944/11, Wyrok KIO z dnia 22 września 2011 r.**

Izba uznała, iż Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie udowodnił, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do złożenia

przez wykonawcę (...) a.s. nieprawdziwych informacji. W szczególności powyższe należy odnieść do pozycji nr 2 wykazu wykonanych robót budowlanych przedkładanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Biorąc pod uwagę ustalenia dokonane przez Izbę wykonawca (...) a.s. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co nie oznacza, iż przedstawił nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przedstawienie w wykazie robót budowlanych inwestycji, która nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie odpowiada kryteriom wskazanym w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu samo przez się nie może być traktowane jako przedstawienie nieprawdziwych informacji. Za nieprawdziwe mogą zostać uznane takie informacje, które są niezgodne z faktami i przedstawiają odmienny od rzeczywistości stan rzeczy. Tym samym informacje nieprawdziwe to takie, które odmiennie prezentują istniejący stan rzeczy mogąc wywołać u odbiorcy, do którego są kierowane, mylne wyobrażenie o istotnych dla tego podmiotu okolicznościach i faktach. Samodzielna analiza tych faktów lub pozyskanie informacji o nich z innego źródła powoduje, iż sądy o nich kształtują się w sposób odmienny od sądów uznanych za nieprawdziwe. W ocenie Izby dokumentacja dołączona do oferty Przystępującego nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. W niniejszym stanie faktycznym brak jest jednak podstaw do twierdzenia, iż przedstawione przez Przystępującego informacje są niezgodne z prawdą. W zakresie kwestionowanego charakteru robót budowlanych wykaz zawarty na str. 19 – 20 oferty wykonawcy (...) a.s. nie zawiera w tym przedmiocie żadnych informacji, zaś brak jest dowodów wskazujących, iż takie informacje przedłożone zostały w dołączonym do ww. oferty dla zadania nr 2 liście referencyjnym. Brak jest również sprzeczności pomiędzy oświadczeniem zawartym w wykazie a informacjami zawartymi w liście referencyjnym, gdyż wykaz w pozycji nr 2 nie zawiera żadnych informacji dotyczących rodzaju robót objętych wskazanym tam zamówieniem. W tym przypadku ciężar udowodnienia niezgodności przedłożonych przez Przystępującego na etapie postępowania informacji spoczywa na Odwołującym. Odwołujący zaś swoją argumentację oparł na założeniu, że przedstawienie przez Przystępującego w ofercie inwestycji nie spełniającej warunku określonego w SIWZ jest równoznaczne z przedstawieniem nieprawdziwych informacji. W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z powyższym stanowiskiem. Badając okoliczności przedstawienia nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy dokonać odniesienia przedstawionych informacji do stanu faktycznego, nie zaś do postawionego warunku. Wszakże naturalną konsekwencją czynności badania i oceny ofert jest ustalenie, czy przedłożone przez wykonawcę dokumenty potwierdzają spełnienie warunku na zasadzie spełnia/nie spełnia. Jest to konsekwencją tego, iż postawiony w postępowaniu warunek nie stanowi faktów w sensie obiektywnym, wobec których należy dokonywać oceny prawdziwości jakichkolwiek informacji. Warunek udziału w postępowaniu jest rodzajem oświadczenia woli zamawiającego, przy pomocy którego Zamawiający dokonuje wstępnej kwalifikacji podmiotów zdolnych do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Tym samym, w ocenie Izby, brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu powoduje li tylko możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem instytucji uregulowanych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

## **62. Sygn. akt: KIO 2013/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r.**

Izba wzięła również pod uwagę, że z uzupełnionych przez inwestora referencji z dnia 19 września 2011 r. i z pisma z dnia 26 września 2011 r. również inwestora, wynika, iż w toku realizacji zamówienia miała miejsce zmiana aranżacji i w tym zakresie były sporządzane fragmentaryczne projekty wykonawcze, czego nie podważył odwołujący. Analizując treść oświadczenia uczestnika postępowania, zamieszczonego w wykazie robót i referencji inwestora oraz umowy i oświadczenia byłej dyrektor inwestora, Izba uznała, że uczestnik postępowania z pewnością nie wykonywał projektów, o których mowa w załączniku nr 2 do umowy,

a więc rzeczywiście inwestor nie nabywał od wykonawcy projektów wykonawczych. Natomiast nie zostało obalone stanowisko wynikające z referencji i oświadczenia uczestnika złożone w zgłoszeniu przystąpienia i na rozprawie, że w ramach wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca sporządził projekty wykonawcze w zakresie zmienionej aranżacji, a więc tylko w zakresie zmienionych elementów, co z pewnością nie jest potwierdzeniem spełnienia warunku, ale też trudno uznać, iż są to informacje nieprawdziwe w rozumieniu ustawy Pzp. Izba uznała za zasadne w tym względzie stanowisko zamawiającego (pismo z dnia 23 września 2011 r. – odpowiedź na odwołanie), że czym innym jest sytuacja, w której wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazując swoje doświadczenie powołuje się na realizację zadania, które obiektywnie nie odpowiada wymogom postawionym przez zamawiającego, co skutkuje wykluczeniem z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a czym innym sytuacja, w której wykonawca tak formułuje ofertę, aby wywołać u zamawiającego błędne przekonanie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu pomimo, iż w rzeczywistości wykonawca warunków tych nie spełnia, co z kolei skutkuje wykluczeniem z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Na podstawie powyższego, Izba uznała, że uczestnik postępowania nie wykazał spełnienia wymaganego warunku udziału w postępowaniu, o czym stanowi art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jednak, w ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, trudno jest uznać, iż oświadczenie uczestnika postępowania (załącznik nr 7) dotyczące projektów wykonawczych w zakresie zmian w aranżacji, dokonanych na wniosek inwestora (dwukrotne potwierdzenie przez inwestora), stanowi nieprawdziwą informację, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

**63. Sygn. akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2623/11, KIO 2634/11,  
Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r.**

Zarzut podania nieprawdziwych informacji we wniosku X, dotyczy wskazanej w odwołaniu dostawy z poz. 22 wykazu dotyczącej dostawy pojazdów wyposażonych w bliżej nieokreślone urządzenia elektroniczne dla (...), który to przedmiot zdaniem odwołującego nie odpowiadał warunkowi udziału w postępowaniu wskazanemu w pkt III.2.3) ogłoszenia. Izba uznała, iż zarzut podania nieprawdziwych informacji w ogóle nie został uzasadniony przez odwołującego, a powołane w uzasadnieniu okoliczności dotyczyć mogły jedynie ustalenia, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawił dowodów na nieprawdziwość informacji dotyczących wskazanej dostawy, co prowadziło do oddalenia zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy X na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

**64. Sygn. akt: KIO 2681/11, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2011 r.**

Izba wskazuje, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym. Należy przy tym zwrócić uwagę na wszelkie konsekwencje związane ze stwierdzeniem wypełnienia przez wykonawcę hipotezy normy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższe pociąga za sobą konieczność bezwzględnego zastosowania jego dyspozycji i eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto ostateczną konsekwencją powyższego może być odpowiedzialność karna osób dopuszczających się poświadczenia lub oświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia publicznego na podstawie art. 297 § 1 Kodeksu karnego. W związku z powyższym należy podkreślić również wagę i konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Szczególnie istotnym jest, że zarzucana wykonawcy nieprawdziwość poświadczanych przez niego informacji nie może budzić możliwości do zinterpretowania na korzyść wykonawcy wątpliwości. Wykorzystując terminologię procesu karnego można zobrazować powyższe wywody w ten sposób, iż stwierdzenie podania nieprawdzi-

wych informacji nie może opierać się li tylko na poszlakach zamiast na pewnych dowodach. (...) Przede wszystkim podkreślić należy, że fakt wykonywana prac przez Pawła Cezarego S. na rzecz Pracowni (...) nie był sporny pomiędzy odwołującym a przystępującym. X zgodnie z prawdą podał, że Paweł Cezary S. w okresie: 2007–2010 r. realizował prace, które były zlecane przez Pracownię (...). Jednakże przyjąć należy, iż przystępujący w sposób nieprawidłowy zrozumiał postanowienia siwz w zakresie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem wadliwie przyjął, że usługi wykonywane na rzecz jednego pomiotu w ramach realizacji różnych przedsięwzięć można zaliczyć do doświadczenia w wykonywaniu prac w ramach jednego zamówienia o powierzchni co najmniej 600 arów. W konsekwencji złożył oświadczenie co do zakresu zamówienia zrealizowanego przez Pawła Cezarego S. stosownie do przyjętej przez siebie wykładni siwz. Izba nie stwierdziła w tym przypadku naruszenia przez zamawiającego przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, jednocześnie uznając, iż powołane doświadczenie nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 7.2.2. specyfikacji.

### **Art. 24 ust. 2 pkt 4**

#### **65. Sygn. akt: KIO 1836/11, Wyrok KIO z dnia 9 września 2011 r.**

(...) norma prawna wynikająca z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ustanawiając przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania nie odnosi się do tzw. prawdy materialnej, tzn. dla jej zastosowania nie jest wymagane ustalenie czy wykonawca w rzeczywistości spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane przez zamawiającego, ale ustalenie czy wykazał ich spełnianie w sposób wymagany przez zamawiającego. Przedmiotem ustaleń zamawiającego w kontekście zastosowania dyspozycji ww. przepisu nie jest rzeczywisty potencjał osobowy czy doświadczenie wykonawcy, ale stwierdzenie, co podał w tym zakresie wykonawca w dokumentach załączonych do oferty oraz w jaki sposób informacje te miały się do wymagań zamawiającego dotyczących warunków udziału w postępowaniu i ich wykazywania.

#### **66. Sygn. akt: KIO 1873/11, Wyrok KIO z dnia 9 września 2011 r.**

(...) X Ltd jest uprawniony do powoływania się na usługi realizowane przez firmę Y UK Ltd, albowiem w wyniku dokonanej restrukturyzacji działalności grupy X Group, spółka X Ltd stała się w konsekwencji sukcesorem także praw niemajątkowych firmy Y UK Ltd. To oznacza, iż w tym przypadku nie mamy do czynienia z powoływaniem się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego i tym samym w niniejszej sprawie nie ma zastosowania wskazany w odwołaniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

(...) siwz wymaganie dotyczyło wykazania się przez wykonawców opracowaniem dokumentacji projektowej dla obiektu o podobnej specyfice i zakresie do przedmiotu zamówienia. Podkreślenia także wymaga, że Zamawiający nie zdefiniował cech kwalifikowanych jako podobna specyfika, czy podobny zakres. Także cechy zabytkowości obiektu modernizowanego nie zostały przez zamawiającego zdefiniowane w tym warunku. Zatem dla potwierdzenia tak opisanego warunku mógł wymagać wyłącznie wykazania realizacji dokumentacji projektowej w zakresie budowy lub modernizacji mostu kolejowego, której to usługi wartość była nie mniejsza niż 1 mln zł. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku dostatecznie jasno sprecyzowanych wymagań w specyfikacji, a zatem na etapie oceny ofert nie można dokonywać interpretacji warunków na niekorzyść wykonawcy, albowiem taka interpretacja prowadziłaby w konsekwencji do niedopuszczalnej modyfikacji warunku.

(...) że dokument referencji nie stanowi urzędowo zdefiniowanego dokumentu, zatem referencje nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z warunkiem udziału w postępowaniu. Taki dokument – jak wynika to z przepisów o zamówieniach publicznych

– jest przedkładany wyłącznie na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Z kolei potwierdzenie warunku w zakresie rzeczowym, czy też wartościowym w przypadku tego postępowania o zamówienie publiczne zostało oparte na oświadczeniu wykonawcy, tj. wykazie wykonanych przez danego wykonawcę usług projektowych. Tak jak podnosi się w orzecznictwie te dokumenty powinny się wzajemnie uzupełniać, z uwagi na przypisaną im funkcję i istotne jest, aby na podstawie tych dwóch dokumentów istniała możliwość identyfikacji zamówienia, przede wszystkim co do przedmiotu i podmiotu, na rzecz którego zostało wykonane, wykazywanego w ramach doświadczenia zamówienia. Także, zdaniem Izby, żądanie od wykonawców uzyskiwania referencji o ściśle określonej treści związanej z wymaganiami ustalonymi na potrzeby danego postępowania nie znajdowałoby oparcia w obowiązujących przepisach prawa o zamówieniach publicznych.

#### **67. Sygn. akt: KIO 2078/11, Wyrok KIO z dnia 7 października 2011 r.**

Oceniając dwie sporne inwestycje, Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym niewystarczającym jest dokonanie ich oceny wyłącznie po wskazanej w wykazie nazwie, nie można w sposób mechaniczny kwalifikować inwestycji bądź jako remontu bądź jako przebudowy. Należy przede wszystkim brać pod uwagę charakter wszystkich prac (stopień ich trudności) składających się na daną inwestycję. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, uznając że z istoty i charakteru prac wskazanych w wykazie i załączonych do niego referencji można dopiero wnioskować, czy mamy do czynienia z remontem czy też przebudową.

### **Art. 25 ust. 1**

#### **68. Sygn. akt: KIO 2073/11, Wyrok KIO z dnia 7 października 2011 r.**

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zarówno w zakresie spełniania warunków podmiotowych, jak też w zakresie warunków podmiotowych. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty, „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ. (...) Niedopuszczalna jest wobec tego ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyrażone wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

#### **69. Sygn. akt: KIO 2239/11, Wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r.**

W ocenie składu orzekającego zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 25 ust. 1 i art. 138c ust. 1 pkt 2 pzp przez zażądane dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Zamawiający nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, iż dokumenty, które wskazał w załączniku nr 1 do s.i.w.z. w części „C” pkt 12 lit. a) i b) są niezbędne do przeprowadzenia postępowania. W szczególności Zamawiający nie wskazał konieczności żądania odrębnych wyników badań w zakresie wydzielania się szkodliwych składników z klejów poliuretanowych (w tym pobranych z miejsc zastosowania w minionych okresach) podczas badań laboratoryjnych w temperaturze minimum 33°C



i w wilgotności powyżej 90% jako dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane kleje poliuretanowe wymagań określonych w załączniku nr 1 do s.i.w.z. Na wstępie skład orzekający Izby zauważa, iż w aktualnym stanie prawnym brzmienie przepisu art. 138c ust. 1 pkt 2 pzp, odmiennie niż brzmienie dawnego art. 132 ust. 1 pzp, wskazuje, iż zamawiający sektorowy może żądać innych dokumentów, niż wynikające z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jedynie na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, to jest warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Wobec tego punktem odniesienia dla oceny możliwości zażądania dokumentów na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego sektorowego jest kryterium ich niezbędności dla prowadzonego postępowania wynikające z art. 25 ust. 1 pzp. (...) W szczególności wobec zażądania przez Zamawiającego certyfikatu uprawniającego do oznaczania kleju znakiem bezpieczeństwa „B”, a zatem dokumentu pochodzącego od niezależnej jednostki potwierdzającej możliwość jego bezpiecznego stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych, trudno uznać żądane przez Zamawiającego dodatkowo wyniki badań za niezbędne dla stwierdzenia, że oferowane kleje nie stwarzają zagrożenia dla bezpieczeństwa i zdrowia osób oraz środowiska, a także, iż są odpowiednio dobrane do warunków górniczo-geologicznych i środowiskowych – w podziemnych wyrobiskach górniczych.

#### **70. Sygn. akt: KIO 2289/11, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r.**

Izba, co do zasady uważa, iż wszelkie dokumenty załączone przez wykonawców do oferty czy wniosku powinny być poddane analizie pod względem celu, w jakim zostały złożone oraz wpływu na treść wymaganych przez zamawiającego dokumentów czy oświadczeń woli lub wiedzy. Czyli w sytuacji sprzeczności pomiędzy np. dwoma oświadczeniami woli: jednym wymaganym przez zamawiającego, choćby w zakresie terminu wykonania zamówienia wskazanym w formularzu ofertowym, a drugim złożonym w niewymaganym, ale załączonym, parafowanym wzorze umowy, wskazującym na inny termin realizacji zamówienia, oba dokumenty poddać analizie i zgodnie z ustawą zastosować właściwe postępowanie, czy to wyjaśniające, czy to poprawiające omyłkę, czy wreszcie odrzucające ofertę z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz. Jednak, aby dokument niewymagany przez zamawiającego mógł mieć wpływ na los czy to oferty czy to wniosku, musi wywoływać określone skutki prawne. W ocenie Izby załącznik niepodpisany, co do którego nie można potwierdzić jego kompletności, ani pochodzenia, czy celu sporządzenia, nie może być podstawą do wyciągania negatywnych konsekwencji wobec przystępującego.

#### **Art. 25 ust. 1 pkt 1**

#### **71. Sygn. akt: KIO 1577/11, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2011 r.**

Izba wskazuje, że z treści, a przede wszystkim z charakteru listu referencyjnego z dnia 8 lipca 2011 r. wystawionego przez (...) Sp. z o.o. wynika jasno, że stanowi on oświadczenie wiedzy a nie woli podmiotu wystawiającego ww. dokument. Wobec powyższego nie budzącym wątpliwości jest, że nie musiał być on podpisany przez osoby uprawnione do reprezentacji spółki w zakresie składania oświadczeń woli. Ponadto brak odzwierciedlenia w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego jako Prezesa Zarządu Spółki Pana Bartłomieja T. nie przesądza o tym, że ww. osoby nie powołano na wskazaną funkcję.

#### **72. Sygn. akt: KIO 2058/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r.**

Rozpatrując w pierwszej kolejności zarzut odwołania dotyczący wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazywanych robót budowlanych ze względu na ich opatrzenie nieczytelnymi podpisami prowadzącymi do niemożliwości identyfikacji osoby, która referencje podpisała Izba wskazuje, iż jak najbardziej trafne i uprawnione



jest twierdzenie, iż osobą wystawiającą referencje powinna być osoba posiadająca stosowną wiedzę w przedmiocie przebiegu i wykonania robót i która powyższe gotowa jest potwierdzić własnym podpisem. Jednakże kwestia personalnej identyfikacji osoby podpisującej się pod referencjami czy czytelności jej podpisu lub wiedzy, którą posiada, jest wtórna w stosunku do prawdy materialnej referencji oraz rzetelności jej poświadczenia. Inaczej: kwestia personalna winna być weryfikowana jedynie w celu wyjaśnienia wątpliwości związanych z rzetelnością referencji. W przypadku otrzymania przez zamawiającego czytelnych referencji, których prawdziwość nie budzi wątpliwości, tzn. nie ma żadnych przesłanek aby powyższe kwestionować, zamawiający nie ma podstaw oraz powodów do ustalania tożsamości osób pod referencjami podpisanymi, zwłaszcza gdy sama tożsamość tych osób przeważnie niczego nie przesądza. Zamawiający jeżeli nie potrafi wykazać okoliczności przeciwnych, powinien przyjąć istnienie dobrej wiary (art. 7 Kc) zarówno wykonawcy przedkładającego określone referencje, jak i osób pod nimi podpisanych. W każdym razie, przy domniemaniu dobrej wiary, jej dowód nie obciąża wykonawcy. Oczywiście nie można odmówić zamawiającemu prawa do uzyskania informacji w przedmiocie identyfikacji osoby, która dane referencje podpisała w celu przeprowadzenia czynności wyjaśniających czy rozwiania wątpliwości w przedmiocie uprawnienia (wiedzy) danej osoby do złożenia tego typu oświadczenia. Jednakże brak wiadomości w tym przedmiocie nie może stanowić podstawy oceny przedłożonej referencji jako nieprawidłowej lub nieistniejącej. Zamawiający mógł zwrócić się o wyjaśnienie w tym przedmiocie, jeżeli poznanie tożsamości osób, która prawdopodobnie i tak mu nic nie powie, było dla niego istotne, a nie od razu kwestionować przedłożone dokumenty i żądać ich uzupełnienia. Na marginesie można tu wskazać na trudność w jaki sposób wykonawca miałby uzyskać nowe referencje spełniające wyobrażenia zamawiającego o ich powinnym kształcie, na których treść i sposób podpisania często nie ma wpływu. Reasumując, referencje podpisane nieczytelnym podpisem osoby wystawiającej pozostają dokumentem złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowanie, których prawidłowość i rzetelność nie może być kwestionowana tylko z tego powodu. W związku z powyższym zarzut dotyczący wezwania do uzupełnienia prawidłowo przedłożonych i wystawionych referencji uznano za zasadny i nakazano unieważnienie czynności wezwania w tym zakresie.

### **73. Sygn. akt: KIO 2148/11, Wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r.**

W ocenie Izby referencje wystawione przez (...) potwierdzają należyte zrealizowanie dostawy przez (...). Z treści tych referencji wynika, że podmiot wystawiający referencje pozytywnie ocenia zarówno jakość produktów firmy (...), jak i jakość obsługi zaoferowanej przez tę firmę, wymienioną wprost jako realizującą zamówienie (co wynika ze stwierdzenia „przez (...)\"). Z całą pewnością treść referencji zawiera adresata referencji, a więc wykonawcę zamówienia, jak również zawiera stwierdzenia, które poświadczają należyte wykonanie zamówienia – „zgodnie ze standardami”, „jesteśmy usatysfakcjonowani”. Treść referencji potwierdza więc zrealizowanie zamówienia przez tę firmę w sposób odpowiadający wymaganiom wystawiającego referencję.

(...) Izba stwierdziła (co także zarzucił Zamawiającemu Odwołujący w treści odwołania oraz podczas rozprawy), iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów, jakie wystosował Zamawiający do Odwołującego, było wadliwe. Zamawiający ograniczył treść wezwania do wskazania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

### **74. Sygn. akt: KIO 2324/11, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2011 r.**

Jak słusznie zauważył odwołujący nie sposób zakładać i wymagać od pomiotów zagranicznych, aby wystawiając swoje, w znacznym stopniu wystandaryzowane (jak można wnosić z porównania dokumentów wystawianych przez poszczególne hiszpańskie władze portowe)

referencje, posługiwały się sformułowaniami zaczerpniętymi z polskich przepisów. Natomiast kontekst i całość treści przedłożonych referencji nie pozostawiają żadnych wątpliwości, iż poświadczono w nich prawidłowe i zgodne z zasadami sztuki budowlanej wykonanie zamówionych robót. W treści referencji wyraźnie stwierdzono co zostało wykonane oraz że zostało to wykonane zgodnie z ustaleniami. Przyjęcie, iż sformułowania „zgodnie z ustaleniami” czy „przy aprobacie”, potwierdzają powyższe, nie jest żadną hipotezą, ale opartą o doświadczenie życiowe i zdrowy rozsądek konstatacją.

### **Art. 25 ust. 1 pkt 2**

#### **75. Sygn. akt: KIO 1424/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r.**

W celu oceny zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należało dokonać kwalifikacji prawnej planu ochrony, arkusza cenowego oraz opisu sposobu realizacji zamówienia. Nie budzi wątpliwości Izby, że plan ochrony, arkusz cenowy oraz opis sposobu wykonania umowy stanowią, w okolicznościach sporu, treść oferty. Bez znaczenia pozostaje, iż zamawiający wskazał, że opis sposobu realizacji zamówienia stanowi dokument na potwierdzenie, że oferowane usługi są zgodne z wymaganiami zamawiającego. W praktyce rozróżnienie między treścią następcza częstokroć trudności, zwłaszcza, że § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.] wskazuje opis, jako dokument, przedmiotowy, składany zgodnie art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba wyraża pogląd, że ocena prawna opisu winna następować *ad casum*. Należy mieć przy tym na względzie, że dokumenty przedmiotowe podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zaś art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 Pzp odpowiednio zakazują negocjacji treści oferty oraz pozwalają na ingerencję w jej treść jedynie przy zaistnieniu ustawowo określonych przesłanek. Zatem, uwzględniając też postulat interpretacyjny, że akt prawny nie może zawierać wewnętrznych sprzeczności, opis sposobu realizacji zamówienia może być kwalifikowany jako dokument przedmiotowy jedynie w sytuacji, gdy jego zmiana, jego treści lub jego uzupełnienie nie naruszy norm art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 Pzp. Izba zważyła, że opisując przedmiot zamówienia zamawiający podał tylko lokalizację budynków sądów oraz wymagany okres ochrony. Nie podał natomiast żadnych danych dotyczących indywidualnych uwarunkowań poszczególnych budynków. Ocena w tym zakresie została pozostawiona wykonawcom, którzy zależnie od jej wyników i przyjętej przez siebie koncepcji ochrony mieli również przedstawić liczbę osób oraz obliczyć ilość godzin świadczenia usługi. Przy tak ukształtowanych postanowieniach specyfikacji, popartymi wyjaśnieniami jej treści, plan ochrony, arkusz cenowy oraz opis sposobu wykonania umowy stanowią treść oferty. W każdym z nich zawarte są dane, bez znajomości których zamawiający nie będzie w stanie ustalić, czy usługi oferowane przez wykonawców zapewniają prawidłową realizację przedmiotu zamówienia.

#### **76. Sygn. akt: KIO 1637/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r.**

Izba pragnie również wskazać, w odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego wyrażonego w toku rozprawy, iż każdy dokument lub oświadczenie składane przez wykonawcę wraz z ofertą w celu potwierdzenia, że oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego może być przedmiotem uzupełnienia w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W takim wypadku istotne znaczenie ma kwalifikacja żądanych przez Zamawiającego w toku postępowania dokumentów oraz oświadczeń. W tym zakresie istotne znaczenia ma fakt, czy dokumenty i oświadczenia te są przedmiotem normy prawnej wyrażonej w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i tym samym, czy podpadają pod ich przykładowy katalog ujęty w § 5 ust. 1

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Należy także wskazać, iż zamawiający każdorazowo dokonując opisu przedmiotu zamówienia może ująć w nim dwa rodzaje postanowień. Jednym z nich są postanowienia obejmujące elementy przedmiotu zamówienia, które stanowią treść merytoryczną SIWZ i mają charakter bezwzględnie obowiązujący, tj. nie mogą ulec modyfikacji przez wykonawców. Do takich elementów można przykładowo zaliczyć: termin realizacji przedmiotu zamówienia, wiążący dla wykonawców zakres funkcjonalności, jak również parametry graniczne dla oferowanych urządzeń. W tym zakresie zamawiający nie pozostawia wykonawcom w zasadzie żadnej dowolności i możliwości odrębnego kształtowania tego rodzaju elementów, tj. przy braku możliwości złożenia oferty wariantowej lub braku przyznania punktów w ramach kryteriów oceny ofert każde odstępstwo powodujące, iż tego rodzaju elementy przedmiotu zamówienia nie zostaną w sposób jednoznaczny i bezwarunkowy potwierdzone będzie stanowiło o niezgodności treści merytorycznej oferty z treścią SIWZ. Do drugiego rodzaju elementów oferty dotyczących przedmiotu zamówienia należą oświadczenia i dokumenty składane wraz z ofertą w celu wykazania przez wykonawców, iż oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Dla tego rodzaju dokumentów zamawiający nie określa w sposób szczegółowy ich formy i treści, gdyż z treści powyższych dokumentów i oświadczeń winno jedynie wynikać, iż oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Są one zatem swego rodzaju środkami dowodowymi, którymi wykonawca wykazuje spełnienie pożądanego przez zamawiającego cech przedmiotu zamówienia. Powyższe dokumenty i oświadczenia mogą zostać sporządzone przez samego wykonawcę i mogą obejmować przykładowo dokumentację techniczną lub wszelkiego rodzaju oświadczenia, do których zaliczyć można m.in. deklaracje zgodności. W drugiej grupie mogą zostać zawarte dokumenty sporządzone przez podmioty trzecie (np. jednostki certyfikujące wystawiające certyfikaty jakości, wytwórców wyrobów wystawiający deklaracje zgodności bądź podmioty wystawiające aprobaty techniczne). Tym samym, ze względu na wskazane powyżej przykłady, dla określenia, czy mamy do czynienia z dokumentem wskazanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp fakt, jaki podmiot jest ich wystawcą, jak również fakt, jaki jest rodzaj tego dokumentu lub jego forma mogą mieć znaczenie w zależności od ustalonych okoliczności danego postępowania. Jest to wynikiem przewidzianego w SIWZ sposobu potwierdzania przez wykonawców zakresu i rodzaju świadczenia. Z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika zaś, że każde oświadczenie bądź dokument składane przez wykonawców na potwierdzenie, że oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego może być przedmiotem wezwania na podstawie powyższego przepisu. I choć wyżej wskazane dokumenty nie stanowią treści oferty to potwierdzają one w sposób pośredni, iż treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Dokumenty te pozwalają ocenić, iż oferowana przez wykonawcę dostawa, usługa lub robota budowlana jako taka spełnia oczekiwania zamawiającego.

#### **77. Sygn. akt: KIO 2044/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r.**

W pkt 3 ppkt 3 zamawiający ustalił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do specyfikacji, natomiast w pkt 3 ppkt 6 wymagał złożenia oświadczenia o spełnianiu przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań określonych w załączniku nr 1. Pkt 4 i 6 formularza oferty (wzór stanowi załącznik Nr 3 do specyfikacji) zawierają oświadczenia odpowiednio o akceptacji specyfikacji oraz wzoru umowy. Odwołujący nie złożył oświadczenia wymaganego w pkt 3 ppkt 6 specyfikacji. (...) (...)wbrew twierdzeniom odwołującego, oświadczenie wymagane przez zamawiającego stanowi treść oferty. Zamawia-

jący opisał przedmiot zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych wskazując w załączniku Nr 1 istotne i wymagane cechy oprogramowania. Oświadczenia składane przez wykonawców konstytuują zatem i indywidualizują treść oferowanego świadczenia, wskazując jego substrat materialny. Uznanie oświadczenia za dokument przedmiotowy, potwierdzający zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego, podlegający uzupełnieniu „opis”, prowadziłoby w istocie do złamania zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp przez umożliwienie wykonawcy, który nie wskazał jakie oprogramowanie oferuje, lub zaoferował oprogramowanie nie spełniające wymagań zamawiającego, złożenia *de facto* nowej oferty. (...) Odwołujący nie złożył wymaganego opisu, a już z samej treści odwołania wynika, że dokument pn. „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, nie stanowi dla zamawiającego wystarczającej informacji, co do wszystkich wymaganych funkcjonalności.

#### **78. Sygn. akt: KIO 2184/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r.**

Jednakże, zdaniem Izby, zamawiający w odniesieniu do stawianych zarzutów, bezzasadnie utożsamiał treść oferty z ogólną jej zawartością, to jest wszystkimi wymaganymi dokumentami. Tego rodzaju dokumenty jak: katalogi wyrobów, karty charakterystyki produktów, opisy, certyfikaty, nie tworzą *sensu stricte* treści oferty, są bowiem dokumentami składanymi jedynie na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, jak stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Kategorię tych dokumentów wymienia § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W przeciwieństwie do zakazu uzupełniania treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, statutowanego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem postanowień ust. 2 tej normy, dokumenty na wykazanie, iż oferowane (objęte treścią oferty) dostawy czy roboty budowlane, spełniają wymagania określone przez zamawiającego – podlegają uzupełnieniu na obligatoryjne wezwanie zamawiającego z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty (...) powinny potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy (...) wymagań określonych przez zamawiającego. W odmiennym przypadku, gdyby dokumenty na potwierdzenie spełnienia deklarowanych właściwości uznawać za ścisłą treść oferty, jak postulował zamawiający, ustawodawca nie dopuściłby do ich uzupełniania, gdyż pozostawałoby to w kolizji ze wskazaniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **Art. 26 ust. 2b**

#### **79. Sygn. akt: KIO 1482/11, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r.**

W ocenie Izby, zamawiający w sposób niezasadny przyjął, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 13.2.2. siwz (omyłkowo wskazanego w odwołaniu jako 14.2.2.). Na podstawie treści oferty odwołującego, a także jego wyjaśnień udzielanych w toku postępowania, Izba uznała, że wykonawca udowodnił, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, składając w ofercie pisemne zobowiązanie podmiotu, na którego wiedzy i doświadczeniu wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Oświadczenie to znajduje się na stronie 44 oferty konsorcjum (...) i zawiera następującą treść: „Oświadczam, że w/w Wykonawca może polegać na mojej wiedzy i doświadczeniu i zobowiązuje się do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn „Odbudowa rzeki O. – etap I” gm. S., (...)”. Oświadczenie to podlega ocenie pod kątem możliwości wywiedzenia z niego, iż wykonawca polegający na zasobach

innego podmiotu będzie nimi dysponował na etapie realizacji zamówienia. Mając na uwadze treść przepisu art. 26 ust. 2b ustawy PrZamPubl., jednym ze sposobów udowodnienia tej okoliczności, wprost wynikającym z przepisu, jest złożenie pisemnego oświadczenia podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Dookreślenie w oświadczeniu przy realizacji, jakiego zamówienia podmiot zobowiązuje się udostępnić niezbędne zasoby, potwierdza wolę podmiotu przekazania niezbędnych wykonawcy zasobów na czas realizacji tego zamówienia. Ocena oświadczenia tego podmiotu winna być dokonana w drodze wykładni oświadczenia woli (art. 65 §1 k.c.), z uwzględnieniem okoliczności, w których zostało złożone, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Ponieważ podmiot trzeci udostępnił wykonawcy dokumenty potwierdzające należyte wykonanie roboty budowlanej na rzece O. (opinia referencyjna oraz protokół odbioru końcowego), którą to robotą wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, iż tego potencjału (wiedzy i doświadczenia) dotyczyło zobowiązanie podmiotu do jego oddania do dyspozycji wykonawcy na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia. Ustawodawca wymaga udowodnienia zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, nadając oświadczeniu tego podmiotu moc dowodową.

#### **80. Sygn. akt: KIO 1849/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r.**

(...)„zobowiązujemy się, że w razie uzyskania przez ww. wykonawcę powyższego zamówienia publicznego udostępniemy ww. osoby na czas jego realizacji”. Oświadczenie podmiotu trzeciego zakłada udostępnienie zasobu Przystępującemu w sytuacji, gdy uzyska on zamówienie publiczne. W innej sytuacji udostępnienie zasobu Przystępującemu – w celu realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego – nie będzie Przystępującemu potrzebne.

(...) Oświadczenie podmiotu trzeciego w ofercie Przystępującego jest zobowiązaniem w pełni odpowiadającym wymogowi art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych – zobowiązanie do udostępnienia osób w razie uzyskania przez Przystępującego zamówienia publicznego na czas jego realizacji jest równoznaczne ze zobowiązaniem do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

#### **81. Sygn. akt: KIO 1962/11, KIO 1963/11, Wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r.**

Izba nie podziela w rozpatrywanym zakresie stanowiska zamawiającego, iż wobec otrzymania od wykonawców pisemnych zobowiązań do udostępnienia potencjału technicznego, w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy pzp, nie jest możliwe kwestionowanie takich oświadczeń wobec złożenia ich w formie przewidzianej ustawą i postanowieniami siwz. Należy podkreślić, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy przewidujący możliwość polegania na potencjale technicznym podmiotu trzeciego wskazuje, że wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował takimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W okolicznościach przedstawionych, które Izba uznaje za dowiedzione, brak jest dowodu na dysponowanie niezbędnym potencjałem technicznym, w szczególności przeczy takiemu twierdzeniu treść pisemnych zobowiązań o oddaniu zasobów, które opiewają na te same jednostki sprzętowe w poszczególnych częściach zamówienia, a tym samym powielają [się – *przyp. red.*]. W tym konkretnym postępowaniu pisemne zobowiązania nie stanowią zatem dowodu na dysponowanie w rzeczywistości sprzętem udostępnianym wobec powielenia tego samego potencjału. Ten sam sprzęt nie może być wszakże wykorzystywany przez obydwu wykonawców do jednoczesnej realizacji innych części zamówienia.

#### **82. Sygn. akt: KIO 2049/11, KIO 2063/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r.**

Zdaniem składu orzekającego Izby przepis art. 26 ust. 2b pzp w odniesieniu do czynności prawnej zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania zasobów wykonawcy przewiduje for-



mę pisemną, niewątpliwie zatem musi ono istnieć w tej formie. Brzmienie przepisu wskazuje także, iż wyrażone w tej formie zobowiązanie należy przedstawić Zamawiającemu, aby ten mógł na podstawie jego treści ocenić, czy wykonawca udowodnił, iż będzie dysponował tymi zasobami. Ograniczając się do oceny sytuacji z punktu widzenia wyłącznie art. 26 ust. 2b pzp należałoby uznać, iż załączając do oferty lub przedstawiając w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów zobowiązania do udostępnienia zasobów w kopii poświadczonej przez siebie Przystępujący (...) nie dochował wymaganej formy złożenia tych dokumentów. (...) art. 26 ust. 2a pzp wynika, iż wykonawca ma obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale na żądanie i w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

### **83. Sygn. akt: KIO 2106/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r.**

W świetle powyższego należy uznać, że zobowiązanie osoby fizycznej, prowadzonej działalności gospodarczą we własnym imieniu, zawierające oświadczenie tej osoby o udostępnieniu samej siebie na rzecz wykonawcy przy realizacji zamówienia, nie stanowi zobowiązania „innego podmiotu” w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp. Osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą, „udostępniając samą siebie” wykonawcy pozostaje nadal tą samą osobą fizyczną – nie występuje tu odrębność podmiotu udostępniającego i osoby udostępnianej, tak jak wówczas gdy osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą udostępnia wykonawcy swoich pracowników. Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że dysponowanie osobą p. Andrzeja H., wynikające z zobowiązania złożonego przez tę osobę mamy do czynienia z dysponowaniem o charakterze bezpośrednim, co nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

### **84. Sygn. akt: KIO 2143/11, Wyrok KIO z dnia 18 października 2011 r.**

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż załączone do oferty w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, zobowiązanie firmy L. Sp. z o. o. z siedzibą w Ł. do oddania do dyspozycji firmie D. Sp. z o. o. (członkowi konsorcjum B.) niezbędnych zasobów (potencjału technicznego) nie odpowiada formie wymaganej przepisami prawa. (...) w tym miejscu wskazać, iż dla zachowania formy pisemnej dokumentu konieczne jest złożenie pod oświadczeniem własnoręcznego podpisu osoby, której to oświadczenie dotyczy. Dlatego też załączenie przez konsorcjum B. do oferty kopii pisemnego zobowiązania poświadczonej za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum nie sposób uznać za prawidłowe, co w dalszej konsekwencji, prowadzi do wniosku, iż wykonawca ten nie wykazał że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące potencjału technicznego. W tym miejscu należy pamiętać o tym, że wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., dokument dotyczący potwierdzenia dysponowania zasobami podmiotów trzecich, podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tak jak każdy inny dokument dotyczący potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie ma wątpliwości, iż dokument taki mieści się w kategorii dokumentów opisanych w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy.

### **85. Sygn. akt: KIO 2200/11, Wyrok KIO z dnia 24 października 2011 r.**

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przewiduje możliwość powołania się przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu m.in. na potencjał techniczny podmiotów trzecich. W takim przypadku wykonawca, który na potencjał podmiotu trzeciego się powołuje zobowiązany jest wykazać, iż będzie dysponował określonymi zasobami takiego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia. Tak więc złożony na tę okoliczność dokument winien być oceniany z punktu widzenia przesłanek określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i zawierać oświadczenie woli podmiotu trzeciego, w którym winien on wskazać przede wszystkim przedmiot zobowiązania (a więc w tym konkretnym przypadku oddanie do dyspozycji potencjału technicznego), określać podmiot udostępniający (podmiot trzeci), jak również



określać podmiot na rzecz, którego udostępnienie następuje, gdyż ma potwierdzać istnienie pewnej relacji pomiędzy tymi podmiotami. Niewątpliwym jest, iż „zobowiązania do współpracy” złożone przez Przystępującego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jednoznacznie określają podmiot udostępniający (podmiot trzeci), podmioty na rzecz którego udostępnienie nastąpiło, jak również przedmiot zobowiązania (m.in. potencjał techniczny z wyspecyfikowaniem poszczególnych rodzajów sprzętu). A ponadto wskazują, iż dotyczą one tego konkretnego postępowania, tj. postępowania na (...) Podmiot ubiegający się bowiem o udzielenie zamówienia, w przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, nie jest bowiem zobowiązany wykazać, że już dysponuje udostępnionym potencjałem, a jedynie, iż będzie nim dysponował w trakcie realizacji zamówienia. (...) Wykonawca – zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – ma dysponować (w treści przepisu użyto bowiem jedynie formy „będzie dysponował”) udostępnionym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia.

**86. Sygn. akt: KIO 2255/11, KIO 2260/11, KIO 2283/11,  
Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r.**

Jak wskazano wyżej możliwość powołania się na zasoby ekonomiczne oraz finansowe innego podmiotu, została w dyrektywie uzależniona od zaistnienia tzw. „stosownych sytuacji” i należy ją odnosić zawsze do konkretnego zamówienia. Wobec tego, w każdym przypadku powołania się przez wykonawcę na zasoby ekonomiczne podmiotu trzeciego należy rozważyć czy mamy do czynienia z tzw. „stosowną sytuacją”, o której mówi art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE. W oparciu o analizę orzecznictwa ETS, należy przyjąć, że owa „stosowana sytuacja” zachodzi np. w przypadku istnienia powiązań kapitałowych podmiotów czy oceny zdolności spółki matki holdingu, gdy można uwzględnić również zasoby i zdolności jej spółek córek (C-5/97, Ballast Nedam Groep przeciwko Belgii). Wykonawca, powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego, musi wykazać, że udostępniane zasoby będą służyły nie tylko do wykazania zamawiającemu, że wykonawca spełnia stawiane przez niego warunki, ale również, że, w przypadku udzielenia zamówienia, będą one wykorzystane bezpośrednio do realizacji zamówienia. (...) Odnosząc powyższe rozważania do rozpatrywanego stanu faktycznego, Izba zważyła, że w tym konkretnym przypadku powołania się przez wykonawcę – (...) Grupa (...) Sp. z o.o. na zasoby ekonomiczne w postaci polisy ubezpieczeniowej potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia podmiotu innego – (...) Sp. z o.o., zachodzi niewątpliwie „stosowna sytuacja”, o której mowa w art. 47 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE a udostępnienie to ma charakter rzeczywisty. Spółka (...) Sp. z o.o. – podmiot udostępniający swoje zasoby ekonomiczne, należy do tej samej grupy kapitałowej, co spółka odwołującego i jest spółką dominującą (głównym udziałowcem (...) Grupa (...) Sp. z o.o.), co wynika z odpisu Krajowego Rejestru Sądowego. Dodatkowo z treści pisemnego zobowiązania (...) Sp. z o.o., złożonego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, wynika, że podmiot ten zobowiązuje się do oddania odwołującemu do dyspozycji zasobów finansowych i ekonomicznych, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Zatem powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego w tym konkretnym przypadku ma charakter realny.

**87. Sygn. akt: KIO 2248/11, KIO 2249/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r.**

Izba wyraża pogląd, iż w wyniku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp na gruncie rozpoznawanej sprawy (...) uprawnione było do przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, a zamawiający zobowiązany był uwzględnić doświadczenie tego podmiotu przy ocenie, czy (...) wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i do-

świadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp). (...) Przywołany przepis ustawy daje wykonawcom ubiegającym się o zamówienie możliwość korzystania z potencjału podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy. W takim przypadku wykonawca, który samodzielnie nie spełnia przykładowo warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia i wiedzy, może skorzystać w tym zakresie z potencjału podmiotu trzeciego i uzyskać możliwość skutecznego ubiegania się o zamówienie publiczne. Ciężar dowodu dysponowania niezbędnymi zasobami w okresie korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia spoczywa na wykonawcy (art. 14 ustawy w zw. z art. 6 kc). Za taki dowód, służący wykazaniu spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego, ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy uznał pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych zasobów wykonawcy. W konsekwencji, skoro zobowiązanie podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, należy je zakwalifikować do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 zdanie 1 ustawy. (...) Zważywszy powyższe Izba stoi na stanowisku, iż w przypadku, gdy zamawiający wykonując obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 Pzp, wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wykonawca ten, czyniąc zadość wezwaniu zamawiającego, jest uprawniony do przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp oraz innych, adekwatnych dokumentów.

#### **88. Sygn. akt: KIO 2422/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r.**

Odnosząc się do kwestii dopuszczalności przedstawienia przez wykonawcę zasobów innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 2b Pzp w ramach uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, Izba wzięła pod uwagę, iż zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Pzp dopuszcza się uzupełnienie oświadczeń i dokumentów w zakresie określonym w art. 25 ust. 1 Pzp, a zatem w zakresie dotyczącym wykazania m.in. spełnienia warunków udziału w postępowaniu (pkt 1 ww. przepisu). Skoro zatem, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu może polegać na zasobach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, to należy uznać, że nie ma przeszkód, aby w świetle ww. regulacji uznać, że wykonawca, który składając pierwotnie w ofercie dokumenty nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu wiedzy i doświadczeniu, może złożyć, na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia ww. dokumentów, dokumenty dotyczące innego podmiotu. Zauważyć należy, że ani przepis art. 26 ust. 3, ani też art. 26 ust. 2b Pzp nie zawierają ograniczenia w powyższym zakresie. Ponadto, wskazać należy, że podstawa do żądania zobowiązania podmiotu trzeciego, wynika wprost z przepisu ustawy Pzp tj. z art. 26 ust. 2b Pzp, dlatego dokument ten nie jest objęty katalogiem dokumentów wskazanych w ww. rozporządzeniu. Nie ma jednak żadnych wątpliwości, że jest to jeden z dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

#### **89. Sygn. akt: KIO 2572/11, KIO 2621/11, KIO 2623/11, KIO 2634/11, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r.**

Izba uznała, iż w omawianej sytuacji winna znaleźć zastosowanie tzw. wykładania *pro unijna* przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, w którym dopuszczono możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Wskazany przepisem ustawodawca dokonał implementacji do krajowego porządku między innymi art. 47 ust. 2 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

(tzw. Dyrektywa klasyczna). W art. 47 ust. 2 Dyrektywy dopuszczono możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów w celu wykazania sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy. Przy implementacji przepisu Dyrektywy w art. 26 ust. 2b ustawy krajowej pominięto sytuację ekonomiczną wykonawcy, której wykazanie mogło odbyć się poprzez skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego. Przyjęcie, iż ustawodawca celowo zawęził możliwość skorzystania z potencjału podmiotów trzecich wyłącznie do sytuacji finansowej tych podmiotów, stawałoby pod znakiem zapytania prawidłowość wprowadzenia przepisu Dyrektywy do porządku krajowego państwa członkowskiego zobowiązanego do jej przestrzegania. Izba w całości przychyliła się do argumentacji prezentowanej w wyroku KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 269/11 i wywodów tam zawartych w części w jakiej dotyczą one wykładni przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, która przy niepełnej, czy też nieprawidłowej implementacji Dyrektywy powinna uwzględniać rezultat określony w dyrektywie (tzw. Prounijna wykładnia przepisów). Wykładnia ta stanowi jeden z podstawowych instrumentów zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowego w Państwach Członkowskich, koniecznym jest jej zastosowanie, a więc powinno to mieć miejsce także w niniejszym stanie faktycznym. Należy bowiem dokonać takiej wykładni prawa krajowego, która jest zgodna z treścią i celem danej dyrektywy i powinna być ona „(...) dokonywana tak dalece, jak to możliwe, aby osiągnąć rezultat określony w dyrektywie” (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2010 r., I S.A./Wr1637/09, LEX 570 107). Interpretacja prawa krajowego musi więc bezwzględnie uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, ponieważ w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia do ustawodawstwa krajowego „tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się na nie przed sądem krajowym” (orzeczenie ETS z 17 listopada 1993 r. (sygn. akt C – 71/92) w sprawie Komisja Europejska przeciw Królestwu Hiszpanii). (...) A ponieważ „prounijna wykładnia jest uznanym instrumentem wdrożenia prawa europejskiego do wewnętrznego porządku prawnego, to od organów stosujących prawo w państwach Unii Europejskiej oczekuje się interpretacji prawa wewnętrznego zgodnej z prawem europejskim (co wynika z art. 5 Traktatu Rzymskiego)” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r., K 2/02 OTK-A 2003, nr 1, poz. 4), a obowiązek prawidłowej wykładni dyrektywy dotyczy wszystkich organów Państw Członkowskich UE w zakresie ich kompetencji, w tym także Krajowej Izby Odwoławczej. Tak więc, mając na uwadze okoliczność osiągnięcia rezultatu zakładanego w Dyrektywie, sformułowanie zawarte w treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, iż wykonawca może polegać jedynie na „zdolnościach finansowych innych podmiotów” należy rozumieć jako zdolność dotyczącą zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej wykonawcy. Zastosowanie takiej wykładni przepisu nie tylko czyni zadość osiągnięciu celu, jakim miało być ułatwienie dostępu do rynku zamówień publicznych i pogłębienie konkurencyjności, ale także zapewnia spójność przepisów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej. Zarówno w Dyrektywie (art. 47 ust. 1), jak i w przepisach krajowych (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy i § 1.1 rozporządzenia w sprawie dokumentów [Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.]) sytuacja finansowa i ekonomiczna wykonawców jest traktowana łącznie i nie ma rozróżnienia, które z dokumentów, jakich może żądać zamawiający dotyczą sytuacji finansowej, a które ekonomicznej. Zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i Dyrektywa łącznie odnosi się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców.

### **Art. 26 ust. 3**

#### **90. Sygn. akt: KIO 1514/11, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2011 r.**

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że załącznik nr 16 do oferty jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Trzeba podkreślić bowiem, iż przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp nie znajduje zastosowania do uzupełniania treści oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (art. 66 § 1 kc). Zamawiającego prawidłowo dokonał kwalifikacji załącznika nr 16 do oferty odwołującego uznając go za treść oferty, a nie – jak postulował odwołujący – do dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. W ocenie Izby należy przede wszystkim wskazać, iż załącznik nr 16 do oferty, jest dokumentem opisującym oferowane rozwiązanie pod względem technicznym i technologicznym, określa zatem przedmiot oferty wykonawcy. Nie jest tym samym ani dokumentem, ani też oświadczeniem, które wypełniałoby dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Należy bowiem odróżnić dokumenty i oświadczenia potwierdzające, że określone dostawy, roboty budowlane czy usługi spełniają wymagania określone w siwz, od samej treści oferty, w której wykonawcy wskazują przedmiot swojego świadczenia (oferty). Wykonawca w tym zakresie składa oświadczenie woli, które jest dla niego wiążące. Tym samym nie znalazł potwierdzenia zarzut uchybienia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie podniesionym w odwołaniu. Ustawodawca odróżnia ofertę od tzw. dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz od oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w siwz – tzw. dokumenty o charakterze przedmiotowym zdefiniowane w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Uzupełnieniu w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp podlegają wyłącznie dokumenty podmiotowe i przedmiotowe, a zastosowanie tego trybu w odniesieniu do spełniania przez ofertę merytorycznych wymagań postawionych przez zamawiającego w siwz nie jest dopuszczalne. Oferta podlega wyjaśnieniu w zakresie dotyczącym jej treści zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy, czy też poprawieniu zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 ustawy, natomiast treść oferty nie może być w toku postępowania zmieniona ani uzupełniana z wykorzystaniem procedur określonych w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp. Podkreślenia wymaga, iż dla oceny, czy w konkretnym stanie faktycznym znajduje zastosowanie przepis art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 znaczenie rozstrzygające ma treść analizowanego dokumentu czy oświadczenia tj. ustalenie czy stanowi on treść oferty, czy też jest tzw. dokumentem przedmiotowym lub podmiotowym. Ustalenie to determinuje dalsze działania i umożliwia zastosowanie właściwych przepisów ustawy (tak też wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2010 r. – sygn. akt KIO/ UZP 381/10).

#### **91. Sygn. akt: KIO 1557/11, Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 r.**

Odwołujący zakwestionował czynność zamawiającego polegającą na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, na którą powołał się zamawiający w piśmie z dnia 13 lipca 2011 r. aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie, zaś dopiero w razie nieuzupełnienia tych dokumentów zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wzywa” jednoznacznie wskazuje, że zamawiający ma nie tylko uprawnienie, ale obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. W orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dominuje, prezentowany również przez skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, pogląd, że sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym przedłożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe pogląd wywodzi się z wniosku *a maiori ad minus*. Jeżeli w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów,



które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów), to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz osób, robót, dostaw czy usług), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1724/09; KIO/UZO 1731/09, wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 463/10, wyrok KIO z dnia 9 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1495/09). (...)

Dostrzeżenia wymaga, że z obowiązku wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wywodzi się konieczność dochowania precyzji i jednoznaczności w stosownym wezwaniu. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwala bowiem na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu, zaś skutek nieuzupełnienia dokumentów w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest daleko idący. Konieczność precyzyjnego i jednoznacznego żądania obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy (tak m.in. 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). Podnieść należy, że szczegółowość wezwania uzależniona jest od okoliczności danego stanu faktycznego. Przykładowo, w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą nie składa żadnych wymaganych dokumentów, wystarczającym może okazać się żądanie ich złożenia w określonym terminie. Jednakże w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą składa dokumenty w celu spełnienia 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. (...) Reasumując, niejasny charakter wezwania doprowadził do sytuacji, w której domysłem wykonawcy pozostawiono stwierdzenie, w jakim zakresie ma zostać dokonane wyjaśnienie lub uzupełnienie, w jakim zakresie złożone przez zamawiającego dokumenty nie potwierdzają w ocenie zamawiającego opisanego przez niego warunku udziału w postępowaniu. Wobec niewyczerpania procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów, Izba stwierdziła zatem, że czynność wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty była przedwczesna. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż zarzuty odwołującego dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp były zasadne.

## **92. Sygn. akt: KIO 1867/11, Wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r.**

Niemniej jednak, mimo ustalenia, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba uznała, że czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania (a w konsekwencji odrzucenia jego oferty) była co najmniej przedwczesna. Zamawiający ma obowiązek poprzedzić decyzję o wykluczeniu wezwaniem do złożenia prawidłowych dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W niniejszej sprawie Zamawiający wezwanie takie wystosował, jednakże nie było ono prawidłowe. Mimo że Zamawiający w wyniku oceny złożonych ofert doszedł do wniosku, że brakuje w ofercie Odwołującego dokumentów potwierdzających należyte wykonanie umów, to nie wezwał wykonawcy do złożenia takich właśnie dokumentów, ale do złożenia umów, które jak sam stwierdził, nie są odpowiednimi dokumentami. Okoliczność błędnego sformułowania wezwania została przez Zamawiającego przyznana na rozprawie. Ponieważ Zamawiający ma – wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – obowiązek wezwania wykonawców, którzy nie złożyli

wymaganych dokumentów, do ich złożenia, a obowiązek ten można uznać za wypełniony tylko w sytuacji prawidłowego sformułowania wezwania, Izba nakazała ponowne wykonanie tej czynności, a po jej przeprowadzeniu, powtórzenie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

### **93. Sygn. akt: KIO 1886/11, Wyrok KIO z dnia 12 września 2011 r.**

Zatem nieodzownym warunkiem było, aby dokumenty oferty potwierdzały wszelkie wymagania nie później niż na dzień składania ofert. Procedura uzupełniania brakujących lub wadliwych dokumentów przewidziana art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stwarza możliwość wykonawcy, aby uzupełnił on w sposób dopuszczalny dokumenty swojej oferty, nie odstępuje jednak od wymogu, że składane w tym trybie dokumenty i oświadczenia mają potwierdzać spełnienie ustalonych warunków, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołujący nie zaprzeczył okolicznościom, że w Niemczech wydaje się dokumenty urzędowe potwierdzające niekaralność osób oraz samego wykonawcy jako podmiotu zbiorowego o braku zakazu ubiegania się o zamówienie. (...) Izba podziela pogląd odwołującego, iż możliwe jest uwzględnienie dokumentu wystawionego później niż z datą składania ofert, ale wyłącznie gdy w jego treści poświadczą się urzędowo stan istniejący na określony dzień, tj. na dzień składania ofert, np. co jest możliwe w przypadku zaświadczeń z urzędu skarbowego o braku zaległości na oznaczony termin. (...) Nie podlegały uwzględnieniu oświadczenia osób i podmiotu uczestniczącego w konsorcjum, jako mające zastąpić wymaganą treść samego dokumentu, który na potwierdzenie niekaralności określonych osób i spółki został złożony przez odwołującego w trybie uzupełnienia dokumentacji jego oferty.

### **94. Sygn. akt: KIO 2018/11, Wyrok KIO z dnia 30 września 2011 r.**

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, należało uznać, że odwołujący nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Niestaranność ze strony odwołującego w złożeniu dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może stanowić uzasadnienia do odmiennego traktowania odwołującego w postępowaniu, niż każdego innego wykonawcy. Zamawiający oceniając składane przez wykonawców dokumenty jest związany przepisami ustawy Pzp, a przy tym w szczególności zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, ciężar udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu leży po stronie wykonawcy. Zamawiający nie może w toku oceny składanych dokumentów domniemywać jakichkolwiek okoliczności. Uzupełnienie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp może odbywać się wyłącznie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie może być jednokrotne, a złożone przez wykonawcę wyjaśnienie w piśmie z dnia 2 września 2011 r. nie może zastępować dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego, który był wymagany w warunkach opisanych w specyfikacji. Brak złożenia wymaganego dokumentu w zakreślonym w wezwaniu terminie wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, niezależnie od faktycznych przyczyn, które leżały wyraźnie po stronie wykonawcy. (...) W ocenie Izby ww. złożony na rozprawie dokument nie może mieć istotnego znaczenia dla oceny czy odwołujący uzupełnił wymagany dokument na wezwanie zamawiającego. Podkreślić należy, że termin do uzupełnienia dokumentów nie podlega przywróceniu. Zamawiający może dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie na podstawie dokumentów złożonych w ofercie lub uzupełnionych przez wykonawcę w wyznaczonym terminie. W tym przypadku należało uznać, że wykonawca składając oświadczenie niepotwierdzające jednoznacznie, iż wykonana robota stanowiła budowę stacji paliw w rozumieniu art. 3 ustawy Prawo budowlane, nie uzupełnił wykazu w wymaganym zakresie, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.



**95. Sygn. akt: KIO 2050/11, KIO 2066/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r.**

Sama możliwość wymiany osób, którymi dysponuje wykonawca i które pierwotnie wykazał na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, poprzez uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jest potwierdzona ustalonym orzecznictwem sądów okręgowych i Izby oraz przede wszystkim znajduje oparcie w brzmieniu adekwatnych przepisów. W zakresie zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp jak najbardziej mieści się uzupełnianie/wymiana dokumentów, które nie zawierają błędów formalnych a z ich treści wynika, że wykazane usługi, osoby... etc... nie spełniają wymagań postawionych przez zamawiającego. W przypadku gdy w świetle powołanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów) tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki (*a maiori ad minus*).

**96. Sygn. akt: KIO 2148/11, Wyrok KIO z dnia 19 październik 2011 r.**

Artykuł 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych określa kilka przypadków, w których Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Jednym z przypadków jest niezłączenie do oferty wymaganych dokumentów, innym zaś jest złożenie dokumentów zawierających błędy. W ocenie Izby, wykonawca powinien mieć świadomość, który z tych przypadków ma miejsce, gdyż okoliczność ta ma wpływ na działania wykonawcy po otrzymaniu wezwania i zakres dokumentów, jakie złoży czyniąc zadość żądaniu Zamawiającego. Informacja w tym zakresie powinna więc wynikać z pisma skierowanego przez Zamawiającego do wykonawcy.

**97. Sygn. akt: KIO 2182/11, Wyrok KIO z dnia 21 październik 2011 r.**

Nie ma przeszkód do uznania, że ewentualne uzupełnione dokumenty mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert, jeśli tylko potwierdzają spełnianie warunków na konkretny, wskazany przez ustawodawcę i jednolity dla wszystkich wykonawców termin – najpóźniej na dzień składania ofert. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazał bowiem, iż mogą to być jedynie dokumenty wystawione przed upływem terminu składania ofert.

(...) powszechnie przyjmuje się, że wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu w postępowaniu powinno mieć miejsce tylko raz. Powyższe wyznacza zasada równego traktowania przez zamawiającego wykonawców w postępowaniu. Dostrzec trzeba, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W sprawie Odwołujący był wzywany do uzupełnienia spornego dokumentu, co powoduje, że ponowne wezwanie w tym zakresie byłoby niedopuszczalne.

**98. Sygn. akt: KIO 2254/11, KIO 2258/11, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2010 r.**

Jak trafnie zauważono w wyroku z dnia 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1649/10 w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany wezwać wykonawców do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, jak również pełnomocnictwa w wyznaczonym przez siebie terminie. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust. 3 nie określa w sposób wyraźny jak długi powinien być to termin, nie precyzuje też wskazówek, którymi Zamawiający powinien kierować się przy wyznaczaniu tego terminu. Mimo to, biorąc pod uwagę wykładnię celowościową tego przepisu, przyjmuje się, że powinien być to termin odpowiedni, a więc umożliwiający uzupełnienie oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę, działającego z należytą starannością i w toku zwykłych czynności. Ponadto pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Izby: „..."

jakkolwiek nie zostało to wyrażone *expressis verbis* w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jasne jest, iż, aby zrealizować cel tego przepisu, Zamawiający powinien wyznaczyć odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów, czyli realny dla wykonawcy zachowujący należytą staranność” (por. wyrok Izby z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 901/09 905/09).

#### **99. Sygn. akt: KIO 2282/11, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2011 r.**

Wezwanie do uzupełnienia brakującego dokumentu jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem zamawiającego, który może odstąpić od wezwania jedynie w sytuacji wskazanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czyli wówczas, gdy pomimo złożenia brakujących dokumentów oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Okolicznością uzasadniającą odstąpienie od wezwania wykonawcy od uzupełnienia brakujących dokumentów nie może być przypuszczenie zamawiającego, iż wykonawca dokumentów takich nie posiada. Mimo że wniosek taki wypływa z treści złożonej wraz z ofertą przystępującego „Oceny toksyczności i szkodliwości” produktu, gdzie wprost stwierdza się, iż przeprowadzenie takich badań wydaje się być niecelowe, zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy bez jego uprzedniego wezwania do złożenia brakującego dokumentu.

#### **Art. 26 ust. 4**

#### **100. Sygn. akt: KIO 1882/11, KIO 1895/11, Wyrok KIO z dnia 14 września 2011 r.**

W ocenie Izby interpretacja przepisów art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy poczyniona przez zamawiającego jest błędna. (...) W ocenie Izby obowiązku nałożone przez ustawodawcę wynikające z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy są niezależne od siebie, a zależą od sytuacji faktycznej zaistniałej w postępowaniu. Każdy z tych przepisów służy realizacji innej funkcji. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy ma umożliwić zamawiającemu ocenę oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, albo złożył dokumenty zawierające błędy. Instytucja uzupełniania dokumentów nie służy natomiast wyjaśnianiu treści złożonych dokumentów, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości, wówczas zamawiający ma obowiązek zastosować wezwanie z art. 26 ust. 4 ustawy. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z klasycznym przykładem sytuacji, w której zamawiający powinien był powziąć wątpliwości, co do treści złożonych na potwierdzenie spełniania warunków dokumentów. Ten przykład to rozbieżności pomiędzy wykazem wykonanych usług firmy (...), a załączoną do wykazu referencją. Natomiast sytuacja wezwania do uzupełnienia dokumentów zachodzi wtedy, gdy nie ma wątpliwości co do treści dokumentów, ale nie wykazują one spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zawierają błędy.

#### **101. Sygn. akt: KIO 2072/11, Wyrok KIO z dnia 7 października 2011 r.**

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp, uzupełnianie i wyjaśnianie oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą, dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, służy wyłącznie tryb określony w przepisach art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Podstawę kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, stanowi wykaz usług sporządzony przez wykonawcę i dokumenty wystawione przez odbiorców usług, potwierdzające należyte ich wykonanie. Ewentualne braki w tym zakresie, po wyczerpaniu procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, nie podlegają uzupełnieniu. W szczególności brak jest jakichkolwiek podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazanego przez odwołującego jako zarzut zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności poprawiania w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten dotyczy poprawiania omyłek w treści (merytoryczna część) oferty w toku jej oceny

i nie może być stosowany do kwalifikacji podmiotowej wykonawców (badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu).

### **102. Sygn. akt: KIO 2451/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r.**

Skład orzekający Izby stwierdza, że w trakcie badania ofert u zamawiającego mogą się rodzić wątpliwości w każdym zakresie i dlatego przepis art. 26 ust. 4 Pzp nie zacieśnia kręgu zagadnień w zakresie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Przepis ten daje zamawiającemu w zasadzie nieograniczoną możliwość zwracania się o wyjaśnienia do wykonawców. Również żadne przepisy nie ograniczają zamawiającego w zwracaniu się o wyjaśnienia do podmiotów trzecich, o ile wykonawcy nie udzielą wyczerpujących wyjaśnień. Jedynym wskazaniem ustawodawcy w zakresie zwracania się zamawiającego o wyjaśnienia jest przytoczony przepis art. 26 ust. 4 Pzp wskazujący w domyśle na wykonawcę, gdyż zamawiający tylko może wzywać wykonawcę, a więc zamawiający musi żądając wyjaśnień zawsze zwrócić się do wykonawcy.

#### **Art. 27 ust. 1**

### **103. Sygn. akt: KIO 1984/11, KIO 1987/11, Wyrok KIO z dnia 30 września 2010 r.**

Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosownie do art. 14 ustawy Pzp, ciężar dowodu spoczywa osobie, która z wykazywanego faktu wywodzi skutki prawne. Wobec przedłożenia przez zamawiającego dowodów w postaci potwierdzeń nadania faksu, na odwołującym się spoczywał ciężar udowodnienia, że przedmiotowego faksu nie otrzymał. Odwołujący się nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie prezentowanego stanowiska. W tym zakresie Izba wskazuje na – powoływaną również przez odwołującego się – uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 roku III PZP 170/2002,

(...) przedłożenie przez zamawiającego pozytywnego raportu wysłania faksu stwarza domniemanie prawne, iż odwołujący się oświadczenie to otrzymał w sposób pozwalający na zapoznanie się z jego treścią. Odwołujący się – o ile temu zaprzecza – powinien był wykazać, że oświadczenia tego nie otrzymał. Wykazanie takie powinno nastąpić za pomocą środków dowodowych, chociażby takich, jak wykaz połączeń faksowych z urządzeniem faksowym odwołującego się w danym dniu czy potwierdzeniem, iż urządzenie faksowe odwołującego się nie funkcjonowało w sposób prawidłowy. Wobec braku jakiegokolwiek dowodu na tę okoliczność przyjąć należy, iż wystosowane przez zamawiającego wezwanie odwołujący się otrzymał w dacie wynikającej z dowodów złożonych przez zamawiającego i w tym dniu mógł się zapoznać z treścią tego wezwania zapoznać. Reasumując powyższe stwierdzić należy, że odwołujący się nie udowodnił w sposób dostateczny, iż nie otrzymał wezwania i wyłącznie z tego powodu nie uzupełnił dokumentów wymaganych przez zamawiającego. Brak żądanych dokumentów pozwala na stwierdzenie, że odwołujący się nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego się z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą należy uznać za uzasadnioną.

#### **Art. 29 ust. 1**

### **104. Sygn. akt: KIO 1463/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r.**

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy poprzez niepodanie treści rozkładów jazdy, zgodnie z którymi ma być świadczona komunikacja na liniach wyznaczonych przez zamawiającego. (...) zasługuje na uwzględnienie. Izba ustala, że zgodnie z pkt 1 siwz jak i § 1 wzoru umowy – załącznik nr 4 do siwz zamawiający oczekuje świadczenia usług

przewozowych zgodnie z rozkładem jazdy, nadto w ramach kalkulacji ceny nakazuje wykonawcom uwzględnić koszty pracowników jak i koszty zatrzymywania się autobusów na przystankach i dworcach. Izba dała wiarę odwołującemu, że skalkulowanie tych dwóch elementów cenotwórczych ceny za jeden wozokilometr bez znajomości metody świadczenia usługi transportu zbiorowego w danym mieście jest znacznie utrudnione i obciąża wykonawców znacznym ryzykiem przy kalkulacji oferty. Izba wskazała, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia odwołującego, że w zależności od przyjętej metody świadczenia usługi, która może być odmienna w różnych miastach, w różny sposób wykonawcy będą musieli gwarantować zapewnienie wykonania usługi i jej ciągłości. Izba uznała, że podanie jedynie ilości przystanków i wozokilometrów bez informacji na temat schematów częstotliwości kursowania autobusów i ilości linii utrudnia wykonawcom dokonanie wyceny świadczonej usługi, zwłaszcza, że zamawiający opisał elementy cenotwórcze, które zobowiązany jest uwzględnić wykonawca. Izba wzięła pod uwagę informacje przekazane przez zamawiającego, co do tego, że obecnie funkcjonujące rozkłady jazdy z uwagi na ich tymczasowy charakter wynikający z prowadzonych prac inwestycyjnych na terenie miasta są nieprzydatne dla wykonawców. Izba jednak stoi na stanowisku, że możliwe jest przez zamawiającego określenie ram funkcjonowania jego systemu komunikacji zbiorowej poprzez podanie ilości przewidywanych linii, rozkładu częstotliwości i odstępów czasowych pomiędzy kursami. Izba uważa, że niecelowe byłoby nakazywanie zamawiającemu załączania rozkładów jazdy, które w dacie rozpoczęcia świadczenia usługi nie będą funkcjonować, ale zamawiający znając swoją podstawową bazę połączeń komunikacyjnych jest w stanie przewidzieć zakładaną ilość linii, jest w stanie także określić ile linii będzie funkcjonować z niską częstotliwością co godzinę, lub dwie, ile z regularną częstotliwością co 10 min, a ile ze zmienną częstotliwością w zależności od przyjętych okresów szczytu komunikacyjnego. To zamawiający wie, czy i w jakich godzinach w jego mieście przypada szczyt komunikacyjny i jest w stanie tę okoliczność podać, nadto wie także w jakich godzinach, czy też przez całą dobę istnieje u niego zapotrzebowanie na świadczenie usług. W ocenie Izby podanie tych schematów w miejsce żądanych przez odwołującego rozkładów jazdy umożliwi wykonawcom, w szczególności nieznaną specyfikę komunikacyjnej Miasta T. na skalkulowanie swoich ofert. W tym zakresie Izba uznała, że zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący z podaniem wszelkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający naruszył zatem art. 29 ust. 1 ustawy poprzez nie podanie powyższych informacji.

#### **105. Sygn. akt: KIO 2649/11, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r.**

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że przytoczone powyżej postanowienia SIWZ, jak również postanowienia wzoru umowy, są nieprecyzyjne bowiem na ich postawie nie jest możliwe określenie rozmiaru i zakresu prac, które wykonawca będzie zobowiązany wykonać w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Nie ulega również wątpliwości, że postanowienia „W przypadku, jeśli zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz wiedzy technicznej okaże się lub Zamawiający przed lub w trakcie wykonywania robót uzna, iż niektóre lub wszystkie z wykonanych już prac lub elementów będą musiały zostać powtórzone lub poprawione, ewentualnie w całości lub części rozebrane i wykonane ponownie, Wykonawca ujmie je w swoich kosztach robót i zobowiązuje się wykonać te prace w ramach niniejszej umowy, bez dodatkowego wynagrodzenia oraz dochowując zakładane terminy wykonania poszczególnych etapów i elementów budowy. W powyższym zakresie Wykonawca oświadcza, iż konieczność taką wziął pod uwagę przy ustalaniu ceny ofertowej” oraz „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania prac określonych w § I zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, warunkami niniejszej umowy, obowiązującymi przepisami prawa (w szczególności

prawem budowlanym, normami technicznymi, przepisami bhp, przepisami o ochronie ppoż.), zaleceniami Zamawiającego oraz sztuką budowlaną” pozostawiają zbyt dużą dozę uznaniowości w zakresie wykonanych dotychczas prac i elementów, które będą musiały zostać powtórzone lub poprawione (ewentualnie rozebrane jak i wykonane ponownie). (...) Zatem Izba zwróciła również uwagę na obowiązek wykonawców dokonania wizji lokalnej. Powyższe postanowienia specyfikacji potwierdzają, że Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Tak sprecyzowanymi zapisami specyfikacji Zamawiający przerzucił na wykonawców, ciążący na nim ustawowy obowiązek precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciążył w ten sposób wykonawców wykonaniem obowiązku, który w świetle ustawy ciąży na Zamawiającym.

#### **106. Sygn. akt: KIO 2699/11, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2011 r.**

Art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że 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. Zamawiający w załączniku nr 2 pakiet 2 w pozycjach 3 i 4 wpisał słowa: „L-185” i „L-225”. W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśniał, iż takie oznaczenie nie ma żadnego zastosowania, oznacza wyłącznie symbol. Izba zauważyła jednak, iż skoro oznaczenie nie ma zastosowania, nie jest zatem niezbędne wpisywanie takiego oznaczenia do treści SIWZ. Ponadto, zgodnie z dyspozycją artykułu 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro przedmiot zamówienia powinien być określony poprzez użycie dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, to umieszczenie określeń, które nie są jasne, lub które mogą powodować różną interpretację tego samego zapisu, w ocenie Izby może naruszać równe traktowanie wykonawców. Dowodem na niejasność wskazanego zapisu może być chociażby sam przebieg rozprawy. Zamawiający oraz Odwołujący ten sam zapis SIWZ rozumieją w sposób odmienny. Zamawiający wskazuje na określenie symbolu, zaś Odwołujący przywołuje zapisy dokumentacji technicznych, w których oznaczenia podane przez Zamawiającego mogą wskazywać na wysokość lub długość obejmy. Zamawiający wyjaśniał także w odpowiedzi na odwołanie, iż dopuścił rozwiązania równoważne, na co wskazał w nazwie pakietu. Izba zauważyła jednak, iż wskazanie równoważności w nazwie pakietu jest nieprecyzyjne i wcale nie wynika, aby równoważność odnosiła się akurat do spornych określeń „L-185” i „L-225”. Zatem, w ocenie Izby określenia te, jako nie mające uzasadnienia dla wymagań Zamawiającego, a także niezrozumiałe, pozostawiające swobodną interpretację oraz mogące mieć w przyszłości wpływ na ocenę ofert wykonawców przez Zamawiającego, powinny zostać usunięte z treści SIWZ. Mogą bowiem powodować wątpliwości i rozbieżności interpretacyjne przy ocenie ofert i jako takie prowadzić do nierównego traktowania wykonawców.

#### **Art. 29 ust. 2**

#### **107. Sygn. akt: KIO 1442/11, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2011 r.**

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i żądania wprowadzenia do opisu przedmiotu zamówienia oraz zał. Nr 15 do SIWZ (Główne postanowienia umowy) minimalnego okresu na wprowadzenie bielizny i odzieży dzierżawionej, oznakowanie odzieży i bielizny chipami, wdrożenie radiowego systemu odczytu chipów i systemu komputerowego on-line ewidencji wykonywanych usług wynoszącego co najmniej trzy miesiące licząc od daty zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy,



jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. Odwołujący się podnosząc, że przedmiotu zamówienia nie można zrealizować bez uprzedniego wyznaczenia wykonawcy terminu na przygotowanie się do wykonania umowy bierze pod uwagę jedynie własne możliwości. Z faktu, że odwołujący się nie jest w stanie obecnie sprostać warunkom, na jakich realizowany będzie przedmiot zamówienia, nie można wywodzić, iż na rynku nie ma ani jednego podmiotu, który będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Izba stwierdza, że prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. W ocenie Izby żadna ze wskazanych okoliczności nie została przez odwołującego się wykazana w sposób uzasadniający uwzględnienie zarzutu.

#### **108. Sygn. akt: KIO 2023/11, Wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r.**

(...) prawidłowe określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i prawem zamawiającego. Celem przyznania zamawiającemu przez ustawodawcę uprawnienia w zakresie możliwości precyzowania cech przedmiotu zamówienia jest ochrona jego zobiektywizowanego interesu. Tym samym zamawiający uprawniony jest do takiego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, który umożliwia otrzymanie przez zamawiającego produktu odpowiadającego jego potrzebom. W przypadku, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, a tak w ocenie składu orzekającego Izby jest w niniejszym przypadku, zamawiający uprawniony jest do wprowadzenia wymogów, które zawężają krąg potencjalnych wykonawców, jednakże zawężenie to następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. (...) okoliczność, jaką wskazywał odwołujący na rozprawie, że nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wszystkich wymaganych parametrów nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji. W celu udowodnienia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, odwołujący winien był wykazać, że wymagania określone w siwz nie wynikają ze zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego, a oczekiwania co do parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia.

#### **109. Sygn. akt: KIO 2009/11, Wyrok KIO z dnia 10 października 2011 r.**

Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji jest naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający użyje oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta (dostawcę) lub konkretny produkt, działając w ten sposób wbrew zasadzie obiektywizmu i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, jak i wówczas, gdy dokona opisu przedmiotu zamówienia, stawiając wymogi nadmierne, nieuzasadnione swoimi potrzebami, ograniczając tym możliwość złożenia oferty na warunkach uczciwej konkurencji. Treść przepisów wskazuje zatem, że opis przedmiotu zamówienia powinien być neutralny i nie utrudniający uczciwej konkurencji, nie może również bezpośrednio ani pośrednio uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców. Równocześnie jednak należy podkreślić, iż opis przedmiotu zamówienia musi być tak określony, by odzwierciedlał rzeczywiste, racjonalne potrzeby Zamawiającego. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób, z którego wynika, iż jego potrzebę spełni zamówienie, którego przedmiot stanowi produkt wysokiej jakości, technologicznie zaawansowany, adekwatny do celów, jakim ma służyć. Fakt, iż niewielu wykonawców, w tym odwołujący się w danej sprawie, nie może spełnić wymagań zamawiającego, nie stanowi jeszcze o narusze-



niu przepisów Pzp wskazanych przez Odwołującego w niniejszym Postępowaniu. (...) brak jest przedstawienia standardu rynkowego, który potwierdziłby, iż istotnie dla aparatu o określonym zaawansowaniu technicznym, jakiego oczekiwał Zamawiający, proponowane parametry graniczne nie znajdują uzasadnienia innego niż preferencja dla danego urządzenia czy producenta.

#### **110. Sygn. akt: KIO 2127/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r.**

Szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia jest zarówno obowiązkiem, jak i uprawnieniem zamawiającego. Oznacza to zarazem, że obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. Zachowując zasady ustawowe, zamawiający może tak opisać przedmiot zamówienia, by mu odpowiadał, a jednocześnie nie godził w zasadę uczciwej konkurencji. Wymogu takiego opisanie przedmiotu zamówienia, żeby nie utrudniało to uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z koniecznością istnienia zdolności do realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Jeżeli warunki stawiane przez zamawiającego (a wynikające m. In. Z opisu przedmiotu zamówienia) znajdują uzasadnienie w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia, to nie może być przyczyną ich ograniczenia fakt, że nie każdy produkt czy usługa dostępna na rynku może je spełnić. Fakt, że niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego i łatwiej uzyskać lepszą cenę oferty niż innemu wykonawcy, nie może być traktowany, jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji. (...) Stosowanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzące do narzucenia zamawiającemu zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i ograniczają zakres swobody w podejmowaniu decyzji związanych z działalnością zamawiającego, nie daje się pogodzić z postulatem racjonalności ustawodawcy. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie powinna być stosowana i interpretowana jedynie przez pryzmat pojmowanej absolutnie zasady równej konkurencji, a w oderwaniu od innego celu jej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania racjonalnych i celowych zakupów. Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być to potrzeby określone na poziomie minimalnym (vide: wyrok KIO z 26 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1702/10).

#### **111. Sygn. akt: KIO 2093/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r.**

Odwołujący miał obowiązek zarówno wskazania, iż oferuje materiały równoważne, jak i wykazania równoważności. Istotnie choć w przepisach ustawy Pzp brak przepisu, który wprost nakładałby na Zamawiającego obowiązek precyzowania wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert, wskazywania określonych parametrów i ich minimalnych wielkości dla oceny równoważności oferowanych produktów, niemniej jednak wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności ofert należy uznać co najmniej za pożądane w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a nadto przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zakazującego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję. Podanie przez Zamawiającego tzw. Parametrów równoważności ma zapobiegać arbitralności Zamawiającego na etapie oceny ofert i umożliwić wykonawcom kontrolę nad decyzjami Zamawiającego tak przy doborze parametrów równoważności, w celu zapewnienia rzeczywistej konkurencji, jak i na etapie badania ofert, aby oferta równoważna nie została przez Zamawiającego niesłusznie wyeliminowana. W orzecznictwie podnosi się, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

**112. Sygn. akt: KIO 2188/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.**

(...) zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Oznacza jedynie, iż zamawiający winien dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie.(...) Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagań ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji.(...) Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, (...) jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie uczciwej konkurencji. (...) w praktyce zamówień publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekraczające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do profilu ich oferty i rodzaju czy przebiegu działalności (...)

Reasumując, Izba, nie negując korzyści, jakie zapewnia zamawiającemu możliwość zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet, nie dostrzegła jednak konieczności utrzymania kwestionowanego parametru jako wymaganego, w sytuacji gdy prowadziłyby do faktycznego wykluczenia jakiegokolwiek konkurencji w postępowaniu. Wobec braku dostatecznego uzasadnienia obiektywnymi potrzebami zamawiającego, wymaganie aby system badań metodami biologii molekularnej posiadał możliwość zdalnej diagnostyki analizatorów przez Internet, jako działanie wbrew zasadzie uczciwej konkurencji, naruszało art. 29 ust. 2 ustawy i art. 7 ust. 1 Pzp, albowiem biorąc pod uwagę sytuację na badanym rynku ograniczało krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia w ten sposób, iż wyłączało faktycznie konkurencję eliminując produkty oferowane przez odwołującego i uniemożliwiając mu złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty.

**113. Sygn. akt: KIO 2272/11, Wyrok KIO z dnia 3 listopada 2011 r.**

Opis przedmiotu zamówienia, co oczywiste, jest czynnością zamawiającego, w której, uwzględniając postanowienia art. 29 ustawy pzp, precyzuje on swoje oczekiwania i wymagania co do zamawianego produktu. Nie można przy tym negować prawa zamawiającego do preferowania określonych rozwiązań technologicznych poprzez stosowaną punktację przy ocenie ofert, o ile jednak nie narusza to zasady określonej w art. 7 ustawy pzp.

**114. Sygn. akt: KIO 2295/11, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2011 r.**

Tym samym, w ocenie Izby, uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń Odwołującego, przesuwając w ten sposób cały ciężar do-

wodzenia wyłącznie na Zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, to należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Zdaniem Izby przeczy to zarówno kontrydiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu wyznaczonego regulacją art. 6 Kodeksu cywilnego, a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie uprawnia do takiego wniosku.

#### **115. Sygn. akt: KIO 2349/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

W ocenie Izby, brak jest również podstaw do rezygnacji przez Zamawiającego z wyrażeń „nie mniejszym” oraz „co najmniej” i ich zamiana na sformułowania zaproponowane przez Odwołującego. Izba przychyliła się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, że określenia „nie mniejszym” oraz „co najmniej” wyznaczają pewien poziom, zaś słowo „analogiczny” prowadzi do umożliwienia wprowadzenia czegoś podobnego, które jednak nie musi zawierać takich elementów, które Zamawiający obecnie posiada. Zaakceptowanie propozycji Odwołującego mogłoby prowadzić do konieczności rezygnacji przez Zamawiającego z posiadanych funkcjonalności.

#### **116. Sygn. akt: KIO 2588/11, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2011 r.**

W ocenie Izby powyższa argumentacja Odwołującego nie wskazuje na nierealność aktualnie przyjętego przez Zamawiającego terminu realizacji zamówienia tylko co najwyżej na to, że wcześniej określone przez Zamawiającego terminy były dłuższe. Zamawiający jednak w toku rozprawy przedstawił wiarygodną argumentację o konieczności przygotowania przedmiotu zamówienia – zgodnie ze zobowiązaniami międzynarodowymi Rzeczypospolitej Polskiej – do 15 marca 2012 r. Tej okoliczności Odwołujący w zasadzie nie zaprzeczył, wskazując jedynie, że inne państwa europejskie nie są także przygotowane do wdrożenia u siebie wskazanych systemów informatycznych, dlatego też możliwe będzie prawdopodobnie przesunięcie tego terminu. Powyższa argumentacja Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Okoliczność, iż inne państwa członkowie nie wywiązują się ze swoich zobowiązań co pozwala także Polsce na taki sam sposób działania, nie mogła być w żaden sposób przyjęta przez Izbę. Zamawiający w postanowieniach SIWZ przyjął termin realizacji zamówienia wynikający ze zobowiązań międzynarodowych państwa polskiego. To, że wcześniej wszczynał on postępowania, w których przewidywał *de facto* dłuższy okres realizacji zamówienia wynikało z możliwości czasowych Zamawiającego adekwatnych do wcześniejszego okresu i tym samym dłuższego terminu na realizację owych zobowiązań międzynarodowych. Odwołujący tymczasem nie udowodnił w żaden sposób, że nie jest możliwe przygotowanie kopii istniejącego już systemu informatycznego w czasie, który wynika ze wskazanych zobowiązań międzynarodowych. Odwołujący nie wykazał skomplikowanego charakteru przedmiotu zamówienia, konieczności podejmowania określonego rodzaju działań przy jego utworzeniu, które wymagałyby określonej rozpiętości czasowej poza końcowy termin realizacji zamówienia przewidziany przez Zamawiającego. To, że Odwołujący w dłuższym czasie przygotowywał podobne rozwiązanie dla Zamawiającego nie może świadczyć o niemożliwości aktualnego świadczenia. Z tych też względów odnoszenie się do przedłożonego przez Odwołującego harmonogramu realizacji tamtego zamówienia publicznego należało uznać za bezprzedmiotowe. U podstaw argumentacji Odwołującego leży tak naprawdę to, że ten właśnie wykonawca nie ma możliwości wykonania zamówienia w określonym przez Zamawiającego czasie, biorąc pod uwagę jego zasoby kadrowe i sprzętowe. Powyższe natomiast nie może wskazywać na obiektywną niemożność realizacji zamówienia. Dodatkową okolicznością w tej sprawie przy rozpoznaniu przedmiotowego zarzutu jest to, że do niniejszego postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden potencjalny wykonawca, popierając zarzuty odwołania (po stronie Odwołującego). Powyższe może uprawdopodobniać podniesioną powyżej argumentację i stanowisko Izby w przedmiocie wskazanego zarzutu.

**Art. 29 ust. 3****117. Sygn. akt: KIO 1470/11, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r.**

Jednocześnie wobec stawianych zarzutów, Izba uznała za stosowne odniesienie się do dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji dodającej sformułowanie „lub równoważny”. Odnosząc się do powyższej kwestii, tj. obowiązku ujęcia w opisie określenia „lub równoważne” w przypadku wykorzystania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy wskazać, iż oferta przedstawiająca produkt lub rozwiązanie równoważne to taka, która zawiera produkt zbieżny, nie zaś identyczny. Zamawiający dopuszczając produkt równoważny powinien więc w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamieścić istotne z jego punktu widzenia wymogi, jakim produkt ten powinien odpowiadać. Zatem dopuszczeniu składania ofert równoważnych musi towarzyszyć precyzyjne określenie przez Zamawiającego parametrów technicznych i wymogów jakościowych dotyczących ofert równoważnych. Bez takiego określenia nie istnieje możliwość porównania ofert. Dla oceny ofert w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych nie wystarczy dodanie sformułowania „lub równoważne”, ale w SIWZ konieczne jest określanie uściślające wymogi Zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równoważności ofert. Zamawiający w SIWZ powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert. W przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić ofert pod kątem własnych potrzeb oraz porównać złożonych ofert. Koniecznym jest zatem użycie przez zamawiającego sformułowań uściślających i podanie wymogów, (parametrów), odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert, bowiem jedynie precyzyjne określenie równoważności daje bowiem Zamawiającemu możliwość oceny i porównania złożonych ofert. Powyższy pogląd jest ugruntowanym stanowiskiem zarówno w orzecznictwie sądów okręgowych jak i Krajowej Izby Odwoławczej. Zatem, Zamawiający w opisanych przypadkach powinien doprecyzować zakres dopuszczalnej równoważności ofert, tak aby w przyszłości mógł dokonać oceny złożonych ofert, nie naruszając jednocześnie zasady równości i uczciwej konkurencji.

**118. Sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2011 r.**

Niewątpliwym jest, iż Zamawiający poza wskazaniem konkretnego certyfikatu nie określił żadnych wymagań co do przedkładanego certyfikatu równoważnego. Tymczasem to Zamawiający, dopuszczając dokument równoważny, powinien był w taki sposób sprecyzować postawione certyfikatowi równoważnemu wymogi, aby móc następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię jego równoważności. A ponieważ „produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry” (wyrok KIO z dnia z dnia 6 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 967/09) elementy badania równoważności bezwzględnie powinny zostać przez Zamawiającego określone. Zamawiający, na etapie postępowania odwoławczego, mimo braku faktycznego uwzględnienia odwołania w tej części, w istocie podjął próbę doprecyzowania owego wymogu, mówiąc o „równoważności roli”, „doświadczeniu stosownym do roli” czy też „certyfikacie analogicznym co do zakresu z certyfikatami wskazanymi z nazwy (...)”, nadal jednak nie dokonując jednoznacznej wykładni tego terminu dla potrzeb tego konkretnego postępowania. Systemy objęte certyfikatem – jak zgodnie podkreślali Odwołujący (...) i (...) – mimo iż różnią się zakresem, to jednak uzyskują ten sam produkt finalny. Dlatego też konieczne jest opisanie cech równoważności, co Zamawiający powinien uczynić, dokonując w tym zakresie zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym zarzut ten potwierdził się.

**119. Sygn. akt: KIO 1772/11, KIO 1783/11, Wyrok KIO z dnia 2 września 2011 r.**

W ocenie Izby wskazanie nazwy konkretnego produktu, systemu, technologii lub indywidualnych i właściwych dla określonego produktu cech stanowi wyjątek od zasady wyrażonej

w art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W takim wypadku, w ocenie Izby, nie jest wystarczające dopuszczenie rozwiązań równoważnych, lecz konieczne jest określenie zakresu równoważności. Należy zgodzić się z prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które powinny zostać określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Pożądane cechy oferowanego przez wykonawców produktu winny zostać precyzyjnie określone. Ich ogólne sformułowanie prowadzi bowiem do sytuacji, iż wykonawcy oferując produkt o zbliżonych cechach będą oczekiwać uznania go za odpowiadający założonym ogólnym parametrom, tj. uznania go za równoważny. Tym samym Zamawiający dopuszczając złożenie oferty na produkt równoważny winien wskazać, jakie cechy powinien on spełniać, aby mógł być za taki uznany. Znaczny stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia Zamawiającemu w większym stopniu podjęcie prawidłowej decyzji w tym zakresie. Jest to o tyle istotne, że na podstawie swoich wymagań określonych wyraźnie w SIWZ Zamawiający będzie mógł ocenić, czy złożone oferty na system równoważny są zgodne z treścią SIWZ. Brak doprecyzowania w niniejszym stanie faktycznym zakresu równoważności funkcji zarządzania sFlow dla przełącznika LAN 10GbE powoduje, iż trudno jest dokonać oceny, czy ewentualne inne rozwiązania spełniają wymagania Zamawiającego. Zamawiający winien określić bowiem, jakich zbliżonych cech dla tejże funkcjonalności oczekuje od innych urządzeń opartych na odmiennej technologii niż sFlow.

## **120. Sygn. akt: KIO 2235/11, Wyrok KIO z dnia 31 października 2011 r.**

Natomiast w przypadku równoważności, o której mowa w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotem odniesienia jest rozwiązanie referencyjne, porównuje się zatem konkretne materiały, produkty, ze swej istoty obejmujące cały konglomerat cech technicznych i jakościowych, co do których oczywistym jest, że nie mogą być identyczne. Z omawianych względów, w bogatym orzecznictwie Izby i sądów okręgowych orzekających w sprawach zamówień publicznych ugruntował się pogląd, że dopuszczając równoważne rozwiązania w trybie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązany jest jednocześnie określić parametry równoważności, tj. istotne cechy zamawianego produktu, które w jego ocenie o tej równoważności będą decydować. Określone tak parametry równoważności stają się na etapie badania i oceny ofert punktem odniesienia dla badanej oferty. Precyzyjne określenie wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać oferty. Podanie przez zamawiającego w SIWZ tzw. Parametrów równoważności ma zapobiegać arbitralności zamawiającego na etapie oceny ofert i umożliwić wykonawcom kontrolę nad decyzjami zamawiającego tak przy doborze parametrów równoważności, w celu zapewnienia rzeczywistej konkurencji, jak i na etapie badania ofert, aby oferta równoważna nie została przez zamawiającego niesłusznie wyeliminowana. Ponadto doprecyzowanie treści art. 30 ust. 5 ustawy Pzp przy opisanu przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp może polegać na wskazaniu sposobu wykazania równoważności. Doprecyzowanie to może nastąpić poprzez określenie czy zamawiający oczekuje złożenia oświadczenia czy dokumentu w celu wykazania równoważności, przy czym brak takiego doprecyzowania pozwala wykonawcy na wykorzystanie dowolnego środka dowodowego. Wreszcie doprecyzowanie może polegać na sprecyzowaniu, czy zamawiający oczekuje wykazania równoważności na etapie składania ofert, czy też na etapie późniejszym, tj. etapie podpisania umowy, czy etapie wykonawstwa, przy czym brak dookreślenia terminu umożliwia wykazanie równoważności na każdym etapie.



**121. Sygn. akt: KIO 2434/11, Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2011 r.**

W ocenie Izby dokonanie przez Zamawiającego opisu środowiska oprogramowania zainstalowanego u Zamawiającego, z którym to środowiskiem zgodne ma być Centrum Certyfikacji, nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia. Dlatego też użycie przez Zamawiającego do opisu posiadanego przez Zamawiającego oprogramowania znaku towarowego, patentu lub pochodzenia nie narusza art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych. Opisanie przez Zamawiającego posiadanego już przez niego oprogramowania jest opisem danych wyjściowych, na podstawie których wykonawcy przygotowują mają oferty. Oprogramowanie to nie ma być natomiast przedmiotem ofert składanych przez wykonawców, a więc nie jest ono przedmiotem zamówienia. Dane takie – w postaci określenia środowiska oprogramowania, w którym ma działać Centrum Certyfikacji będące przedmiotem zamówienia, stanowią niezbędny element dający wykonawcom możliwość przygotowania zgodnych z wymogami Zamawiającego ofert. Zamawiający nie wskazał w SIWZ konkretnego rozwiązania, którego dostarczenia oczekuje od wykonawców. Zamawiający wskazał jedynie, że wymaga, aby zaoferowane rozwiązanie mogło zostać w pełni zintegrowane z posiadanym przez Zamawiającego oprogramowaniem. (...) Treść SIWZ Zamawiający kształtuje z uwzględnieniem swoich potrzeb. Możliwość wpływania przez wykonawców na treść SIWZ jest ograniczona. O ile bowiem wykonawca może domagać się, aby opis przedmiotu zamówienia był zgodny z przepisami ustawy, o tyle brak jest podstaw do żądania przez wykonawcę zmiany opisu posiadanych przez Zamawiającego rozwiązań, które nie są przedmiotem zamówienia. W szczególności dotyczy to okoliczności faktycznych, jakie powinny zostać uwzględnione przez wykonawców przy sporządzaniu ofert. W niniejszym przypadku taką okolicznością faktyczną jest istniejące u Zamawiającego oprogramowanie. Brak jest podstaw prawnych do nałożenia na Zamawiającego obowiązku dokonywania opisu wykorzystywanych już rozwiązań z zastosowaniem klauzuli „lub równoważne”.

**Art. 30 ust. 1****122. Sygn. akt: KIO 1652/11, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r.**

Zgodnie z art. 30 ust. 1 Pzp, Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. Jednocześnie, opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1–3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym (art. 30 ust. 4 Pzp). Zaś, wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Powyższe pozwala na stwierdzenie, iż z jednej strony ustawodawca zobowiązuje zamawiającego do opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą tych cech jakościowych i technicznych, które są przedmiotem regulacji danej normy, z drugiej zaś strony daje możliwość wskazania rozwiązań pozwalających na osiągnięcie cech, określonych w użytych przez zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia, normach. Zamawiający podając rozwiązanie, które będzie posiadać wskazane cechy, zobowiązany jest jednocześnie dopuścić rozwiązania równoważne. Oznacza to obowiązek wskazania przez zamawiającego możliwych odstępstw od proponowanego przez zamawiającego rozwiązania i jednocześnie uprawnienie wykonawcy do zaproponowania przedmiotu zamówienia, który w tych ramach będzie się mieścił. Nie oznacza to jednakże, iż poprzez dopuszczenie równoważności zamawiający jest zobowiązany zrezygnować ze swoich oczekiwań co do cech, które mają dla niego istotne znaczenie. (...) Jednocześnie wskazać należy, iż zamawiający nie jest zobowiązany w każdym aspekcie proponowanego rozwiązania dopuszczać odstępstwa, nie można bowiem odmówić zamawiającemu prawa do określenia



elementów istotnych i ważnych z punktu widzenia zamawiającego, których niezmienności w zaproponowanym przez wykonawców rozwiązaniu zamawiający wymaga.

### **Art. 35 ust. 5**

#### **123. Sygn. akt: KIO 2398/11, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2011 r.**

Z przepisu art. 35 ust. 5 Pzp wynika możliwość określenia przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu prawa opcji. Jak słusznie zauważył odwołujący, prawo opcji polega na wyodrębnieniu w ramach udzielanego zamówienia zakresu obligatoryjnego, tj. ilości minimalnej (gwarantowanej) oraz zakresu fakultatywnego, którego udzielenie jest zależne od zamawiającego. Zamawiający przewidując prawo opcji, jest zobowiązany do określenia maksymalnego poziomu zamówienia wskazując, iż pewien zakres tego zamówienia, z góry przewidziany i określony, będzie przez niego realizowany jedynie w określonych sytuacjach. Instytucja prawa opcji zakłada, że zamawiający każdorazowo określa minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne skalkulowanie oferty, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać. Wskazać przy tym należy, że przy obliczaniu wartości szacunkowej zamówienia z prawem opcji, zgodnie z przepisem art. 34 ust. 5 Pzp zamawiający musi uwzględnić „największy możliwie zakres tego zamówienia”.

### **Art. 36 ust. 1 pkt 12**

#### **124. Sygn. akt: KIO 1470/11, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2011 r.**

Jednocześnie, Izba zgodziła się z argumentacją Odwołującego, iż brak w SIWZ opisu przedmiotowego samochodu ciśnieniowego jest istotnym uchybieniem, w świetle ustawy Pzp niemożliwym do akceptacji. Zdaniem Izby informacja co do stanu technicznego używanego samochodu, który ma być formą rozliczenia, powinna zostać upubliczniona przez Zamawiającego w SIWZ, stanowi ona bowiem element niezbędny wykonawcom do prawidłowego wyliczenia ceny. Sposób obliczenia ceny natomiast zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest obligatoryjnym elementem SIWZ. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie nie daje się także pogodzić z zasadą jawności postępowania oraz fundamentalną dla systemu zamówień publicznych zasadą równości i uczciwej konkurencji. Wykonawcy powinni wiedzieć jaki dokładnie pojazd, o jakim stanie technicznym, ma być przedmiotem rozliczenia, biorąc pod uwagę, iż w konsekwencji zawartej z Zamawiającym umowy, nabędą prawo własności tegoż samochodu, ale przede wszystkim dla tego, iż stan techniczny samochodu bezpośrednio rzutuje na zaoferowaną przez wykonawców cenę. Nie można zgodzić się również z argumentacją Zamawiającego, że zamiast opisu przedmiotowego samochodu wystarczającym byłoby dokonanie – na indywidualną prośbę wykonawcy – jego oględzin oraz udostępnienie przez Zamawiającego opinii. Izba zauważa, że możliwość dokonania oględzin powinna być przewidziana w SIWZ, tak aby każdy zainteresowany wykonawca na równych zasadach miał jednakową możliwość skorzystania z tego uprawnienia. W konsekwencji brak informacji co do stanu technicznego używanego samochodu oraz brak jakiegokolwiek informacji o możliwości uzyskania niezbędnych dla wyceny oferty danych stałoby w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

#### **125. Sygn. akt: KIO 2612/11, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2011 r.**

W ocenie Izby, zaproponowana cena oferty w wysokości 6.999.610,20 zł obejmuje wykonanie całości przedmiotu zamówienia, w tym wykonanie dokumentacji, wdrożenia,

utrzymania i serwisowania systemu. Okoliczność ta wynika wprost ze złożonego przez odwołującego oświadczenia zarówno na formularzu cenowym (ostatnia pozycja formularza), jak i na formularzu oferty, gdzie odwołujący oświadczył, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia. Izba podkreśla, że formularz cenowy, będący załącznikiem 2A do siwz, nie służył do wyliczenia ceny oferty. W postanowieniach siwz dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty brak wskazania, że cenę oferty należy obliczyć przez zsumowanie wszystkich cen jednostkowych prac ujętych w formularzu cenowym. Wobec braku takiego wskazania, zasadnym jest pogląd, że cena całkowita oferty nie musiała być wyliczona w oparciu czy przy użyciu załącznika 2A a zatem nie musiała być sumą cen poszczególnych zadań wymienionych w formularzu cenowym. W kontekście powyższego nieuzasadnione jest twierdzenie, że brak zsumowania jednej z pozycji załącznika nr 2A tj. „wykonanie Dokumentacji (opisanej w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia w pkt 3.6 i 3.7 będącym załącznikiem nr 1 do siwz)” jest omyłką rachunkową w obliczeniu ceny podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Z cytowanego wyżej pkt 3.2 siwz wynika, że formularz cenowy służył raczej do opisu przedmiotu zamówienia niż do sposobu obliczenia ceny oferty. Podanie cen jednostkowych poszczególnych zadań miało jedynie charakter poglądowy. Formularz cenowy nie stanowił także podstawy do rozliczenia umowy, poszczególnych prac wykonywanych w toku realizacji zamówienia, nie stanowił o zobowiązaniu wykonawcy. Wykonawca zaoferował wykonanie całości zamówienia za cenę podaną w formularzu ofertowym (załącznik nr 1) a nie za cenę, będącą sumą cen dla poszczególnych prac wymienionych w formularzu cenowym.

### **Art. 36 ust. 1 pkt 16**

#### **126. Sygn. akt: KIO 1506/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r.**

Izba częściowo uwzględniła zarzut dotyczący postanowień wzoru umowy w zakresie przeniesienia autorskich praw majątkowych. Po pierwsze Izba uwzględniła przyznany przez Zamawiającego na rozprawie zarzut dotyczący niezasadności przeniesienia praw do utworów dostarczonych (a nie stworzonych) przez wykonawcę w trakcie realizacji umowy. Spór między stronami wynikał z nieprecyzyjnego zapisu we wzorze umowy, który przez Odwołującego rozumiany był jako obowiązek przeniesienia praw do wszelkich programów, których wykonawca (ani podwykonawca) nie stworzył, a jedynie wykorzystał przy realizacji zamówienia. Natomiast Zamawiający twierdził, że jego intencją było uzyskanie praw autorskich jedynie do programów stworzonych w toku wykonywania umowy, przy czym stworzonych zarówno przez wykonawcę, jak i podwykonawcę. W ocenie Izby brzmienie § 12 ust. 1 wzoru umowy nie odzwierciedla przedstawionej przez Zamawiającego intencji i budzi uzasadnione obawy wykonawcy co do zakresu utworów, nabycia praw, do których żąda Zamawiający. Ponadto Izba uznała, że niecelowe jest nabycie przez Zamawiającego nieograniczonego prawa do rozpowszechniania programów komputerowych (w tym kodu źródłowego). Prawo to powinno przysługiwać Zamawiającemu o tyle, o ile jest potrzebne do prawidłowej realizacji projektu, w tym włączania do niego nowych podmiotów publicznych. Sam Zamawiający przyznał, że uzyskanie takiego właśnie prawa było jego intencją, nie zaś uzyskanie prawa do rozpowszechniania w ramach jakiegokolwiek komercyjnej działalności, której ze względu na swój status Zamawiający prowadzić nie może. Izba uznała, że powinno to znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy. Izba nie przyznała natomiast racji Odwołującemu, że wystarczające do właściwej realizacji projektu byłoby udzielenie Zamawiającemu licencji. Należy zwrócić uwagę, że to Zamawiający decyduje, co chce nabyć jako przedmiot zamówienia. Jeśli dokonuje zakupu oprogramowania komputerowego, to racjonalne i uzasadnione jest zapewnienie sobie

praw do tego programu, co umożliwi w przyszłości niezależność od twórcy programu i możliwość zlecenia jego modyfikacji i dostosowania do potrzeb Zamawiającego innemu podmiotowi w trybie konkurencyjnym. Potwierdzają to rekomendacje Urzędu Zamówień Publicznych (Rekomendacje udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne, 2009 r.), zgodnie z którymi zaleca się, aby SIWZ i umowa z wykonawcą określały obowiązek przeniesienia autorskich praw majątkowych do systemu, w tym praw do kodów źródłowych. Rekomendacje te, jakkolwiek nie stanowią źródła prawa, to określają standardy i dobre praktyki, którymi winni kierować się zamawiający w celu należytego zabezpieczenia swoich interesów. Jeśli Zamawiający kierując się dbałością o sposób przyszłego korzystania z zakupionego systemu, chce nabyć prawa autorskie do programów, to jest do tego uprawniony, nawet jeśli znajdzie to przełożenie na wysokość cen ofertowych. Nie można tego uznać za naganne z punktu widzenia racjonalności wydatkowania środków publicznych, gdyż niewłaściwe zabezpieczenie interesów Zamawiającego może pociągnąć za sobą dużo dalej idące skutki finansowe. Z powyższych powodów – w ocenie Izby – uprawnione jest żądanie przeniesienia autorskich praw majątkowych, w tym praw do kodów źródłowych. Ponieważ przedmiotowe zamówienie dotyczy projektu skomplikowanego i rozłożonego w czasie (7 lat), licencja mogłaby nie zapewnić Zamawiającemu wszystkich uprawnień dających w przyszłości możliwość dysponowania systemem w niezbędnym zakresie i dokonywania jego zmian. Dotyczy to zwłaszcza potrzeb, które ujawnią się w przyszłości, podczas użytkowania systemu, a których obecnie nie można przewidzieć.

### **Art. 38 ust. 1**

#### **127. Sygn. akt: KIO 1983/11, Wyrok KIO z dnia 3 października 2011 r.**

Prawo zamówień publicznych w art. 38 ust. 1 pkt 1 co prawda posługuje się terminem niedookreślonym „niezwłocznie”, co tłumaczy się najczęściej jako „bez zbędnej zwłoki”, czy „jak najszybciej”, przy czym konkretny okres, któremu owe pojęcia odpowiadają, określa się już indywidualnie. Zatem, jeśli Zamawiający potrzebuje więcej czasu na opracowanie odpowiedzi, ma taką możliwość, jednak nie oznacza to, że wykonawcom nie należy się stosowna informacja o jego działaniach i zamierzeniach. Jest to tak oczywista norma postępowania, że wręcz nie wymaga od ustawodawcy tworzenia przepisu zawierającego taki nakaz. W takiej sytuacji Zamawiający powinien więc niezwłocznie poinformować wykonawców o przewidywanym terminie udzielenia odpowiedzi – przy tym w tym wypadku „niezwłocznie” należy odczytywać jako „w najkrótszym terminie, w którym można sporządzić i wysłać stosowne pismo” – oraz przesunąć termin składania ofert o odpowiednio długi okres – aby mogli oni spokojnie oczekiwać na odpowiedź nie ponosząc jednocześnie zbędnych kosztów przygotowywania oferty, uzyskiwania i zmian gwarancji wadialnej.

#### **128. Sygn. akt: KIO 2397/11, Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2011 r.**

W przedmiotowym postępowaniu, odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w przeddzień terminu składania ofert, informująca z jednej strony, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ulegają zmianie, z drugiej zaś wskazująca, że może być inaczej, mogła wprowadzać wykonawców w błąd co do oczekiwań Zamawiającego. Jeśli mimo braku takiego obowiązku wynikającego z treści art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zdecydował się udzielić odpowiedzi na zadane pytania, to nie sposób ich pomijać, uznawać za nie mające znaczenia. Odpowiedzi te należy jednak w takiej sytuacji oceniać z uwzględnieniem, że wykonawcy nie mogą ponosić ujemnych konsekwencji niestaranności Zamawiającego.

**Art. 38 ust. 4****129. Sygn. akt: KIO 2108/11, Wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r.**

Rozpoznając z kolei zarzuty związane z odpowiedziami na pytania 9 i 10 oraz na pytanie 107 i 122, Izba stwierdziła, że Zamawiający bezspornie skutkiem tych odpowiedzi wprowadził zmiany do dokumentacji postępowania w brzmieniu z dnia 5 lipca 2011 r. Z tego też względu rozstrzygając w powyższym zakresie Izba miała na uwadze art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w uzasadnionych przypadkach zamawiający może – w każdym czasie – przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taka zmiana – tak jak podnosi się w doktrynie i w orzecznictwie – może być skutkiem własnej inicjatywy zamawiającego, jak również pytań wykonawców do specyfikacji. Ustawa Pzp, co prawda zastrzega, że modyfikacja dopuszczalna jest w uzasadnionych przypadkach, jednakże nie zawiera definicji tego pojęcia. Zatem – zdaniem Izby – za uzasadnioną modyfikację siwz można uznać zmianę tych wymagań, które nie odpowiadają w pełni zamierzeniom (jak wskazuje się w doktrynie – nie oddają jego woli w sposób dostatecznie zrozumiały) Zamawiającego zarówno, co do przedmiotu zamówienia, jak i warunków jego realizacji.

**Art. 38 ust. 6****130. Sygn. akt: KIO 2108/11, Wyrok KIO z dnia 13 października 2011 r.**

Także zarzut naruszenia art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, w tych okolicznościach faktycznych i prawnych – podlega oddaleniu. Rozpatrując ten zarzut Izba miała na uwadze, że wprowadzając do specyfikacji nawet takie zmiany [dokonując niezbędnej modyfikacji – art. 38 ust. 6 ustawy Pzp], które nie powodują konieczności zmiany ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian, wynikających z modyfikacji treści specyfikacji. Ustawa pozostawia w tym przypadku swobodę zamawiającemu, co do określenia okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert, jednakże dokonując tej czynności zamawiający powinien mieć na względzie zakres dokonywanych modyfikacji i ich znaczenie dla przygotowania oferty przez wykonawcę.

**Art. 45****131. Sygn. akt: KIO 1998/11, KIO 2029/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r.**

(...) Izba podziela pogląd zawarty nie tylko w uzasadnieniach orzeczeń powoływanych przez odwołującego, ale też we wcześniejszych wyrokach Izby o sygnaturach akt: KIO/UZP/23/07, KIO/UZP/223/08, KIO/UZP/231/08, KIO/UZP/99/09, zgodnie z którym zarówno fakt, iż gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona jest na lidera konsorcjum, jak i brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy spółkonsorcjanta, nie ma żadnego wpływu na prawo zamawiającego do zatrzymania wadium. Konsorcjum nie jest podmiotem prawnym (przymiot ten mają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący konsorcjum) i jest pozbawione zdolności do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarancja może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum. Data wystawienia gwarancji jest nierelevantna dla oceny skutków prawnych udzielonej gwarancji. Zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 12 maja 2006 r. sygn. akt II Ca 489/06 oraz Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 7 września 2005r. sygn. akt VI Ca 527/05, wywiodły, że nie ma przeszkód do uznania, że członkowie

konsorcjum odpowiadają za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z uczestników konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Jeśli umowa stanie się niemożliwa do podpisania z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum.

### **132. Sygn. akt: KIO 2334/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

Odwołujący w odwołaniu wywodził, że „najistotniejszym aspektem przy wnoszeniu wadium jest, by w momencie upływu terminu do składania ofert, środki na zabezpieczenie prawidłowego wykonania umowy, znajdowały się w dyspozycji Zamawiającego – były na jego rachunku bankowym.”. To prawda, że na koncie Zamawiającego w dniu otwarcia ofert w postępowaniu ZG-2710-26/11 znajdowała się kwota wadium – jednak nie dla zabezpieczenia oferty w tym właśnie postępowaniu, a w innym – oznaczonym znakiem ZG-2710-27/11. Do chwili, kiedy na koncie Zamawiającego nie znalazła się kolejna kwota oznaczona tym samym tytułem przelewu, co ujawniło się dopiero w dniu 5 października, w momencie otwarcia ofert w postępowaniu ZG-2710-27/11, Zamawiający w ocenie Izby nie miał żadnych podstaw, aby powziąć jakiegokolwiek wątpliwości co do prawidłowości tytułu przelewu wadium oznaczonego znakiem ZG-2710-27/11, które znajdowało się u Zamawiającego w dniu otwarcia ofert ZG-2710-26/11, dlatego miał on pełne prawo uznać, że wadium do postępowania ZG-2710-26/11 nie zostało wniesione. Sam Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że sytuacja z wadium wyjaśniła się w dniu 5 października, kiedy to musiało wyjść na jaw, że w dyspozycji Zamawiającego są dwa wadia oznaczone znakiem ZG-2710-27/11 – a więc już po dniu otwarcia ofert w postępowaniu ZG-2710-26/11. W ocenie składu orzekającego, opisanie wadium w tytule przelewu jest złożeniem oświadczenia woli, podlegającego wykładni jak każde oświadczenie woli (ale nie można wyjaśniać wadium na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, ponieważ nie dotyczy oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Niemniej jednak wadium musi mieć charakter jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości, a jego funkcją jest zabezpieczenie oferty od chwili jej otwarcia, co ogranicza znacznie możliwość liberalnego wyjaśniania intencji wykonawcy opisującego powód wniesienia określonej kwoty w tytule przelewu. W momencie otwarcia ofert w postępowaniu ZG-2710-26/11 zresztą Zamawiający nie miał w ocenie Izby żadnych powodów, aby mieć wątpliwość co do kwoty wadium, znajdującej się na jego koncie, a opisaną znakiem ZG-2710-27/11. (...) Można przypuszczać, że błędne oznaczenie dwóch przelewów tym samym tytułem było zwykłą omyłką Odwołującego – jednak ta omyłka miała doniosły skutek, bowiem Zamawiający zasadnie musiał uznać, że do dnia otwarcia ofert wadium w postępowaniu znak ZG-2710-26/11 nie zostało wniesione. (...) Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że Zamawiający postąpił prawidłowo, wykluczając Odwołującego z postępowania.

### **133. Sygn. akt: KIO 2482/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r.**

W obrocie nie istnieje podmiot o nazwie „Firma (...)”, choć nie można wykluczyć, że Pan Maciej W., osoba prowadząca działalność gospodarczą, posługuje się taką nazwą – nieprawidłową. Zamawiający nie wykazał, że istnieje jakikolwiek inny podmiot prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Firma (...)”, z miejscem prowadzenia działalności gospodarczej w miejscu zamieszania Pana Macieja W. Wobec powyższego, trudno mówić o braku możliwości identyfikacji podmiotu, który złożył gwarancję ubezpieczeniową (gwarancję należało złożyć w osobnej kopercie). W ocenie Izby nie może być wątpliwości, że zobowiązany w treści gwarancji ubezpieczeniowej został oznaczony błędnie – a raczej: nieprawidłowo – bez wskazania imienia i nazwiska osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą, jednak wobec towa-



rzyszających okoliczności (wskazanie w gwarancji niemal pełnej nazwy firmy, z pominięciem imienia i nazwiska, to samo miejsce prowadzenia działalności/miejsce zamieszkania), nie można mieć pewności co do tożsamości podmiotu określonego jako „zobowiązany” w treści gwarancji ubezpieczeniowej, a wykonawcą, który złożył ofertę – Panem Maciejem W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Maciej W. Firma (...). Taki sam pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w analogicznym stanie faktycznym w sprawie sygn. akt KIO 810/11.

### **Art. 45 ust. 3**

#### **134. Sygn. akt: KIO 1666/11, KIO 1669/11, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r.**

W ocenie Izby zarzuty Odwołującego są niezasadne, a tym samym czynność Zamawiającego należało uznać za prawidłową. Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym – odpowiedź na odwołanie z dnia 17 sierpnia 2011 roku, złożone na rozprawie. Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Powyższy przepis jednoznacznie wskazuje na obowiązek nałożony na wykonawców w zakresie konieczności zabezpieczenia oferty w wadium, w terminie określonym przez Zamawiającego, jako termin składania ofert. Izba zwraca uwagę, iż słowo „wniesienie” należy rozpatrywać w sposób ścisły, oznaczający konieczność zabezpieczenia oferty na termin składania ofert. Skoro zatem Odwołujący uchybił temu terminowi, przekraczając go, co prawda nieznacznie, ale jednak, to Zamawiający miał obowiązek, w celu zachowania zasady wynikającej z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, takiego wykonawcę wykluczyć z postępowania. Izba stwierdziła, iż instytucję wniesienia wadium można odnieść do analogicznej sytuacji, przewidzianej w procedurze wniesienia odwołania (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp), w której po nowelizacji przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, wniesienie odwołania równoznaczne jest z faktycznym jego doręczeniem w określonym terminie.

### **Art. 46 ust. 4a i 5**

#### **135. Sygn. akt: KIO 1712/11, KIO 1714/11, KIO 1718/11, KIO 1719/11, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r.**

Izba stwierdziła natomiast, że na uwzględnienie zasługuje argumentacja Odwołującego dotycząca zatrzymania wadium. Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W orzecznictwie słusznie podkreśla się, że ze względu na wysoką sankcyjność i restrykcyjność tego przepisu, należy go interpretować ściśle, odnosząc do faktu zaniechania uzupełnienia dokumentów, a w przypadku uzupełnienia dokumentu, lecz w sposób nieprawidłowy, do wzięcia pod uwagę okoliczności, które na to nieprawidłowe uzupełnienie wpłynęły, jak np. nieprawidłowe lub niejasne wezwanie, niemożliwość zdobycia dokumentu opatrzonego wymaganą datą, niespełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, źle zrozumiany warunek itp., które to okoliczności uznaje się za przyczyny, dla których wykonawca nie mógł dokumentu uzupełnić prawidłowo. Za nieuzupełnienie dokumentu obciążające wykonawcę powinno się uznawać natomiast, co również wynika z przywołanego przez Strony orzecznictwa, działanie *fraudem lege*, czyli celowe uzupełnienie dokumentu w sposób nieprawidłowy. W niniejszej sytuacji Odwołujący niewątpliwie uzupełnił wskazane przez Zamawiającego dokumenty, jednak w stosunku do pana M. w sposób niewystarczający, choć, jak błędnie uważał, dostateczny do uznania spełnienia przedstawionego warunku. Okoliczność, że wykonawca pozostawał w błędnym prze-

konaniu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, nie może skutkować zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, a wyłącznie implikuje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnił dokumenty, podając nowe informacje (nowe pozycje w wykazie doświadczenia zawodowego), lecz po analizie ich przez Zamawiającego okazało się, że nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W rezultacie rzeczywiście Odwołujący nie uzupełnił skutecznie dokumentów, mimo że do tego dążył – a skoro złożył dokument, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co do którego wykonawca był przekonany, że warunek ten potwierdza, nie można twierdzić, że nastąpiło nieuzupełnienie dokumentów, będące podstawą zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Izba nie znalazła podstaw, by uznać, że uzupełnienie dokonane w ten sposób miało obejść przepisy prawa, w szczególności poprzez znowę z innymi wykonawcami lub w celu uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę z wyższą ceną, zwłaszcza że oferta Odwołującego była trzecia w rankingu cenowym. Tym samym uznała, że nie zachodzi przesłanka do zatrzymania wadium, o której mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak ze względu na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że Izba może uznać odwołanie wyłącznie w przypadku, gdy naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a wpływu takiego nie ma zatrzymanie lub zwrot wadium wykonawcy wykluczonemu z postępowania, Izba oddaliła odwołanie również w tym zakresie. Natomiast ze względu na fakt, że nakazać Zamawiającemu dokonanie lub unieważnienie czynności Izba może jedynie w przypadku uwzględnia odwołania, co wynika z art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie nakazała również Zamawiającemu dokonania lub unieważnienia żadnych czynności.

### **136. Sygn. akt: KIO 1898/11, Wyrok KIO z dnia 16 września 2011 r.**

Słusznie zatem twierdził w toku rozprawy Zamawiający, że nie można czynić wykonawcom jakichkolwiek zarzutów, w sytuacji gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedstawiają oni gwarancje wadialne, w których posłużono się literalnymi zapisami przepisu ustawy Pzp (art. 46 ust. 4a), nawet jeśli w tym zakresie sam Zamawiający nieco zmodyfikował w SIWZ swoje wymogi. Przepisy ustawy Pzp w zakresie wadium mają bowiem charakter norm *ius cogens* zatem nawet ich ewentualna zmiana przez Zamawiającego w SIWZ nie powoduje, że zmienia się dyspozycja normy prawnej przewidzianej w przepisie prawa w stosunkach pomiędzy podmiotami danego stosunku prawnego (zamawiający – wykonawcy).

### **137. Sygn. akt: KIO 2060/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r.**

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł wymagania odnoszące się do kwoty wadium oraz jego formy, a w przypadku gwarancji wymagał, aby taka gwarancja była co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego {pkt 11.2}. Z kolei w pkt 11.6 siwz wskazał jakie elementy powinna zawierać gwarancja, nie wymagając w tym punkcie enumeratywnego wskazania postanowień art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp, a w pkt 11.12 siwz stwierdził m.in., że (...) Okoliczności przypadku wadium określa Ustawa. Z kolei w podstawie faktycznej wykluczenia wykonawcy z postępowania Zamawiający wskazał (...)że samo odwołanie się do przepisów ustawy Pzp w sposób ogólny nie wystarcza dla przyjęcia prawnej skuteczności zobowiązania gwaranta. (...) (...) gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez Odwołującego do oferty spełnia wymagania określone specyfikacją, jak również nie pozostaje w sprzeczności z ustawą Prawo zamówień publicznych. (...) że ustawa Pzp nie zawiera szczegółowych regulacji dotyczących treści i formy gwarancji bankowej czy – jak w tej sprawie – ubez-

pieczeniowej. (...)z treści udzielonej gwarancji wyraźnie wynika zabezpieczenie uprawnień zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia co najmniej jednego z przypadków określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ustalenie zatem przez zamawiającego, że gwarancja jest dotknięta wadą jest nieprawidłowe i nie znajduje potwierdzenia w dokumencie gwarancji przedłożonej w ofercie przez (...) sp. z o.o., która w swej treści zawiera wymagania określone pkt 11 specyfikacji i z jej treści nie wynika, aby wyłączono jakikolwiek przypadek, o którym stanowi art. 46 ust 4a i ust 5 ustawy Pzp.

### **138. Sygn. akt: KIO 2061/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r.**

Na wstępie Izba uznała, iż Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. (...) Odwołujący ubiegał się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia, był więc uczestnikiem niniejszego postępowania i dążył do uzyskania niniejszego zamówienia. Ponadto bez wątplenia Odwołujący mógłby ponieść szkodę w sytuacji, gdyby okazało się, iż Zamawiający naruszył art. 46 ust. 4a i bezpodstawnie zatrzymał wadium w wysokości 300 000 złotych. Szkodą w takim przypadku byłby uszczerbek majątkowy Odwołującego w postaci bezpodstawnie zatrzymanej przez Zamawiającego kwoty 300 000 zł. (...) Należy zauważyć, że Odwołujący nie zaskarżył w niniejszym odwołaniu czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej lub na wykluczeniu Odwołującego. Zatem nie zaskarżył tych czynności Zamawiającego, które mogłyby stanowić o wyniku postępowania lub mieć na ten wynik istotny wpływ. Odwołujący zaskarżył jedynie czynność Zamawiającego polegającą na zatrzymaniu wadium, a więc tę czynność, która nie ma wpływu na wynik postępowania, jednak może doprowadzić do poniesienia szkody przez Odwołującego. W związku więc z faktem, że czynność Zamawiającego będąca przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego, dotycząca zatrzymania wadium, nie ma wpływu na wynik postępowania, odwołanie należało oddalić.

(...) Zamawiający nie powinien zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty tudzież oświadczenia, a w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu – Odwołujący uzupełnił dokumenty, które pozwalały Zamawiającemu na ocenę, czy Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu.

### **139. Sygn. akt: KIO 2168/11, Wyrok KIO z dnia 18 października 2011 r.**

(...) Izba w treści gwarancji załączonej do oferty [nr 01/11CH z dnia 13.06.2011 r.] wystawionej dla Beneficjenta – Gmina S. wskazano, że Bank zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo dokonać na rzecz Beneficjenta [Gminy S.] płatności do kwoty 500.000 zł na pierwsze pisemne żądanie zapłaty, które to żądanie ma zawierać oświadczenie, że Zleceniodawca [Tomasz G. (...)] nie zapłacił w ustalonym terminie należności wynikających z umowy będącej przedmiotem gwarancji „ oraz, że (...) gwarancja jest ważna jedynie w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jakkolwiek zmiana warunków specyfikacji unieważnia gwarancję, a ponadto, że każda zmiana warunków specyfikacji wskazanej w niniejszej gwarancji powinna być przedstawiona bankowi do uzgodnienia. Niewątpliwie taka treść gwarancji bankowej mającej stanowić zabezpieczenie roszczeń Zamawiającego tytułem wadium ani bezpośrednio ani nawet pośrednio tych roszczeń nie zabezpiecza. Nie nawiązuje przede wszystkim w ogóle do funkcji wadium związanej z warunkami uczestnictwa w postępowaniu o zamówienie publiczne, o której stanowi art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jak również przywołane oświadczenie w treści tej gwarancji Banku pozostaje bez związku z zabezpieczeniem zawarcia umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy, o której stanowi art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Izba zgadza się, że gwarancja bankowa nie musi powtarzać brzmienia konkretnego przepisu ustawy Pzp, w tym przypadku przepisu art. 46 ust. 4a i ust. 5 tej ustawy, jednakże z jej treści bezspornie powinno wynikać jakie spełnia funkcje. (...) Izby

prawidłowe podanie adresu Gminy S. nie jest równoznaczne z prawidłowym oznaczeniem podmiotu Beneficjenta. Ta okoliczność, celem usunięcia istotnych wątpliwości, wymagałaby – w przypadku uznania, że treść gwarancji jest prawidłowa – także ustalenia przez Zamawiającego, że gwarancja bankowa przedłożona w tym postępowaniu rzeczywiście dotyczy podmiotu, któremu jest przedkładana. Izba stwierdza także, że oznaczenie spornej bankowej jako gwarancja zapłaty wadium w żadnym stopniu nie może rozstrzygać o funkcji tego dokumentu. O funkcji bowiem – jak już wskazano – rozstrzygające znaczenie, w tych okolicznościach faktycznych, ma nie tytuł ale treść dokumentu.

### **Art. 60b ust. 1**

#### **140. Sygn. akt: KIO 1798/11, Wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r.**

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 60b ust. 1 ustawy p.z.p. zamawiający może udzielić zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

- nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia, nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia;
- cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nieвозможность podyktowana szczególnie złożonym charakterem zamówienia, która w konsekwencji skutkuje niemożnością opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy p.z.p. stanowi zdaniem Izby podstawę do udzielenia zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego, jednakże niemożliwość taka musi być obiektywna a nie wynikać jedynie z subiektywnego przekonania zamawiającego. W ocenie Izby z taką obiektywną przesłanką nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Aby można było uznać, że zamówienie ma szczególnie złożony charakter należałoby stwierdzić, że zamówienie to dotyczy przedmiotu, co do którego nie przyjęto jednolitych standardów, czy to w drodze normatywnej, czy też faktycznej przez działanie rynku. Mając na względzie opisany przez zamawiającego przedmiot zamówienia, fakt, iż zamawiający posiada projekty budowlane i wykonawcze nie sposób uznać, iż mamy do czynienia z zamówieniem szczególnie złożonym. Skoro zamawiający dysponuje zarówno dokumentacją projektową jak i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych obejmujące cały przedmiot zamówienia, to nie wystąpiła niemożność opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane zgodnie z art. 31 ustawy p.z.p., uzasadniająca wybór trybu dialogu konkurencyjnego. Wobec stwierdzenia przez zamawiającego, że w stosunku do posiadanego projektu na rynku budowlanym zaszły znaczące zmiany, które mogą mieć wpływ na koszty budowy oraz eksploatacji obiektu zasadnym było rozważenie zmiany, aktualizacji posiadanego projektu w taki sposób, aby uwzględnił najnowsze technologie, rozwiązania, wiedzę zdobytą przez zamawiającego. Powyższe w ocenie Izby nie wyczerpuje przesłanki z art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p. Znamienne pozostaje stwierdzenie zamawiającego, że „wybór trybu uzasadniony jest chęcią uzyskania jak najlepszej ceny oraz jakości budowanego obiektu”. Bezsprzecznie chęć uzyskania jak najlepszej ceny oraz jakości budowanego obiektu nie mieści się w dyspozycji art. 60b ust. 1 pkt 1 ustawy p.z.p. Nie może się ostać również stwierdzenie zamawiającego, że za inwestycję standardową można byłoby uznać budowę jednego basenu, ale już nie budowę kilku budynków oraz basenów składających się na kompleks rekreacyjno-sportowy. Zarówno rozwiązania funkcjonalne, technologiczne, jak i usadowienie w infrastrukturze terenowo-uzbrojeniowej musiały i mogły być uwzględnione podczas tworzenia całej dokumentacji technicznej, którą zamawiający zlecił wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą p.z.p., gdyż uwarunkowane jest to przepisami prawa budowlanego. Dokumentacja taka zgodnie z art. 31 ustawy p.z.p., mogła być

podstawą opisu przedmiotu zamówienia w ramach trybów konkurencyjnych, co *de facto* potwierdza brak obiektywnych przesłanek uzasadniających wybór trybu dialogu konkurencyjnego. Będący w posiadaniu zamawiającego koreferat opracowanego projektu budowlanego wskazujący wiele możliwych potencjalnych zmian (zarówno w aspekcie technicznym jak i funkcjonalnym) nie przesądza o niemożliwości opisanego przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy p.z.p., gdyż w posiadaniu takiego opisu zamawiający już jest. Opracowanie to wskazuje raczej na ewentualne błędy, niedokładności, czy też potencjalne możliwości zmiany projektu. Posiadana analiza może być przyczynkiem do zmiany projektu jednak nie stanowi w ocenie Izby obiektywnej przesłanki uzasadniającej wybór trybu dialogu konkurencyjnego. Jak wskazuje sam zamawiający prowadzenie dialogu ma doprowadzić do zmiany posiadanej dokumentacji technicznej a nie do przewyciężenia niemożliwości opisanego przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy p.z.p.

### Art. 60d ust. 2 i 3

#### 141. Sygn. akt: KIO 1724/11, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 60d ust. 2 i 3 Pzp, poprzez zaproszenie do dialogu wykonawców w liczbie większej niż wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu oraz poprzez dopuszczenie do dialogu wykonawców, którzy nie otrzymali najwyższych ocen spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu wnioski o dopuszczenie do dialogu złożyło 15 wykonawców. Zamawiający dokonał oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, przyznał wykonawcom oceny, zgodnie z przyjętym w ogłoszeniu kryterium. Poszczególni wykonawcy otrzymali następującą liczbę punktów: na pierwszym miejscu – 7 wykonawców uzyskało po 660 pkt, na drugim miejscu – dwóch wykonawców uzyskało po 130 pkt, na trzecim miejscu – wykonawca uzyskał 110 pkt, na czwartym miejscu – wykonawca uzyskał 60 pkt, na piątym miejscu – trzech wykonawców po 30 pkt, na szóstym miejscu – jeden wykonawca uzyskał 10 pkt. Zamawiający zaprosił do dialogu wszystkich piętnastu wykonawców. Powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy stronami. Istotą sporu była kwestia czy dokonany przez zamawiającego sposób kwalifikacji wykonawców jest zgodny z przepisami art. 60d ust 2 i 3 Pzp oraz z zawartym w ogłoszeniu postanowieniem w sekcji IV pkt 1.2. Zgodnie z art. 60 d ust 2 i 3 Pzp, zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Przepis art. 60d ust. 2 wskazuje minimalne liczby wykonawców, których zamawiający zaprasza do dialogu, w zależności od wartości zamówienia. Właściwą liczbę określa zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu. W ramach tej kompetencji zamawiający może ustalić dodatkowe kryteria, które umożliwią kwalifikację wykonawców wówczas, gdy uzyskana przez kilku wykonawców punktacja jest identyczna. Zgodnie z powyższym, pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie wszyscy wykonawcy mogą zostać zaproszeni do dialogu. Zaproszeni mogą być tylko ci wykonawcy, którzy stosownie do kryteriów kwalifikacji, określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, uzyskają najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co uzasadnia zakwalifikowanie ich do dialogu. Chodzi tu o „najwyższe oceny” rozumiane w myśl zasad kwalifikacji ustalonych przez zamawiającego w ogłoszeniu. W ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu, w sekcji IV (procedura) pkt 1.2. zamawiający



wskazał, iż „zaprosi do dialogu konkurencyjnego 7 wykonawców lub (w przypadku identycznej oceny części lub wszystkich wniosków) taką większą liczbę wykonawców, która zapewni, że do dialogu konkurencyjnego zaproszeni zostaną wszyscy wykonawcy, którzy otrzymają taką samą liczbę punktów, jak wykonawca, który na podstawie liczby otrzymanych punktów zajmie miejsce siódme”. Biorąc pod uwagę treść powyższego postanowienia, nie budzi żadnych wątpliwości fakt, że zamawiający w przypadku otrzymania 15 wniosków musiał ustalić „miejsca”, które zajmują wykonawcy, stosownie do ilości uzyskanych przez nich punktów w ramach dokonanej przez zamawiającego oceny. Nie można uznać, że siedmiu wykonawców, którzy uzyskali tę samą liczbę punktów, zajmuje siedem pierwszych miejsc, ponieważ nie ma możliwości przyporządkowania im kolejnych miejsc – w porządku od 1 do 7. W świetle ww. zapisu ogłoszenia, ustalenie rankingu wykonawców jest niezbędne (zamawiający musi sprawdzić, czy na siódmym miejscu klasyfikuje się jeden wykonawca, czy też kilku z taką samą liczbą punktów). Stosownie do przyznanej punktacji zamawiający dokonał przyporządkowania wykonawców do kolejnych miejsc od 1 do 6, przyjmując, że odpowiednio 7 wykonawców zajęło pierwsze miejsce, dwóch – drugie i trzech – piąte. Podkreślić należy, że tak przyjęta przez zamawiającego zasada kwalifikacji wykonawców jest obiektywna – niezależnie od ilości złożonych wniosków, od ilości punktów uzyskanych przez wykonawców, ani od tego ilu wykonawców i na którym miejscu uzyska taką samą liczbę punktów. Nie sposób zgodzić się w tym miejscu z odwołującym, że wobec złożenia 7 wniosków z punktacją 660 pkt wyczerpany został limit siedmiu wykonawców, którzy mieli zostać zaproszeni do dialogu, ponieważ uzyskali oni najwyższą ocenę w porównaniu z wykonawcami, którzy w praktyce osiągnęli minimalną liczbę punktów. Pojęcie „najwyższe oceny”, użyte w art. 60 d ust 3 Pzp oznacza oceny uzyskane przez wykonawców, którzy uzyskali taką liczbę punktów, która pozwala na zakwalifikowanie ich do dialogu – zgodnie z zasadami kwalifikacji przyjętymi przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie sposób przyjąć, że zamawiający powinien zakwalifikować wykonawców, którzy są na pierwszym miejscu w rankingu, gdyż wyczerpują liczbę siedmiu wykonawców, określoną w ogłoszeniu. Zauważyć należy, że zamawiający określił tę liczbę jako „przewidywaną”, co oznacza, że dopuścił zarówno mniejszą jak i większą liczbę wykonawców. Na marginesie tylko stwierdzić należy, że sposób kwalifikacji wykonawców prezentowany przez odwołującego nie jest obiektywny – przy innym układzie liczby wykonawców i innej punktacji np. gdyby na piątym miejscu znalazło się trzech wykonawców z taką samą liczbą punktów, zasady prezentowane przez odwołującego nie miałyby w ogóle możliwości zastosowania. Odwołujący, w ocenie Izby, zaprezentował podejście subiektywne, co do sposobu kwalifikacji wykonawców, patrząc wyłącznie przez pryzmat danej w postępowaniu konfiguracji wykonawców i uzyskanej przez nich oceny. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że liczba 15 wykonawców, dopuszczonych przez zamawiającego do dialogu w przedmiotowym postępowaniu nie stanowi liczby większej niż wskazana w ogłoszeniu, gdyż jest to liczba ustalona zgodnie z obiektywną zasadą wynikającą z regulacji ustalonej przez zamawiającego w ogłoszeniu. Powyższy sposób kwalifikacji nie stanowi tym samym naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

### **Art. 63 ust. 3**

#### **142. Sygn. akt: KIO 2012/11, Wyrok KIO z dnia 30 września 2011 r.**

Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego zaniechania zaproszenia Odwołującego do udziału w negocjacjach. Izba stwierdziła, że wobec zaproszenia przez Zamawiającego do negocjacji sześciu wykonawców, nie można skutecznie zarzucić Zamawiającemu naruszenia art. 63 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający ma prawo zaprosić do negocjacji wybranych przez siebie wykonawców. Jedyne ograniczenia wynikają z minimalnej

ilości wskazanej przez ustawodawcę, przy czym ustawodawca stwierdza w przedmiotowym przepisie, że liczbą zapewniającą konkurencję jest liczba 5 wykonawców.

## Art. 82

### 143. Sygn. akt: KIO 1548/11, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2011 r.

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia oferty, wobec czego na podstawie art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Należy wskazać, iż pojęcie „oferta” zostało zdefiniowane w art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, który przewiduje: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Oferta stanowi zatem jeden z rodzajów oświadczenia woli prowadzących do zawarcia umowy. Jednocześnie, jak wynika z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego oferta złożona drugiej stronie winna zawierać (określać) istotne postanowienia umowy. Należy odróżnić wyraźnie treść oferty od jej formy. Za formę oferty (lub innego oświadczenia woli) należy uznać sposób, w jaki jej treść zostaje wyrażona. Za jej treść należy uznać merytoryczną zawartość oferty. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykładnia celowościowa (funkcjonalna) ww. przepisu pozwala uznać, iż adresatem normy prawnej wyrażonej w tym przepisie jest wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec czego należy uznać, iż na wykonawcy ciąży obowiązek należytej staranności w tym zakresie, którego niedochowanie obarczone jest sankcją wynikającą z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Treść oferty obejmuje w szczególności oświadczenie woli wykonawcy zawarcia umowy o ustalonej przez Zamawiającego treści i tym samym wolę realizacji przedmiotu zamówienia (realizację świadczenia) w sposób wskazany przez Zamawiającego.

### 144. Sygn. akt: KIO 1850/11, Wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że na pakiet dokumentów składanych w postępowaniu, które powszechnie określa się mianem „oferty”, czy też oferty *sensu largo*, standardowo składa się kilka rodzajów dokumentów o różnym charakterze prawnym:

- 1) ofertę w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, zwaną ofertą *sensu stricto*, czyli odnoszącą się do postanowień przyszłej umowy, zwłaszcza ceny, opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego wykonania – są to standardowo formularze ofertowe, formularze cenowe, formularze opisujące parametry techniczne, kosztorysy itp.,
- 2) dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 5 rozporządzenia z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, które również stanowią ofertę w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego, które jednak, w przeciwieństwie do dokumentów, o których mowa w punkcie 1, mogą być uzupełniane – to np. fotografie, opisy, instrukcje obsługi, certyfikaty dla przedmiotu zamówienia,
- 3) pełnomocnictwa, które na gruncie przepisów kodeksu cywilnego nie są ofertą, a ich brak lub wady skutkują stwierdzeniem, że oferta została podpisana w sposób nieprawidłowy, przez osoby nieuprawnione do reprezentowania oferenta i tym samym jest nieważna,
- 4) dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które również nie są ofertą w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego,
- 5) gwarancje lub poręczenia wadialne,

- 6) inne dokumenty, które nie odnoszą się ani do samej oferty, ani spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak potwierdzenie dokonania przelewu kwoty wadium na rachunek bankowy zamawiającego, nie żądane przez zamawiającego foldery, materiały reklamowe itp.

Przepisy art. 89 ust. 1, jak i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na które powoływał się Zamawiający, dotyczą oferty w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego.

### **Art. 84 ust. 2**

#### **145. Sygn. akt: KIO 1657/11, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XI SIWZ „Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert” zamieścił: w pkt 1 postanowienie „Termin składania ofert upływa w dniu 27.07.2011 r. o godz. 12.00.”, natomiast w pkt 2 postanowienie „Ofertę przygotowaną zgodnie z warunkami określonymi w niniejszej specyfikacji należy przesłać lub złożyć osobiście w siedzibie (...)”. Na ofercie Odwołującego przybito pieczęć z datą i godziną wpływu „2011-7-27” oraz „wpłynęło 12:02”. W dniu 27 lipca 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował Odwołującego, iż jego oferta została złożona po terminie określonym w treści SIWZ w sekcji XI punkt 1. Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, co jednoznacznie wynika z powyższych ustaleń faktycznych, iż oferta Odwołującego wpłynęła po upływie wyznaczonego terminu składania ofert, a tak złożoną ofertę zwraca się wykonawcy bez otwierania. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest więc ustalenie, o której godzinie upoważniony pracownik Odwołującego wszedł do biura przepustek, jak również to, o której godzinie ów pracownik skontaktował się z pracownikami Zamawiającego. Istotna jest bowiem tylko i wyłącznie godzina, o której faktycznie złożono ofertę w miejscu wskazanym w treści SIWZ, a mianowicie w siedzibie Zamawiającego. I mogło to być każde miejsce jego siedziby, co sam Zamawiający przyznał na rozprawie, konsekwentnie podkreślając, iż złożenie oferty w którymkolwiek z pokoi jego siedziby, przesądzałoby o skutecznym złożeniu oferty. Treść postanowień SIWZ w tym zakresie jest jednoznaczna i spójna z wyjaśnieniami Zamawiającego złożonymi na rozprawie, a ich treści Odwołujący wcześniej nie kwestionował. Za złożenie oferty w terminie należy więc uznać jej dostarczenie do siedziby Zamawiającego. Za siedzibą Zamawiającego nie może być uznane biuro przepustek. Biuro przepustek jest to bowiem miejsce, w którym osoby przybywające do określonych instytucji (m.in. Głównego Urzędu Geodezji i Kartografii, MSWiA, Ministerstwa Rozwoju Regionalnego), a więc i do siedziby Zamawiającego, zobowiązani są poddać się określonym procedurom obowiązującym wszystkich wchodzących na teren urzędów centralnych, w tym obsługiwanych przez to konkretne biuro przepustek. Tym samym przybycie – wejście do biura przepustek nie może być traktowane jako jednoznaczne ze złożeniem oferty.

### **Art. 85 ust. 2**

#### **146. Sygn. akt: KIO 1815/11, Wyrok KIO z dnia 5 września 2011 r.**

Rozpatrując niniejszą sprawę, nie sposób nie odnieść się do treści art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dokonując analizy prawnej w niniejszej sprawie, nie można pominąć istnienia tego artykułu. Przepis ten wskazuje, iż oferty, jakie składają wykonawcy, są wiążące przez określony czas. Artykuł ten jest niezbędny dla zamawiającego, chroniąc go przed możliwością przedwczesnej rezygnacji przez wykonawców z udziału w postępowaniu. Z drugiej strony przepis ten chroni również wykonawców, gdyż są oni związani swoimi ofertami jedynie przez określony czas, a po jego upływie mogą zrezygnować z udziału w postępowaniu bez żadnych negatywnych dla siebie konsekwencji. Przepis ten chroni więc wyko-

nawców w sytuacji, gdy przedłużające się postępowanie i zmiany na rynku czynią niekorzystnym dalsze pozostawanie wykonawców w postępowaniu. Stąd ustawodawca przewidział porozumienie się pomiędzy zamawiającym i wykonawcą oraz wykonawcą i zamawiającym w celu uzyskania zgody na pozostawanie wykonawcy w postępowaniu przez kolejny określony czas. W tym miejscu warto również zwrócić uwagę, że zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i przepisy kodeksu cywilnego mówią, iż oferta wiąże przez czas określony. Zatem przepisy prawa, zarówno ogólne, jak i szczególne, wprowadzają zasadę, iż oferta nie wiąże w nieskończoność, ale wiąże przez czas oznaczony: w treści oferty albo wynikający z ustawy, albo wynikający z zachowania stron potencjalnego stosunku zobowiązaniowego (np. art. 66 § 2 kodeksu cywilnego). Oferta zatem nie wiąże w nieskończoność, a prawo przewiduje konieczność określonego zachowania się. Ustawa Prawo zamówień publicznych umożliwia zamawiającemu zwrócenie się do wykonawców z prośbą o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o określony w ustawie czas, zaś dla wykonawcy przewiduje możliwość przedłużenia terminu związania ofertą. Z tego przepisu wynika więc konieczność określonego działania wykonawcy i zamawiającego. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 9 przewiduje dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zasadę pisemności. Z zasady tej wynika, że oświadczenia składane przez wykonawcę, w tym oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, powinny zostać złożone w formie pisemnej. W świetle brzmienia tego przepisu za całkowicie niewystarczające należy uznać oświadczenia składane bez zachowanie tej formy, np. w formie dorozumianej lub konkludentnej. Przekładając niniejsze rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż przedłużenie terminu związania ofertą wymaga czynnego zachowania wykonawcy lub zamawiającego i wykonawcy. W przypadku wykonawcy jego działanie polegać powinno na złożeniu jednoznacznego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Z całą pewnością nie można jedynie domniemywać, że wykonawca złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Oświadczenie to powinno zostać złożone w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości i w formie pisemnej. Milczenie wykonawcy w tym zakresie oznacza brak przedłużania przez niego terminu związania ofertą. Rozmowom telefonicznym prowadzonym przez pracownika zamawiającego i odwołującego nie można przyznać charakteru czynności złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Bowiem w świetle naczelnej zasady ustawy Prawo zamówień publicznych wyrażonej w art. 9 ustawy, oświadczenie to powinno zostać złożone w formie pisemnej lub przewidzianej w art. 27 ust. 1. Ustawa nie przewiduje innych form składania oświadczeń w postępowaniu. Bierność lub milczenie wykonawcy z całą pewnością nie może zostać uznane jako zachowanie oznaczające złożenie przez wykonawcę jakiegokolwiek oświadczenia, w tym oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

### **Art. 87 ust. 1**

#### **147. Sygn. akt: KIO 1717/11, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011 r.**

Ustawodawca w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przewidział instytucję mającą na celu wyjaśnianie treści ofert, w tym poprzez eliminowanie ich wewnętrznych sprzeczności. Wyjaśnienia te służą również ustaleniu jednoznacznej treści oświadczeń woli składanych przez wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W zakresie związania ofertą muszą zostać ustalone pomiędzy zamawiającym a wykonawcami składającymi ofertę wszystkie istotne postanowienia pozwalające na wybór tego, który zaoferuje najkorzystniejszą ofertę. Zamawiający zatem, jeżeli zauważył taką rozbieżność w samej ofercie to miał uprawnienie do wdrożenia tej procedury wyjaśniającej. Należy zauważyć, że wewnętrzna sprzeczność w treści oferty nie przesądza jeszcze o jej niezgodności z treścią SIWZ. Dopiero właściwe ustalenie treści oferty może dawać podstawę do uznania oferty za zgodną lub nieodpowiadającą treści

SIWZ. Jednocześnie należy stwierdzić, iż zachowanie Zamawiającego zmierzające do prawidłowego ustalenia treści oferty nie może być poczytywane za niedopuszczalną ingerencję powodującą zmianę jej treści.

**148. Sygn. akt: KIO 1690/11, Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2011 r.**

Instytucja wyjaśniania czy to treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1, czy też treści złożonych dokumentów „podmiotowych” i „przedmiotowych” (art. 26 ust. 4) charakteryzuje się tym, że niezłożenie wyjaśnień, złożenie wyjaśnień niepełnych albo z przekroczeniem wyznaczonego terminu, przedłożenie niewłaściwej karty katalogowej albo pewne uchybienia proceduralne, np. złożenie dokumentów sporządzonych w języku obcym, nie niosą za sobą negatywnych konsekwencji proceduralnych w postaci odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy z postępowania – jakby to było przy wyjaśnieniach, o których mowa w art. 90 ust. 1 lub uzupełnieniu (art. 26 ust. 3) ani nie są obarczone takim formalizmem jak samo złożenie oferty. Skutkiem zaniechania lub nieprawidłowego działania wykonawcy w tym wypadku będzie to, że nie skorzysta on z możliwości przedstawienia zamawiającemu swojego stanowiska i w wyniku tego podjęcie ryzyka, że zamawiający podejmie decyzję dla niego niekorzystną, której być może by nie podjął, gdyby uzyskał od wykonawcy dodatkowe informacje. Nieprawidłowe jest stanowisko Zamawiającego, że o wyjaśnienia może on zwrócić się tylko raz – jego obowiązkiem przy prowadzeniu postępowania jest dokonanie prawidłowych czynności, zatem może starać się ustalić niejasne dla siebie kwestie do momentu, w którym będzie przekonany, że jest w stanie podjąć prawidłową decyzję w sprawie odrzucenia lub nieodrzućenia oferty albo prawidłowo rozumie oświadczenie wykonawcy.

**149. Sygn. akt: KIO 1908/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r.**

Wskazując na naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podnosił, iż w formularzu ofertowym oświadczył, iż wykona kompleksowo zadanie, zgodnie z dokumentacją projektową, STWiORB, prawem budowlanym i sztuką budowlaną i rzeczowo w wymaganych przez Zamawiającego terminach, a zatem brak jest podstaw faktycznych do odrzucenia jego oferty. Podkreślał, że jeżeli Zamawiający miał tu wątpliwość, to powinien był skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zamiast odrzucać ofertę Odwołującego. Odwołujący zwracał uwagę, iż Zamawiający w toku badania i oceny ofert nie zażądał złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, tym samym nieprawidłowo ją odrzucając. Przede wszystkim należy zauważyć, iż procedura wyjaśnień treści oferty przewidziana w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie ma charakteru obligatoryjnego elementu procesu badania i oceny ofert. Zamawiający może o takie wyjaśnienia wystąpić, jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty. Utrwalone już orzecznictwo wskazuje, iż pomimo wynikającego z treści tego przepisu uprawnienia w istocie przewiduje on kompetencję Zamawiającego, która przeradza się właściwie w obowiązek, gdy w toku badania oferty ustalone zostanie, że oferta zawiera postanowienia niejasne czy budzące wątpliwości. Wezwanie takie jest szczególnie istotne, gdy oferta miałaby zostać przez Zamawiającego odrzucona jako sprzeczna z SIWZ. Tym samym gdy Zamawiający nie posiada pewności, że oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ, brak wezwania mógłby być postrzegany jako naruszenie zasady rzetelnego prowadzenia postępowania.

**150. Sygn. akt: KIO 1986/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r.**

Izba zwraca uwagę, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy do żądania od wykonawcy złożenia jakichkolwiek dokumentów, nie wymaganych wcześniej przez zamawiającego. W przypadku nie dołączenia przez wykonawcę do oferty któregośkolwiek z dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych czy przedmiotowych zamawiający jest uprawniony i obowiązany do wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Żądanie takie jest możliwe jedynie wówczas, gdy obo-



wiązek złożenia takiego dokumentu czy oświadczenia wynikał z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszenia do składania ofert. W rozpoznawanym przypadku zamawiający nie miał możliwości skorzystania z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niemniej jednak nie uprawnia go to do żądania takich informacji czy dokumentów na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

**151. Sygn. akt: KIO 2073/11, Wyrok KIO z dnia 7 października 2011 r.**

Zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wszczęcie procedury wyjaśniającej następuje w wyniku powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do treści złożonej oferty. Jeżeli takie wątpliwości nie istnieją lub możliwe jest ich wyjaśnienie na podstawie innych źródeł czy to własnych Zamawiającego lub dokumentów znajdujących się w ofercie, nie ma potrzeby zwracania się o wyjaśnienie do wykonawcy.

**152. Sygn. akt: KIO 2075/11, Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r.**

Jeśli zamawiający miał wątpliwości, co do tego jakie czynności odwołujący wycenił w tej pozycji mógł powtórnie wystąpić o wyjaśnienia treści oferty. Art. 87 ust. 1 Pzp może być wielokrotnie stosowany przez zamawiającego w postępowaniu z zastrzeżeniem, że nie doprowadzi do zmiany treści oferty, ani też do negocjacji treści oferty. (...)

Należyta staranność, której należy oczekiwać od zamawiającego wymaga, aby badał on, czy w ramach przewidzianych w art. 87 ust. 1 i 2 Pzp instytucji wyjaśniania i poprawy oferty, możliwe jest usunięcie zaistniałych wątpliwości i uchybień. Dopiero, gdy nie jest to możliwe, zamawiający odrzuca ofertę. W okolicznościach sprawy zamawiający *a priori* i całkowicie niezasadnie założył, że oferta odwołującego nie podlega poprawie.

**153. Sygn. akt: KIO 2154/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.**

Nie sposób także uznać, aby doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty wskutek wyjaśnień Wykonawcy (...) Sp. z o.o., jako że nie zaoferował on żadnej nowej funkcjonalności, lecz jedynie wskazał, iż przedmiot oferty posiada określoną funkcjonalność zgodną z wymaganiami Zamawiającego, co nie wynikało jednoznacznie ze Specyfikacji Technicznej. Należy również podnieść, iż Zamawiający nie wymagał, aby wszystkie deklarowane parametry były potwierdzone przez producenta. Sformułowanie zawarte w ofercie, które nie jest tożsame z wymogiem SIWZ, a przez to budzić może wątpliwość Zamawiającego, podlega wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i nie każde wyjaśnienie, które powołuje się na funkcjonalność, która nie została literalnie wskazana, oznacza zmianę treści oferty. O zmianie można mówić wówczas, gdy na skutek wyjaśnień wykonawca poszerza zakres oferty o element, który nie był wcześniej zaoferowany. Odwołujący nie wykazał, iż z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku.

**154. Sygn. akt: KIO 2231/11, Wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r.**

Dobrem prawnym jakie jest chronione w przywoływanym przepisie [art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – *przyp. red.*] jest stałość (niezmiennność) już złożonej oferty. Literalna wykładnia przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, iż wypełnienie jego dyspozycji może mieć miejsce wyłącznie po złożeniu oferty przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, albowiem zakazane są negocjacje dotyczące już złożonej oferty. Zakazu sformułowanego w przywoływanym przepisie nie można zatem naruszyć poprzez przeprowadzenie wizyty u jednego z wykonawców, która miała miejsce nie tylko przed złożeniem oferty ale jeszcze przed wszczęciem postępowania, nawet jeśli jej efektem mogło być dokonanie nieistotnej modyfikacji dopiero przygotowywanej SIWZ dotyczącej zamówienia objętego przedmiotem

umowy ramowej. Powyższy wniosek wynika także z wykładni znajdującej uzasadnienie w systematyce ustawy Pzp, albowiem przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp został zamieszczony w rozdziale ustawy Pzp „Wybór najkorzystniejszej oferty”.

#### **155. Sygn. akt: KIO 2219/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r.**

Jeżeli zatem Zamawiający nie był w stanie jednoznacznie ustalić, czy termin ten jest przez Wykonawcę (...) zachowany, zobligowany był do wyjaśnienia treści Oferty w tym zakresie. Zamawiający nie może posiłkować się tylko ogólną akceptacją treści Kontraktu w zakresie terminów oraz zachowaniem końcowego terminu realizacji zamówienia, skoro sam przewidział wymóg, aby Bazowy Harmonogram Realizacji Kontraktu respektował także terminy cząstkowe określone w Artykule V Kontraktu. Zamawiający niesłusznie zatem zaniechał wyjaśnienia powyższych okoliczności.

#### **156. Sygn. akt: KIO 2316/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

Na wstępie należy wskazać, iż instytucja wyjaśnienia treści oferty uregulowana w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ma zastosowanie wówczas, gdy zawarte w ofercie informacje są niejasne, wzajemnie ze sobą sprzeczne lub mogą zostać odczytane w odmienny sposób niż wskazują na to okoliczności, w których zostały złożone określone oświadczenia woli i wiedzy powodując, iż istnieje konieczność wyjaśnienia treści oferty celem ustalenia jej zamierzonego przez wykonawcę brzmienia. Za treść oferty należy w szczególności uznać zakres zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Wszakże oferta, w pierwszej kolejności, stanowi oświadczenie woli wykonawcy, że zobowiązuje się on do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie i na zasadach określonych przez zamawiającego w zamian za określone wynagrodzenie. Tym samym biorąc pod uwagę treść art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty powinna odpowiadać treści SIWZ, w szczególności w odniesieniu do zakresu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia i sposobu jego realizacji, o ile został on sprecyzowany przez Zamawiającego. (...) Izba wskazuje, iż Zamawiający przy zastosowaniu instytucji uregulowanych w art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie może uzupełniać oferty o zakres, który nie został zaoferowany i którego wartości nie sposób ustalić w oparciu dotychczasową treść oferty.

#### **157. Sygn. akt: KIO 2379/11, Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2011 r.**

Izba stwierdza także, że brak w ofercie [w tym w załączonych dokumentach] danych związanych z nazwą oraz modelem, typem lub numerem katalogowym oferowanych produktów i producentów nie podlega uzupełnieniu w trybie określonym przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający przede wszystkim może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, co zdaniem Izby nie nakłada na zamawiającego korzystania w każdym przypadku z tego uprawnienia, szczególnie w tym przypadku, gdy oferta nie zawiera wymaganych specyfikacji treści. Zatem wyjaśnienia, – co także podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie – muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie i ta procedura wyjaśnień nie może prowadzić w konsekwencji do nieuprawnionego uzupełnienia treści oferty poprzez jej – tak jak w tym przypadku – rozszerzenie o dane związane z nazwą oraz modelem, typem lub numerem katalogowym oferowanych elementów i ich producentów. Z treści oferty Odwołującego nie można wywieść tych informacji [danych]. Tak, więc żądana przez wykonawcę procedura wyjaśnienia prowadziłyby w konsekwencji do niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty. Tym samym ocena oferty Odwołującego, wbrew jego twierdzeniom, nie została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, albowiem wskazywane przez Zamawiającego braki nie mogły być usunięte w trybie art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

**158. Sygn. akt: KIO 2505/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r.**

Profesjonalizm, którym winien się cechować zamawiający to nie tylko znajomość przepisów prawa, ale również staranność na każdym etapie postępowania. Z profesjonalizmu oraz reguły staranności winna również wynikać umiejętność bezstronnej oceny każdej złożonej oferty. Ten obowiązek ma zastosowanie w szczególności kiedy zamawiający zamierza odrzucić ofertę wykonawcy. Zamawiający nie może domniemywać treści oferty, lecz w razie wątpliwości w tym zakresie powinien podjąć działania zmierzające do usunięcia tych wątpliwości poprzez żądanie od wykonawcy udzielenia wyjaśnień co do treści oferty. Nadto Zamawiający nie może z góry zakładać, że wyjaśnienia udzielone przez wezwanego wykonawcę nie zmienią jego stanowiska co do konieczności odrzucenia oferty. Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, następnie w sposób bezstronny dokonać ich oceny i dopiero wtedy podjąć decyzję co do potrzeby ewentualnego odrzucenia oferty.

**Art. 87 ust. 2 pkt 2****159. Sygn. akt: KIO 1787/11, Wyrok KIO z dnia 1 września 2011 r.**

Po drugie, Izba w zakresie zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, że zasadnie Przystępujący wskazywał w swoim przystąpieniu do postępowania odwoławczego, że fakt usunięcia art. 88 Pzp nowelą z dnia 04.09.2008 r. ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), nie oznacza braku możliwości poprawienia i uznawania, jako omyłki rachunkowej – omyłki wskazanej w dotychczasowym art. 88 Pzp. (...)

Izba podzieliła stanowisko, wynikające z przystąpienia do postępowania odwoławczego, a oparte na orzeczeniu – wyrok KIO z dnia 28.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1978/10, że: „W odróżnieniu od oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1) p.z.p. omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. Izba ocenia, iż dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia”.

**160. Sygn. akt: KIO 2366/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r.**

Skoro wykonawcy zobowiązani byli uzupełnić tabelę Zbiorcze Zestawienie Kosztów, w taki sposób, że wpisać mieli poszczególne wartości za wyszczególnione grupy prac, a następnie dokonać mieli zsumowania w wierszu „RAZEM” tabeli, to możliwe było poprawienie wartości w tym wierszu, która nie odpowiadała wartości poszczególnych pozycji składających się na ich sumę w ostatnim wierszu tabeli. Zamawiający w żaden sposób nie ingerował w wartości w poszczególnych pozycji. Dokonał jedynie poprawy wartości składającej się na sumę tych pozycji, co w ocenie składu orzekającego było działaniem dopuszczalnym. Poprawa mogła odbyć się bez udziału wykonawcy i jego wyjaśnień, zatem nie można w takiej sytuacji odmówić charakteru „oczywistości” stwierdzonego błędu. Zatem wadliwość Zamawiający prawidłowo uznał za oczywistą omyłkę rachunkową i prawidłowo poprawił ją na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

**Art. 87 ust. 2 pkt 3****161. Sygn. akt: KIO 1849/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r.**

Rzeczywiście wystąpiła niezgodność pomiędzy treścią formularza ofertowego a harmonogramem rzeczowo-finansowym (którego wzoru nie załączono do SIWZ, a wykonawcy sporządzali go samodzielnie, na różnym stopniu szczegółowości) w zakresie terminu wykonania

projektów wykonawczych i STWiORB zadania 1 – którą to niezgodność Zamawiający dostrzegł i poprawił, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, pismem z dnia 29 lipca 2011 r., a Przystępujący w dniu 2 sierpnia 2011 r. wyraził zgodę na powyższe. Reasumując, Izba stwierdziła, że po pierwsze w zakresie podania terminów realizacji poszczególnych etapów prac harmonogram rzeczowo finansowy nie stanowił treści oferty, a po drugie – nawet gdyby tak przyjąć, omyłka Przystępującego była możliwa do poprawienia w trybie jako „inna omyłka”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Było to możliwe tym bardziej, że sam Zamawiający w projekcie umowy zastrzegł „kolejność ważności” dokumentów w ten sposób, że oferta wykonawcy miała pierwszeństwo przed harmonogramem.

#### **162. Sygn. akt: KIO 1884/11, Wyrok KIO z dnia 14 września 2011 r.**

Izba uznała, iż zamawiający w sposób prawidłowy dokonał poprawienia treści w formularzu ofertowym. Podanie błędnej ilości kompletów w pozycji 20, stanowiło niezgodność oferty z siwz, podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, której poprawienie nie prowadziło do istotnej zmiany treści oferty. Zamawiający mógł samodzielnie dokonać poprawienia treści oferty, bez konieczności uzyskania dodatkowych informacji od wykonawcy, co zaprzeczało twierdzeniu odwołującego o prowadzeniu niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Konieczność zaferowania dwóch kompletów wynikała z treści siwz, co stanowiło wytyczną wiążącą wszystkich wykonawców składających ofertę. Po stronie wykonawców leżało natomiast określenie ceny oferty, w tym ceny jednostkowej, która stanowiła element istotny oferty. Poprawienie ilości pozycji oczywiście wpłynęło na cenę ostateczną oferty, co jednak nie oznaczało, iż błąd dotyczył istotnej treści oferty. Ewentualne konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek są dopuszczalne (choćby przy poprawieniu omyłek rachunkowych) i nie stanowią o przyczynie, która nie dotyczyła sposobu ustalenia ceny jednostkowej. Samo zwrócenie się do wykonawcy o zgodę na poprawienie omyłki w treści oferty, stanowiło o wypełnieniu obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 87 ust. 2 ustawy, a nie prowadzeniu niedozwolonych negocjacji. W oparciu o powyższe Izba uznała zarzut za niezasadny.

#### **163. Sygn. akt: KIO 2048/11, Wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r.**

Z uwagi na to, iż przewidziana w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp *sui generis* procedura doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni z s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 pzp), a także ze względu na wspomniany bezwzględny zakaz prowadzenia rokowań co do złożonej już oferty (art. 87 ust. 1 zdanie drugie *in principio* pzp), w orzecznictwie formułuje się wskazówki w celu wyznaczenia granicy pomiędzy dopuszczalnym poprawianiem treści złożonego oświadczenia woli a niedopuszczalnym wytworzeniem jego zupełnie nowego brzmienia, niewynikającego ze złożonej oferty. Jednym z takich kryteriów wypracowanych w orzecznictwie jest możliwość dokonania przez zamawiającego samodzielnego poprawienia omyłek, tzn. bez udziału wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą takiej korekcie. (...)

Z przepisu tego wynika bowiem dopuszczalność i obowiązek poprawiania przez zamawiających niezgodności treści oferty w stosunku do treści s.i.w.z. w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: pierwszej – omyłkowego wystąpienia niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., drugiej – jeżeli poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian treści złożonej oferty. Odnosnie pierwszej przesłanki, wbrew stanowisku Zamawiającego, zdaniem składu orzekającego Izby nie można z tego przepisu wywieść, iż ma to być wyłącznie tzw. niezawiniony błąd. Chodzi natomiast o błąd niezamierzony w tym sensie, że składający oświadczenie objęte ofertą zamierza i chce złożyć je zgodnie z treścią wymagań s.i.w.z., ale na

skutek błędnego ich odczytania, składa w rezultacie oświadczenie o treści odmiennej niż zamierzona, nie zdając sobie nawet z tego sprawy.

#### **164. Sygn. akt: KIO 2152/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.**

Odwołujący w swojej ofercie dotyczącej zadania 2, w kosztorysie ofertowym nie przedstawił wyceny montażu znaków wysokościowych na konstrukcji przepustu P-8 (s. 49 oferty). Wymóg złożenia w ofercie wypełnionych zbiorczych zestawień kosztów wraz z kosztorysami ofertowymi został jednoznacznie określony w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedmiotem sporu między odwołującym a przystępującym do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, jest ocena, czy wskazany brak w ofercie może być uznany za omyłkę w treści oferty podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy pzp. (...) W okolicznościach niniejszej sprawy należy zauważyć, że montaż znaków wysokościowych na przepustach jest czynnością kilkakrotnie występującą w przedmiocie zamówienia i za wyjątkiem wskazanego wyżej braku został przez odwołującego wyceniony na konstrukcji trzech innych przepustów z zastosowaniem jednakowej ceny jednostkowej wynoszącej 66,50 zł (s. 41, 45 i 53). W ocenie składu orzekającego biorąc powyższe pod uwagę, w pełni zachodzi podstawa do dokonania przez zamawiającego zmiany treści oferty poprzez uzupełnienie wskazanego braku jako poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Zamawiające miał bowiem wystarczające przesłanki do tej czynności w oparciu o informacje zawarte w ofercie. Fakt, iż wykonawca w drodze wyjaśnień udzielonych zamawiającemu wskazał na potrzebę poprawienia omyłki nie oznacza, że strony prowadziły niedopuszczalne, w świetle art. 87 ust. 1 zd. drugie, negocjacje dotyczące złożonej oferty.

#### **165. Sygn. akt: KIO 2219/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r.**

W ocenie Izby ustalenie, iż Oferta zawiera dane pozwalające Zamawiającemu na dokonanie określonych wycliczeń, choć brak w niej samych wycliczeń wymaganych SIWZ, świadczy raczej o niezgodności formalnej, a nie merytorycznej z treścią SIWZ, skoro na podstawie elementów zawartych w Ofercie (...) Zamawiający ma możliwość ustalenia danych, które winny być w niej zawarte, lecz podano je w inny sposób niż oczekiwał Zamawiający. Ponadto nawet gdyby uznać, iż dane te choć podawane informacyjnie stanowią merytoryczny element Oferty, to niezgodność Oferty w tym zakresie podlegałaby poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wprawdzie Wykonawca (...) podnosił, iż taki sposób przedstawienia danych wynikał z braku precyzji SIWZ co do zakresu informacji oczekiwanych przez Zamawiającego, to, zdaniem Izby, nie stoi to na przeszkodzie ewentualnej korekcie Oferty w tym zakresie w oparciu o ww przepis, uznając niezgodność oferty z treścią SIWZ za tzw. inną omyłkę. Skoro bowiem możliwość dokonania poprawy oferty istnieje wówczas, gdy wykonawca wskutek niedochowania staranności pomija określone elementy wymagane w ofercie, to tym bardziej błędna ocena co do zawartości oferty wynikająca z nie dość precyzyjnych postanowień SIWZ, gdy zamiar Wykonawcy co do złożenia Oferty zgodnej z wymogami Zamawiającego nie budzi wątpliwości, uzasadnia uznanie powyższego błędu za omyłkę korygowaną w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak istotności tej omyłki nie może budzić wątpliwości, skoro przedmiotowy wymóg odnosi się do elementu, który pełni funkcję informacyjną, nie jest parametrem granicznym czy gwarantowanym. (...) Skoro zatem Wykonawca (...) zaakceptował wzór Kontraktu, który jednoznacznie wskazywał kluczowe terminy, w pozostałym zakresie terminy zawarte w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu są spójne (tj. zakończenie ruchu próbnego turbozespołu i podpisanie protokołu przejęcia określone zostało w wymaganych terminach), a sam Zamawiający przewidział możliwość korekt w Bazowym Harmonogramie Realizacji Kontraktu, brak jest podstaw dla uznania, iż doprecyzowanie i poprawa Harmonogramu są



niedopuszczalne z uwagi na istotność zmian, których należałoby dokonać. Możliwość dokonania poprawy treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się bowiem do istotności omyłki, a nie jej oczywistości. W ocenie Izby okoliczność, że poprawienie dotyczyć może m.in. terminów określonych jako kluczowe, o ile Zamawiający oceni, iż wyjaśnienia Wykonawcy stwarzają podstawę dla dokonania takiej poprawy, tj. Wykonawca omyłkowo podał terminy niespójne z terminami kluczowymi, nie wyłącza uznania ich za tzw. inną omyłkę w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

#### **166. Sygn. akt: KIO 2306/11, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r.**

W okolicznościach sprawy, postępowanie było prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem, odwołujący był świadomy terminowości przeprowadzenia robót i terminowości odstawiń poszczególnych bloków elektrowni. Dlatego wprowadzenie do oferty (w Harmonogramie Realizacji Przedmiotu Umowy) dat z precyzyjnym uzasadnieniem oraz związanych ze sobą nie może być uznane za omyłkę, ale za świadome podanie przez odwołującego kwestionowanych terminów. Skład orzekający Izby musi zająć takie stanowisko zwłaszcza, że odstępstwa w ofercie dotyczą kluczowych zagadnień wyznaczenia terminów odstawiń bloków z dopuszczalnych przez zamawiającego 6 tygodni w specyfikacji do zaoferowanych przez odwołującego 9 tygodni w ofercie oraz przekroczenia terminów rozruchów próbnych od 12 do 56 dni i to w wielu miejscach oferty nie może być zakwalifikowane jako omyłki, których poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ponadto poprawa omyłek, aby była zakwalifikowana jako zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może wpływać na istotne zmiany w treści oferty w zakresie nie tylko ceny, ale także w zakresie terminów i to również terminów częściowych, a nie tylko terminu ostatecznego wykonania przedmiotu umowy oraz w zakresie wszystkich innych elementów, które zamawiający uzna za istotne, a zwłaszcza, które ujął w wymaganiach specyfikacji. Ewentualne wyjaśnienia w tych kwestiach nie będą mogły być wzięte pod uwagę i zamawiający nie będzie mógł poprawić oferty w zakresie terminów, gdyż byłoby to działanie niezgodne z art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp i wykraczające poza dozwolenie uregulowane w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

#### **167. Sygn. akt: KIO 2316/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

Z powyższego wynika, iż poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą podlegać przede wszystkim elementy treści oferty odnoszące się do przedmiotu zamówienia (zakresu oferowanego świadczenia), zaś podstawą do zastosowania powyższego przepisu musi być niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto zaistniała rozbieżność pomiędzy treścią oferty a treścią SIWZ musi mieć charakter omyłki, przy jednoczesnym zapewnieniu, aby jej poprawienie nie prowadziło do istotnych zmian w treści oferty. Tym samym sprostowaniu lub uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą podlegać wadliwie podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych – zarówno nie mające wpływu, jak również mające wpływ na cenę oferty, czy to całkowitą, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Warunkiem dokonania takich zmian (sprostowania omyłek) jest uznanie, iż elementy te stanowią merytoryczną treść oferty, zaś w wyniku ich odniesienia do treści SIWZ można stwierdzić, że są one niezgodne z postanowieniami SIWZ. Ponadto ich omyłkowe (odmienne) określenie musi wskazywać, iż wykonawca oferuje inny zakres świadczenia niż przewidziany w SIWZ. Należy także wskazać, iż ich dokonanie przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą stanowić zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów.

**168. Sygn. akt: KIO 2383/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

Ta merytoryczna sprzeczność oferty z wymogami SIWZ podlega obowiązkowemu poprawieniu przez Zamawiającego, jeśli ma ona charakter omyłki, której poprawienie nie doprowadzi do istotnej zmiany treści oferty. W tym zakresie zatem ustawodawca przewidział dwa istotne, ale jedyne ograniczenia możliwości poprawienia oferty. Pierwsze ograniczenie to sprzeczność oferty, która została popełniona przez wykonawcę omyłkowo. Powyższe oznacza, że określona niezgodność jest omyłką. Przepis nie stanowi o oczywistości tej omyłki – jak w przypadku regulacji art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ale o samej omyłce, czyli pewnym błędnym działaniu wykonawcy przy sporządzeniu merytorycznej części oferty. Omyłka wykonawcy w tym przypadku oznacza więc niecelowe ze strony wykonawcy działanie, które powstało na skutek jakiś konkretnych okoliczności mających miejsce w danej, konkretnej sprawie, które to okoliczności miały wpływ na wprowadzenie określonej niezgodności z SIWZ do treści oferty wykonawcy. Drugie ograniczenie wskazuje na skutek poprawienia niezgodności oferty z treścią SIWZ – jeśli poprawa owej niezgodności nie będzie prowadziła do istotnej zmiany treści oferty poprawienie oferty jest dopuszczalne. W tym zakresie właśnie mamy do czynienia z elementem ocennym – oceny stopnia „istotności” zmian treści oferty. Sam przepis zatem zakłada, że w wyniku poprawienia oferty wykonawcy we wskazanym trybie dojdzie do zmiany treści oferty tego wykonawcy, ważne jest jednak, aby ta zmiana nie miała jednak charakteru istotnego. Istotność zmian – skutku poprawienia oferty wykonawcy – należy rozważać w okolicznościach konkretnej sprawy – warunków danego postępowania, konkretnych postanowień SIWZ i treści oferty. Nieuprawnione jest twierdzenie, że o istotności zmian treści oferty można mówić zawsze w odniesieniu do każdej zmiany wynagrodzenia ofertowego. Takiego obostrzenia przepisy ustawy Pzp nie zawierają. Wielkość wynagrodzenia ofertowego może podlegać poprawieniu samoistnie, ale też jako skutek innego rodzaju błędów popełnionych przy obliczeniu poszczególnych elementów ceny ofertowej. Ważne jest, aby w okolicznościach konkretnej sprawy dokonać oceny, czy konkretna zmiana wynagrodzenia stanowi już o istotności dokonanych zmian, czy jeszcze jest dopuszczalna. Odwołujący w swoim kosztorysie ofertowym popełnił omyłkę przy wskazaniu w jednej tylko pozycji kosztorysowej innej wielkości obmiaru niż wielkość przyjęta w przedmiarze robót. Ta właśnie okoliczność przyjęcia tylko przy jednej pozycji przedmiaru niezgodnej z SIWZ wielkości może już świadczyć o omyłkowości działania ze strony wykonawcy. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący także w wystarczający sposób uprawdopodobnił, że faktycznie z takim omyłkowym działaniem po stronie osoby sporządzającej kosztorys ofertowy mieliśmy do czynienia. Odwołujący wskazał bowiem na działanie programu komputerowego do kosztorysowania, stosowanego przez wykonawcę, który to program przy przyjęciu nieprawidłowego działania po stronie osoby sporządzającej kosztorys, ale niecelowym jej działaniu, dokonuje automatycznego ściągnięcia określonej jednostki obmiaru z przedniej pozycji kosztorysowej. (...) Słusznie zatem wskazał Odwołujący, że różnica w stosunku ceny ofertowej pierwotnie wskazanej w ofercie w stosunku do ceny w ofercie poprawionej stanowi różnicę 0,03% co z pewnością nie może wskazywać na istotną zmianę treści oferty. Przy poprawieniu tej nieprawidłowości nie są potrzebne jakiegokolwiek dodatkowe dane, czy informacje ze strony wykonawcy, stąd też zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest w tym zakresie jak najbardziej zasadne.

**169. Sygn. akt: KIO 2446/11, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2011 r.**

Poprawienie oferty w tym zakresie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest niedopuszczalne, gdyż nawet przy uznaniu, że przystępujący w treści swojej oferty dopuścił się omyłki, jej poprawienie mogłoby polegać jedynie na wpisaniu innego urządzenia posiadającego wymaganą funkcjonalność. W takim przypadku nastąpiłaby nie poprawa oferty złożonej, lecz złożenie nowej oferty.

**170. Sygn. akt: KIO 2463/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r.**

Dyspozycja przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych. Omawiając te przesłanki i sposób zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie, objawiającej się niezgodnością treści oferty z siwz. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy, co do niezgodności treści jego oferty z siwz, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z siwz. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie.

**Art. 89 ust. 1 pkt 2****171. Sygn. akt: KIO 1490/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r.**

(...) Izba uznała, iż Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego, wobec faktu, iż ten nie udowodnił na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia równoważności oferowanych przez siebie urządzeń i materiałów. Podejmowane przez Odwołującego działania, w szczególności składanie w toku rozprawy dowodów w celu wykazania takiej równoważności, Izba uznała za spóźnione i nie uwzględniła ich jako nieistotnych dla rozstrzygnięcia. W rozpatrywanym przypadku istotne jest bowiem to, że Odwołujący nie wykazał Zamawiającemu równoważności oferowanej przez siebie stacji zlewczej ścieków dowożonych, ani na etapie składania oferty, ani też, co szczególnie ważne, na etapie uzupełnienia dokumentów potwierdzających równoważność. Wobec faktu, iż Zamawiający skorzystał w toku postępowania o udzielenie zamówienia z procedury sanacyjnej opisanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ma on możliwości powtórzenia tejże procedury w odniesieniu do tego samego dokumentu na potwierdzenie tej samej okoliczności. Stąd też Izba uznała, iż zasadnie odrzucił on ofertę Odwołującego. Nie mógł bowiem podjąć jakichkolwiek działań zmierzających do uzupełnienia stwierdzonych w ofercie Odwołującego braków.

**172. Sygn. akt: KIO 1513/11, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2011 r.**

Izba potwierdziła zasadność zarzutu dotyczącego braku zaoferowania w ofercie (...) Sp. z o.o. wymaganego w siwz kontrolera BMC. W sprzeczności tam oferowanym kontroler BMC nie jest elementem trwale zespolonym z płytą główną, nie jest jej integralną częścią, ale, co jest bezsporne pomiędzy stronami i znajduje potwierdzenie w przedstawionym tłumaczeniu specyfikacji technicznej zaoferowanej przez przystępującego płyty głównej, kontroler znajduje się na oddzielnej karcie dostępnej opcjonalnie wraz z płytą i łączony jest z nią przy pomocy specjalnego gniazda. Przy czym przystępujący nie zaznaczył w swojej ofercie, iż oferuje płytę z wraz ww. dodatkową kartą, a karta ta nie jest standardowym wyposażeniem dostarczanym z płytą przez producenta. Tym samym brak zaznaczenia, iż karta jest oferowana, oznacza jej brak w ofercie. W postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma innej treści oferty niż wyrażona na piśmie i przedstawiona w ten sposób zamawiającemu. W przypadku gdy wykonawca oznacza w ofercie przedmiot dostawy przy pomocy indywidualizujących ją symboli (tak jak w tym postępowaniu płytę główną), które określają co dokładnie jest oferowane, ale jego intencją w rzeczywistości było zaoferowanie urządzenia zmodyfikowanego czy rozszerzonego, to winien powyższe w treści swojej oferty uwidocznić. Brak zastrzeżenia tego typu oznacza, iż zaoferowano model posiadającego cechy niezgodne z wymaganiami siwz lub nieposiadającego wymaganych tam funkcjonalności czy parametrów.

**173. Sygn. akt: KIO 1673/11, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r.**

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, i nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Skoro Zamawiający wyraźnie przewidział, iż kosztorysy nie będą podstawą odrzucenia oferty, nie może na etapie oceny ofert postępować wbrew swoim wcześniejszym zapowiedziom. Zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Zasady tej Zamawiający nie wyłączył ani w żaden sposób nie zmodyfikował – przeciwnie, podkreślił ją, stosując postanowienia typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego. Skoro przy tak ustalonym typie wynagrodzenia wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty, składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia, nawet wówczas, jeżeli nie wynikałyby z przedmiarów robót, to oznacza to, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę. W rezultacie, choćby wykonawca nie ujął w cenie wszystkich kosztów, i tak zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z dokumentacją projektową. Zamawiający zresztą wyraźnie zapowiedział, że kosztorysy nie będą podstawą odrzucenia oferty i mają charakter informacyjny. W konsekwencji Izba uznała, że nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

**174. Sygn. akt: KIO 1803/11, Wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r.**

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Wskazany art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zaś stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne niż oczywiste omyłki pisarskie oczywiste omyłki rachunkowe, 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. Powyższe sankcjonowane jest przez dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiącą, iż odrzuca się ofertę wykonawcy, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz. Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia i stwierdzenia niezgodności oferty z treścią siwz jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań siwz sporządzonej w danym postępowaniu. Ogólnie wskazać w tym zakresie należy, podzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3

Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić ani od nich odstąpić.

### **175. Sygn. akt: KIO 1941/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r.**

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie parametrów zaoferowanego procesora. Izba ustaliła, że w myśl zapisu w specyfikacji istotnych warunków – Opis przedmiotu zamówienia – wykaz oferowanych urządzeń z parametrami, w Tabeli I pkt 2 Procesor, kolumna 3 „Parametry wymagane” wskazano: „Procesor klasy x86\_64, min dwurdzeniowy. Zaoferowany procesor musi uzyskiwać w teście Passmark CPU Mark wynik min 2590 punktów (wynik zaproponowanego procesora musi znajdować się na stronie: <http://www.cpubenchmark.net>)” Odwołujący się podniósł, że (...) w ofercie zaproponowała zamawiającemu Procesor Intel Core J3-2310M, którego wyniki testów według informacji na podanej przez zamawiającego stronie internetowej nie spełniają wymogów wskazanych w SIWZ. Liczba wymaganych na testach prowadzonych na stronie punktów w specyfikacji została określona na poziomie 2590, a wynik dla proponowanego przez (...) Procesor Intel Core i3-2310M na dzień składania odwołania wynosi 2557. Odwołujący się podkreślił, iż z uwagi na stosowanie coraz lepszych i szybszych rozwiązań w branży komputerowej wyniki na ww. stronie mają charakter progresywny i każdego dnia są nieco wyższe w stosunku do wyniku z dnia poprzedniego. W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na okoliczność, która budziła wątpliwości odwołującego się, a mianowicie, na jaki dzień należało wykazać spełnianie parametru, skoro zamawiający nie wskazał takiego dnia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Otóż zasadą jest, że wykonawcy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań w zakresie oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych nie później niż w dniu, w którym upływa termin składania ofert. Wniosek taki wypływa z szeregu przepisów ustawy Pzp oraz przepisów wykonawczych, w szczególności z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym na wezwanie zamawiającego do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, wykonawca obowiązany jest złożyć oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Parametr procesora, w stosunku do którego został podniesiony zarzut powinien spełniać wymagania zamawiającego najpóźniej w dniu składania ofert. Izba ustaliła, że zamawiający na potwierdzenie powyższego warunku nie zażądał żadnego dokumentu. Wynik zaproponowanego procesora musiał znajdować się na stronie: <http://www.cpubenchmark.net>. Odwołujący się przyznał, że nie dysponuje żadnym dowodem na potwierdzenie, że w dniu składania ofert procesor zaoferowany przez (...) nie spełnił. Co więcej, odwołujący nie ma w ogóle wiedzy na temat tego, ile punktów miał procesor w dniu wyznaczonym na składania ofert. Odwołujący się wykazywał jedynie fakt niespełniania przez zaoferowany przez (...) procesor wymaganego parametru na dzień wniesienia odwołania, co jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wykonawca (...) w złożonych wyjaśnieniach potwierdził, że zaoferowany przez niego procesor odpowiada



wymaganiom zamawiającego. Wyjaśnienia te są w ocenie Izby wystarczające w sytuacji, gdy zamawiający nie żądał żadnych dokumentów na potwierdzenie powyższego warunku. Izba stwierdza, że to na odwołującym się – stosownie do art. 6 K.c. – ciążył obowiązek udowodnienia, że zaoferowany procesor jest niezgodny z przedmiotem zamówienia opisanym w specyfikacji. Odwołujący się żadnego dowodu dla wykazania swych twierdzeń nie przedłożył.

**176. Sygn. akt: KIO 1998/11, KIO 2029/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r.**

Brak czytelnego podpisu pod dokumentem, którego złożenie jako odrębnego oświadczenia wykonawcy, nie było wymagane wprost w postanowieniach specyfikacji, w żaden sposób nie może nieść skutku w postaci odrzucenia oferty, której prawidłowość, w szczególności zgodność oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego nie została w żaden sposób zakwestionowana. Brak jest podstaw do przyjęcia, że treść oferty odwołującego nie odpowiada wymaganiam zamawiającego w ich merytorycznym aspekcie, do czego referuje norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp lub, że brak pieczęci imiennej pod podpisem osoby podpisującej załącznik powoduje, że oferta taka nie odpowiada wymaganiam ustawy, w szczególności nie została złożona w formie pisemnej. Pogląd przeciwny prowadziłby do konieczności odrzucania ofert wyłącznie z przyczyn formalnych, jako, że zarówno treść dokumentu, jak i pochodzenie podpisu od pełnomocnika odwołującego nie zostały w żaden sposób zakwestionowane. Ewentualne odrzucenie oferty z powodu braku czytelnego podpisu pod jednym z elementów załącznika, stałoby w oczywistej sprzeczności z celem ustawy Prawo zamówień publicznych – efektywnym i racjonalnym wydatkowaniem środków publicznych.

**177. Sygn. akt: KIO 2002/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r.**

Odnosnie zarzutu dotyczącego temperaturowego zakresu pracy zastosowanych klimatyzatorów Izba stwierdza, iż w siwz brak jest wskazywanego przez odwołującego dolnego zakresu pracy do  $-15^{\circ}\text{C}$ . Zamawiający tego typu parametru, pomimo, iż mógł to z łatwością uczynić, w opisie zamawianego systemu chłodzenia nie wskazał. Natomiast wymaganie tego typu w żadnym razie nie może wynikać ze wskazanego przykładowo w projekcie, określonego modelu klimatyzatora, który takim zakresem pracy się charakteryzuje. Zamawiający nie wskazał, iż system chłodzenia ma uwzględniać wszystkie nawet najdrobniejsze funkcjonalności czy parametry przyjętego przez projektanta klimatyzatora i nie można przyjąć, iż w rzeczywistości ich wymagał. Tego typu interpretacja siwz (projektu wykonawczego) byłaby nie do utrzymania w związku z przepisami art. 29 ustawy.

**178. Sygn. akt: KIO 2046/11, Wyrok KIO z dnia 6 października 2011 r.**

Zasadnie, w ocenie Izby, podnosił Zamawiający, iż nie wymagał podania pełnej nazwy, modelu czy typu oferowanych mu urządzeń. Wymogu takiego, w ocenie Izby, nie można wywieźć z opisanego jednej z kolumn tabeli zawartej w pkt 2 formularza ofertowego hasłem „nazwa”. Pojęcie to może mieć wiele znaczeń, m.in. można rozumieć je jako wskazanie jedynie na konkretny rodzaj urządzenia oferowanego Zamawiającemu. Wobec braku w treści SIWZ, wymogu wyraźnego dookreślenia przez Wykonawców pełnej nazwy handlowej jednoznacznie identyfikującej oferowany Zamawiającemu sprzęt, uznać należy, iż nie znalazły oparcia w zapisach SIWZ twierdzenia Odwołującego. Istotne było to, aby Wykonawca złożył Zamawiającemu zestawienie potwierdzające spełnianie parametrów minimalnych przez oferowany mu zasilacz UPS.

**179. Sygn. akt: KIO 2075/11, Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r.**

Odrzucenie oferty na podstawie przywołanego przepisu następuje wyłącznie w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę świadczenie – „treść oferty” – nie odpowiada wymaganiam

zamawiającego określonym w specyfikacji – „treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Ewentualne zaoferowanie oprócz usług opisanych, innych dodatkowych czynności nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, skoro zawarcie umowy na jej podstawie umożliwi realizację całości przedmiotu zamówienia zgodnie z dokonany opisem. Zatem skoro oferta odwołującego oferuje świadczenie umożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji, nie podlega odrzuceniu, nawet przy przyjęciu poglądu zamawiającego, że w poz. 1 tabeli odwołujący zaoferował usługi utrzymania czystości w strefie białej – opisane przez zamawiającego i inne usługi, których zamawiający nie wymagał.

### **180. Sygn. akt: KIO 2164/11, Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r.**

Nie potwierdził się zarzut dotyczący braku w złożonej wraz z ofertą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa Procedurze kontroli jakości i sposobu jej dokumentowania oraz systemu codziennego sprawdzania wykonania usługi załącznika do rejestru wykonywanych prac zawierającego miesięczne zestawienie zużytych środków dezynfekcyjnych, chemii gospodarczej, protokołu zdawczo-odbiorczego środków dezynfekcyjnych, chemii gospodarczej oraz protokołu kontroli czystości. Izba zgodziła się z Zamawiającym i Przystępującym, iż Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie postawił wymogu złożenia konkretnych dokumentów o określonych tytułach, w szczególności, Zamawiający nie przewidział w specyfikacji wzorów takich dokumentów. W konsekwencji, brak jest podstaw do stawiania wykonawcom na etapie oceny ofert wymagania przedłożenia takich dokumentów lub wyciągania wobec wykonawców negatywnych konsekwencji wynikających z ich braku. Istotne jest jedynie, aby wymagane przez Zamawiającego informacje znalazły się w treści oferty. Izba stwierdziła, że z treści oferty Przystępującego można wywieść informacje, których wymagał Zamawiający w pkt 10.5 Części V specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...) Wobec braku wyraźnych wymagań co do formy spornych dokumentów, Izba dała wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, który oświadczył, że w protokole, którego wzór zamieścił na stronie 166 oferty, będzie wpisywał czynności wykonane, preparat, przy pomocy którego zostały wykonane, zużycie preparatu, jak też kiedy i z jaką częstotliwością czynność była wykonywana. Dodatkowo, miejsce na raportowanie i wykazywanie zużycia środków czystości Przystępujący przewidział również w harmonogramie prac (strona 198 oferty). Przystępujący wyjaśnił ponadto, że wymaganie odnośnie złożenia protokołu kontroli czystości wypełnił w ten sposób, że będzie składał miesięczne raporty z wykonania usługi na podstawie dokumentów określonych na stronach 166 i 198 oferty. (...) Izba nie znalazła również podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego czasu pracy pracownika transportu wewnętrznego. Rozstrzygając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż tryb pracy pracowników transportu wewnętrznego został określony przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarówno w Części I pkt 31–34, jak i w Części III pkt I.IV. W obu ww. fragmentach Zamawiający określił zakres obowiązków, oraz czas ich wykonywania. Biorąc pod uwagę, że treść Technologii wykonania usługi zamieszczona na stronie 79 oferty Przystępującego jest identyczna, jak treść pkt 31–34 Części I Załącznika nr 2 do specyfikacji, nie można wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji z przytoczenia treści specyfikacji przygotowanej przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego w ujęciu kompleksowym potwierdza sporne wymaganie Zamawiającego – Przystępujący w formularzu ofertowym złożył oświadczenie, iż zrealizuje zamówienie zgodnie ze wszystkimi warunkami zawartymi w specyfikacji (strona 3 oferty). Izba zważyła również, że informacje zawarte w *Technologii wykonania usługi* nie mają charakteru zobowiązaniowego. Zamawiający nie traktuje ich jako bezwzględnie wiążących strony, wprost przenoszonych do umowy postanowień. Zamawiają-

cy wyraźnie wskazuje, iż szczegóły wykonania zamówienia w tym zakresie mogą zostać zmienione – zgodnie z treścią Rozdziału V pkt 10.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „przed rozpoczęciem świadczenia usługi opracowana technologia wykonywania usługi musi uzyskać akceptację Zamawiającego”, co wskazuje na możliwość skorygowania wszelkich ewentualnych niedociągnięć w procedurach wykonawcy oraz żądania dostosowania ich do potrzeb i wymogów Zamawiającego wyrażonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec powyższego, wymaganą przez Zamawiającego oraz przygotowaną i załączoną do oferty Technologię wykonania usługi traktować należy jako formalny wymóg przygotowania i przedłożenia opisu procedur, które następnie stanowiły będą punkt wyjścia do określenia szczegółowego sposobu wykonania zamówienia bezpośrednio przed rozpoczęciem realizacji usługi. Co za tym idzie, nawet w przypadku zaistnienia w ww. dokumencie pewnych niedociągnięć czy braków w odzwierciedleniu wymaganych informacji, nie przesądza to o niezgodności zobowiązania wykonawcy z treścią specyfikacji.

### **181. Sygn. akt: KIO 2154/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.**

Zamawiający nie określił, co rozumie przez pojęcie „regulacji fotela kierowcy względem kolumny kierownicy w minimum trzech płaszczyznach”, nie zdefiniował pojęcia płaszczyzny, w której miałyby następować regulacja fotela względem kolumny kierownicy, nie określił także, iż powyższy wymóg należy odnosić tylko i wyłącznie do regulacji fotela jako całości, a nie jego poszczególnych elementów, których przemieszczenie skutkuje zmianą położenia fotela względem kolumny kierownicy. Zamawiający podnosił, iż jako płaszczyznę rozumieć należy wydzieloną część przestrzeni, w której powinien nastąpić ruch fotela względem kolumny kierownicy. Oceniając powyższy wymóg od strony celowościowej, jego istotą było, aby fotel zapewniał możliwość dostosowania względem kolumny kierownicy w co najmniej trzech kierunkach (płaszczyznach) pozwalające na indywidualne ustawienie fotela oraz zajęcie ergonomicznej pozycji za kierownicą. Zdaniem Izby regulacja kąta nachylenia oparcia fotela wymóg ten spełnia, ponieważ zmiana kąta nachylenia oparcia skutkuje zmianą położenia fotela względem kolumny kierownicy. Zamawiający nie zastrzegł, iż regulacja fotela kierowcy względem kolumny kierownicy ma się wiązać z jednoczesnym ruchem całego fotela, tj. siedziska i oparcia. Odwołujący nie wykazał również, iż właśnie w taki sposób, jak przedstawia, pojęcie to jest powszechnie i wyłącznie stosowane w obrocie, tj. że istnieje ugruntowany, jasny i jednoznaczny sposób rozumienia tego pojęcia i z pewnością nie obejmuje ono regulacji kąta nachylenia oparcia. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, gdy z danego postanowienia SIWZ można wywieść więcej niż jedno logiczne, zgodne zasadami gramatyki i składni jego rozumienie, należy je zaakceptować i nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu niezgodności z treścią SIWZ. Wykonawcy nie mogą bowiem ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji sformułowań SIWZ, ponieważ nie mają oni obowiązku ustalać, co było intencją Zamawiającego, o ile ta intencja nie została jasno i czytelnie wyrażona.

### **182. Sygn. akt: KIO 2212/11, Wyrok KIO z dnia 25 października 2011 r.**

Powoływanie się przez odwołującego na zapisy, iż załącznik (1.2 do SIWZ) wskazuje minimalne wymagania zamawiającego, które muszą zostać spełnione, natomiast wykonawca wypełniając ten załącznik oferuje konkretne rozwiązania, charakteryzując zaoferowany asortyment nie może mieć w ocenie Izby zastosowania do wszystkich parametrów określonych w specyfikacji technicznej. W tych pozycjach gdzie faktycznie zamawiający określił parametry jako minimalne (...) wykonawcy mieli możliwość oferowania urządzenia o parametrach wyższych. Dowolności takiej w ocenie Izby zamawiający nie dopuścił w pozycjach, które stały się podstawą odrzucenia oferty odwołującego. Skoro zamawiający określił dolną granicę częstotliwości pracy głowicy do badań struktur powierzchniowych na poziomie od 4 MHz do

8 MHz to nie sposób uznać, aby głowica o dolnej częstotliwości pracy od 3,3 MHz mieściła się w przedziale określonym przez zamawiającego.

(...) Należy w tym miejscu wskazać, iż przedmiotem oceny Izby nie jest badanie racjonalności postępowania zamawiającego, ale legalności jego postępowania, a więc czy postępuje on zgodnie z przepisami Pzp. Niezależnie od tego czy wykonawca, w jego ocenie, faktycznie oferuje urządzenie lepsze, mające szersze możliwości, nie zwalnia go to od tego, aby pod względem wszystkich parametrów odpowiadało ono wymogom postawionym przez zamawiającego, a zgodność z treścią SIWZ musi wynikać z treści złożonej oferty.

### **183. Sygn. akt: KIO 2226/11, Wyrok KIO z dnia 27 października 2011 r.**

Wobec uznania, że oferta Odwołującego nie zawierała wymaganych informacji, ocenić należało, czy brak ten mógł być przedmiotem wyjaśnień i ewentualnego uzupełnienia. Na tak postawione pytanie, w ocenie Izby, należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że załącznik Nr 3A miał charakter dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, składanego na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ. W wykazie tym wykonawcy mieli oświadczyć, jakie akcesoria oferują, stanowił on zatem treść oferty. Obowiązek wskazania typu, symbolu lub serii miał dać Zamawiającemu wiedzę, co wykonawca oferuje i umożliwić zbadanie oferowanego przedmiotu zamówienia pod kątem zgodności z SIWZ. Celem przedmiotowego wykazu było określenie zobowiązania wykonawcy co do materiałów, których zamierza użyć przy realizacji zamówienia, a nie złożenie oświadczenia, że jakiegokolwiek akcesoria zostaną użyte przy wykonaniu zamówienia, będą one zgodne ze specyfikacją. W związku z powyższym dokument ten nie podlegał uzupełnieniu i wyjaśnianiu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Niedopuszczalne było również jego ustalenie jego treści w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp (co prowadziłoby do niedozwolonego ustalania treści oferty po jej otwarciu) i wprowadzenie zmian na podstawie art. 87 ust. 2 tej ustawy (braki w ofercie nie miały charakteru omyłki, ale były efektem zamierzonego działania wykonawcy, nieprawidłowo interpretującego postanowienia SIWZ). Jak słusznie zauważył pełnomocnik Zamawiającego, doprecyzowanie oferty w tym zakresie dopiero na obecnym etapie postępowania, kiedy znane są już ceny pozostałych ofert, stwarza ryzyko manipulacji treścią oferty, poprzez wskazanie najtańszego z możliwych rozwiązań, które wcześniej nie zostały skonkretyzowane, mimo że obowiązek taki wynikał ze specyfikacji.

### **184. Sygn. akt: KIO 2219/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r.**

Samo odwołanie się do oczywistości danego wymogu, o ile równocześnie nie wynika on jednoznacznie z treści SIWZ, nie może być uznane za wystarczającą przesłankę uznania Oferty za niezgodną z treścią SIWZ.

### **185. Sygn. akt: KIO 2259/11, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r.**

W ten sposób, choć Zamawiający stara się w odpowiedzi na odwołanie stworzyć wrażenie, iż swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oparł na solidnych i licznych podstawach faktycznych, w istocie za całą tą argumentacją kryją się wyłącznie informacje pozyskane ze stron internetowych. Tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za utrwalony można uznać pogląd, iż ocenę zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. należy dokonywać na podstawie dokumentów składających się na ofertę z uwzględnieniem ewentualnych wyjaśnień. Natomiast niedopuszczalne jest stwierdzanie niezgodności oferty, wbrew jej treści, wyłącznie na podstawie informacji ze stron internetowych, które co do zasady mają charakter poglądowy, informacyjny, nieskierowany do konkretnego adresata – w przeciwieństwie do skonkretyzowanego, adresowanego do Zamawiającego i wiążącego Odwołującego oświadczenia woli wyrażonego w złożonej ofercie.

**186. Sygn. akt: KIO 2327/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

Bezsporne jest, że nie była to obiektywnie istniejąca niezgodność parametru z wymaganiami określonymi w SIWZ, a wynikała jedynie z błędnego oznaczenia jednostki określającej wielkość emisji, a błąd ten polegał na użyciu w oznaczeniu jednostki wielkiej zamiast małej litery, tj. Mg zamiast mg. Odwołujący nie zmierzał nawet do wykazania, że emisja spalin w oferowanym urządzeniu jest wyższa niż dopuszcza Zamawiający, twierdził jedynie, że wykonawca miał obowiązek prawidłowo oznaczyć jednostkę, a błąd w tym zakresie, mimo że mający charakter jedynie formalny, winien skutkować odrzuceniem oferty. Izba nie podzieliła powyższego poglądu Odwołującego, uznając, że odrzucenie z tego powodu poprawnej merytorycznie oferty byłoby przejawem nadmiernego, niczym nieuzasadnionego formalizmu, niemającego oparcia w przepisach ustawy Pzp, które zezwalając zamawiającym na wyjaśnianie treści złożonych dokumentów (ewentualnie poprawienie omyłek) mają na celu zapobieżenie sytuacjom odrzucania ofert (czy też wykluczania wykonawców) z powodu nieistotnych uchybień w złożonych dokumentach. Zamawiający skorzystał z procedury wyjaśniającej, upewniając się co do charakteru uchybienia i uznał ofertę za niepodlegającą odrzuceniu, co zdaniem Izby było prawidłowe.

**187. Sygn. akt: KIO 2350/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r.**

Podkreślić należy, że ocena treści oferty pod względem zgodności z treścią siwz w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być dokonywana wyłącznie w oparciu o jednoznaczne i konkretne wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak podania w siwz określonych wymagań oznacza, że zamawiający nie może, opierając się na wyłącznie subiektywnej ocenie, domniemywać niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Wbrew zatem twierdzeniom odwołującego, Izba uznała, że brak wskazania w siwz wymaganego parametru rozdzielczości spektralnej lub czułości, a także wymaganej szybkości pomiaru skutkuje w ten sposób, że te parametry nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie treści ofert. Nie mogą one zatem przesądzać, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań siwz. (...) Podsumowując należy stwierdzić, że jak wynika ze stanowiska odwołującego, wykonawca ten oparł zarzuty niezgodności treści oferty przystępującego z siwz raczej na stanowisku subiektywnym porównując urządzenie firmy (...) do urządzenia zaoferowanego przez siebie, które w ocenie odwołującego wypełnia potrzeby zamawiającego w najwyższym stopniu. Obiektywne podejście, zgodne z art. 7 ust. 1 Pzp wymaga jednak, aby weryfikacji treści ofert zamawiający dokonywał wyłącznie w odniesieniu do wymagań jasno i jednoznacznie wyartykułowanych w siwz.

**188. Sygn. akt: KIO 2392/11, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2011 r.**

Następnie zaznaczyć należy, iż zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp ofertę składa się w formie pisemnej. Nie ma więc innej treści oferty niż ta wyrażona na piśmie w samej ofercie (zarówno w formularzu ofertowym, jak i w dokumentach doń załączonych), określająca i opisująca kształt zobowiązania, które wykonawca chce zaciągnąć. Tak rozumiana treść oferty (zakres zobowiązania) rekonstruowana jest na podstawie całości zawartości oferty odnoszącej się i dookreślającej oferowany zakres świadczenia, sposób jego wykonania, wynagrodzenie... etc. Równie powszechne, co błędne, jest przypisywanie w tym kontekście nadmiernego znaczenia dla treści oferty deklaracjom w niej składanych, np. o zgodności oferty z siwz czy zobowiązaniu do wykonania zamówienia zgodnie z siwz, gdy jednocześnie ze szczegółowych danych w ofercie zawartych wynika okoliczność przeciwna. Opieranie się w takich przypadkach jedynie na oświadczeniach składanych przez wykonawców likwidowałoby właściwie instytucję niezgodności oferty z treścią siwz. Wykonawca mógłby zawsze zdeprecjonować dane zawarte w jego ofercie powołując się na ogólne oświadczenie o chęci uczynienia zadość wymaganiom zamawiającego złożone w ofercie.



**189. Sygn. akt: KIO 2348/11, KIO 2352/11, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2011 r.**

Izba nie stwierdziła, aby w tym zakresie można było mówić o sprzeczności oferty X z treścią SIWZ. Przede wszystkim zauważyć należy, że Zamawiający nie wskazał w żadnym wymogu SIWZ na konieczność wskazania w formularzu cenowym konkretnego modelu oferowanego urządzenia. Zamawiający użył w tym zakresie pojęcia: „nazwa urządzenia”, co jest pojęciem szerszym od pojęcia „model urządzenia”. Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający nie wprowadził w SIWZ wymogu szczególnej konkretyzacji oferowanego urządzenia co do wszystkich jego fabrycznych i producentckich oznaczeń. Wystarczająca w tym zakresie była nazwa urządzenia. Wymóg ten spełnia podanie nazwy produktu PacketShaper Appliances, co także potwierdził przedstawiciel producenta tego produktu firmy (...) w oświadczeniu z dnia 9 listopada 2011 r. przedłożonym Izbie przez X w toku rozprawy, wskazując dodatkowo, że wszystkie modele tego produktu, ujawnione na stronie internetowej producenta spełniają wymogi Zamawiającego. Z tych też względów zarzut należało uznać za niezasadny.

**190. Sygn. akt: KIO 2478/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r.**

Izba ustaliła, iż w siwz zamawiający nie zawarł żadnych wytycznych dotyczących konieczności uzyskania stosownego certyfikatu dla pracowników mających przeprowadzić integrację z systemem SIMPLE.ERP, a treść ogłoszenia w części dotyczącej opisu warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania nie była kwestionowana na wcześniejszym etapie postępowania. Analiza treści odwołania prowadzi do wniosku, iż odwołujący stawiając zarzut niezgodności treści oferty (...) z siwz, faktycznie kwestionował zdolność tego wykonawcy do samodzielnego wykonania wskazanych prac z zakresu integracji z systemem (...). W żadnym fragmencie uzasadnienia tego zarzutu odwołujący nie odnosił się do treści oferty i ewentualnych niezgodności w niej stwierdzonych i dotyczących zakresu świadczenia. W ocenie składu orzekającego, uzasadnienie zarzutu nie odnosiło się do przesłanek odrzucenia oferty, co najwyżej mogło prowadzić do stwierdzenia braków dysponowania koniecznym do realizacji zamówienia potencjałem kadrowym, co na obecnym etapie postępowania było spóźnione [*postępowanie prowadzone było w trybie dwuetapowym – przyp. red.*] (...)

Formułowanie zarzutów sprowadzających się do wykazania braku zdolności podmiotu do wykonania zamówienia nie odnosiło się do treści oferty, czyniąc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp bezzasadnym.

**Art. 89 ust. 1 pkt 3****191. Sygn. akt: KIO 1962/11, KIO 1963/11, Wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r.**

W odniesieniu do zarzutu popełnienia przez Przystępujących czynu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się częściach zamówienia nr XII, XIII i XV. W częściach tych oferty złożyły konsorcja G. oraz konsorcjum N., których liderzy (spółki G. i N.), są wzajemnie powiązani personalnie poprzez tożsamość osoby prezesa zarządu, będącego osobą podpisującą oferty oraz powiązania kapitałowe. Okoliczność ta jest niesporna, przyznana przez uczestników postępowania i potwierdzona stosownymi wpisami w Krajowym Rejestrze Sądowym w/w spółek. Przyznając rację stanowisku zamawiającemu, że wskazana okoliczność nie jest wystarczająca do stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji, a Prawo zamówień publicznych nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, skład orzekający zauważa, że należy uwzględnić w rozpatrywanym zakresie całokształt okoliczności faktycznych. Uzasadniając podobieństwo ofert złożonych przez wskazane konsorcja przystępujący wyjaśnili w sposób wiarygodny, że w zakresie formalnym obydwu formularzy korzystali z usługi prawnej tego samego podmiotu wykonującego na ich rzecz obsługę prawną, wska-

zali nadto na zewnętrzny podmiot prowadzący ich księgowość. Wskazana okoliczność również sama w sobie nie powinna prowadzić do wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Za istotną jednakże Izba uznaje zawartość merytoryczną ofert obejmującą oferowane ceny na poszczególne rodzaje czynności, ich wzajemne stałe proporcje wykazane w uzasadnieniu odwołania wskazujące na wspólne przygotowanie. Zauważyć należy, że łączne ceny zaofierowane przez Konsorcjum N. za wykonanie tych części zamówienia, odnośnie których ofertę złożyło również Konsorcjum G. (w części XII, XIII i XV), są w każdym przypadku o 19% wyższe od cen zaofierowanych przez Konsorcjum G. Analogiczny schemat kalkulacji cen jednostkowych występuje w części XII, także potwierdza się fakt zaproponowania przez obydwie konsorcja za wykonywanie poszczególnych czynności w rejonach XII, XIII i XV, takich samych cen jednostkowych, które są takie same dla poszczególnych rejonów, a w konsekwencji pozostawanie względem siebie w takim samym stosunku. Zdaniem składu orzekającego analogia kalkulacji w ofertach wobec powtarzających się relacji nie jest wynikiem przypadku, a taki sposób sporządzania ofert przez wykonawców, którzy z założenia powinni ze sobą konkurować, narusza dobre obyczaje i interesy pozostałych wykonawców, którzy w odróżnieniu od przystępujących konsorcjów nie dysponowali wiedzą o innych wykonawcach i ich ofertach prowadzi do wniosku, że złożenie takich ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i wyczerpuje definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 47, poz. 211 ze zm.).

#### **192. Sygn. akt: KIO 2109/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r.**

W ocenie Izby Zamawiający dokonując odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – tj. w sytuacji, gdy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, (...) jest zobowiązany do wskazania konkretnego czynu, spełniającego przesłanki do uznania go za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej ani też faktycznej pozwalającej na uznanie, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Czyn taki nie może być domniemywany. Wręcz przeciwnie, czyn taki winien być zdefiniowany wprost w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

#### **193. Sygn. akt: KIO 2672/11, Wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2011 r.**

Tymczasem – 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. „Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odróżnia sprzeczność z prawem (bezprawność w sensie ścisłym) od sprzeczności z dobrymi obyczajami. (...). Bezprawnymi w sensie szerszym są więc jedno i drugie czyny. Dla uznania konkretnego działania lub zaniechania za czyn nieuczciwej konkurencji wystarczy, jeżeli narusza on prawo lub dobre obyczaje (...), jeżeli jednocześnie jest szkodliwy, tzn. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorców albo klienta lub klientów” (Szwaja J., Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2006). Oznacza to więc, iż w przypadku postawienia wykonawcy (w tym przypadku Odwołującemu) takiego zarzutu bezwzględnie należy wykazać konkretne naruszenie prawa, czy też dobrych obyczajów, a tych to okoliczności Zamawiający nie wykazał. Aby bowiem określone działanie można było uznać za sprzeczne z prawem musi ono wypełniać znamiona czynu zabronionego i to zagrożonego sankcją karną, względnie musi być sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, rozporządzeniu wydanym na podstawie i dla wykonania ustawy. Tak więc nie każde działanie może być potraktowane jako działanie sprzeczne z prawem a tylko takie działanie, które jest sprzeczne z określoną normą. Z jakim to przepisem

prawa jest sprzeczne działanie Odwołującego polegające na załączeniu do oferty oświadczenia o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów w osobie Pana Krzysztofa B. Zamawiający nie wykazał, a co więcej i wykazać nie mógł. Mimo, iż dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał bowiem złożenia przez wykonawców wyłącznie oświadczeń (według wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ) to właśnie w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” wskazał, iż „W przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu na termin składania ofert, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (złożenie w ofercie oświadczenia w formie pisemnej podpisanego przez osoby do tego umocowane prawnie)”. Tak więc Odwołujący, składając kwestionowane oświadczenie, czynił zadość temu zapisowi SIWZ, jak również przepisom ustawy Pzp. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala bowiem wykonawcy celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu powołać się na zasoby podmiotów trzecich.

### **Art. 89 ust. 1 pkt 4**

#### **194. Sygn. akt: KIO 1384/11, Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2011 r.**

Ponadto pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do przedmiotu zamówienia. Wynika to wprost z literalnego brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż obowiązek odrzucenia oferty występuje w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Interpretacja przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę, zwłaszcza przy ustalonym przez zamawiającemu wynagrodzeniu ryczałtowym. Podzielono w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., sygn. akt: V Ca 2214/06, wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04, wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 21.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 628/05. Tymczasem twierdzenia i dowody składane przez odwołującego na ich poparcie zmierzały do wykazania, że rażąco niską cenę zaoferowano jedynie co do pewnego, ograniczonego zakresu przedmiotu zamówienia. Istotnym w sprawie było to, że zakres ten nie stanowił odrębnej części w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy Pzp. W okolicznościach danego stanu faktycznego zatem, nawet wykazanie, że cena w kwestionowanym zakresie była ceną nierealistyczną nie mogło doprowadzić do stwierdzenia, że cena całej oferty jest ceną rażąco niską. Ponadto na uwagę zasługiwała okoliczność, iż w pozostałym zakresie, tj. za część przedmiotu zamówienia opisaną w dziale III pkt 3.1, 3.2, 3.5, 3.6 SIWZ cena oferty przystępującego przewyższała cenę oferty złożonej przez odwołującego o kwotę ponad 400 tysięcy zł. W tej sytuacji różnica w cenie ofertowej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia pomiędzy ofertą odwołującego i przystępującego ukształtowała się na poziomie zaledwie 600 tys. złotych. Ponieważ ceny te stanowiły odpowiednio ok. 67,77% i 62,67% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, to wyrażona procentowo różnica pomiędzy cenami tych ofert wynosiła zaledwie nieco ponad 5%.

#### **195. Sygn. akt: KIO 1601/11, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r.**

Należy wskazać, iż przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. winna być cena oferty za realizację całego przedmiotu zamówienia a nie cena za pojedynczy element. Nie ma wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie zamawiający decydując się na odrzucenie oferty odwołującego oparł się jedynie na przekonaniu, że cena jednostkowa wykonania

słupka przystankowego jest rażąco zaniżona. W tym miejscu należy wskazać, iż przy ocenie ceny oferty należy brać pod uwagę ogólną cenę oferty, a nie opierać się – w tym stanie faktycznym wybiórczo – na poszczególnych cenach jednostkowych. Należy zwrócić również uwagę, że brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, w tym konkretnym przypadku nie sposób uznać, aby cena zaoferowana przez odwołującego za cały przedmiot zamówienia była rażąco niska. Opieranie się przez zamawiającego na tym, że cena wykonania np. kompletnego słupka przystankowego u odwołującego jest rażąco niska w stosunku do cen u innych wykonawców natomiast cena montażu takiego słupka jest u odwołującego zawyżona w stosunku do innych ofert nie może prowadzić do odrzucenia tak skonstruowanej oferty. Należy zauważyć, iż zamawiający nie zastrzegł jaki udział procentowy ma stanowić np. wartość słupków w stosunku do całości oferty czy np. w stosunku do ceny montażu. W takim stanie rzeczy każdy z wykonawców uprawniony był do skonstruowania ceny swojej oferty w sposób dowolny. Oczywiście jest natomiast, iż każdy z wykonawców zmierza do takiego skonstruowania swojej oferty, aby uznana została za najkorzystniejszą. Ponadto w ocenie Izby, uwzględniając zbliżoną do siebie wartość poszczególnych ofert a faktyczną rozbieżność co do niektórych pozycji oraz mając na względzie, iż przedmiotem wyceny były usługi, brak było podstaw do uznania ceny oferty odwołującego za rażąco niską.

#### **196. Sygn. akt: KIO 1639/11, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r.**

Nie ulega wątpliwości, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Zamawiający nie może automatycznie dokonać odrzucenia oferty wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę. W przypadku wystąpienia wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny Zamawiający obowiązany jest do sprawdzenia każdej oferty mającej rażąco niski charakter pod względem składających się na nią elementów, następnie wystąpić o wyjaśnienia zanim podejmie decyzję o jej odrzuceniu (np. orzeczenie z dnia 21 maja 2008 r., w sprawie T-495/04 Belfass przeciwko Radzie). Pogląd ten jest także akceptowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącym procedury ustalania, czy cena jest rażąco niska opisanej w art. 90 ustawy Pzp.

#### **197. Sygn. akt: KIO 1836/11, Wyrok KIO z dnia 9 września 2011 r.**

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wskazać należy, iż zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę zawierającą cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W świetle przepisów ustawy podstawą odrzucenia oferty jest więc realne wystąpienie zaoferowania ceny o takim charakterze (art. 89 ust. 1 pkt 4), a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, ewentualnie wyjaśnienia takie mają w ogólnie nie zostać złożone (art. 90 ust. 3). Dla ustalenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej konieczne jest zdefiniowanie tego typu pojęcia. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisów odnoszących tego typu ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeźczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie

jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Odnosząc się natomiast do rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, iż tak zdefiniowana cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje a także strona, która wystąpienia danych faktów podnosi, a nie im *przeciwy* (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Generalnie więc fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien podmiot, który jej wystąpienie podnosi – w tym wypadku odwołujący.

**198. Sygn. akt: KIO 2109/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r.**

Cena rażąco niska jest to taka cena, za którą nie ma możliwości zrealizowania zamówienia, gdyż jest nierealistyczna, niewiarygodna i oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Ale stwierdzenie takiej okoliczności może nastąpić jedynie w odniesieniu co do całości ceny, po przeanalizowaniu wszystkich okoliczności i elementów kalkulacyjnych, w szczególności, gdy cena w postępowaniu jest ceną ryczałtową. Trudno w takiej sytuacji dojść do takich wniosków (w zakresie rażąco niskiej ceny) po analizie zaledwie kilkudziesięciu spośród kilkuset pozycji kosztorysu ofertowego.

**199. Sygn. akt: KIO 2268/11, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2011 r.**

W ocenie Izby o ile Zamawiający ma prawo przy szacowaniu wartości zamówienia brać pod uwagę wskaźniki procentowe w odniesieniu do wartości całej inwestycji, to wykonawcy składający oferty na nadzór inwestorski takich wartości brać nie muszą. Wykonawca, kalkulując cenę oferty, bierze pod uwagę wyłącznie koszt realizacji zamówienia oraz zysk. Nie ma obowiązku – z punktu widzenia zamówień publicznych – kalkulować ceny w oparciu o jakiegokolwiek środowiskowe zasady, wychodząc z góry przyjętych założeń. Dlatego wywód Odwołującego, że cena oferty Przystępującego jest poniżej określonej wartości procentowej wartości całej inwestycji jest nietrafny.

**Art. 89 ust. 1 pkt 6**

**200. Sygn. akt: KIO 2225/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r.**

Błąd w stawce [VAT – *przy. red.*] skutkuje natomiast koniecznością odrzucenia oferty, o ile nie zachodzą ustawowe przesłanki poprawienia omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający czyni zadość wymaganiom zawartym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nie dopuszcza się obrazy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdy odrzuca ofertę z powodu niezgodności z wymaganiami, które zostały wprost zapisane w SIWZ, o ile nie mamy do czynienia z sytuacją ujętą w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Brak jest zatem przesłanek dla uznania, iż wskazanie przez Zamawiającego stawki podatku VAT na potrzeby obliczenia ceny oferty korzysta z odmiennych reguł niż pozostałe postanowienia SIWZ. Stwierdzić zatem trzeba, iż Odwołujący, który posiadał wiedzę, jaką stawkę VAT Zamawiający przewidział, a zatem i jaką będzie egzekwował w procesie badania i oceny ofert, mógł w odpowiednim czasie na to zareagować, czego jednak nie uczynił. To, iż równocześnie toczył spór w tym zakresie dotyczący prawidłowości uzyskanej interpretacji podatkowej, stąd ostateczne stanowisko w tej mierze nie było przesądzone, pozostaje bez znaczenia dla oceny oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Mógł bowiem zakładać, iż spór zakończy się dla niego niekorzystnie, a zastosowanie różnych stawek oznacza sprzeczność z ustaloną



przez Zamawiającego treścią SIWZ. Tym samym rację należy przyznać Zamawiającemu, iż zarzut dotyczący nieprawidłowego określenia przez [Odwołującego – *przyp. red.*] stawki podatku VAT należy kwalifikować jako dotyczący treści SIWZ. Obecnie kwestionowanie sposobu obliczenia ceny ustalonego w formularzu ofertowym będącym elementem SIWZ uznać należy za spóźnione.

### **201. Sygn. akt: KIO 2348/11, KIO 2352/11, Wyrok KIO z dnia 24 listopada 2011 r.**

Uwzględniając dyspozycję wskazanego przepisu, orzecznictwo oraz stan faktyczny w przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że w ofercie (...) nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny. Wykonawca, zgodnie z wymogami Zamawiającego podał jednostkowe ceny ofertowe brutto za poszczególne typy oferowanych urządzeń, określając je do dwóch miejsc po przecinku. Wskazał także łączną cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia. Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wymagał ani w ramach cen jednostkowych, ani też w ramach łącznej ceny ofertowej wyszczególniania stawki podatku VAT, ani też wartości podatku VAT w tych cenach. Z tych też względów trudno w tym zakresie mówić o popełnieniu w ofercie jakiegokolwiek błędu w obliczeniu ceny, w tym co do określenia błędnej stawki podstawku VAT.

### **202. Sygn. akt: KIO 2440/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r.**

Izba zauważa, że stanowisko odwołującego, w zakresie uznania każdej nieprawidłowości, co do stawki podatku VAT, za błąd w obliczeniu ceny, nie zasługuje na aprobatę. Izba zauważa, że sposób obliczenia ceny jest elementem składającym się na treść siwz. Wynika to wprost z art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy. Oznacza to, że wadliwości oferty dotyczące treści siwz odnoszące się do opisu sposobu obliczenia ceny mogą, ale nie muszą skutkować powstaniem w ofercie błędu w obliczeniu ceny. W ocenie Izby przy zbiegu podstaw prawnych, które mogą skutkować odrzuceniem oferty, należy wnikliwie zanalizować zaistniałą w postępowaniu sytuację. Bezsporne jest, że Arkadiusz P. zastosował nieprawidłowe stawki podatku VAT dla produktów i półproduktów, co było niezgodne z treścią siwz, wskazał, że taka sytuacja był wynikiem omyłki, co do rzeczywistej treści siwz. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi o odrzuceniu oferty, ale z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W tej sytuacji, przed podjęciem czynności mogących skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Arkadiusza P., zamawiający powinien był zanalizować treść złożonej oferty oraz charakter popełnionej omyłki pod kątem tego, czy nadaje się ona do poprawienia w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W ocenie Izby podanie nieprawidłowej stawki podatku VAT nie jest ani omyłką pisarską (art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy), ani omyłką rachunkową (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy). Jest niewątpliwie inną niezgodnością treści oferty z treścią siwz. Izba wyraża pogląd, że o tym, czy niezgodność taka, dotycząca opisu sposobu obliczenia ceny, może być kwalifikowana, jako omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy czy też jako błąd w obliczeniu ceny decyduje to, czy poprawienie takiej niezgodności spowoduje istotne zmiany w treści oferty. Tym samym błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy występuje wówczas, gdy wykonawca nie zastosował się do wymagań zamawiającego zawartych w siwz w opisie sposobu obliczenia ceny i nie można naprawić skutków tego zaniechania wykonawcy w sposób nie powodujący istotnych zmian w treści oferty. Izba uważa, że zmiany w treści oferty są nieistotne wówczas, gdy nie wpływają na pozycję wykonawcy w rankingu ofert. W przedmiotowej sprawie wykonawca zaoferował cenę całkowitą brutto w wysokości 3 549 530,24 zł. (po poprawieniu przez zamawiającego omyłek rachunkowych będących skutkiem wadliwego zaokrąglania więcej niż dwóch miejsc po przecinku – cena całkowita brutto oferty Arkadiusza P. wyniosła 3 549 530 zł), po dokonaniu poprawienia omyłek w stawkach podatku VAT, tj. dla herbaty i soli z 8% na 23% i dla kaszki błyskawicznej, płatków owsianych, kaszki manny, ryżu i sucharków z 8% na 5%, cena całkowita oferty brutto powin-

na wzrosnąć o około 180 zł. Cena oferty odwołującego jest droższa od oferty wybranej o 191 397,12 zł brutto, zatem poprawienie omyłki w cenach jednego kilograma brutto nie spowoduje zmiany pozycji wykonawcy wybranego w rankingu ofert.

### **Art. 89 ust. 1 pkt 7**

#### **203. Sygn. akt: KIO 2152/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.**

Rozpatrując złożony przez przystępującego wniosek ewentualny o odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp w związku z tym, że wykonawca nie złożył oświadczenia o wyrażeniu zgody na poprawienie omyłki należy stwierdzić, że z powyższego przepisu w związku z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp nie wynika, iż poprawienie omyłki przez zamawiającego dla odniesienia skutku w postaci zmiany treści oferty, wymaga złożenia przez wykonawcę odrębnego oświadczenia akceptującego czynność zamawiającego. Skutek w postaci zmiany treści oferty następuje z mocy prawa w razie upływu 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawieniu omyłki także w razie milczenia wykonawcy.

### **Art. 89 ust. 1 pkt 8**

#### **204. Sygn. akt: KIO 1419/11, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2011 r.**

W ocenie Izby wymogi art. 9 ustawy o odpadach określają sposób spełnienia świadczenia w zamówieniu publicznym prowadzonym na zbieranie, transport i unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych. Przepis art. 9 ustawy o odpadach nie stanowi natomiast kryterium oceny ofert, jak chciałby tego odwołujący. W ocenie Izby nie sposób przyjąć, że art. 9 ustawy o odpadach należy traktować jako ustawowe kryterium oceny ofert, nakazujące porównywanie niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu, pod względem odległości zaoferowanych instalacji od miejsca wytworzenia odpadów. Tym samym Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający powinien dokonywać oceny złożonych ofert i brać pod uwagę wyłącznie zaoferowane przez wykonawców instalacje oraz mierzyć ich odległość, od miejsca wytworzenia odpadów. Stanowisku temu przeczą przepis art. 91 ust. 1 ustawy nakazujący wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w siwz, a także art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy, zgodnie z którym zamawiający zobowiązany jest podać opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił jedyne kryterium oceny ofert tj. najniższą cenę. Nie wolno mu zatem było kierować się innymi nieokreślonymi w siwz kryteriami oceny ofert. Nie mógł zatem porównać oferty odwołującego z ofertą (...) sp. z o.o. i wybrać ofertę oferującą bliższą instalację. Ta część argumentacji odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Rację ma natomiast odwołujący co do tego, że zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 9 ust. 3 – 5 ustawy o odpadach. Zamawiający uznał, że złożenie oferty oferującej wykonanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu instalacji położonej poza terenem województwa warmińsko-mazurskiego i znajdującej się w większej odległości od siedziby zamawiającego, niż istniejąca na terenie tego województwa instalacja w O., stanowi złożenie oferty nieważnej na mocy innych przepisów prawa. W uznaniu Izby było to działanie nieuprawnione. Sam zamawiający przyznał, że zakaz wywożenia zakaźnych odpadów medycznych poza teren województwa nie jest zakazem bezwzględnie obowiązującym. Nie można zatem powiedzieć, że zaoferowanie instalacji spoza terenu województwa stanowi, że czynność złożenia oferty jest czynnością sprzeczną z prawem, lub mającą na celu obejście ustawy, a zatem nieważną na podstawie art. 58 ust. 1 kc w związku z art. 14 ustawy. Zakaz ten doznaje wyjątków związanych z oceną zaoferowania instalacji bliższej, czy brak na terenie województwa instalacji oferujących najlepszą

dopuszczalną technikę. Ponadto zgodnie z art. 30 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach, samo zaofiarowanie wykonania przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad określonych w art. 9 ust. 3–5 ustawy o odpadach nie wywołuje żadnych sankcji dla oferującego, dopiero w sytuacji, gdy zostanie stwierdzone, że doszło do takich naruszeń przepisów ustawy właściwy organ w pierwszej kolejności wzywa do zaprzestania naruszeń, a w przypadku niezaprzestania naruszania ustawy o odpadach cofa wydane zezwolenie. Nie powoduje to jednak nieważności już dokonanych czynności. Drugą sankcją za naruszenie przepisów ustawy jest zgodnie z art. 69a ust. 2 ustawy jest nałożenie kary grzywny lub aresztu na każdego kto unieszkodliwia odpady zakaźne medyczne z naruszeniem zasad wynikających z art. 9 ust. 3–4 ustawy. Żadne w powołanych przepisów ustawy nie stanowi o nieważności oferty. W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał, że doszło do naruszenia zasady bliskości poprzez złożenie oferty przez odwołującego i że skutkiem tego naruszenia jest nieważność złożonej oferty.

#### **205. Sygn. akt: KIO 1962/11, KIO 1963/11, Wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r.**

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert konsorcjum G. w toku aukcji elektronicznych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w częściach XII, XIII i XV wobec składania postąpień w toku aukcji przez osobę, która nie była umocowana do działania w imieniu tego wykonawcy, niezależnie od stwierdzenia, że w toku aukcji elektronicznej, zgodnie z art. 91c zdanie drugie nie stosuje się przepisu art. 89 ustawy, Izba uznaje zarzut za nieuzasadniony. Przyjmując za odwołującym, że postąpienia składane przez wykonawcę stanowią kolejne oferty cenowe składane przez wykonawcę można stwierdzić, że jako dotyczące istotnego elementu oferty, mogą być dokonywane przez osobę mającą upoważnienie do tych czynności spełniające stanowiące pełnomocnictwo, w braku stosownych regulacji w ustawie pzp, oparte na przepisach kodeksu cywilnego. Przyjmując tezę odwołującego, że pełnomocnik konsorcjum G. wskazujący osobę do dokonywania czynności w toku aukcji elektronicznej, nie miał uprawnień do udzielania dalszych pełnomocnictw stosownie do art. 106 kodeksu cywilnego, stwierdzić należy, że zgodnie z postanowieniami siwz, w niniejszym postępowaniu po przeprowadzeniu aukcji, wybrany wykonawca składa pisemny dokument ofertowy potwierdzający cenę wylicytowaną potwierdzając następczo dokonane czynności.

#### **206. Sygn. akt: KIO 2369/11, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2011 r.**

Stanowisko odwołującego się nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 387 K.c. dotyczy wyłącznie przypadków niemożliwości obiektywnej (lub przedmiotowej). Stan ten cechuje obiektywna niewykonalność świadczenia przez kogokolwiek, uzasadniona ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki. Przyczyna niemożliwości świadczenia nie ma wówczas charakteru subiektywnego, wynikającego z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi którakolwiek ze stron umowy. W rozpoznawanym przypadku zarówno właściwość zobowiązania nie pozwala na stwierdzenie, że świadczenie jest niemożliwe, jak i nie wskazują na to okoliczności leżące po stronie wykonawcy. Termin wyznaczony na składanie ofert upływał w dniu 27 września 2011 roku. Przystępujący składając ofertę w wyznaczonym terminie gotów był do wykonania zobowiązania, zgodnie z treścią oferty. To że rozpoczęcie realizacji świadczenia w zadeklarowanym terminie doznaje ograniczeń z powodu konieczności dochowania przez zamawiającego warunków prowadzenia przetargu publicznego nie świadczy o niemożliwości świadczenia w rozumieniu art. 387 K.c. Jak już wyżej zaznaczono na gruncie wskazanego przepisu znaczenie ma wyłącznie świadczenie obiektywnie niemożliwe.

#### **207. Sygn. akt: KIO 2368/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r.**

W ocenie Izby złożenie przez odwołującego podpisu jedynie na stronie pierwszej oferty, którą należy uznać jedynie za stronę tytułową, na co zresztą wskazał sam odwołujący w treści

tego dokumentu, nie może być poczytane za złożenie podpisu na dokumencie obejmującym określoną treść oświadczenia woli, na którą powołuje się odwołujący. Z treści niniejszego dokumentu, w szczególności z określenia: „w załączeniu składam ofertę (...) Oferta liczy (łącznie z tytułową) strony, (...) załączniki: nr 1 – oferta; nr 2 – formularz cenowy”, w sposób bezpośredni wynika, że stanowił on jedynie pismo przewodnie do składanej oferty. Zatem podpis złożony przez odwołującego na stronie tytułowej, nie może być zakwalifikowany jako podpis na dokumencie obejmującym oświadczenie woli odwołującego. Jak się przyjmuje nie są oświadczeniami woli w rozumieniu art. 60 K.c. zachowania niesłużące regulowaniu skutków prawnych w zakresie prawa cywilnego, w tym zachowania, których treść co prawda odnosi się do uprawnień i obowiązków cywilnoprawnych, które jednak nie zawierają stanowczej decyzji wywołania skutków prawnych, jak również tzw. wypowiedzi sprawozdawcze (informujące o faktach – zawiadomienia, potwierdzenia, poświadczenia, pokwitowania itp.) (tak też Kodeks cywilny. Komentarz pod red. prof. dr hab. Edward Gniewek, rok wydania: 2010, C.H.Beck, wydanie: 4). Tym bardziej omawiana strona tytułowa nie stanowi oferty. Jak wynika z art. 66 K.c. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeśli określa istotne postanowienia tej umowy. Tymczasem z treści analizowanego dokumentu nie sposób wywieść, że odwołujący złożył oświadczenie woli zawarcia umowy z zamawiającym w celu realizacji przedmiotu zamówienia na określonych warunkach. W stanie faktycznym sprawy za istotne postanowienia umowy uznać należy co najmniej jej przedmiot oraz wyznaczenie.

#### **208. Sygn. akt: KIO 2407/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r.**

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. „Nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów to przede wszystkim niegodność z przepisami kodeksu cywilnego, dotyczącymi wad oświadczenia woli (art. 82–87 k.c.) oraz braku własnoręcznego podpisu osoby upoważnionej do działania w imieniu wykonawcy pod oświadczeniem woli stanowiącym ofertę (niezgodność z art. 78 k.c.)” (...). W praktyce zamówień publicznych są to bowiem najczęstsze przyczyny nieważności umowy. Tym niemniej katalog ten nie jest katalogiem zamkniętym. W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący postawił zarzut nieważności oferty na podstawie art. 387 § 1 k.c., który stanowi, iż „umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna”. Powody tej niemożliwości mogą być różne, jednak z niemożliwością w rozumieniu tego przepisu mamy do czynienia wyłącznie wtedy, gdy ma ona charakter obiektywny, tzn. gdy umowy nie mógłby wykonać nikt, a nie tylko strona umowy.

#### **Art. 90 ust. 1**

#### **209. Sygn. akt: KIO 1403/11, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2011 r.**

Wyjaśnienia wezwanego wykonawcy winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowości jej wyliczenia. Wyjaśnienia wykonawcy zgodnie z przepisem art. 90 ust. 3 ustawy mogą być poparte konkretnymi dowodami. Jednakże przepis ten nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów, jest to prawo a nie bezwzględny obowiązek wykonawcy, gdyż to w gestii wykonawcy leży obowiązek wykazania prawidłowości wyliczenia ceny. Wyjaśnienia, do których nie załączono dowodów w postaci dokumentów z mocy tego przepisu nie upoważniają Zamawiającego do odrzucenia oferty. Obowiązkiem wezwanego wykonawcy, jest udzielenie wyjaśnień w zakresie okoliczności, które wpłynęły na kalkulację ceny, zaś brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień, które potwierdzają, że cena została skalkulowana w sposób uchylający zasadom uczciwej konkurencji lub nierynkowy, skutkować winno odrzuceniem oferty.

**210. Sygn. akt: KIO 1492/11, KIO 1495/11, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2011 r.**

Różnice kwotowe w wysokości ceny za powyższą usługę (ceny zaoferowane przez wykonawców wahają się od 16 236, 00 zł – cena zaproponowana przez wykonawcę wybranego do 3 099 600,00 zł – cena zaproponowana przez Odwołującego (...)), winny skłonić Zamawiającego do powzięcia podejrzenia, które winno prowadzić do wezwania wykonawcy X do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanej ceny. Następnie złożone wyjaśnienia powinny być ocenione przez Zamawiającego, biorąc pod uwagę wszystkie obiektywne okoliczności. Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia, które złożone zostały przez Przystępującego X w niniejszym postępowaniu na rozprawie. Jednakże oceny ewentualnych wyjaśnień dokonać musi Zamawiający. Przeprowadzenie procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Jest to etap konieczny, który powinien mieć zastosowanie, gdy istnieją uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Biorąc pod uwagę fakt, że wykonawca wybrany X nie był wzywany do złożenia wyjaśnień, Izba uznała, że niedopuszczalne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp bez zapewnienia wykonawcy możliwości obrony swojej oferty. Dopiero bowiem analiza złożonych wyjaśnień może być podstawą do odrzucenia oferty.

**211. Sygn. akt: KIO 1526/11, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r.**

Skorzystanie przez Zamawiającego z procedury wyjaśnień oferty w zakresie rażąco niskiej ceny stanowi niewątpliwie uprawnienie Zamawiającego, co jednak z uwagi na treść art. 7 ustawy Pzp nie oznacza, iż Zamawiającemu przyznano w tej mierze całkowitą dowolność. Tym samym zastosowanie powyższej regulacji winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz, jak w niniejszym przypadku, brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 ustawy Pzp. Powyższe wezwanie wiąże się bowiem z bardzo istotnymi konsekwencjami dla wykonawcy składającego ofertę, a podjęcie polemiki z wezwaniem w drodze środków ochrony prawnej w sytuacji gdy wykonawca w istocie nie zna źródła wątpliwości Zamawiającego wobec sformułowania wezwania w sposób ogólnikowy, jest ograniczone. Należy bowiem podkreślić, iż procedura wyjaśnień jest obowiązkowa, gdy Zamawiający zamierza zastosować wobec wykonawcy sankcję z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. odrzucić ofertę z uwagi na rażąco niską cenę.

**212. Sygn. akt: KIO 1868/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r.**

Izba nie podziela poglądu odwołującego, że sam fakt wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie rodzi negatywnych skutków dla wykonawcy, które powstać miałyby dopiero z chwilą odrzucenia oferty. Izba nie dostrzega ścisłej analogii w sytuacji wykonawcy wezwanego do uzupełnienia pełnomocnictw, oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, z sytuacją wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień ceny oferty w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zważyć trzeba przede wszystkim, że sam fakt niezłożenia w wyniku wezwania pełnomocnictw, oświadczeń lub dokumentów nie stanowi, w obecnym stanie prawnym, samoistnej podstawy wykluczenia wykonawcy. Tymczasem brak złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę powoduje, że zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy.

**213. Sygn. akt: KIO 1958/11, Wyrok KIO z dnia 26 września 2011 r.**

Izba poddała analizie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ustawy Pzp polegający na niewezwaniu wykonawcy (...) o udzielenie wyjaśnień do-



tyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Na wstępie należy wskazać, iż zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem brak jest możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ przepis powyższy stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Takie stanowisko zostało wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 661/10, gdzie w uzasadnieniu powyższego orzeczenia zostało wskazane, że wyjątkowo tylko przedmiotem wstępnego badania można uczynić ceny jednostkowe, jeżeli zamawiający nie określił w sposób wiążący przedmiotu zamówienia. W powyższym orzeczeniu zostało ponadto wskazane, że nie można kwestionować – jako wycenionego rażąco nisko – jednego czy kilku elementów i w konsekwencji odrzucić całą ofertę wykonawcy, w sytuacji, gdy łączna cena za przedmiot zamówienia nie będzie odbiegała od cen rynkowych.

Izba wskazuje, iż powyższe wytyczne odnoszą się również do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Otóż oceniając istnienie uzasadnionych okoliczności skutkujących zastosowaniem normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie należy mieć na względzie postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Instytucja uregulowana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma na celu ustalenie, czy oferta złożona w danym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę i tym samym, czy została wypełniona dyspozycja normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Badanie zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w kontekście rażąco niskiej ceny winno uwzględniać wytyczne zawarte w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wezwanie to zmierza do ustalenia obowiązku odrzucenia oferty w oparciu o normę prawną wyrażoną w powyższym przepisie. Jeżeli ustawodawca pojęciem rażąco niskiej ceny posługuje się w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia to takie rozumienie tego pojęcia winno mieć również miejsce na etapie oceny zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, w ocenie Izby, aby mówić o cenie rażąco niskiej należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił twierdzeń mogących stanowić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. O powyższym nie świadczą dowody z dokumentów przedstawione przez Odwołującego w toku rozprawy w postaci załączników nr 1 do powiadomień dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, gdyż trudno jest doszukać się związku pomiędzy postawionym przez Odwołującego zarzutem a faktami wykazanymi powyższymi dowodami. Fakt, iż w innych postępowaniach dotyczących utrzymania zimowego dróg inni wykonawcy zaferowali ceny wyższe od Przystępującego nie może świadczyć o tym, iż całkowita cena zaferowana w przedmiotowym postępowaniu uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia i jest tym samym ceną rażąco niską. Tym samym istotne jest, w odniesieniu do argumentacji Odwołującego przedstawionej w toku rozprawy, czy wykonawca jest zdolny wykonać cały przedmiot zamówienia za zaferowaną cenę, nie zaś czy jest możliwe wykonanie poszczególnych czynności za zaferowane ceny jednostkowe, w niniejszym czy też w innych postępowaniach. Niezależnie od narzuconego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny istotnym, w kontekście zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest znaczenie pojęcia rażąco niskiej ceny w stosunku do całego przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zatem badaniu podlega możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za łączne wynagrodzenie, którego życzy sobie wykonawca.

**214. Sygn. akt: KIO 2052/11, KIO 2055/11, 2064/11,  
Wyrok KIO z dnia 5 października 2011 r.**

Zgodnie z poglądem doktryny jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego,

powiększona o właściwą stawką podatku VAT. Jednakże to ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców, wobec tego są one doskonałym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej. (...) nie może podlegać ocenie pod kątem istnienia rażąco niskiej ceny jedynie wycinek oferty. (...) Izba uznała, że ceny ofert wykonawców X i Y nie odbiegają w znacznym stopniu od cen rynkowych i cen zaproponowanych przez innych wykonawców, a zatem nie stanowią zagrożenia dla prawidłowej realizacji zamówienia publicznego.

### **215. Sygn. akt: KIO 2109/11, Wyrok KIO z dnia 14 października 2011 r.**

W ocenie Izby Zamawiający naruszył procedurę wynikającą z artykułu 90 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak poprzedzenia odrzucenia oferty Odwołującego wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, naruszył także procedurę poprzez niewskazanie, iż wezwanie do złożenia szczegółowej kalkulacji kilkudziesięciu wybranych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu, będzie oceniane jako wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie umożliwił przedstawienia przez Odwołującego obiektywnych czynników, które mogły mieć wpływ na wysokość ceny. O takich obiektywnych czynnikach mówi artykuł 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i w przypadku ich przedstawienia przez Odwołującego, Zamawiający obligatoryjnie powinien je ocenić w procesie ustalania, czy zaproponowana przez Odwołującego cena jest ceną rażąco niską.

### **216. Sygn. akt: KIO 2192/11, Wyrok KIO z dnia 20 października 2011 r.**

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia 32 072 000 zł. (...) Zamawiający, pismem z dnia 22 września 2011 roku, wezwał przystępującego do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. (...) Na wstępie Izba stwierdziła, że ustalona przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia publicznego na kwotę ponad 60 milionów złotych, zgodnie z oświadczeniem zamawiającego, jest wartością zawyżoną i nie może być punktem odniesienia do stwierdzenia czy zaoferowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. (...)

Szacunkowa wartość zamówienia jest ustalana przed wszczęciem postępowania i nie musi odzwierciedlać aktualnych cen rynkowych danych robót budowlanych, a co za tym idzie nie może być jedynym miernikiem do stwierdzenia czy zaoferowano cenę rażąco niską, szczególnie w sytuacji przyznania przez zamawiającego, że wartość szacunkowa została błędnie oszacowana. Wówczas zamawiający ma obowiązek odnieść zaproponowane ceny przede wszystkim do zakresu przedmiotu zamówienia i cen innych ofert złożonych w postępowaniu. (...)

Izba stwierdziła, że ceny ofert złożonych w tym postępowaniu nie odbiegają w sposób rażący od siebie, w szczególności cena oferty najkorzystniejszej jest droższa od oferty odwołującego o ok. 7,5 miliona złotych, co nie przekracza 20 %. Ponadto cena oferty odwołującego jest niższa od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia o ok. 1,5 miliona złotych. Kwota, jaką zamawiający przeznaczył na finansowanie zamówienia, wyliczona została w oparciu o ceny rynkowe i ceny uprzednio prowadzonych postępowań o zamówienie publiczne o podobnym zakresie i złożoności i to ona może stanowić odniesienie do oceny czy zaproponowana cena jest ceną rażąco niską. Izba odwołuje się w tym miejscu do jednolitej linii orzeczniczej, zgodnie z którą za cenę rażąco niską należy przyjąć cenę nierealistyczną, za którą wykonawca nie jest w stanie terminowo i w sposób prawidłowy zrealizować zamówienia. Procedura, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, ma na celu wyjaśnienie elementów, mających wpływ na kalkulację ceny oferty i jest wszczynana w sytuacji, gdy zama-

wiający powezmie uzasadnione wątpliwości co do zaniżenia ceny oferty. Uruchomienie procedury udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W rozpatrywanym stanie faktycznym, zdaniem Izby, przy podanych wyżej różnicach cen pomiędzy ofertami innych wykonawców a przede wszystkim wartością przeznaczoną na realizację zamówienia, brak było podstaw do podejrzeń, że cena oferty przystępującego jest skalkulowana w sposób nierzetelny.

**217. Sygn. akt: KIO 2286/11, KIO 2303, KIO 2309, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

W ocenie Izby Wykonawca powinien dążyć do przekonania Zamawiającego, iż jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. To na nim bowiem spoczywa obowiązek wykazania jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Istotą tych wyjaśnień musi być ich rzetelność.

**218. Sygn. akt: KIO 2360/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r.**

Zgodnie bowiem z dominującym w orzecznictwie poglądem, decyzję o odrzuceniu oferty w takim przypadku zawsze poprzedzać procedura uregulowana w art. 90 ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie, Zamawiający, w ocenie Izby, w sposób dostateczny udowodnił, że nie zaistniały okoliczności uzasadniające wezwanie wykonawcy: (...) do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśniał on w toku rozprawy przez Izbę, Odwołujący oparł swe twierdzenia na błędnych założeniach. Uznał on bowiem, że kwota podana podczas otwarcia ofert odpowiada ustalonej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Tymczasem kwota ta zawierała w sobie również wartość przewidywanych zamówień uzupełniających. Twierdzenia te znajdują oparcie w protokole zamówienia. (...)

Tym samym nie znajdują oparcia w stanie faktycznym twierdzenia Odwołującego o ustaleniu przez powołanego wykonawcę ceny o 30% niższej od wartości ustalonej przez Zamawiającego. Zasadnymi, w tym kontekście, wydają się też twierdzenia Zamawiającego o pominięciu przez Odwołującego okoliczności, iż ujawniona w ofercie cena jednego wozokilometra została pomniejszona, zgodnie z pkt XIV.1 SIWZ o przewidywane wpływy ze sprzedaży biletów. Dlatego też wykonawca (...) pomniejszył wliczoną przez siebie cenę jednego wozokilometra z 4,63 zł o wpływy netto ze sprzedaży biletów (1,10 zł), ustalając ostateczną cenę na 3,53 zł netto.

**219. Sygn. akt: KIO 2431/11, Wyrok KIO z dnia 23 listopada 2011 r.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej konieczne jest stwierdzenie, iż Zamawiający wzywając wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień, w zakresie rażąco niskiej ceny, nie jest formalnie zobligowany do zastosowania opracowanego urzędowo druku i w tym względzie, za każdym razem indywidualnie, na zasadach suwerenności, konstruuje treść informacji, jakich będzie wymagał – w celu dokonania prawidłowej oceny oferty, pod kątem ceny rażąco niskiej.

**Art. 90 ust. 3**

**220. Sygn. akt: KIO 1452/11, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2011 r.**

Odwołujący kwestionując odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy, jako oferty, co do której złożone wyjaśnienia, w ocenie zamawiającego, potwierdzają rażąco niską cenę,

wskazał, że czynność zamawiającego rażąco narusza przepisy ustawy dotyczące oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawców, a mianowicie art. 89 ust. 1 pkt 4 (przepis nie wskazany w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty), art. 90 ust. 3 i w związku z tym art. 7 ust. 1 ustawy przez uwzględnienie wyjaśnień dwóch wykonawców, które są znacznie zawężone w treści w stosunku do wyjaśnień odwołującego i uznanie wyjaśnień odwołującego za niewiarygodne. W tym zakresie zarzut znalazł potwierdzenie. (...)

Należy podkreślić, że wyjaśnienia wykonawcy oceniane są przy uwzględnieniu przykładowych okoliczności, o których stanowi art. 90 ust. 2 ustawy. Przepis art. 90 ust. 3 ustawy zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia wykonawcy z ewentualnie złożonymi dowodami potwierdzają rażąco niską cenę oferty. Zamawiający nie podał skonkretyzowanych zarzutów w piśmie z dnia 28 czerwca 2011 r. Wskazując przede wszystkim, że cena oferty na poziomie poniżej 60% w odniesieniu do przyjętego kryterium odrzucenia oferty, tj. kwoty podanej na otwarciu ofert, podlega odrzuceniu. Podniósł jedynie kwestię zysku i transportu sprzętu podając, że brak było możliwości zweryfikowania tej pozycji. Znaczną część zawiadomienia stanowiło zacytowane orzecznictwo KIO i sądowe. Dopiero w postępowaniu odwoławczym wskazał trzy pozycje jednostkowe w kosztorysie ofertowym, które budziły jego wątpliwości. Przyznając jednocześnie, że gdyby odwołujący wyjaśnił właśnie te pozycje lub przedłożył dowody składane na rozprawie, mające znaczenie przy kalkulacji ceny oferty, wówczas ocena wyjaśnień byłaby odmienna. Potwierdził się więc zarzut, w ocenie Izby, że decydującym czynnikiem odrzucenia oferty była przyjęta jako kryterium określona wielkość matematyczna, a nie analiza wyjaśnień z przełożeniem jej na cenę oferty. Zamawiający kilkakrotnie podkreślił w postępowaniu odwoławczym, że wyjaśnienia wykonawców, co do zasady, były na jednakowym poziomie, więc należy uznać, że niezasadne jest przyjęcie jednych wyjaśnień za wystarczające, a innych nie. Stąd zdaniem Izby, ocena wyjaśnień dokonana przez zamawiającego nie stanowiła podstawy do przyjęcia, iż wykonawca potwierdził rażąco niską cenę oferty, gdy różnica w cenach ofert wynosi: odwołującego i przystępującego 5,31%, przystępującego i (...) S.A. 4,08%, odwołującego i (...) S.A. 9,10%.

### **221. Sygn. akt: KIO 1459/11, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2011 r.**

Zamawiający na mocy art. 90 ust. 3 ustawy zobowiązany jest odrzucić ofertę w dwóch przypadkach;

- po pierwsze w braku wyjaśnień,
- do drugie, gdy ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, że brak wyjaśnień następuje nie tylko wtedy, gdy wykonawca nie odpowie na wezwanie zamawiającego, ale także, gdy złoży wyjaśnienia, z których treści nie wynikają żadne istotne okoliczności dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na cenę oferty. Taka właśnie sytuacja wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że posiada wykwalifikowaną kadrę i nie będzie musiał zatrudniać dodatkowych pracowników. Nie wykazał jednak w jaki sposób ta konstatacja wpływa na wysokość stawki roboczogodziny, ani nawet tego, czy zatrudnianie własnych pracowników jest na rynku inżynierskich robót budowlanych, sytuacją nadzwyczajną, która przekładania się na skalkulowanie kosztów o 2,5 zł. Niższych niż najniższa stawka godzinowa w województwie (10,00 zł.), ani o prawie 100% niższych niż założone u zamawiającego. Odwołujący z faktu zaoferowania ceny nie będącej ceną rażąco niską zmierzał wywieść korzystne dla siebie skutki prawne w postaci uzyskania zamówienia, a więc jego obciążał obowiązek dowodowy w tym zakresie, co czy zresztą wprost stanowi art. 90 ust. 3 ustawy. Również w zakresie kosztu 1m<sup>3</sup> gruntuobetonu odwołujący poprzestał na twierdzeniu, że skalkulował go zgodnie z ofertą pozyskaną z firmy (...). W żaden jednak sposób odwołujący nie wskazał, co było treścią tej oferty i dlaczego współpraca właśnie w tą firmą pozwala na oszczędzenie kosztów przy kalkulacji ceny. Odwo-

łujący jedynie stwierdził, że gdy zamawiający będzie miał wątpliwości, to przedstawi ofertę. Jednak zamawiający kierując wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy dał właśnie wyraz swoim wątpliwościom, a odwołującemu szansę ich rozwiania. Z możliwości tej odwołujący nie skorzystał, a ustawodawca nie przewidział procedury udzielania wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny, tak długo, aż odwołujący wykaże, że jego cena nie jest rażąco niska. Ponadto sam fakt korzystania z konkretnego dostawcy materiałów nie przesadza jeszcze o posiadaniu szczególnie korzystnych warunków prowadzenia działalności, które wpływają na zaferowaną cenę. Co do zasady większość wykonawców na rynku robót budowlanych posiłkuje się dostawcami materiałów budowlanych, zatem sam fakt, że wykonawca z takiego rozwiązania korzystania, nie stanowi jeszcze dowodu na poparcie twierdzeń odwołującego. Również stwierdzenie, co do założonego zysku nie zostało w żaden sposób wykazane. Izba stwierdziła, iż zamawiający prawidłowo dokonał oceny, że złożone wyjaśnienia w rzeczywistości nie stanowią wyjaśnień. W ocenie Izby zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy ani art. 90 ust. 1 ustawy.

### **222. Sygn. akt: KIO 1868/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r.**

Przywołany przepis [art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – *przyp. red.*] nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę lub jeśli złożone wyjaśnienia potwierdzają, że została zaferowana cena rażąco niska, co w orzecznictwie Krajowej Izby odwoławczej oraz Sądów Okręgowych interpretowane jest jako złożenie wyjaśnień, które nie przekonują, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy a należyte wykonanie zamówienia nie jest zagrożone. Również sam fakt, iż odwołujący nie złożył dowodów popierających złożone wyjaśnienia, nie stanowi *verba legis* uzasadnienia odrzucenia oferty. Odwołujący może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. (...)

Konstrukcja art. 90 ust. 3 Pzp wskazuje na doniosłość badania ceny oferty. Zamawiający w razie powzięcia wątpliwości, co do prawidłowości obliczenia ceny oferty, zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, a obowiązkiem wykonawcy jest należyta odpowiedź na wezwanie. Lekceważenie wezwania, w postaci milczenia wykonawcy, albo udzielenia wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należyłą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie zamawiającego mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień.

(...) odwołujący złożył wyjaśnienia, których stopień ogólności nie uzasadnia, w świetle zasad logiki oraz doświadczenia życiowego, prawidłowości dokonanej przez niego kalkulacji, przez co cel żądania udzielenia wyjaśnień (uzyskanie racjonalnej pewności, że za podaną cenę dany wykonawca jest w stanie należyście wykonać zamówienie) nie został osiągnięty.

### **223. Sygn. akt: KIO 2431/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r.**

Przystępujący wskazał, iż skalkulowana łączna cena ofertowa zawiera wszystkie elementy związane z należytych wykonaniem zamówienia, w której uwzględniono m.in.:

- dogodne warunki logistyczne (...),
- doskonałą znajomość realizacji rurociągowych w warunkach krajowych (...),
- interdyscyplinarność personelu nadzoru (...),
- uczestnictwo w projektach dofinansowanych przez UE (...).

Ponadto przystępujący podał, iż jego oferta nie odbiega w sposób istotny od cen zaproponowanych przez innych uczestników postępowania i zgodnie z podanym uzasadnieniem jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, umożliwiając prawidłową realizację zamówienia. Na rozprawie Zamawiający wskazał, iż istotnymi dla niego elementami, które



miały decydujący wpływ na dokonaną ocenę była okoliczność interdyscyplinarności personelu nadzoru, której to oceny dokonał w oparciu o dokumenty składające się wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w szczególności fakt, że członkowie zespołu nadzoru przedstawieni przez Przystępującego posiadają kilka specjalności, dzięki czemu zostaje zredukowany koszt zatrudnienia specjalistów. Zamawiający wskazał również na okoliczność umiejscowienia bazy Przystępującego, jego oddziału, w bezpośredniej bliskości realizowanego zamówienia. Również Przystępujący podał, że istotnym dla niego elementem, ponad te, o których wypowiadał się Zamawiający, który wskazał w wyjaśnieniach z dnia 24 października 2011 roku był fakt, iż posiada bardzo bogate doświadczenie w realizacji inwestycji w warunkach krajowych, tzw. specyfika branży krajowej, której z kolei nie posiada Odwołujący, gdyż z wykazu robót przedstawionych Zamawiającemu wynika doświadczenie w realizacji robót, poza granicami Polski. Powyższe wyjaśnienia Izba uznała za zasadne.

### **Art. 91 ust. 2**

#### **224. Sygn. akt: KIO 2165/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.**

Podkreślenia wymaga, że kryteria oceny ofert muszą być zaprezentowane w specyfikacji w taki sposób, by wykonawca na ich podstawie był w stanie uzyskać wiedzę, jakie cechy i właściwości oferowanego przez niego przedmiotu będą uznane za pozwalające na uzyskanie wysokiej pozycji w ramach porównania ofert. Na gruncie analizowanej sprawy, zgodzić się należy z Odwołującym, iż dwa przyjęte w ramach kryterium jakościowego „Ocena kliniczna” podkryteria: „Wchłanianość gąbki i gazy” oraz „Czas uzyskania hemostazy” – ponieważ mają znaczenie dla uzyskania odpowiedniej punktacji w ramach oceny złożonych ofert – powinny jednoznacznie wskazywać, co będzie decydowało o uzyskaniu wysokiej lub niskiej oceny jakościowej, w tym uzyskanej punktacji. Powyższe sprowadza się do określenia – w stosunku do tych podkryteriów – jakie cechy, właściwości, walory medyczne, użytkowe lub inne będą się mieściły w ramach danego podkryterium (takie cechy, nawiązujące do właściwości użytkowych zostały zresztą czytelnie podane dla innych parametrów ocenianych w innych pakietach (...)) Powyższe zatem informacje – wyznaczające przynajmniej dolne i górne granice pomiaru przekładające badane cechy na przyznawaną punktację – powinny zostać określone w ramach nakazanego sprecyzowania cech i właściwości, jakie mają być badane w ramach każdego podkryterium, tj. „wchłanianość gąbki i gazy” oraz „czas uzyskania hemostazy”. (...) Płyną z tego wnioski, że w ocenie Sądu:

- wystarczające dla ustalenia kryterium innego niż cena jest podanie przez zamawiającego kategorii (podkryteriów), stanowiących dyrektywy wskazujące, co Zamawiający będzie rozumiał pod pojęciem kryterium innego niż cena.
- nie ma wyraźnego obowiązku podawania oceny spełnienia przez wykonawcę określonych, partykularnych cech mieszczących się w obrębie określonego kryterium. (...)

Zatem, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinny znaleźć się takie postanowienia, które odzwierciedlą sposób dojścia do przyznania w ramach badanych kryteriów (kryterium jakościowego) odpowiedniej punktacji, to jest określające, przykładowo, że punktację w tym zakresie przyznaje się w wyniku testowania złożonych przez wykonawcę, na podstawie postanowień pkt II.5.9 specyfikacji.

#### **225. Sygn. akt: KIO 2653/11, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r.**

Izba zważyła, że celem procedury postępowania o zamówienie publiczne jest dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej to znaczy takiej, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo oferty z najniższą ceną. Zamawiający ma prawo dokonać wyboru oferty nie tylko w oparciu o kryterium ceny ale także w oparciu o inne kryteria oceny ofert, zgodnie z treścią art. 91 ust. 2

ustawy pzp. Przepis ten wymienia przykładowe kryteria oceny ofert, wskazując na: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Kryteria oceny ofert mieć zatem charakter wymierny (mierzalny) cena, gwarancja albo niewymierny (niemierzalny) – jakość, funkcjonalność, serwis. Zastosowane przez zamawiającego w rozpatrywanym postępowaniu kryterium jakość (30%) jest niewątpliwie kryterium wprost dopuszczonym w art. 91 ust. 2 ustawy pzp i jest ono kryterium niemierzalnym, które ze swej natury musi podlegać indywidualnej ocenie. Z samej istoty kryterium jakościowego wynika, że jest to kryterium ocenne, z którym musi wiązać się pewien element subiektywizmu.

W doktrynie wskazuje się, że w przypadku zastosowania indywidualnego kryterium oceny ofert, zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu oceny ofert, w taki sposób, aby ograniczyć element subiektywnej oceny do niezbędnego minimum oraz zapewnić możliwość oceny ofert złożonych w postępowaniu, w oparciu o ustalone przez siebie mierniki oceny. W tym celu zamawiający winien podać swoje preferencje i określić wskazówki, jakimi będzie się kierował przyznając punkty poszczególnym ofertom. Zatem ocena ofert w kryterium jakość nie może być zupełnie dowolna, ale musi zostać w pewnym stopniu opisana za pomocą podkryteriów, jakimi zamawiający będzie się kierował oceniając zaproponowany przedmiot zamówienia pod względem jakości. W rozpatrywanym stanie faktycznym, zamawiający opisał kryterium jakość przez podanie podkryteriów i przyznanie im odpowiedniej punktacji, przez co podał wskazówki, preferencje jakimi będzie się kierował przy ocenie ofert. Wskazał, że ocenie w kryterium jakość podlegać będzie: posiadanie certyfikatu ISO, tematyka, częstotliwość szkoleń oraz kwalifikacje osób odpowiedzialnych za ich przeprowadzenie, dobór środków dezynfekcyjnych i myjąco – czyszczących oraz zasady kontroli jakości i sposób ich dokumentowania.

Tym samym, przez opisanie poszczególnych podkryteriów w oparciu o które zamawiający dokona pewnej kwantyfikacji (oceny) zamawiający wyłączył zupełną swobodę i dowolność w ocenie ofert. Dowolność w ocenie i subiektywizm została w tym przypadku ograniczona przez podanie wskazówek co do oceny i przyznania punktów w poszczególnych podkryteriach a dodatkowo przez podanie w treści siwz minimalnych, podstawowych wymogów co do świadczenia usługi (w zakresie wymogów minimalnych co do środków czystości, planów higieny, stref higienicznych). Nie ulega wątpliwości, że kwestionowane przez odwołującego sformułowania, użyte w opisie poszczególnych podkryteriów typu „najlepszy”, „zadowalający”, „niezadowalający”, „środki, które będą prawidłowo i indywidualnie dobrane” czy „będą spełniały wymagania w szerszym zakresie niż wskazano w siwz” są zwrotami nieostrymi, pozwalającymi na pewien element subiektywnej oceny. Jednakże, zdaniem Izby, charakter przedmiotu zamówienia i zastosowane kryterium jakościowe, wymaga, aby wykonawca, będący profesjonalistą w świadczeniu tego typu usług, przedstawił w ofercie rozwiązania o wyższych standardach, przewyższających minimalne wymogi podane przez zamawiającego w siwz, które będą punktowane przez zamawiającego. Doprecyzowanie przez zamawiającego podanych sformułowań nieostrych w sposób bardziej konkretny, zgodnie z żądaniem odwołującego, doprowadziłoby do tego, że to zamawiający określiłby tematykę szkoleń, dobrał środki dezynfekcyjne i myjąco – czyszczące czy ustaliłby zasady kontroli jakości, przez co stworzyłby pełną koncepcję utrzymania czystości w szpitalu. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 6 stycznia 2010 roku syg. akt KIO/ UZP 1804/09.

### **Art. 91 c ust. 1**

#### **226. Sygn. akt: KIO 2427/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r.**

Sformułowany w przepisie art. 91 c ust. 1 ustawy Pzp wymóg zapewnienia automatycznej oceny i kwalifikacji świadczy o tym, iż niedopuszczalna jest jakakolwiek ingerencja zamawia-

jącego co do danych przekazywanych przez wykonawców za pomocą formularza. Urządzenia zamawiającego powinny zatem samoczynnie szeregować, oceniać i klasyfikować oferty przeliczając postąpienia na ocenę punktową według sposobu oceny ofert określonym w zaproszeniu do aukcji. Zakaz ingerencji świadczy o dbałości ustawodawcy o to, aby aukcja elektroniczna, czyli moment decydujący o wyborze oferty najkorzystniejszej i w którym następuje ustalenie kluczowych elementów ofert był niezakłócony, transparenty i odbywał się bez udziału zamawiającego. Na uwagę zasługuje również okoliczność, iż aukcja elektroniczna prowadzi do możliwości zidentyfikowania przez wykonawcę pozycji złożonej przez siebie oferty i otrzymanej punktacji a także punktacji oferty najkorzystniejszej. W ten sposób na gruncie aukcji elektronicznej ustawodawca dokonał więc modyfikacji ogólnego zakazu, obowiązującego w przypadku składania ofert w klasycznej postaci tj. konieczności zapewnienia niemożności zapoznania się z treścią ofert do momentu upływu terminu ich składania (art. 86 ust. 1 ustawy Pzp).

Powtórzenie aukcji elektronicznej jest najbardziej jaskrawym przypadkiem zaburzenia toku licytacji, które prowadzi do całkowitego zniesienia skutków pierwotnej aukcji. Ponadto, na podstawie przebiegu aukcji wykonawcy znają wartość najkorzystniejszego postąpienia i pozycję złożonej przez siebie oferty. Ponieważ powtórzenie czynności zamawiającego możliwe jest w sytuacji, gdy zostanie stwierdzona jej niezgodność z ustawą Pzp, to tym bardziej w przypadku uchylenia specyficznej czynności jaką jest aukcja elektroniczna, powinno to nastąpić w sposób niebudzący wątpliwości. A zatem podejmowanie takiej decyzji o powtórzeniu czynności aukcji elektronicznej z uwagi na wadliwość jej przebiegu może nastąpić tylko w sytuacji gdy zamawiający nie wykonał swych obowiązków określonych w art. 91 c ustawy Pzp. (...)

Izba stwierdziła, że z powodu niewykazania, że to określony instrument, czy rozwiązanie techniczne platformy aukcyjnej spowodowało wyeliminowanie wykonawcy (...) z możliwości złożenia postąpienia, zamawiający z naruszeniem przepisów art. 91 ust. 1 i ust. 2, 91 c ust. 1 ustawy Pzp w dniu 2 listopada 2011 r. zdecydował o powtórzeniu aukcji elektronicznej, pomimo, iż pierwsza aukcja została przeprowadzona w sposób prawidłowy, przeprowadził kolejną aukcję i wybrał w części II ofertę, która nie była ofertą najkorzystniejszą w świetle wyników aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 25.10.2011 r. Zamawiający naruszył w ten sposób także zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp albowiem nie mając ku temu podstaw, nie wziął pod uwagę wyników aukcji elektronicznej w części II zamówienia przeprowadzonej w dniu 25.10.2011 r., naruszając tym samym interes odwołującego, który miał prawo oczekiwać, że jej wyniki staną się podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej.

### Art. 92 ust. 1

#### 227. Sygn. akt: KIO 1620/11, KIO 1625/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r.

Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też wyroki KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania elementów oferty, których ma dotyczyć niezgodność z treścią siwz bądź nieopisanie, czego konkretnie w ofercie brakuje oraz niesprecyzowanie, których parametrów wydajnościowych wskazanych w siwz oferty odwołujących nie spełniają, w badanym postępowaniu prowadzi do wniosku, iż zamawiający nie poinformował odwołujących o przyczynach uznania ich ofert za niezgodne z siwz. To na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia

faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie powinien domyślać się, w czym zamawiający upatruje niezgodność jego oferty z treścią siwz (z którym jej postanowieniem). Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 Pzp podanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec wykonawców decyzji, a tak zamawiający postąpił w rozpoznawanej przez Izbę sprawie.

### **228. Sygn. akt: KIO 1653/11, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 r.**

Potwierdził się natomiast zawarty w odwołaniu zarzut bezpodstawności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Skład orzekający zważył, iż wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp było ogólnikowe i niewystarczające dla wywiedzenia skutków prawnych z tego przepisu względem Odwołującego. Tymczasem to na Zamawiającym, jako dokonującym czynności przekreślającej możliwość dalszego ubiegania się Odwołującego o udzielenie zamówienia, ciążył wynikający z przepisu art. 6 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 pzp obowiązek udowodnienia zajścia okoliczności skutkujących zastosowaniem tej podstawy prawnej odrzucenia, oraz wynikający z przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp obowiązek podania adekwatnego uzasadnienia faktycznego i prawnego. Wskazane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne *de facto* sprowadzało się do następującego sformułowania: przedstawione w ofercie rozwiązanie Konsorcjum nie potwierdzają zastosowania równoważnych rozwiązań. W pełni zasadny jest zatem zarzut odwołania, iż Zamawiający nie sprecyzował żadnej konkretnej niezgodności treści oferty Odwołującego, którą stwierdził w stosunku do treści wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z.

### **229. Sygn. akt: KIO 1901/11, Wyrok KIO z dnia 16 września 2011 r.**

Zamawiający informując o odrzuceniu oferty odwołującego w piśmie z dnia 24 sierpnia 2011 r. Nie podnosił, iż oferowane urządzenie nie stanowi spektrometru, nie odnosił się także do podanej w ofercie odwołującego długości fal. (...) Argumenty te zostały powołane dopiero na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 września 2011 r., zatem, jako że nie zostały podane jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego w zawiadomieniu z dnia 24 sierpnia 2011 r., nie podlegały rozpoznaniu(...)

Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie faktyczne podane w informacji o odrzuceniu oferty warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej, ma bezpośrednio znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (...)

Dodać trzeba, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę o przyczynach odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie powinien domniemywać przyczyn, które legły u podstaw podejmowanych wobec niego czynności. Zatem nie mogą być wzięte pod uwagę przez Izbę okoliczności faktyczne uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego powoływane przez zamawiającego dopiero na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie

### **Art. 92 ust. 1**

### **230. Sygn. akt: KIO 2428/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r.**

Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego, niezwłocznie po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, do zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i praw-

nego. Powyższy obowiązek zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Należy przyjąć, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, nie wprowadzający w błąd wykonawców, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek odrzucenia oferty. Podanie w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego jedynie podstawy prawnej oraz ogólne sformułowanie zarzucanych niezgodności przez odwołanie się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia może być uznane za podanie co najwyżej podstawy prawnej odrzucenia. Izba wskazuje, że uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. W przypadku braku uzasadnienia lub jego lakoniczność, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związane Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu.

Tym samym wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się Zamawiający odrzucając jego ofertę. Dlatego też Izba akceptuje stanowisko Odwołującego, że ustalenie zarzucanych przez Zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy i domniemywania powodów odrzucenia oferty. Obowiązek wskazania podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty spoczywa w całości na Zamawiającym. Izba uznała, że naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, dlatego też przedmiotowy zarzut zasługuje na uwzględnienie.

### Art. 93 ust. 1

#### 231. Sygn. akt: KIO 1792/11, Wyrok KIO z dnia 1 września 2011 r.

Skutki jakie wywołuje dla jego uczestników przesądzają o tym, iż obowiązek wykazania, iż czynność ta [*unieważnienie postępowania – przyp. red.*] znalazła dla określonego postępowania swoje prawne i faktyczne uzasadnienie spoczywa każdorazowo na zamawiającym. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na zamawiającym i stosownie do treści art. 93 ust. 3 ustawy Pzp fakt ten powinien zostać jednocześnie uzewnętrzniony wszystkim wykonawcom. Niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Celem organizowania postępowania jest udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma po stronie Zamawiającego woli do zawarcia umowy. Ogłoszenie postępowania jest tym samym swego rodzaju przyrzeczeniem publicznym.

#### 232. Sygn. akt: KIO 2361/11, KIO 2362, KIO 2364, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.

Polski system prawa przewiduje ochronę prawną zobowiązań, zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych, której wyrazem jest m.in. niemoż-



ność bezpodstawnego i autorytarnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie po zaistnieniu podstaw enumeratywnie wskazanych przez ustawodawcę. Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający *de facto* zobowiązuje się do zawarcia z wykonawcą, którego oferta, zgodnie z przewidzianą procedurą udzielania zamówień, będzie ofertą najkorzystniejszą, umowy, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego takie roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 kodeksu cywilnego. Nie bez przyczyny ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest często porównywane ze złożeniem przyrzeczenia publicznego, o którym mowa w art. 919 § 1 kodeksu cywilnego ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dotrzymać. Tym samym oczywiste jest, iż zamawiający nie może unieważnić postępowania wyłącznie z tego powodu, iż zmienił koncepcję prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

### **Art. 93 ust. 1 pkt 4**

#### **233. Sygn. akt: KIO 1645/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r.**

Prezentowana przez odwołującego interpretacja art. 93 ust. 1 pkt 4 i rozumienia wskazanej tam możliwości podniesienia kwoty na sfinansowanie zamówienia jest nie do utrzymania w świetle całokształtu regulacji ustawowej. Postulowanie w tym przypadku badania rzeczywistych możliwości finansowych zamawiającego jest niedopuszczalne i prowadziłoby do niedających się pogodzić z nakazem utrzymania racjonalności zrekonstruowanych w procesie wykładni norm prawnych. Badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, czy dokonania jednych zakupów kosztem drugich, albo nakazywanie mu wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na coś innego lub którą zamierzał zaoszczędzić, nie znajduje oparcia w przepisach. Ponadto nie sposób byłoby wyznaczyć granicy takiej ingerencji w „możliwości” finansowe zamawiającego.

W każdym przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał przed otwarciem ofert, przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp zachodzi i tylko wołą zamawiającego pozostaje czy z niej skorzysta, czy też zechce na sfinansowanie zamówienia przeznaczyć kwotę większą niż pierwotnie planował. Wykonawcy przy tym nie mają żadnej materialnoprawnej podstawy, aby domagać się powyższego od zamawiającego. Jak już wskazano, decyzja, co do podniesienia kwoty, którą chce wydać na zakup określonego przedmiotu zamówienia mieści się w dyskrecjonalnej władzy zamawiającego. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 315/10 „prawo roszczenia wykonawcy do pozytywnego zakończenia postępowania zatrzymuje się na kwocie podanej na otwarciu ofert przez zamawiającego. Gwarancyjna rola kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ma ten skutek, iż jest ona kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość postępowania i chroniącą interesy wykonawców”. Interpretacja przepisu prezentowana przez odwołującego właściwie przekreśliłaby sens i cel podawania przed otwarciem ofert kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, skoro dla unieważnienia postępowania i tak istotne byłoby jedynie ustalenie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych zamawiającego. Wykonawcy mogą ewentualnie, w stosownych terminach zakwestionować jedynie kwotę, którą zamawiający podał przed otwarciem ofert jako rażąco zaniżoną w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Kwota taka co prawda nie musi być identyczna z wartością szacunkową zamówienia, którą zamawiający przed wszczęciem postępowania ustalił (plus VAT) – zamawiający może spodziewać się, iż na skutek działania rynkowych mechanizmów konkurencyjnych uzyska zamówienie za kwotę niższą. Jak już wskazano sprawą zamawiającego pozostaje ile na dane zamówienie może/chce wydać. Jednakże kwota ta równocześnie

nie może być zaniżona w stosunku do realnej wartości zamówienia jedynie w celu wykreowania sytuacji, w której przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 3 pkt 4 Pzp praktycznie zawsze się ziści, a zamawiający będzie miał możliwość dowolnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Tego typu działanie zamawiającego praktycznie uniemożliwiłoby i przekreślałoby opisany wyżej cel podawania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jako takie na zasadzie art. 5 K.c. nie mogłoby być uznane za korzystanie z przysługującego prawa i nie korzystałoby z ochrony.

### **234. Sygn. akt: KIO 1693/11, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2011 r.**

Z art. 93 ustawy wynika, iż zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej i celowościowej, a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy, spoczywa zawsze na zamawiającym. Zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast według art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający unieważnia postępowania jeżeli 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. W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp ustawodawca zagwarantował mechanizm uniemożliwiający jej nadużywanie zobowiązując zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Izba wyraża pogląd, iż podanie do publicznej wiadomości i ujawnienie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, ma charakter gwarancyjny – chronić ma wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. Należy przyjąć, iż kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość i jawność postępowania oraz służącą realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp). Niewątpliwie, jeśli cena oferty (brutto) przewyższa kwotę podaną przez zamawiającego w trybie art. 86 ust. 3 Pzp, przesłanka unieważnienia postępowania jest spełniona. Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy trzeba podkreślić, iż cena oferty odwołującego (5 653 800 zł brutto) nie przekracza kwoty podanej przez zamawiającego przed otwarciem ofert (5 658 000 zł). Rację ma odwołujący, iż bez znaczenia jest przy tym sposób, w który zamawiający obliczył kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 86 ust. 3 Pzp podać konkretną wartość tj. kwotę pieniędzy, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (cena może być netto lub brutto, natomiast kwota pieniędzy jest wielkością wyrażoną liczbowo w tym przypadku w złotych). Jednocześnie słusznie podnosił odwołujący, iż zamawiający nie był uprawniony, w celu zweryfikowania, czy w okolicznościach sprawy zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania opisana w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, do porównywania ceny netto oferty odwołującego (4 833 000 zł) do wartości szacunkowej zamówienia tj. całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalonego przez zamawiającego z należytą starannością (art. 32 ust. 1 Pzp) tj. w niniejszej sprawie 4 600 000 zł. Brzmienie komentowanego przepisu nie pozostawia wątpliwości, iż cenę oferty (zgodnie z ustawą z art. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze zm. cenę uwzględniającą m.in. podatek od towarów

i usług, zatem cenę brutto) należy odnieść do kwoty podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert. Czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia jest irrelevantna w odniesieniu do uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy przesłanki unieważnienia postępowania. Jedynie kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy, stanowi punkt odniesienia dla oceny, czy w danym stanie faktycznym zaktualizowała się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Uwzględnwszy przedstawioną przez Izbę wykładnię powołanego przepisu stwierdzić trzeba, iż zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego wyrażonego na rozprawie oraz w piśmie z dnia 4 sierpnia 2011 r., zgodnie z którym zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, jeśli po otwarciu ofert zmniejszyły się jego możliwości sfinansowania zamówienia, Izba wyraża pogląd, iż na gruncie aktualnego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, powołana interpretacja komentowanego przepisu nie znajduje uzasadnienia. Obowiązująca na gruncie ustawy zasada *numerus clausus* przesłanek unieważnienia postępowania nie pozwala na ich wykładnię rozszerzającą.

### **235. Sygn. akt: KIO 1943/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r.**

Nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, która w ocenie składu orzekającego nie może się ostać. W tym zakresie osią sporu pomiędzy stronami jest odmienna ocena, czy w realiach rozpoznawanej sprawy Zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Dokonując oceny przedmiotowego zarzutu, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Izba uznała, że Zamawiający unieważnił postępowanie z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Art. 93 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregośkolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w powołanym przepisie ustawy. Oznacza to, że działanie Zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły, przy zachowaniu prymatu wykładni gramatycznej a udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było prawidłowe, spoczywa zawsze na Zamawiającym.

Zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast według art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli 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. Powyższe regulacje gwarantują wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pewność, co do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Chroni to wykonawców przed arbitralnymi decyzjami Zamawiającego w trakcie oceny ofert w zakresie unieważnienia postępowania z powodu braku środków na sfinansowanie zamówienia. Należy przyjąć, iż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest przynajmniej kwotą minimalną, gwarantującą przejrzystość i jawność postępowania oraz służącą realizacji zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), znaną wykonawcom od momentu otwarcia ofert.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy trzeba podkreślić, iż cena oferty Odwołującego (116 513 073,27 zł brutto) nie przekracza kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert (117 643 671,00 zł). Kwota taka wynika również z protokołu ZP-PN prowadzonego w toku postępowania. Podawana przed otwarciem ofert kwota jest pewną

wartością wyrażoną liczbowo w złotych. Odnosić należy wartość oferty brutto do podanej przez Zamawiającego kwoty przed otwarciem ofert. Decydujące znaczenie zatem będzie mieć kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert i tylko do takiego aspektu należało odnieść się rozpatrując możliwość unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia jest irrelevantna w odniesieniu do uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przesłanki unieważnienia postępowania. (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 sierpnia 2011 roku, sygn. akt KIO 1693/11).

Dostrzeżenia również wymaga zmiana brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dokonana nowelizacją ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. O zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Obecnie nie istnieje już dyferencja pojęciowa między art. 86 ust. 3 a art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podkreślana przez orzecznictwo i sprowadzająca się do rozróżnienia sformułowań użytych w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy „zamawiający może przeznaczyć” i w art. 86 ust. 3 ustawy „zamawiający zamierza przeznaczyć” powodująca dopuszczalność zmniejszenia przez Zamawiającego przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia kwoty w okresie między datą otwarcia ofert, a datą unieważnienia postępowania. W obecnym brzmieniu ustawy ustawodawca posługuje się pojęciami tożsamymi, co potwierdza tezę, że przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnosić należy do kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert, na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający w toku prowadzonej rozprawy podkreślił, że decyzja o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podjęta została, ponieważ odrzucona została oferta z najniższą ceną mieszcząca się w jego budżecie. A zatem, jeżeli uwzględniono zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty, uznać należało, że nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

### **236. Sygn. akt: KIO 2398/11, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2011 r.**

W przypadku zamówienia z prawem opcji przedmiot zamówienia jest określony jednoznacznie w całym zakresie w specyfikacji, następnie w ofercie, a ostatecznie w umowie, z tym tylko zastrzeżeniem, że określona jego część nie jest gwarantowana. Mamy tu zatem do czynienia z przedmiotem zamówienia (umowy), który musi być uwzględniony w umowie w takim samym zakresie jak wynika to ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w konsekwencji z oferty wykonawcy. Zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Skoro zamówienie obejmuje dany zakres świadczenia, to zamawiający, aby zawrzeć umowę na ten zakres, musi posiadać wystarczające środki na jego sfinansowanie, a zatem informacja o kwocie jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie dotyczy wyłącznie „etapu podstawowego” lecz przedmiotu zamówienia w całym zakresie określonym w siwz. Zamawiający nie może więc wyłączyć z przedmiotu zamówienia pewnej jego części na etapie zawierania umowy oraz nie może zaciągnąć zobowiązania, gdy nie posiada środków na pokrycie tego zobowiązania w całości. Z powyższego wynika, że przesłanka unieważnienia postępowania, określona w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp została wypełniona w danym stanie faktycznym, gdyż środki, które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (z uwzględnieniem prawa opcji) są niższe niż oferta z najniższą ceną. W tych okolicznościach umowa w sprawie zamówienia nie może być zawarta.

### **237. Sygn. akt: KIO 2645/11, Wyrok KIO z dnia 27 grudnia 2011 r.**

Zdaniem Izby należy zwrócić uwagę, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, w brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku [*ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw – Dz. U. Nr 223, poz. 1778 – przyp. red.*] wyraźnie stanowił, że zamawiający zobligowany był unieważnić prowadzone postępowanie o udziele-

nie zamówienia publicznego w przypadku gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wobec takiej redakcji ww. przepisu zamawiający każdorazowo przed unieważnieniem prowadzonego postępowania winien był najpierw dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej a następnie porównać cenę z niej wynikającą z kwotą, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dopiero wówczas, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zamawiający winien był unieważnić postępowaniu w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, dla spełnienia przesłanki zawartej w przywołanym powyżej przepisie wystarczającym jest, aby oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skoro ustawodawca zrezygnował z obowiązującego przed nowelizacją unormowania, jego celem musiało być dopuszczenie możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty, w przypadku gdy oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Niewątpliwie z punktu widzenia ekonomiki prowadzenia postępowania tego rodzaju regulacja w korzystny sposób wpływa na skrócenie postępowania, w sytuacji gdy zamawiający nie posiada dodatkowych środków finansowych ponad te, które może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, których posiadanie zadeklarował zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp bezpośrednio przed otwarciem ofert. Wobec powyższego stanowisko odwołującego, w którym twierdził, że zamawiający w rozpoznawanym stanie faktycznym naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, bowiem unieważnił prowadzone postępowanie z pominięciem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, należy uznać za chybione. Podobnie, w przypadku argumentacji dotyczącej konieczności wykazania przez zamawiającego, że nie posiada dodatkowych środków na sfinansowanie zamówienia. Izba podkreśla, że zamawiający jest zobligowany do realizacji zadań ustawowych, które zostały mu wyznaczone. W tym zakresie dysponuje określonymi środkami na ich realizację. Zatem, nie tylko obowiązkiem ale przede wszystkim prawem zamawiającego jest wyznaczenie własnej hierarchii potrzeb oraz poziomu środków finansowych na ich zaspokojenie. Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że zamawiający nie musiał udowadniać tego rodzaju okoliczności wykonawcom a żądania odwołującego w tym zakresie uznała za nieuprawnione.

### **Art. 93 ust. 1 pkt 6**

#### **238. Sygn. akt: KIO 1948/11, Wyrok KIO z dnia 23 września 2011 r.**

W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp konieczne jest udowodnienie przez zamawiającego, iż nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Powyższe oznacza, iż zamawiający powinien wykazać, po pierwsze, iż zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przyczynę unieważnienie postępowania musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym. W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców. Zarówno istnienie interesu publicznego, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące



konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą weryfikacji w celu ustalenia, że na gruncie danego stanu faktycznego przesłanka unieważnienia postępowania zaktualizowała się.

Odnosząc się do wykładni poszczególnych przesłanek zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp trzeba zaznaczyć, iż przez interes publiczny należy rozumieć 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 z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Jednocześnie wymaga podkreślenia, iż interes publiczny nie może być utożsamiany z indywidualnym interesem zamawiającego. Co do istotnej zmiany okoliczności należy wyrazić pogląd, iż stanowi ona kategorię o charakterze obiektywnym, ściśle powiązaną z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, którego realizacji miało służyć to postępowanie.

Uwzględniając przedstawioną przez Izbę wykładnię przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp stwierdzić trzeba, iż zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na jego podstawie. Zamawiający w piśmie z dnia 31 sierpnia 2011 r. jako okoliczność uzasadniająca unieważnienie postępowania wskazał pismo starosty z dnia 25 sierpnia 2011 r., w którym poproszony został do „niezaciągania nowych zobowiązań długoterminowych wykraczających poza bieżący rok kalendarzowy umowy z firmami współpracującymi, dzierżawcami, dostawcami.” W związku z uchwałą dotyczącą przyjęcia kierunków i zmian funkcjonowania SPZOZ w Ł. oraz podjętymi przez Zarząd Powiatu Ł. działaniami mającymi na celu wydzierżawienie szpitala. Powoływana uchwała, jak słusznie zostało podniesione w odwołaniu, nie ma charakteru wiążącego, co wprost wynika z uzasadnienia do niej. Nie przesądza ona także o tym kiedy i czy w ogóle majątek zamawiającego i w jakim zakresie zostanie wydzierżawiony, czy też z podmiotem wyłonionym w drodze konkursu zostanie zawarta umowa sprzedaży sprzętu medycznego, wyposażenia oraz leków, sprzętu i materiałów jednorazowego użytku. Ponadto wprost w niej zostało wskazane, iż wdrożenie zmian organizacyjnych nie spowoduje likwidacji zamawiającego jako osoby prawnej. Ponadto usługi będące przedmiotem zamówienia (kompleksowe utrzymanie czystości) będą musiały być świadczone nieprzerwanie w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania zamawiającego i zagwarantowania możliwości świadczenia przez niego usług zdrowotnych (zamawiający nie przedstawił stanowiska przeciwnego). Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż w przypadku oddania majątku zamawiającego w dzierżawę, czy dokonania innego rodzaju zmian organizacyjnych, możliwym będzie wypowiedzenie umowy przez zamawiającego (we wzorze umowy przewidziano trzymiesięczny okres wypowiedzenia). Dodać trzeba, iż wskazywane przez zamawiającego na rozprawie potencjalne wystąpienie przez wykonawcę, z którym umowa zostanie zawarta, a następnie mu wypowiedziana, z roszczeniami odszkodowawczymi w zakresie dotyczącym nie wykonanej części umowy (umowa zawarta ma być na 24 miesiące), będzie podlegać ocenie sądu powszechnego w kontekście przepisu art. 746 § 1 kc. Potencjalne wystąpienie z roszczeniami odszkodowawczymi nie dowodzi jednak istnienia którejkolwiek z przesłanek zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Odnosząc się do treści pisma starosty z dnia 25 sierpnia 2011 r., z którego zamawiający wywiódł konieczność unieważnienia postępowania trzeba wskazać, iż starosta nie nakazał w powołanym piśmie unieważnienia postępowania. Jak przyznał sam zamawiający na rozprawie ani ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. Z 1998 r. Nr 91, poz. 578 ze zm.), ani ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (t.: Dz. U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89 ze zm.), ani żadne inne przepisy nie dają mu takiego uprawnienia. Zgodnie z art. 18 ust. 1 Pzp osobą odpowiedzialną za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania jest kierownik zamawiającego. Jego działanie jest oceniane przez przyzmat ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.) o odpowiedzial-

ności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w której przepisie art. 17 ust. 3 postanowiono, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania. Ponadto zamawiający w sposób wybiórczy zinterpretował treść pisma starosty z dnia 25 sierpnia 2011 r., bowiem jednocześnie – jak wynika z przedłożonego przez odwołującego wydruku ze strony internetowej zamawiającego – prowadzone jest postępowanie na wybór pożyczkodawcy na kwotę 3 mln zł – pożyczka spłacana ma być w roku 2012 r. W piśmie starosty, jeśli rozumieć je jako zakaz zawierania jakichkolwiek umów, które wykonywane będą w 2012 r., nie zostały wskazane żadne kategorie zobowiązań, których ograniczenie ma nie obejmować. Zważywszy powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający nie udowodnił, iż stanie faktycznym sprawy ziściły się przesłanki unieważnienia postępowania określone w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp.

### **239. Sygn. akt: KIO 2163/11, Wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r.**

(...) nie leży w interesie publicznym podjęcie się realizacji przedsięwzięcia modernizacji oczyszczalni ścieków, w sytuacji, gdy w momencie podpisywania umowy nie ma zapewnionego pełnego finansowania tego przedsięwzięcia. W przypadku pewnego finansowania inwestycja ta przyniosłoby ogółowi społeczności Miasta B. wymierne korzyści, w przeciwnym razie wywoła jednak negatywne skutki, w szczególności:

- zburzy strukturę finansową całego Projektu – w ramach którego wykonywanych jest więcej ważnych dla miejscowej społeczności inwestycji – utrata dofinansowania wraz z odsetkami od kwot płatności już otrzymanych tj. kwota 10 095 846,63 PLN powiększona o konieczność zwrotu pożyczki z WFOSiGW,
- zaburzy płynność finansową Zamawiającego, w wyniku braku możliwości uregulowania zobowiązań z już zawartych umów, mogąc doprowadzić nawet do jego upadłości, co w rezultacie przełożyłoby się na drastyczne podwyższenie taryf za dostarczanie wody pitnej i odprowadzenie ścieków dla mieszkańców B.,
- zaburzy równowagę finansową właściciela Spółki – Gminy Miasto B.

(...) takie rozległe i negatywne konsekwencje podpisania przedmiotowej umowy leżą w interesie publicznym. Tak więc w tym konkretnym przypadku, w okolicznościach sprawy to właśnie unieważnienie postępowania a nie podpisanie umowy leży w interesie publicznym, bo zapobiega licznym negatywnym konsekwencjom zawarcia przedmiotowej umowy.

### **Art. 93 ust. 1 pkt 7**

### **240. Sygn. akt: KIO 1792/11, Wyrok KIO z dnia 1 września 2011 r.**

Ze względu na doniosłość czynności unieważnienia postępowania polegającą na zniweczeniu wszystkich skutków prawnych i faktycznych związanych z wszczęciem postępowania, złożeniem wniosków lub ofert przez wykonawców i dokonaniem przez zamawiającego w toku postępowania określonych czynności prawnych i faktycznych unieważnienie postępowania musi być wynikiem niezależnych od zamawiającego okoliczności. Wyjątek od tej zasady może nastąpić jedynie w stosunku do przesłanki uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż najczęściej wada, o której mowa w powyższym przepisie jest skutkiem błędów zamawiającego poczynionych na etapie przygotowywania lub prowadzenia postępowania. W tym wypadku jednak zamawiający będzie zobligowany do zwrotu wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty stosownie do treści art. 93 ust. 4 ustawy. Jednakże, jak wskazano wyżej, Zamawiający winien udowodnić, iż została wypełniona przesłanka zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła zaprezentowanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie argumentacji. Wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10.08.2011 r. podstawą prawną unieważnienia przedmiotowego postępowania jest art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia literalna ww. przepisu wskazuje, iż istnienie przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nastąpi jedynie w przypadku, gdy wada postępowania jest nieusuwalna i pomiędzy wadą postępowania istnieje związek przyczynowo – skutkowy, który prowadziłby do możliwości unieważnienia zawartej umowy w całości. Powyższe należy odnieść do treści art. 146 ust. 1 pkt 1 – 6 ustawy Pzp, w którym został zawarty katalog przesłanek powodujących konieczność unieważnienia umowy. Charakter tychże przesłanek wskazuje, iż dotyczą one istotnych elementów postępowania mających wpływ na zachowanie podstawowych zasad udzielania zamówień (zasady jawności, uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, zasady określającej podstawowe tryby udzielenia zamówień) i dotyczą stosowania trybów konkurencyjnych z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu, zawarcia umowy przed upływem terminu na wniesienie odwołania lub w przypadku jego wniesienia przed jego ostatecznym rozstrzygnięciem, uniemożliwienia składania ofert wykonawcom w ramach dynamicznego systemu zakupów, udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w ustawie. Ponadto zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę podstawę faktyczną dokonanej przez Zamawiającego czynności, trudno doszukać się jej wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Zdaniem Izby Zamawiający nie wykazał, iż zaistniała którakolwiek z przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp skutkujących z mocy prawa koniecznością unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na etapie postępowania odwoławczego Zamawiający nie odniósł podstawy prawnej i faktycznej swojej decyzji do wskazanych w ustawie przesłanek regulujących przypadki możliwości unieważnienia umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Wadą musi zostać dotknięte samo postępowanie o zamówienie publiczne i wada ta dodatkowo musi mieć charakter nieusuwalny, wywierający wpływ na umowę i jej przyszły byt.

Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na zamawiającym. To na Zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania, gdyż on wywodzi z nich skutki prawne. Samo wskazanie okoliczności faktycznych, z którymi Zamawiający wiąże konieczność unieważnienia postępowania nie jest wystarczające. Zamawiający winien wykazać jaki wpływ na los przyszłej umowy i ewentualną możliwość jej unieważnienia ma wskazana przez Zamawiającego okoliczność, tj. Zamawiający winien wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy zaistniałą wadą a wadą umowy i możliwością jej unieważnienia w przeszłości.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał istnienia powyższych okoliczności i wzajemnych relacji pomiędzy wadą postępowania a możliwością unieważnienia umowy. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż wada, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania. Ze względu na charakter normy prawnej wyrażonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp decyzji o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, iż zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia zawartego w ofercie Odwołującego. W powyższym zakresie Odwołujący w złożonej ofercie zaoferował

przedmiot zamówienia zgodny z wymaganiami Zamawiającego, przedkładając wraz z ofertą formularz ofertowy oraz formularz cenowy zgodny z załącznikami do SIWZ. Ponadto do oferty Odwołujący dołączył dokumenty potwierdzające, że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego. Interpretacja przesłanek unieważnienia postępowania powinna być dokonywana w sposób ścisły przy zachowaniu prymatu wykładni literalnej i celowościowej norm prawnych wyrażonych w art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### **241. Sygn. akt: KIO 2134/11, Wyrok KIO z dnia 17 października 2011 r.**

W przedmiotowej sprawie, biorąc pod uwagę określone okoliczności faktyczne sprawy, Izba dokonując takiej analizy doszła jednak do przekonania, że przesłanka z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp nie zaistniałaby, gdyby doszło do podpisania umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego. Niewątpliwie, zdaniem Izby, doszło w tym przypadku do popełnienia przez Zamawiającego przed upływem terminu do składania ofert określonych naruszeń. Zamawiający dokonał wykreślenia z opisu warunków zawartego w SIWZ warunku dotyczącego dysponowania określonym sprzętem, a mianowicie frezarką drogową przez wykonawców, jednocześnie nie wykreślając tego opisu warunku z treści ogłoszenia o zamówieniu, wbrew dyspozycji art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp. Konsekwencją tego naruszenia było także to naruszenie, że Zamawiający także nie przedłużył terminu składania ofert w związku z koniecznością modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu. Co do popełnienia tych naruszeń przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego pomiędzy stronami postępowania odwoławczego nie było sporu. W tym zakresie Izba także podzieliła stanowisko Prezesa UZP prezentowane w Informacji o wynikach kontroli uprzedniej prowadzonej w sprawie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwym dla Izby było także to, że wskazane naruszenia nie mogą być aktualnie naprawione przez Zamawiającego w związku z etapem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po upływie terminu składania ofert). Wskazane naruszenia nie należą bez wątpienia do przesłanek wskazujących na bezwzględną konieczność unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku jej zawarcia (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp). Zdaniem Izby naruszenia te także nie mają, jak i nawet, nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp). Wynik postępowania należy utożsamiać zasadniczo z momentem zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej lub czynnością unieważniania postępowania. Przy wskazanej przesłance, o której stanowi art. 146 ust. 6 ustawy Pzp należałoby zatem wykazać, że gdyby nie określone naruszenie przepisów ustawy Pzp postępowania zakończyłoby się wyborem innej oferty, bądź koniecznością unieważnienia postępowania.

W stanie faktycznym rozpoznawanej przez Izbę sprawy należałoby wykazać, że upublicznienie w oficjalnym europejskim publikatorze zamówienia (Dziennik Urzędowy UE) informacji o wykreśleniu warunku udziału dotyczącego konieczności dysponowania w tym postępowaniu frezarką drogową, a więc zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu w kontekście zmiany SIWZ w tym zakresie i w konsekwencji wydłużenie terminu do składania ofert, spowodowałoby dodatkowe zainteresowanie tym zamówieniem przez innych wykonawców niż ci, którzy złożyli oferty w postępowaniu. W ocenie Izby wykreślenie z warunków udziału w postępowaniu opisanych w SIWZ warunku dysponowania frezarką nie mogło nawet potencjalnie wpłynąć na zwiększenie konkurencji w danym zamówieniu, niezależnie od tego czy mamy na myśli wykonawców krajowych, czy też zagranicznych. Przywołany warunek dysponowania frezarką drogową nie miał bowiem charakteru warunku ograniczającego w jakiś sposób potencjalnych wykonawców danych robót drogowych. Uwzględniając bowiem wysoką wartość zamówienia, a przede wszystkim charakter przedmiotu zamówienia, który wymagał od wykonawców dysponowania nader bardziej skomplikowanym sprzętem dla realizacji tego zamówienia, stwierdzić należało, że samo wykreślenie warunku dysponowania frezarką drogową – sprzętem charakterystycznym i dość standardowym przy realizacji robót drogowych obję-



tych przedmiotem niniejszego zamówienia, wprost nie spowodowało ani nawet niespowodowałyby zwiększenia zainteresowania danym zamówieniem publicznym w stopniu większym aniżeli zainteresowanie, które powstało w oparciu o wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu warunki udziału. Podobne znaczenie ma także naruszenie związane z brakiem przesunięcia terminu do składania ofert. Wykreślenie z wymogów zamówienia jakiegoś warunku i nieprzesunięcie terminu do składania ofert nie wpływa, ani też nie może w żaden sposób wpływać na zwiększenie zainteresowania danym zamówieniem.

#### **242. Sygn. akt: KIO 2660/11, Wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2011 r.**

Z aktualnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wynika bowiem, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone 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, polegającą na przyjęciu w miejsce instytucji bezwzględnej nieważności umowy, potwierdzanej jedynie deklaratoryjnym orzeczeniem sądu – instytucję względnej nieważności umowy, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, to mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Kolejną istotną zmianą jest wprowadzone nowelizacją brzmienie 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 rażącym naruszeniem ustawy (pkt 5) albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 5). W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny sprecyzowane wąsko i konkretnie (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), którymi nawet w drodze wykładni rozszerzającej nie sposób objąć wadliwości innych czynności lub zaniechań zamawiających. Mogłoby to prowadzić do wniosku, iż w aktualnym stanie prawnym zamawiający nie mogą unieważniać postępowania w przypadku stwierdzenia, z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych jednak dyspozycją żadnego z sześciu punktów art. 146 ust. 1 pzp, niezależnie od tego, czy mają one charakter nieusuwalny. W konsekwencji zamawiający musieliby dalej prowadzić wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby, wobec zmiany konstrukcji nieważności, ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu stwierdzenia jej nieważności stosownym orzeczeniem. Wniosek taki byłby o tyle uprawniony, że aktualnie obowiązujący art. 146 pzp zawiera w ust. 6 nowy przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący jednak wyłączną kompetencję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Poza ograniczeniem podmiotowym legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy wyłącznie do Prezesa UZP, a więc z pominięciem zamawiających, zwraca uwagę szerszy przedmiotowo, w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6, nawet łącznie rozważanych, zakres zastosowania nowego przepisu – aktualnie wystarczającym jest by wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Można by zatem wysnuć dalszy wniosek, że zamawiający zawierający umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obciążonego tego typu poważnymi wadami, skazani są na stan niepewności prawnej i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystą-



pi do sądu o stwierdzenie nieważności zawartej umowy. Stanowisko takie wydaje się trudne do zaakceptowania ze względów praktycznych, gdyż prowadziłoby do generalnego przyzwolenia na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, choć stwierdzenie okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe, czy nawet nastąpiło jeszcze przed ich zawarciem. Skład orzekający Izby wyraża pogląd, iż zamawiający unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni brać również pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 146 ust. 6 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, iż jest ono obciążone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1-6 pzp.

### **Art. 93 ust. 3**

#### **243. Sygn. akt: KIO 2028/11, Wyrok KIO z dnia 29 września 2011 r.**

W ramach informacji o unieważnieniu części 1 postępowania z dnia 14.09.2011 r. Zamawiający wskazał, że: „postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje. Po pierwsze, w toku rozprawy Zamawiający podał dodatkowe podstawy prawne i faktyczne unieważnienia części 1 postępowania. W konsekwencji uniemożliwiając Odwołującemu właściwe i pełne odniesienie się do rzeczywistych przyczyn unieważnienia części 1 postępowania we wniesionym odwołaniu. Po drugie, w toku rozprawy Zamawiający rozwinął, a ściśle skonkretyzował, które fragmenty postanowień SIWZ mają w jego ocenie niejednoznaczny charakter. Poprzez niniejsze działanie niejako potwierdził, że pierwotna czynność unieważnienia części 1 postępowania nie zawierała rzeczywistego uzasadnienia faktycznego. Poprzez swoje oświadczenie złożone na rozprawie *de facto* przyznał, że odnosi się niniejsze także do uzasadnienia prawnego (wskazanie powyżej).

### **Art. 96 ust. 3**

#### **244. Sygn. akt: KIO 2360/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r.**

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, jakie to szczególne okoliczności uniemożliwiły mu udostępnienie Odwołującemu oferty wybranego wykonawcy łącznie z uzupełnionymi dokumentami, za wyjątkiem objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, już w dniu przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jak ustaliła Izba na podstawie daty wpływu, jaką było opatrzone pismo przewodnie do uzupełnionych dokumentów, Zamawiający dysponował kompletem dokumentów w przeddzień przesłania informacji o wyniku postępowania. Zamawiający nie wykazał, jakie to przyczyny techniczne uniemożliwiły mu zachowanie terminu określonego w § 5 ust. 5 Rozporządzenie w sprawie protokołu [Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223 poz. 1458) – przyp. red.]. Nie wykazał on tym samym, iż w odniesieniu do części oferty, która nie została objęta zastrzeżeniem nieudostępniania, została przekazana Odwołującemu w odpowiednim terminie. Z uwagi na powyższe, Izba uznała, iż w tym zakresie Odwołujący zasadnie podnosił, iż Zamawiający naruszył art. 8, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 i 5 Rozporządzenia w sprawie protokołu. Z uwagi jednak na fakt, iż w dniu 24 października 2011 r. dokumenty te zostały

ostatecznie Odwołującemu przekazane, Izba uznała, iż naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania, a zatem nie może stać się podstawą do uznania odwołania.

### **Art. 101 ust. 2**

#### **245. Sygn. akt: KIO 2231/11, Wyrok KIO z dnia 28 października 2011 r.**

(...) w świetle art. 101 ust. 2 ustawy Pzp udzielając zamówienia, zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową, zamawiający może dokonać zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, wyłącznie wtedy, gdy zmiana ta nie jest istotna. W oparciu o przywoływany przepis zamawiający uprawniony był zatem do dokonania modyfikacji SIWZ wszczynając postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiot jest objęty umową ramową. Modyfikacja ta miała nieistotny charakter, gdyż w jej efekcie została jedynie rozszerzona konkurencyjność poprzez wykreślenie zakazu stosowania uszczelki miękkiej uszczelnienia PMSS wykonanej z elastomeru. O tym, iż zmiana taka miała charakter nieistotny świadczy fakt, że odwołujący nie kwestionował tej modyfikacji w terminie określonym w art. 182 ustawy Pzp, a więc nie miał wątpliwości, że zmiana nie ma charakteru kluczowego.

### **Art. 179 ust. 1**

#### **246. Sygn. akt: KIO 1412/11, Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2011 r.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Odwołujący nie wniósł odwołania we wskazanym w ustawie terminie na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty. Przedmiotowe odwołanie dotyczy zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...). Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy, iż oczekuje, aby Zamawiający odrzucił ofertę ww. wykonawców, wybraną jako najkorzystniejszą, a następnie, wobec braku innych ofert nieodrzuconych, unieważnił niniejsze postępowanie i ogłosił nowe postępowanie przetargowe. Mając na względzie powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia w niniejszym postępowaniu, o którym mowa w artykule 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy podkreślić, iż brak zaskarżenia przez Odwołującego czynności odrzucenia własnej oferty, skutkuje utratą możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia. Bowiernawet w przypadku potwierdzenia okoliczności, iż czynności dokonane przez Zamawiającego stanowią naruszenie artykułów ustawy, sytuacja prawna Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie podlegałaby zmianie i nie dawałaby Odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia. Izba podkreśla, iż na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych należy mieć na uwadze interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia w aktualnie toczącym się postępowaniu. Izba zwraca również uwagę, że za brakiem interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia przemawia fakt, iż Odwołujący nie zmierza do bezpośredniego uzyskania zamówienia, ale do jego unieważnienia. Nie można uznać, aby skutek w postaci unieważnienia postępowania objęty był interesem w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie prowadzi do uzyskania zamówienia przez jakiegokolwiek wykonawcę. Co więcej, unieważnienie postępowania nie obliguje Zamawiającego do wszczęcia nowego postępowania przetargowego. Artykuł 179 ust. 1 stanowi, iż środki ochrony prawnej przysługują temu wykonawcy, który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Przyjąć należy, iż szkoda dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i należy ją rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**247. Sygn. akt: KIO 1545/11, Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2011 r.**

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia,
- 2) poniósł lub może ponieść szkodę,
- 3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż odwołujący wniósł odwołanie jako „inny podmiot” w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący występuje w przedmiotowym postępowaniu jako wykonawca, który był zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i posiadał interes w uzyskaniu zamówienia. Świadczą o tym bezsprzecznie takie okoliczności jak m.in. kierowanie wystąpień do zamawiającego dotyczących treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wniosków o zmianę postanowień siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący stwierdził jednoznacznie w odwołaniu, że był (i jest nadal) zainteresowany dostawą kompaktora do zamawiającego, a w przypadku unieważnienia przedmiotowego postępowania uzyskałby możliwość ubiegania się o zamówienie na ten sam przedmiot w powtórnie prowadzonym przetargu. W świetle powyższego należało uznać, że (...) S.A. wniosła odwołanie jako wykonawca, który ubiegał się o zamówienie, który nie skorzystał jednak z przysługującego mu prawa do wniesienia środków ochrony prawnej wobec treści ogłoszenia i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ustawowym terminie, a w konsekwencji – nie złożył oferty. Wskazać także należy, że jak wynika z brzmienia przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podmiot wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego przewidywanego w przyszłości zamówienia. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, wykonawca, który posiadał (lub posiada) interes w uzyskaniu danego zamówienia musi wykazać także, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. W powyższym zakresie odwołujący wskazywał jedynie na okoliczności uzasadniające zarzuty, które wniesiono po upływie ustawowego terminu, tj. że „poniósł lub mógł ponieść szkodę”, z uwagi na uniemożliwienie mu przez zamawiającego złożenia oferty, przez określenie w siwz wymagań technicznych dotyczących przedmiotu zamówienia, co spowodowało, że utracił on możliwość sprzedaży zamawiającemu kompaktora i uzyskania wynagrodzenia. Odwołanie w tym zakresie nie było rozpoznawane.

**248. Sygn. akt: KIO 1626/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r.**

Izba w pierwszej kolejności odniosła się do podnoszonych przez zamawiającego oraz przystępującego zastrzeżeń dotyczących istnienia interesu po stronie odwołującego we wnoszeniu odwołania, opartych na wspólnej argumentacji odnoszącej się do wysokości ceny oferty odwołującego, która przekraczała kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Izby, formułowane na obecnym etapie postępowania twierdzenia o dążeniu przez odwołującego do unieważnienia postępowania są przedwczesne i niezasadne. Odwołanie dotyczy czynności oceny oferty wybranej i jedynie kwestionowanie pra-

widłowości czynności jej wyboru stanowi środek do uzyskania zamówienia i w tym kierunku formułowane są zarzuty i żądania odwołującego się. Dalsze ewentualne czynności w postępowaniu, w tym możliwa decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania, będą podlegały odrębnemu zaskarżeniu i dopiero wówczas okoliczności dotyczące tej czynności będą miały znaczenie dla oceny istnienia interesu we wniesieniu odwołania. W związku z powyższym, Izba nie przychyliła się do argumentacji zamawiającego oraz przystępującego mającej prowadzić do zaprzeczenia istnienia interesu we wniesieniu odwołania.

#### **249. Sygn. akt: KIO 1724/11, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r.**

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, spełnia warunki udziału w postępowaniu i został zaproszony do dialogu przez zamawiającego, a zatem posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Ponadto, w przypadku potwierdzenia się, że niektórzy wykonawcy zostali dopuszczeni do dialogu z naruszeniem przepisów ustawy, niewątpliwa jest możliwość poniesienia przez odwołującego szkody, gdyby jeden z tych wykonawców uzyskał przedmiotowe zamówienie. Nie można wykluczyć bowiem sytuacji, gdy odwołujący utraciłby możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą w konkurencji z wykonawcą, który zgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie powinien w ogóle brać udziału w postępowaniu.

#### **250. Sygn. akt: KIO 1866/11, Wyrok KIO z dnia 13 września 2011 r.**

Za nietrafną Izba uznała argumentację Odwołującego o tym, że w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca ma legitymację do wniesienia odwołania, jeżeli jego interes w uzyskaniu zamówienia istniał kiedykolwiek w przeszłości, nawet jeśli w dacie składania odwołania wykonawca nie tylko nie ma już szans na wybór jego oferty, ale nawet do tego nie dąży (o czym, zdaniem Odwołującego, świadczy użycie w powyższym przepisie również czasu przeszłego – miał interes w uzyskaniu danego zamówienia). W ocenie Izby zawarte w art. 179 ust. 1 sformułowanie ma lub miał interes nie oznacza możliwości udzielenia ochrony prawnej wykonawcom niezainteresowanym w dacie składania odwołania uzyskaniem danego zamówienia, a tym bardziej przyznającym wprost, że zamówienie nie powinno być im udzielone. Taka redakcja ww. przepisu wynika zdaniem Izby z faktu, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom na różnych etapach postępowania. Wykonawca składający odwołanie na czynności lub zaniechania zamawiającego w początkowych fazach postępowania (np. odwołania wobec treści ogłoszenia SIWZ) wykazuje, że ma interes w uzyskaniu zamówienia (zamierza się o nie ubiegać), natomiast kwestionując np. czynność wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty, zmierza do wykazania, że miał interes w uzyskaniu zamówienia, złożył bowiem ofertę, ale wskutek bezprawnego działania zamawiającego znalazł się „poza postępowaniem”. Taka interpretacja wydaje się być zgodna z celem przewidzianych w ustawie Pzp środków ochrony prawnej, które mają zapewnić ochronę wykonawcom pozbawionym bezprawnymi czynnościami zamawiającego możliwości ubiegania się o zamówienie lub uzyskania zamówienia w aktualnie prowadzonym postępowaniu, nie zaś w postępowaniu przyszyłym, którego wszczęcie nie jest przesądzone. Ponadto, przyjmując, że do wniesienia odwołania byłby uprawniony każdy podmiot, który kiedykolwiek w przeszłości był zainteresowany uzyskaniem zamówienia, w oderwaniu od aktualnej sytuacji, należałoby dojść do wniosku, że przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp byłby zbędny, jako niewprowadzający żadnych warunków w zakresie istnienia legitymacji do wniesienia odwołania.

#### **251. Sygn. akt: KIO 2295/11, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2011 r.**

Izba uznała, wbrew opinii Zamawiającego i Uczestnika, iż Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podziela stanowiska o niedopuszczalności wniesienia odwołania, ponieważ Odwołujący jest partnerem handlo-

wym (...) [znany producent z branży IT – przyp. red.], a zatem może złożyć ofertę opartą o sprzęt tego producenta. Izba podkreśla, iż istotą zarzutów Odwołującego była nie tyle niemożność złożenia oferty w ogóle (bo to może uczynić), co takie ukształtowanie postanowień SIWZ, które uniemożliwia mu zaoferowanie sprzętu innego producenta, który w opinii Odwołującego w równym stopniu zapewniłby Zamawiającemu osiągnięcie oczekiwanych rezultatów. Odwołujący podnosił, iż Zamawiający poprzez niezgodne z przepisami ustawy Pzp opisanie przedmiotu zamówienia ogranicza wybór sprzętu, który byłby możliwy do zaoferowania. Istotą udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest nie tylko możliwość złożenia oferty, ale możliwość złożenia oferty, która w warunkach uczciwej konkurencji umożliwi realne konkurowanie pomiędzy wykonawcami. Zdaniem Izby Odwołujący może zatem kwestionować opis przedmiotu zamówienia, jeśli w jego opinii został on sformułowany w sposób sprzeczny z art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i który w sposób sprzeczny z zasadami ustawy Pzp nie daje mu wyboru co do przedmiotu oferty. Jego szkoda, która w świetle brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp może mieć wymiar potencjalny, polega zatem na zmniejszeniu szans na uzyskanie zamówienia poprzez sprzeczny z przepisami ustawy Pzp opis przedmiotu zamówienia. Izba uznaje, iż w przypadku odwołań wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest zasadne ograniczanie ich dopuszczalności poprzez bardzo restrykcyjne interpretowanie pojęcia szkody jako konsekwencji braku możliwości złożenia oferty w ogóle. Ponadto możliwość złożenia oferty, choćby opis przedmiotu zamówienia naruszał ustawę Pzp, nie sanuje niezgodności z przepisami ustawy samego opisu. Podobne podejście mogłoby też prowadzić do wypaczenia samej idei weryfikacji przesłanek art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. (...)

Równocześnie jednak należy mieć na uwadze, iż celem wniesienia środka ochrony prawnej w zakresie postanowień SIWZ zawierających opis przedmiotu zamówienia nie jest doprowadzenie do sytuacji, w której nastąpi niejako „dopasowanie” opisu przedmiotu zamówienia do posiadanego przez określonego wykonawcę rozwiązania technicznego lub urządzenia czy też jego możliwości ofertowych. Nie jest nim też umożliwienie wykonawcy zaoferowania urządzeń bardziej konkurencyjnych cenowo wśród urządzeń znajdujących się w jego rynkowej ofercie, o ile nie zapewniają one realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Celem postępowania odwoławczego jest bowiem sanowanie naruszenia przepisów ustawy Pzp, gdy opis przedmiotu zamówienia zagraża uczciwej konkurencji, z poszanowaniem jednak uzasadnionych potrzeb Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia. Tym samym zarówno zarzuty odwołania, jak i treść żądań muszą korespondować z powyżej określonym celem.

## **252. Sygn. akt: KIO 2324/11, Wyrok KIO z dnia 9 listopada 2011 r.**

Przepisy nie ustanawiają przesłanki wykluczenia wykonawcy, który nie uzupełnił dokumentów, ale nakazują wykluczenie takiego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym w przypadku gdy wykonawca prawidłowo wykazał spełnienie warunków już przez złożenie dokumentów wraz z ofertą, przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wobec niego nie zajdzie, a powyższe będzie mógł wykazać w odwołaniu dotyczącym jego wykluczenia. Jednakże szkoda, którą może ponieść w związku z wezwaniem go do uzupełnienia dokumentów nie polega w tym przypadku na bezpośrednim skutku wykluczenia go z postępowania, ale po pierwsze na wskazanej wyżej możliwości utraty wadium oraz na niemożności ponownego uzupełnienia dokumentów, gdy np. w postępowaniu odwoławczym ustalone zostanie, że pierwotnie przedłożone przezeń dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

## **253. Sygn. akt: KIO 2345/11, Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2011 r.**

W dyspozycji art. 179 ust. 1 Pzp mieszczą się sytuacje, gdy skarżona czynność zamawiającego stanowi jedynie potencjalne zagrożenie dla praw wykonawcy w postępowaniu lub moż-



liwości uzyskania przez niego zamówienia. Nie można zatem odmówić wykonawcom prawa do kwestionowania przez wniesienie odwołania czynności wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w sytuacji, gdy w ich ocenie czynność taka jest bezpodstawna.

#### **254. Sygn. akt: KIO 2481/11, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2011 r.**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie podziela stanowiska eksponowanego w szczególności przez przystępującego o braku legitymacji czynnej po stronie odwołującego. Przyjęcie takiego poglądu oznaczałoby niedopuszczalność wykazywania przez wykonawcę przesłanek wykluczenia konkurenta nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu na żadnym etapie postępowania, tj. etapie będącym przedmiotem rozpatrzenia (kwalifikacji podmiotowej) wobec braku szkody, a na etapie oceny ofert wobec przekroczenia ustawowych terminów na podnoszenie zarzutów w tym zakresie. W rzeczywistości odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisu ustawy, co oznacza spełnienie przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp.

#### **255. Sygn. akt: KIO 2682/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.**

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu jedynie w zakresie zadania nr 2. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia jedynie w zadaniu nr 2, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym zakresie mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryteriami oceny ofert, zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących oceny ofert wybranej i błędnego odrzucenia jego oferty, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wniosków Odwołującego nie uwzględniono i tym samym odmówiono Mu posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia w zakresie zadania nr 1 kierując się faktem, że firma biorąca udział w postępowaniu składająca odwołanie (tj. Odwołujący) nie złożyła w tej części oferty, a więc nie sposób przyznać jej statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W myśl art. 179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał on interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Zaniechanie złożenia oferty w zadaniu nr 1 oznacza, iż Odwołujący nie jest w stanie uzyskać zamówienia w tym zadaniu, nie posiada zatem możliwości kwestionowania decyzji Zamawiającego w jakimkolwiek zakresie.

**256. Sygn. akt: KIO 2626/11, KIO 2633/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.**

Ponadto Izba uznała, że (...) Sp. z o.o. jest uprawniona do wniesienia odwołania i może być uczestnikiem postępowania odwoławczego. Zamawiający nie postawił warunku udziału w postępowaniu, ograniczającego krąg wykonawców tylko do kancelarii prawnych, a nawet gdyby tak uczynił – samo niespełnienie warunku udziału w postępowaniu nie powoduje, że wnoszenie środków ochrony prawnej przez danego wykonawcę nie jest możliwe. Izba oceniając legitymację wykonawcy do wnoszenia środków ochrony prawnej nie bada, czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

**Art. 180 ust. 3****257. Sygn. akt: KIO 2463/11, Wyrok KIO z dnia 30 listopada 2011 r.**

Odnosząc się do podnoszonego przez przystępującego nieprawidłowego sformułowania zarzutów czy żądań odwołania (brak wskazania naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i brak zakwestionowania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty) Izba wskazuje, iż istoty zarzutu niezgodnego z prawem działania zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia nie należy upatrywać w prawidłowym określeniu przedmiotu, którego ogólnie zarzut dotyczy (np. czynności, którą nazywa), ani jego podstawie prawnej, do której referuje (wskazaniu naruszonego przepisu), ale w całości kształcie konkretnych okoliczności, na które zarzut wskazuje i na których się opiera. Np. dla rozpoznania i stwierdzenia skuteczności zarzutu niezgodności treści oferty z siwz i związanego z nim zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie jest wcale konieczne wskazanie prawidłowej normy prawnej, która powyższe sankcjonuje (np. zamiast art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący częstokroć wskazują w takim przypadku art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp), ani prawidłowe nazwanie zaniechanej czynności zamawiającego (np. wykonawca mógłby błędnie zakwalifikować powyższe jako zaniechanie wykluczenia wykonawcy i do postulowania wykonania tego typu czynności sprowadzić swoje żądania). Konieczne i wystarczające jest natomiast wskazanie konkretnych okoliczności, na czym zarzucana niegodność treści oferty z siwz ma polegać (np. niezgodność, której części oferty, z którymi częściami siwz, w jaki sposób do niej dochodzi czy dlatego, etc...). Analogicznie w przypadku zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia i wyboru oferty w związku z jej niedopuszczalnym, uprzednim poprawieniem, dla identyfikacji i rozpoznania zarzutu wystarczające będzie podanie i opisanie w odwołaniu okoliczności, które stanowią o naruszeniu przepisów ustawy i ze względu, na których wystąpienie rozstrzygnięcie postępowania jest kwestionowane oraz określenie żądań, których w związku z potwierdzeniem zarzutów uwzględnienie odwołania ma prowadzić. Jak najbardziej w takiej sytuacji możliwa będzie zmiana (poprawienie) kwalifikacji prawnej zarzutów i żądań odwołania przez Izbę. Ujmując powyższe inaczej: o skuteczności zarzutów odwołania decydują przede wszystkim okoliczności faktyczne i postulowane w związku z nimi ogólne skutki, wskazane w treści odwołania i stanowiące podstawę do jego wniesienia, na których odwołanie się zasadza i których dotyczy, a nie formalnie poprawne dostosowanie do twierdzeń faktycznych i związanych z nimi żądań adekwatnych przepisów ustawy – zwłaszcza, gdy nie jest dokonywane przez profesjonalnego pełnomocnika (tak samo Sąd Okręgowy w Suwałkach, wyrok z dnia 21.07.2009 r. sygn. akt I.Ca 137-09, str. 9 uzasadnienia, akapit drugi). Znaczenie zarzutu należy rekonstruować i oceniać przed wszystkim na podstawie całości kształtu jego treści, tzn. w odniesieniu do zakresu i znaczenia okoliczności faktycznych stanowiących podstawę i uzasadnienie jego postawienia, a nie li tylko opierać się na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie zarzut podnosi lub poprawnej kwalifikacji czynności, której dokonanie postuluje albo której dotyczy.

**258. Sygn. akt: KIO 2625/11, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2011 r.**

W kwestii powołanego w petitum odwołania naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność, na którą powołuje się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzi do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmateriałizowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony, tj. w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2011 r. o sygn. akt. KIO 858/11, oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1039/11, sygn. akt KIO 2488/11).

**Art. 185 ust. 2 i 3****259. Sygn. akt: KIO 1450/11, Postanowienie KIO z dnia 20 lipca 2011 r.**

W toku posiedzenia Izby pełnomocnik Odwołującego złożył opozycję co do przystąpienia zgłoszonego przez X, wskazując, iż wykonawca ten nie ma interesu w zgłoszeniu przystąpienia. W swojej argumentacji Odwołujący wskazał, że zgłoszenie przystąpienia może nastąpić po jednej stronie, tymczasem zarzuty odwołania dotyczą zarówno oferty X, jak i oferty Y Sp. z o.o. W tym zakresie zaś X, zgłaszając przystąpienie, przyłączył się do postępowania odwoławczego niejako po dwóch stronach: z jednej strony po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutów dotyczących swojej oferty, z drugiej natomiast po stronie Odwołującego w zakresie zarzutów dotyczących oferty Y. Ponadto podkreślił, że X samodzielnie co do oferty Y odwołania nie złożył.

W tym przedmiocie Izba w toku posiedzenia wydała postanowienie, w którym zgłoszoną opozycję co do przystąpienia X uwzględniła, uznając, że wskazany wykonawca nie wykazał interesu w zgłoszeniu przystąpienia na korzyść strony, do której przystąpił oraz nie wypełnił wymogu wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, co do wskazania jednej strony, do której wykonawca w postępowaniu odwoławczym przystępuje i interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej właśnie strony. Z treści zgłoszenia przystąpienia X – co pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w toku posiedzenia przed Izbą potwierdził – wynika, iż X, zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania częściowo na korzyść Zamawiającego, a jednocześnie też wykonawca ten wprost złożył oświadczenie o popieraniu zarzutów odwołania w stosunku do wybranej oferty Y, nie wnosząc w tym zakresie także odrębnego środka ochrony prawnej (odwołania). Tym samym zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego – w ocenie Izby – przyłączył się do postępowania odwoławczego zarówno po stronie Zamawiającego, jak i po stronie Odwołującego, co jest niedopuszczalne w świetle art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym też Izba uznała, że wykonawca ten nie uzyskał przymiotu uczestnika postępowania odwoławczego, stosownie do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp.

**260. Sygn. akt: KIO 1509/11, Postanowienie KIO z dnia 26 lipca 2011 r.**

Izba uznała również, że wykonawcy zachowali wynikający z art. 185 ust. 2 zd. 2 *in fine* Pzp obowiązek przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu. Przywołany przepis nakazuje przesłanie kopii zgłoszenia zamawiającemu oraz wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Odwołujący przyznał, że otrzymał kopie zgłoszeń przystąpień wszystkich trzech wykonawców. Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób wywieść obowiązku przesyłania ustanowionemu pełnomocnikowi pism w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 185 ust. 7 Pzp stanowi, do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego – o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Fakultatywne i wyłączne zastosowanie przepisów o sądzie polubownym powoduje brak podstaw do zastosowania, za pośrednictwem art. 13 § 2 k.p.c., art. 133 § 3 k.p.c., z którego wynika obowiązek dokonywania doręczeń ustanowionemu pełnomocnikowi procesowemu.

**261. Sygn. akt: KIO 1570/11, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r.**

Przystępujący miał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, ponieważ gdyby Odwołującemu przyznano wskutek odwołania większą ilość punktów, Przystępujący mógłby otrzymać 6 miejsce w rankingu wykonawców, co uniemożliwiłoby mu dalszy udział w postępowaniu (zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu pkt IV.1.2 Zamawiający zaprosi do dialogu pięciu wykonawców). Wobec wykazania interesu i zgłoszenia przystąpienia w terminie, Izba uznała, że Przystępujący przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**262. Sygn. akt: KIO 1879/11, Postanowienie KIO z dnia 8 września 2011 r.**

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Izba ustaliła, na podstawie akt sprawy, iż Zamawiający informację o wniesionym odwołaniu wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 31 sierpnia 2011 r. Tym samym termin przewidziany na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał w dniu 3 września 2011 r. Wobec faktu, iż Wykonawca: (...) Sp. z o.o. w T. doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 7 września 2011 r., Izba uznała, iż nie dochował on przewidzianego prawem terminu. W odniesieniu do czynności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, podobnie bowiem jak w odniesieniu do czynności wniesienia odwołania, w ustawie Pzp brak odpowiednich przepisów, umożliwiających przyjęcie, iż zgłoszenie takie, nadane w placówce pocztowej operatora publicznego przed upływem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, zostało wniesione w terminie.

**263. Sygn. akt: KIO 2051/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r.**

(...) przystąpienie należy zgłosić w terminie 3 dni od tej daty, przy czym należy je doręczyć Prezesowi Izby w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W terminie tym (...) S.A. doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie jedynie za pośrednictwem faksu w dniu 23 września 2011 r., a zatem nie dochował w tym przypadku wymaganej przepisami formy. Po upływie zaś terminu doręczył zgłoszenie, tak w formie pisemnej (26 września 2011 r.), jak i elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym (27 września 2011 r.). Wobec powyższego Izba uznała, iż powołany Wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sposób skuteczny, a tym samym nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

**264. Sygn. akt: KIO 2360/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r.**

Zamawiający przekazał wykonawcy (...) kopię odwołania w dniu 28 października 2011 r., tymczasem zgłoszenie przystąpienia tegoż wykonawcy do postępowania odwoławczego zostało doręczone Prezesowi Izby w dniu 3 listopada 2011 r. Oczywistym zatem jest, iż termin 3 dni w rozpoznawanym przypadku nie został dochowany. Na taką ocenę, w uznaniu składu orzekającego, nie może mieć wpływu okoliczność, iż Zamawiający pismem z dnia 31 października

wezwał wykonawcę (...) do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jak to zostało stwierdzone, powołany przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż termin na zgłoszenie przystąpienia liczy się, nie od dnia wezwania do przystąpienia, ale od dnia otrzymania kopii odwołania [przez wykonawcę – *przyp. red.*]. Analiza powołanego przepisu pozwala stwierdzić, iż ustawodawca pominął okoliczność wezwania do przystąpienia, jako tę którą warunkować ma rozpoczęcie biegu terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Uznał on bowiem, iż wystarczającym dla rozpoczęcia biegu tego terminu jest sam fakt przekazania kopii odwołania. Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, iż (...) nie uzyskał statusu uczestnika postępowania.

#### **Art. 185 ust. 4**

##### **265. Sygn. akt: KIO 1509/11, Postanowienie KIO z dnia 26 lipca 2011 r.**

Stosownie do art. 185 ust. 4 zd. 2 Pzp, Izba uwzględniła opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddała opozycję. Z przywołanego przepisu wyprowadzić można dwa wnioski. Po pierwsze: podstawą do zgłoszenia opozycji może być wyłącznie zarzut braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca zgłasza przystąpienie. Wskazane w art. 185 ust. 2 Pzp pozostałe przesłanki w postaci: zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia, formy oświadczenia oraz obowiązku przekazania kopii zgłoszenia odwołującemu i zamawiającemu, mimo, że warunkują one skuteczność zgłoszenia przystąpienia i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę, nie mogą stać się, w aktualnym stanie prawnym, podstawą opozycji. O uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji Izba orzeka w formie postanowienia na podstawie art. 185 ust. 4 zd. 4 Pzp. Z uwagi na zamknięty charakter regulacji art. 185 ust. 4 Pzp oraz brak innego przepisu ustawy stanowiącego podstawę do wydania postanowienia, niezachowanie pozostałych przesłanek zgłoszenia przystąpienia warunkować może wyłącznie uznanie braku skuteczności przystąpienia. Po wtóre: podstawą opozycji może stać się uprawdopodobnienie braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść wskazanej strony, nie zaś braku interesu prawnego. Uszło odwołującemu, że nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 ze zm.) zmieniła materialnoprawne przesłanki dopuszczalności rozpoznania odwołania. Kategorię interesu prawnego zastąpiły przesłanki interesu oraz szkody. Adekwatnie, również w zakresie instytucji przystąpienia, skuteczność zgłoszenia przystąpienia nie jest obecnie uwarunkowana wykazaniem interesu prawnego – bezpośredniego związku utraty możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie z normą prawną. Przepisy art. 185 ust. 2–4 Pzp posługują się kategorią interesu, który może mieć postać tak interesu prawnego, jak i faktycznego, co zbliża przesłanki uczestnictwa w procedurze odwoławczej do postępowania nieprocesowego uregulowanego w przepisach kodeksu postępowania cywilnego. Podkreślić przy tym należy, że do zgłoszenia przystąpienia, inaczej niż stanowi to art. 179 ust. 1 Pzp, nie jest niezbędne wykazywanie szkody.

#### **Art. 185 ust. 7**

##### **266. Sygn. akt: KIO 2016/11, Wyrok KIO z dnia 30 września 2011 r.**

Izba zauważa, że do postępowania odwoławczego nie stosuje się przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, wbrew przekonaniu Odwołującego (na posiedzeniu i rozprawie powoływał się na przepisy Kpc), a stosuje się wyłącznie, zgodnie z art. 185 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sędzię polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.



**Art. 186 ust. 2 i 3****267. Sygn. akt: KIO 1313/11, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2011 r.**

Odnosząc się do wniosku zamawiającego o częściowe umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu przez niego uznanego i uwzględnienie powyższego przy orzekaniu o kosztach postępowania, Izba wskazuje, iż obowiązujące obecnie przepisy prawa nie przewidują takiej możliwości. Według dyspozycji art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Natomiast zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przepisy ustawy nie znają instytucji częściowego umorzenia postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania przez zamawiającego. Izba umarza/może umorzyć postępowanie odwoławcze jedynie w ściśle wskazanych i kazuistycznie określonych w art. 186 ust. 2 i 3 ustawy przypadkach. Ustawa w każdym takim przypadku wyraźnie odnosi możliwość umorzenia postępowania jedynie do sytuacji uznania przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Również tylko do takiej sytuacji odnosi się dyspozycja art. 186 ust. 2 zd 2 Pzp, która stanowi, iż w sytuacji uznania całości zarzutów przez zamawiającego i umorzenia postępowania przez Izbę, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba związana zasadą legalizmu orzeka na podstawie przepisów prawa oraz w ich granicach, a kreowanie instytucji procesowych nieznanymi przepisami, tu częściowego umorzenia postępowania, jedynie *per analogiam* należy uznać za niedopuszczalne.

Tym samym fakt zadeklarowania przez zamawiającego uznania zasadnych zarzutów odwołania poza znaczeniem procesowym w przedmiocie dowodzenia i potwierdzania zarzutów, nie wywiera jakiegokolwiek bezpośredniego wpływu na wynik postępowania odwoławczego i nie determinuje kształtu rozstrzygnięcia. To zasadność zarzutów odwołania, a nie stanowisko zamawiającego w ich sprawie, będzie decydująca dla uwzględnienia odwołania w myśl art. 192 ust. 1 i 2 Pzp. Uwzględnienie części zarzutów stanowić więc będzie jedynie przyznanie się i potwierdzenie przez zamawiającego do niezgodnego z prawem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia czyli jest przyznaniem faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy, które zostanie uwzględnione przez Izbę w trakcie orzekania o ile nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i przepisami prawa. Powyższe nie stanowi jednak żadnej odrębnej instytucji procesowej znanej ustawie, wywierającej przewidziane w niej skutki, w szczególności skutek umorzenia postępowania odwoławczego w przyznanej części lub zniesienia jego kosztów.

**268. Sygn. akt: KIO 1549/11, KIO 1569/11, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2011 r.**

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego przedmiotowego zarzutu, jak i oświadczenia Odwołującego (...), iż zaproponowana nowa treść kwestionowanego postanowienia jest zgodna z jego oczekiwaniami oraz okoliczności, iż zmodyfikowane brzmienie kwestionowanego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie zostało jeszcze wprowadzone w treści ogłoszenia o zamówieniu Izba uwzględniła ten zarzut. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują bowiem częściowego umorzenia postępowania, a ponadto na tym etapie postępowania, w sytuacji gdy nie wprowadzono jeszcze zmiany kwestionowanego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, powyższe uchybienie ma i może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

**269. Sygn. akt: KIO 1786/11, Wyrok KIO z dnia 2 września 2011 r.**

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż przepis art. 186 ust. 3 *in fine* ustawy Pzp uznać należy za przepis o charakterze proceduralnym. Przemawia za tym chociażby systematyka ustawy. Dział VI ustawy Pzp, w którym mieści się powołany przepis, zawiera w sobie przepisy proceduralne, pozwalające wyegzekwować na Zamawiającym określone działanie, do którego podjęcia jest on zobowiązany przepisami regulującymi postępowanie o udzielenie zamówienia. Przepis ten stanowi *quasi*-substytut rozstrzygnięcia o zasadności żądań przez Izbę. Izba bowiem zgodnie z przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umarza postępowanie, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do tego postępowania po stronie Zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym samym, wobec umorzenia postępowania odwoławczego, Izba nie jest władna rozstrzygnąć o zasadności zarzutów, a tym samym o żądaniach Odwołującego. Dlatego też ustawodawca uznał za stosowne wskazanie Zamawiającemu, iż jeżeli uzna w całości zarzuty podniesione przez Odwołującego, powinien dokonać także odpowiednich czynności zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu. Art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie należy jednak traktować jako przepisu prawa materialnego. Co prawda jego adresatem jest również Zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś postępowania o udzielenie zamówienia. Za proceduralnym charakterem tegoż przepisu przemawia też omówione wcześniej jego powiązanie z art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp oraz wywiedzione przez Izbę z tegoż powiązania wnioski odnoszące się do skutków jego naruszenia.

Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, w świetle powyższych rozważań, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwołującego. Dokonując jednak czynności, których wykonanie ma stanowić spełnienie żądania uznanego w całości odwołania, Zamawiający musi jednak mieć na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom Odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. W innym przypadku może on zostać pociągnięty do odpowiedzialności, zaś obciążona wadą umowa może zostać unieważniona. Tak też, pod kątem naruszenia przepisów regulujących przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, Izba będzie weryfikowała prawidłowość czynności dokonanych przez Zamawiającego po wcześniejszym uznaniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które to czynności nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami sformułowanymi w tym odwołaniu.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż naruszenie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie może stanowić samoistnej podstawy do wniesienia odwołania. Stwierdzenie przez Izbę takiego naruszenia nie stanowi podstawy dla decyzji o uwzględnieniu odwołania, ale rodzi po jej stronie obowiązek merytorycznego rozpoznania i rozstrzygnięcia, czy nowe, podjęte po uznaniu w całości zarzutów podniesionych we wcześniejszym odwołaniu, są zgodne przepisami ustawy Pzp.

**270. Sygn. akt: KIO 1833/11, Postanowienie KIO z dnia 5 września 2011 r.**

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeśli wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają Krajowej Izbie

Odwoławczej możliwości kontrolowania dyspozytywnych oświadczeń stron o cofnięciu odwołania lub uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, pod kątem ich zgodności z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego czy też tego, czy zmierzają one do obejścia prawa. W postępowaniu odwoławczym nie stosuje się art. 203 § 4 ani art. 213 § 2 kodeksu postępowania cywilnego, w konsekwencji oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego.

**271. Sygn. akt: KIO 1800/11, Wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r.**

Skład orzekający zważył, iż nawet uwzględnienie przedmiotowego zarzutu w całości nie stanowiłoby przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie, gdyż *de lege lata* procedura przewidziana w ustawie pzp przewiduje instytucję umorzenia postępowania wywołanego wniesieniem odwołania wyłącznie w sytuacji uznania w całości zarzutów w nim przedstawionych przez zamawiającego (art. 186 ust. 2 pzp). W takiej sytuacji bez merytorycznego wnikania w zasadność zarzutów, a także słuszności stanowiska zamawiającego, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego w całości. Natomiast częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego może spowodować ich nierozpatrywanie przez Izbę jedynie w sytuacji, gdy zostaną one cofnięte przez odwołującego najpóźniej do zamknięcia rozprawy. Izba nie mogła zatem w niniejszej sprawie uczynić zażość wnioskowi Zamawiającego o częściowe umorzenie postępowania, gdyż wobec podtrzymania w całości przez Odwołującego zarzutów przedstawionych w odwołaniu – również w całości podlegały one rozpoznaniu.

**272. Sygn. akt: KIO 1949/11, KIO 1954/11, Wyrok KIO z dnia 28 września 2011 r.**

Zamawiający podkreślił, że zmiana specyfikacji jest nową czynnością w postępowaniu, od której przysługują odrębne środki ochrony prawnej. Izba zważyła, że w obecnym stanie prawnym, brak jest podstaw do uznania przez Izbę, wbrew wyraźnemu oświadczeniu zamawiającego, że zmiana specyfikacji jest tożsama z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Przeciwnie, jedynie wyrażone wprost, nie w sposób dorozumiany, oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości lub w części może wyrzucić skutki procesowe. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie dają Izbie możliwości samodzielnej kwalifikacji *per facta concludentia* czynności zamawiającego w postępowaniu jako równoznacznych z oświadczeniem o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości lub w części. Izba nie podzieliła zatem poglądu odwołującego (...) S.A., że sam fakt zmiany specyfikacji powinien skutkować uwzględnieniem odwołania.

**273. Sygn. akt: KIO 2439/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r.**

Izba wskazuje, że czynność uwzględnienia odwołania przez zamawiającego winna być czynnością przemyślaną i racjonalną. Za niewłaściwe postępowanie należy uznać uwzględnienie przez zamawiającego odwołania, którego żądania obejmują czynności sprzeczne z prawem. Jednakże Zamawiający wykonując powtórzone czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu naraża się na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp i tym samym merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec powtórzonych czynności.

Systematyka ustawy Pzp oraz rola czynności polegającej na uwzględnieniu odwołania wskazują, iż czynność ta jest elementem procedury odwoławczej i art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp ma częściowo charakter formalny. Wynika to z faktu powiązania normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie z instytucją uregulowaną w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym ewentualne naruszenie powyższego przepisu jest badane i oceniane przez Izbę na

etapie formalnej kontroli odwołania i decyduje o możliwości lub braku możliwości jego merytorycznego rozpoznania.

#### **Art. 186 ust. 4**

#### **274. Sygn. akt: KIO 2626/11, KIO 2633/11, Wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.**

Nie ulega wątpliwości, że sprzeciw w trybie art. 186 ust. 4 Prawa zamówień publicznych można wnieść wyłącznie od uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości. Równocześnie z przepisów wynika, że czynności Przystępującego nie mogą być sprzeczne z czynnościami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 Prawa zamówień publicznych), tymczasem (...) Sp. z o.o. jednoznacznie sprzeciwiła się stanowisku Zamawiającego. W takich okolicznościach Izba rozważała, czy można stwierdzić, że skoro Zamawiający uznał zarzut w odniesieniu do (...) Sp. z o.o., to można uznać, że nie ma sporu między Stronami, co pociąga za sobą brak konieczności merytorycznego rozpatrywania zarzutu. Rzeczywiście nie było sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu na linii Odwołujący-Zamawiający, jednak Przystępujący również jest uczestnikiem postępowania i ma prawo wyrazić swoje stanowisko, tym bardziej w sytuacji, kiedy uznanie przez Zamawiającego zarzutu prowadziłoby do wykluczenia go z postępowania. Zakaz działania wbrew woli strony, do której się przystąpiło, wynikający z art. 185 ust. 5 Prawa zamówień publicznych należy interpretować, biorąc pod uwagę zakres przystąpienia; w ocenie Izby, zmiana stanowiska w toku postępowania przez stronę, do której się przystąpiło, nie może wpływać na prawo Przystępującego do ochrony swojego statusu w postępowaniu, jeżeli wola ochrony tego statusu została wcześniej wyrażona w przystąpieniu.

#### **Art. 187 ust. 1 pkt 2**

#### **275. Sygn. akt: KIO 2647/11, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2011 r.**

Izba ustaliła, iż w niniejszym postępowaniu wykonawca Odwołujący wniósł wpis w wysokości 15 000 zł. Izba ustaliła także, iż wartość przedmiotowego postępowania nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach. W związku z powyższym, zgodnie z art. 1.1 pkt 1 [§ 1 ust. 1 pkt 1 – przyp. red.] rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz. U. Nr 41, poz. 238 – przyp. red.], wykonawca powinien był wnieść wpis w wysokości 7500 zł. Powyższe oznacza, iż Odwołujący uścił wpis w kwocie o 7500 zł przewyższającej należny wpis. Zatem Izba uznała, iż zwrotowi podlega kwota wpisu nadpłaconego – tj. 7500 złotych.

#### **Art. 189 ust. 2**

#### **276. Sygn. akt: KIO 2421/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r.**

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż w powołanym powyżej zakresie odwołanie, obecnie rozpoznawane przez Izbę, zostało wniesione wobec czynności, która została wykonana zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym w dniu 3 października 2011 r. przez konsorcjum (...). Zdarzenie takie obejmuje swym zakresem przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Niemniej jednak przepis ten zobowiązuje Izbę do odrzucenia odwołania w całości. Nie pozwala on Izbie na odrzucenie odwołania w części, jedynie w zakresie zarzutów, które można byłoby uznać za odnoszące się do uzasadnia-

jących ich podniesienie okoliczności faktycznych objętych regulacją art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przypadku gdy rozpoznawane przez Izbę odwołanie zawiera choć jeden zarzut, którego treść przesądza o tym, iż odwołanie nie może zostać odrzucone, Izba wówczas rozstrzyga o jego zasadności. Jednakże zarzuty odnoszące się do okoliczności faktycznych objętych hipotezą normy prawnej zawartej w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba pozostawia bez rozpoznania. Oparcie bowiem odwołania tylko na takich zarzutach przesądziłoby o odrzuceniu odwołania. Nie mogą one zatem zostać uznane za podlegające rozpoznaniu przez Izbę.

### **Art. 189 ust. 2 ust. 2**

#### **277. Sygn. akt: KIO 2379/11, Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2011 r.**

Oświadczenie o odwołaniu pierwszego z pełnomocnictw dla Pana S. nastąpiło w dniu 11 października 2011 r., a zatem po terminie składania ofert ustalonym na dzień 3 października 2011 r. Oświadczenie o odwołaniu pełnomocnictwa dla Pana N. zostało złożone w dniu 4 listopada 2011 r. w sytuacji gdy odwołanie do Prezesa KIO zostało wniesione w dniu 3 listopada 2011 r. Zatem oświadczenia o odwołaniu pełnomocnictw zostały złożone po dokonaniu wskazanych czynności, które to czynności mieszczą się w pierwotnym zakresie umocowania i tym samym dokonane czynności niewątpliwie są skuteczne. Izba stwierdza jednocześnie, że z treści pełnomocnictwa z dnia 28 kwietnia 2011 r. nie wynika, że są to pełnomocnictwa łączne tj. zobowiązujące do wspólnego [łącznego] działania tych pełnomocników i tym samym także Pan N. w świetle pełnomocnictwa był uprawniony do samodzielnego wniesienia odwołania z dnia 3 listopada 2011 r.

#### **278. Sygn. akt: KIO 2415/11, Wyrok KIO z dnia 22 listopada 2011 r.**

(...) istotą sporu jest ocena dopuszczalności wykazania umocowania prokurenta wnoszącego odwołanie do reprezentacji Odwołującego za pomocą odpisu z KRS przedłożonego w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez prokurenta, tj. czy forma taka jest wystarczająca dla uznania, iż wykazał on w należyty sposób prawo do działania w imieniu odwołującego się wykonawcy, czy też przedłożenie odpisu z KRS w takiej formie uzasadnia odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony (który nienależycie wykazał umocowanie do reprezentacji Odwołującego). Zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy K.P.C. o sądzie polubownym (arbitrażowym), o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej. Przepis ten poza wąskim zakresem odesłania do przepisów K.P.C. (jedynie o sądzie polubownym) ustanawia jednocześnie prymat regulacji szczególnej zawartej w ustawie Pzp. Powyższe oznacza zatem, iż dla ustalenia konsekwencji określonych czynności w ramach postępowania odwoławczego przede wszystkim należy uprzednio zbadać regulację ustawy Pzp i przepisów do niej wykonawczych. Zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) wynika, iż do odwołania dołącza się odpis z KRS, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. W przypadku prokurenta dokumentem wystarczającym będzie odpis z KRS, gdyż prokura jest w nim ujawniona. Przepis nie wskazuje natomiast na formę, w jakiej powyższe dokumenty mają zostać przedłożone. Takiej regulacji nie zawierają także przepisy ustawy Pzp. Paragraf 9 ww rozporządzenia przewiduje natomiast, iż w przypadku gdy odwołanie zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 5-8 (elementy składowe odwołania), bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2 (np. odpis z KRS), niezbędne jest wezwanie odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania. Na obowiązek wezwania do usunięcia braków formalnych, które



uniemożliwiają nadanie odwołaniu prawidłowego biegu (wskutek niezachowania warunków formalnych) wskazuje także art. 187 ust. 3 i 7 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, iż celem ustawodawcy jest umożliwienie wykonawcy sanowania wad formalnych odwołania, które uniemożliwiają nadanie mu prawidłowego biegu i rozpoznanie. W tym samym kontekście należy zatem według Izby oceniać formę przedkładanych dokumentów. Zdaniem Izby skoro przepisy nie ustanawiają w tym zakresie jednoznacznych reguł, w tym nie nakładają jasnego obowiązku przedkładania oryginałów lub uwierzytelnionych notarialnie kopii dokumentów, należy kierować się przede wszystkim celem, dla którego określone dokumenty są żądane. Odpis z KRS ma wykazać sposób reprezentacji podmiotu wnoszącego odwołanie. W ocenie Izby przedłożenie odpisu w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez prokurenta w wystarczająco wiarygodny sposób wykazuje zasady reprezentacji, zwłaszcza, że, jak podnosił zgłaszający przystąpienie, nie kwestionował on uprawnień osoby podpisującej odwołanie do samodzielnego działania w imieniu Odwołującego, lecz podnosił jedynie wadę formalną przedłożonego dokumentu. Zdaniem Izby tak formalistyczne podejście abstrahuje od specyfiki regulacji prawa zamówień publicznych, jak również nie znajduje oparcia w wyraźnych przepisach ustawy Pzp czy rozporządzeń wykonawczych. Należy bowiem wskazać, iż § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) daje możliwość składania dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a zamawiający może żądać oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości, co wskazuje na pewną odrębność regulacji zamówień publicznych w tym zakresie. Wprawdzie powyższa regulacja nie odnosi się bezpośrednio do postępowania odwoławczego, jednak wskazuje ona na pewien kierunek oceny formy dokumentów przedkładanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

### **279. Sygn. akt: KIO 2686/11, Postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2011 r.**

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie wówczas, gdy odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, a zatem przez podmiot, który nie posiada prawidłowego umocowania do reprezentowania odwołującego w zakresie wniesienia odwołania.

W niniejszym postępowaniu w dniu 16 grudnia 2011 r. (pismo z dnia 15 grudnia 2011 r.) zostało wniesione odwołanie w imieniu Konsorcjum firm X Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Y Sp. z o.o. przez Beatę C. – Koordynatora ds. Zamówień Publicznych. Do odwołania zostało załączone pełnomocnictwo udzielone przez wykonawców: Y Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz X Sp. z o.o. z siedzibą w W., działających „jako konsorcjum” – upoważniające lidera konsorcjum: X sp. z o.o. „do reprezentowania każdej spółki z osobna oraz łącznie jako Konsorcjum wykonawców X Sp. z o.o. i Y Sp. z o.o. w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „kompleksowe mechaniczne oczyszczanie jezdni ulic (...) w sezonie zimowym i letnim w latach 2011–2014 – ETAP 2” nr sprawy ZOM/KP/15/11 organizowanym Zarząd Oczyszczania Miasta (...) (zwanym dalej Zamawiającym) oraz do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.” W treści ww. pełnomocnictwa wskazano szczegółowy zakres czynności oraz w pkt 6 zawarto upoważnienie dla lidera (X Sp. z o.o.) „do udzielania dalszych pełnomocnictw”. Do odwołania zostało załączone także pełnomocnictwo z dnia 17 października 2011 r. (znak SH/PEŁ/2011/), z treści którego wynika, że osoby Stephanie H. – wiceprezes Zarządu i Tadeusz K. – Członek zarządu spółki X sp. z o.o. (co jest zgodne z wpisem w KRS – Odpis Aktualny z Rejestru Przedsiębiorców – stan na dzień 18.11.2011 r. Nr KRS: 0000008195, załączony do odwołania) „działający

w imieniu X Sp. z o.o. z siedzibą w W.”, udzielili „Beacie C. pełnomocnictwa do samodzielnego reprezentowania X Sp. z o.o. w postępowaniach mających na celu udzielenie zamówienia publicznego.” Zgodnie z treścią tego pełnomocnictwa jego zakres obejmuje: dokonywanie wszelkich niezbędnych czynności, składania oświadczeń wiedzy oraz oświadczeń woli w ramach postępowania związanego z zamówieniem publicznym, w tym do dokonywania czynności skutkujących nabyciem praw lub zaciągnięciem zobowiązań związanych z prowadzonymi postępowaniami dotyczącymi zamówienia publicznego, a także do składania ofert, wniosków, odwołań, podpisywania dokumentów i potwierdzania ich za zgodność z oryginałem, do reprezentowania X Sp. z o.o. przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że pełnomocnictwo z dnia 17 października 2011 r. udzielone przez spółkę X Sp. z o.o. nie umocowuje p. Beaty C. do wniesienia odwołania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się zamówienie – konsorcjum firm: X Sp. z o.o. i Y Sp. z o.o. Z treści tego pełnomocnictwa wynika, iż zostało ono udzielone w imieniu własnym przez X Sp. z o.o. do reprezentowania tego podmiotu w bliżej nieokreślonych postępowaniach mających na celu udzielenie zamówienia publicznego. Nie zawiera ono jakiegokolwiek informacji, która wskazywałaby, że zostało ono udzielone w imieniu obu wykonawców – członków konsorcjum. W treści pełnomocnictwa nie wskazano ani nazwy zamawiającego, ani też nazwy przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które to informacje można by poczytywać za okoliczności, w których pełnomocnictwo zostało udzielone i wywodzić z nich, że pełnomocnictwo zostało udzielone w imieniu konsorcjum. Takie informacje zostały zawarte przykładowo w pełnomocnictwie z dnia 9 września 2011 r. udzielonym przez X Sp. z o.o. p. Beacie C. załączonym do odwołania wniesionego przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1963/11. Izba zważyła również, że wykonawca X Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożył ofertę występując nie tylko jako członek konsorcjum X Sp. z o.o. i Y Sp. z o.o. na część XIV zamówienia. Wykonawca X Sp. z o.o. złożył w tym postępowaniu także oferty – jako samodzielny podmiot – w zakresie części XII, XIII i XV zamówienia.

### **Art. 189 ust. 2 pkt 3**

#### **280. Sygn. akt: KIO 1308/11, Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2011 r.**

Art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż wobec czynności innych niż wymienione w ust. 1 i 2 tegoż przepisu (a więc np. zaniechania udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego być jawna), odwołanie 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. Równocześnie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przesłanką do wniesienia odwołania jest zatem określona czynność lub zaniechanie zamawiającego, a nie innego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym fakt, iż dany wykonawca dokonał bezzasadnego, zdaniem innego wykonawcy i potencjalnego odwołującego, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż zaistniała podstawa do wniesienia odwołania. Podstawę taką w ocenie Izby stanowić będzie odmowa udostępnienia pełnej treści oferty, w tym w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa (udostępnienie oferty z pominięciem elementów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa). Dopiero wówczas można uznać, iż „powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”, tj. o odmowie udostępnienia oferty w zakresie, co do którego wykonawca uznaje, iż brak jest możliwo-

ści zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 czerwca 2011 roku, sygn. akt 1172/11). Skoro zatem, jeżeli wykonawcy Odwołującemu się w dniu 26 maja 2011 roku nie wyrażono zgodny na udostępnienie części ofert objętych tajemnicą, od tego momentu należało liczyć termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia. Podnoszenie tego zarzutu po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej uznać należało za czynność spóźnioną, gdyż z przepisu art. 92 ustawy Pzp stanowiącego o obowiązku poinformowania wykonawców o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wynika, iż jego elementem są informacje dotyczące zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych ofertach. Ogłoszenie decyzji o wyborze oferty w odniesieniu do tajemnicy przedsiębiorstwa nic nie zmienia. Przez odmowę ujawnienia Odwołującemu informacji zawartych w ofercie Przystępującego, Zamawiający wyraził swoją pozytywną ocenę zasadności dokonanego utajnienia. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt. KIO 2756/10).

### **281. Sygn. akt: KIO 1872/11, Postanowienie KIO z dnia 8 września 2011 r.**

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest poniżej progów unijnych wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji – faksem lub drogą elektroniczną – o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Odwołujący w treści odwołania, jak również na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, przyznał, że informację o wyniku postępowania otrzymał w dniu 23 sierpnia 2011 r., na dowód czego Zamawiający okazał Izbie wydruk z transmisji faksu opatrzony datą „23 SIE. 2011 13:27”. Z powyższego więc wynika, że w dniu 23 sierpnia 2011 r. zawiadomiono Odwołującego drogą faksową o wykluczeniu go z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, zatem od dnia 23 sierpnia 2011 r. należy liczyć pięciodniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który upływał w dniu 29 sierpnia 2011 r. (z uwagi na to, że dzień 28 sierpnia 2011 r. przypadał w niedzielę, a więc dzień ustawowo wolny). W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w formie pisemnej w dniu 31 sierpnia 2011 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2011 r. – prezentata KIO) należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

(...) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. (...) brak jest bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby.

### **282. Sygn. akt: KIO 1879/11, Postanowienie KIO z dnia 8 września 2011 r.**

(...) odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania przez Zamawiającego informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia, (...) termin na wniesienie odwołania, liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, upływał w dniu 29 września 2011 r. Tymczasem rozpoznawane odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 1 września 2011 r., tym samym po upływie przewidzianego prawem terminu, tj. po dniu 29 września 2011 r. W obecnie obowiązującym stanie prawnym, właściwym dla rozpoznawanej sprawy, za równoznaczne z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby nie można uznać złożenia tegoż odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego. (...) Obecnie, wobec braku w ustawie Pzp, odpowiednich przepisów, umożliwiających przyjęcie, iż odwołanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego przed upływem terminu, zostało wniesione w terminie, w ocenie Izby, uniemożliwia uznania takiego stwierdzenia za uzasadnione. Szczególnie wobec treści art. 198b ust. 2 zdanie drugie, który taką możliwość dopuszcza w odniesieniu do skargi wnoszonej do sądu.

**283. Sygn. akt: KIO 2608/11, Postanowienie KIO z dnia 15 grudnia 2011 r.**

Odwołujący wniósł bowiem odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 08 grudnia 2011 r., to jest 8 dnia od dnia uzyskania 30 listopada 2011 r. drogą faksową od Zamawiającego informacji o wyniku postępowania i wykluczeniu go z postępowania, a wartość przedmiotowego zamówienia jest poniżej tzw. progów unijnych. Należy zauważyć, iż w aktualnym stanie prawnym przepis art. 180 ust. 4 pzp przewiduje wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Jednocześnie w stosunku do dawnego przepisu art. 184 ust. 2 pzp [w brzmieniu sprzed nowelizacji ustawy Pzp z dnia 2 grudnia 2009 r. – ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw Dz. U. Nr 223, poz. 1778 – przyp. red.], dotyczącego wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, obowiązujący przepis art. 180 ust. 4 pzp nie przewiduje, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania. Tym samym nie ma podstaw do przyjęcia, iż z chwilą nadania odwołania listem w dniu 5 grudnia 2011 r. nastąpiło wniesienie odwołania do Prezesa Izby, co miało faktycznie miejsce dopiero z chwilą dotarcia listu poleconego do adresata. Zbieżne stanowisko w zbliżonych stanach faktycznych było już wielokrotnie prezentowane w orzecznictwie Izby, między innymi w postanowieniach wydanych: 17 października 2011 r. (sygn. akt 2201/11) 1 lipca 2010 r. (sygn. akt 1279/11), 9 lipca 2010 r. (sygn. akt 1382/10), 20 lipca 2010 r. (sygn. akt 1424/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt 1598/10).

Wobec stwierdzenia zajścia powyżej wskazanej przesłanki odrzucenia odwołania, Izba nie mogła merytorycznie rozpoznać odwołania, które podlega obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Wobec powyższego, Izba, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 zdanie 2 w zw. z art. 189 ust. 3 zdanie 1 ustawy pzp – odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

**Art. 189 ust. 2 pkt 4****284. Sygn. akt: KIO 2421/11, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2011 r.**

Nie można bowiem uznać, że okoliczności, na które powołuje się Odwołujący były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, bowiem postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2147/11 zostało umorzona na mocy postanowienia Izby z dnia 17 października 2011 r. Tym samym Izba nie rozstrzygała o zasadności zarzutów w nim podniesionych, a tylko merytoryczne rozpoznanie zasadności zarzutów opartych na tych samych okolicznościach uzasadniałoby odrzucenie obecnie rozpoznawanego przez Izbę odwołania. Podobny pogląd wyraził Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 6 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 62/08.

**Art. 189 ust. 2 pkt 5****285. Sygn. akt: KIO 1726/11, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r.**

Izba nie uwzględniła natomiast wniosku Przystępującego wykonawcy w przedmiocie odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, albowiem nie podzieliła poglądu, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby [sygn. akt: KIO 1303/11]. Izba uznała powyższy wniosek za niezasadny, gdyż zarzuty odwołania nie są tożsame z zakresem zarzutów rozpatrywanych przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 336/11. Izba w tej kwestii stwierdziła, że zarzuty z odwołania w zakresie podstaw odrzucenia oferty (...) sp. z o.o., co prawda posiadały tę samą podstawę prawną, tj. art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp, niemniej jednak miały inną podstawę faktyczną. Mianowicie, jak wynika z uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 336/11 zarzut dotyczył niespełnienia warunku z pkt 1.5 załącznika nr 1 do siwz, co do oferowanego modelu autobusu i warunków jego eksploatacji przez innego przewoźnika, podczas gdy podstawa faktyczna zarzutu z odwołania dotyczy pkt 1.6 załącznika nr 1 do siwz i braku odpowiedniego Świadectwa Homologacji. Tak jak przyznał wykonawca w odwołaniu, Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia prawidłowej karty charakterystyki silnika oferowanego autobusu. W tym miejscu Izba podkreśla, że ta okoliczność istniała także w dniu 9 czerwca 2011 r., w której to dacie Zamawiający informował o wyniku oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej i tym samym podstawę odrzucenia odwołania stanowi przesłanka, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, zaistniały *de facto*, nowe okoliczności faktyczne dotyczące oferty (...) sp. z o.o., które stanowiły podstawę do sformułowania zarzutów zawartych w odwołaniu z dnia 12 sierpnia 2011 r. i tym samym przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie ma w niniejszej sprawie zastosowania.

### **Art. 189 ust. 2 pkt 7**

#### **286. Sygn. akt: KIO 1509/11, Postanowienie KIO z dnia 26 lipca 2011 r.**

Obowiązek przekazania kopii odwołania jest spełniony dopiero wtedy, gdy zamawiający w terminie określonym ustawą może zapoznać się z pełną treścią odwołania wniesionego do Prezesa Izby. Przesłanie kopii zawierającej miejsca wyczernione, nieczytelne nie wypełnia dyspozycji ustawy. Zważyć należy, że w obecnym stanie prawnym zachowanie obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania ma doniosłe znaczenie. Wszak tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz uzyskanie wiedzy, jakie dowody zostają powołane na potwierdzenie zarzutów odwołania, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów, tak przez zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W wyniku dokonanej analizy zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia oraz o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego. Prawidłowe skorzystanie z instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania w całości oraz możliwość zgłoszenia sprzeciwu, wskazanych w art. 186 ust. 2 i 3, jest możliwe zatem jedynie wówczas, gdy kopia odwołania zostanie przez odwołującego przekazana zamawiającemu w pełni swojej treści. Drugorzędne znaczenie ma rzeczywista merytoryczna waga elementów treści odwołania, z którymi zamawiający, a w konsekwencji również wszyscy przystępujący wykonawcy, nie mieli możliwości się zapoznać. Pozbawiona doniosłości prawnej jest również okoliczność, że odwołanie w swojej nieczytelnej części zawiera fotokopie dokumentów postępowania. Wskazać należy, przede wszystkim, że nie jest rzeczą zamawiającego, ani wykonawców uczestniczących w postępowaniu domyślanie się, jaka treść odwołania kryje się w nieczytelnych miejscach. Argument, że skoro zamawiający jest w posiadaniu całości dokumentacji postępowania, to brak czytelności odwołania w tej części nie powoduje osłabienia jego pozycji w sporze, nie jest pozbawiony racjonalnych podstaw. Jest jednak trafny wyłącznie w stosunku do zamawiającego, natomiast w odniesieniu do wykonawców uczestniczących w postępowaniu jest całkowicie chybiony. Podkreślić trzeba, że kopię odwołania przekazaną przez odwołującego, zamawiający stosownie do art. 185 ust. 1 Pzp przesyła niezwłocznie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. O ile można sobie wyobrazić, że zamawiający mógłby ustalić pominiętą treść odwołania, jeśli nieczytelne dokumenty wchodzące w jej skład zostałyby wprost wymienione w treści odwo-



łania, o tyle w przypadku wykonawców uczestniczących w postępowaniu jest to niemożliwe, a sytuacja taka godzi w ich prawa w postępowaniu. (...)

Przesłanie zamawiającemu niepełnej treści odwołania, oznacza, że odwołujący nie przesłał kopii odwołania w rozumieniu art. 180 ust. 3 i 5 Pzp. Odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 Pzp, co obliguje Izbę do zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp do odrzucenia odwołania.

### **287. Sygn. akt: KIO 1602/11, Postanowienie KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r.**

Odwołanie podlega odrzuceniu, wobec nieprzekazania w terminie jego kopii Zamawiającemu przed terminem określonym dla wniesienia odwołania, w taki sposób, że zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią (art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych). Zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązkiem odwołującego jest przekazanie zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Zatem, kopia odwołania powinna zostać przekazana zamawiającemu jednocześnie, tj. najpóźniej w terminie na wniesienie odwołania. (...) Odwołanie wpłynęło w terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W tym samym terminie powinna zostać złożona do Zamawiającego jego kopia. W świetle przytoczonych wyżej przepisów – również kopia odwołania przekazana do Zamawiającego musi być mu przekazana najpóźniej do dnia, który stanowi upływ terminu na wniesienie odwołania. Tym samym, kopia odwołania winna być przekazana Zamawiającemu najpóźniej do 27 lipca 2011 r. Dla ustalenia tego terminu liczy się nie moment nadania, ale wpływu do Zamawiającego. W analizowanym postępowaniu, kopia odwołania została przekazana w dacie 28 lipca 2011 r., co wynika z potwierdzenia wpływu tego dokumentu do Zamawiającego (prezentaty), zatem po upływie terminu na wniesienie odwołania.

### **288. Sygn. akt: KIO 2121/11, Wyrok KIO z dnia 17 października 2011 r.**

Zgodnie z art. 180 ust. 5 zdanie drugie ustawy Pzp domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeśli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu na jego wniesienie za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. faxem lub drogą elektroniczną, co Odwołujący uczynił. Należy zatem uznać, iż Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania. Bez znaczenia natomiast pozostaje, czy wiadomość faxowa wpłynęła do zamawiającego w godzinach pracy oraz kiedy faktycznie Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania. W ocenie Izby terminy należy obliczać zgodnie z regulacjami Kodeksu cywilnego, który w art. 111 § 1 Kc wskazuje, że termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Oznacza to zatem, iż terminy liczy się w dniach pełnych, a Zamawiający nie może faktycznie ich skracać, np. przez przyjmowanie, że z treścią wpływających do niego wiadomości mógł zapoznać się jedynie w godzinach pracy Zamawiającego. Postanowienia ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą w tym zakresie zmieniać regulacji ustawowych.

## **Art. 190 ust. 1**

### **289. Sygn. akt: KIO 1580/11, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2011 r.**

Przypomnienia wymaga, że ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, a Odwołujący w opinii Izby takich dowodów nie przedstawił. Zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie zebranego materiału. Skoro Odwołujący wywodzi, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję, to powinien powyższe wykazać w toku postępowania odwoławczego. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. spoczywa na oso-

bie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

#### **290. Sygn. akt: KIO 1851/11, Wyrok KIO z dnia 7 września 2011 r.**

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

#### **291. Sygn. akt: KIO 1934/11, Wyrok KIO z dnia 19 września 2011 r.**

Izba wyraża pogląd, iż dowód zaistnienia przesłanek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 kc). Zatem na gruncie rozpoznawanej sprawy zaistnienie okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty wynikających z komentowanych przepisów powinno być udowodnione przez zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji nie zostaną zachowane. Zamawiający jest zobowiązany w toku czynności badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka odrzucenia oferty zaktualizowała się, a następnie poinformować o poczynionych ustaleniach i ich konsekwencjach wykonawców podając – stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp – nie tylko uzasadnienie prawne (podstawę prawną swojej decyzji), ale także uzasadnienie faktyczne.

#### **Art. 190 ust. 4**

#### **292. Sygn. akt: KIO 1772/11, KIO 1783/11, Wyrok KIO z dnia 2 września 2011 r.**

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż dopuszczenie dowodu z opinii biegłego jest możliwe wówczas, gdy istnieje kompletny i zupełny materiał pozwalający na wydanie opinii. W ocenie Izby, na co wskazuje również treść ekspertyzy przedłożonej przez Odwoływającego (str. 5), brak jest kompletnego materiału pozwalającego na ocenę spełnienia przez zaoferowane przez wykonawcę (...) Spółka z o.o. urządzenie wymagań Zamawiającego. Jak zostało wskazane w komentarzu do art. 278 Kodeksu postępowania cywilnego ([w] Bodio J.,

Demendecki T., Jakubecki A., Marcewicz O. Telenga P., Wójcik M. P., Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Oficyna 2008, wyd. III) „W świetle stanowiska judykatury zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i wyjaśnienie przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego biegłemu materiału sprawy”. Powyższe zostało potwierdzone w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 1969 r. (sygn. akt I CR 140.69, OSNC 1970, Nr 5, poz. 85) oraz w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 2006 r. o sygn. akt V CSK 360/06 (Lex, nr 238973). Zatem celem dowodu z opinii biegłego jest ocena zgromadzonego w sprawie materiału przy uwzględnieniu posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych, a nie pozyskanie wiadomości z możliwych dostępnych źródeł. Powyższa argumentacja odnosi się również do podniesionego w toku rozprawy przez Odwołującego stanowiska, iż dowód taki mógłby zostać przeprowadzony poprzez badanie samego serwera. Zmodyfikowanie w ten sposób tezy dowodowej winno uwzględniać możliwości zaimplementowania oferowanego serwera Blade w odpowiednim środowisku i poddanie tego urzędnika symulacji w normalnych warunkach jego pracy. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są w swoim interesie wykazać okoliczności mające znaczenie dla wykazania słuszności prezentowanego stanowiska. W takich okolicznościach nie jest konieczne zasięgnięcie opinii biegłego w celu uzyskania wiadomości specjalnych, nie pozostających w dyspozycji stron oraz składu orzekającego. Trudno wszakże założyć, iż dowód z opinii biegłego mógłby zostać przeprowadzony w oparciu o wybiórczo zgromadzony przez strony i uczestników postępowania odwoławczego materiał. Powszechną praktyką producentów oraz dostawców urządzeń i rozwiązań informatycznych jest zatajanie pewnych faktów, gdyż jest to wynikiem ich polityki gospodarczej. Izba wskazuje, iż inicjatywa dowodowa ciąży każdorazowo na podmiocie, który z faktów będących przedmiotem procesu dowodzenia wywodzi dla siebie korzystne skutki prawne. Jeżeli Odwołujący zaniechał zgromadzenia pełnego materiału dowodowego umożliwiającego rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania odwoławczego kwestii to trudno założyć, iż tego rodzaju czynność zostanie dokonana przez biegłego. Nietrudno wszakże przewidzieć sytuację, iż strona przeciwna zakwestionuje powyższą opinię ze względu na zaniechanie uwzględnienia w jej treści pełnego materiału dotyczącego opiniowanego zagadnienia. Opinia biegłego, jak wyżej wskazano, winna obejmować rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania kwestii w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał, jeżeli jego ocena wymaga wiadomości specjalnych, tj. ocena zgromadzonego materiału wymaga zasięgnięcia opinii osoby posiadającej wiedzę umożliwiającą wyprowadzenie właściwych wniosków z już posiadanych dowodów.

### **Art. 192 ust. 2**

#### **293. Sygn. akt: KIO 1605/11, KIO 1616/11, KIO 1619/11, KIO 1630/11, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r.**

Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz na okoliczność ewentualnego przywrócenia Odwołującego Konsorcjum (...) do udziału w tym postępowaniu jako formalnego wykonawcy. Izba stwierdziła bowiem, że Odwołujący z innych przesłanek podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, oceniając w tym zakresie pozostałe zarzuty odwołania, co znalazło odzwierciedlenie w dalszej części uzasadnienia niniejszego orzeczenia (pkt (3) i (4) poniżej). (...)

Co do zarzutu bezzasadności decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Odwołującego Konsorcjum (...) Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się. Potwierdzenie się tego zarzutu nie było jednak podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, w związku z tym, że stwierdzone w tym zakresie naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz na okoliczność ewentualnego przywrócenia Odwołującego Konsorcjum (...) do udziału w tym postępowaniu jako formalnego wykonawcy. Izba stwierdziła, że stwierdzenie bezzasadności decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium Odwołującemu Konsorcjum (...) nie ma żadnego znaczenia dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do którego to pojęcia odwołuje się przywołany przepis ustawy Pzp. Za wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można zaś traktować jedynie wpływ czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ewentualne decyzje Zamawiającego wiążące się z tą czynnością Zamawiającego w postępowaniu, tj. ewentualnie czynność, bądź zaniechanie dokonania czynności wykluczenia danego wykonawcy z postępowania, czy też odrzucenia jego oferty. Za wynik postępowania należałoby także traktować czynność, czy też zaniechanie dokonania czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sama czynność faktycznego zatrzymania wykonawcy wadium przez Zamawiającego podjęta w trybie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, czy też jedynie decyzja Zamawiającego podjęta w tym przedmiocie nie ma żadnego wpływu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność odrzucenia oferty, wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy też czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd też okoliczność ta nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

#### **294. Sygn. akt: KIO 1615/11, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r.**

Izba ustaliła, co następuje:

1. Po otwarciu ofert, a przed wyborem oferty najkorzystniejszej, uczestnicy postępowania zapoznawali się z ofertami konkurencji. Odwołującemu umożliwiono wgląd do ofert w dniu 25 lipca br. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę Przystępującego, lecz bez wykazu usług i dokumentów go potwierdzających oraz bez wykazu osób i sprzętu.
2. Zamawiający, nie okazując wszystkich dokumentów załączonych do oferty Przystępującego, nie wyjaśnił, że jest na etapie badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dlatego Odwołujący uznał, że Zamawiający w pełni zaakceptował zastrzeżenie tajemnicy w ofercie Przystępującego jako słuszne i skuteczne, w konsekwencji na tą czynność Zamawiającego złożył odwołanie.
3. Po złożeniu odwołania Zamawiający, będący w toku badania i oceny ofert, prowadził korespondencję z uczestnikami postępowania, m.in. w celu wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na skutek tej korespondencji Zamawiający odtajnił wykaz usług wraz z dokumentami go potwierdzającymi, załączony do oferty Przystępującego (zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 11 sierpnia br., w aktach sprawy).
4. Odwołujący we własnej ofercie również zastrzegł wykaz osób i sprzętu jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że zarzut niesłusznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie okazał się zasadny, skoro Zamawiający odtajnił te dokumenty. Okoliczność, że stało się to po wniesieniu odwołania, a dzień przed otwarciem rozprawy nie ma znaczenia dla badania możliwości uwzględnienia odwołania pod kątem przepisu art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych – efektem czynności podejmowanych przez Zamawiają-

cego jest odtajnienie wykazu usług Przystępującego i dokumentów go potwierdzających, zatem uwzględnienie odwołania w tym zakresie nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Niewątpliwie przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych jest pewną dolegliwością dla wykonawców, podnoszących słuszne zarzuty, jednak przesądza, że Izba nie może uwzględnić odwołania, jeżeli nie mogłoby to mieć wpływu na wynik postępowania.

### **295. Sygn. akt: KIO 2360/11, Wyrok KIO z dnia 15 listopada 2011 r.**

Zamawiający naruszył art. 8, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 i 5 rozporządzenia w sprawie protokołu [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – Dz. U. Nr 223, poz. 1458 – przyp. red.]. Z uwagi jednak na fakt, iż w dniu 24 października 2011 r. dokumenty te zostały ostatecznie Odwołującemu przekazane, Izba uznała, iż naruszenie to nie ma wpływu na wynik postępowania, a zatem nie może stać się podstawą do uznania odwołania.

### **Art. 192 ust. 7**

### **296. Sygn. akt: KIO 1387/11, Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2011 r.**

Na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący niewykazania przez Konsorcjum (...) spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj. przynajmniej jedną placówką (kuchnia) do przygotowania posiłków (w przypadku awarii kuchni w Szpitalu Wojewódzkim we W.), w odległości nie dalszej niż 60 km od siedziby zamawiającego, zdolnej do wykonania dodatkowo minimum 370 posiłków całodobowych (tj. śniadań, obiadów, kolacji) z zastosowaniem diet (rozdział IV pkt C SIWZ) w odniesieniu do wymogu maksymalnej odległości placówki (60 km) od siedziby zamawiającego. Zarzut w takim zakresie został zgłoszony dopiero na rozprawie i nie był podniesiony w odwołaniu. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż zarzut ten zawarty został na stronie 2 oraz stronie 3 odwołania. Izba stwierdza, iż na stronie 2 w zakresie zarzutów zawarto następujące stwierdzenie: „Czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji art. 24 ust. 4 poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum za odrzuconą.” Z kolei na stronie 3 akapit drugi, na który powoływał się odwołujący, znajduje się wyłącznie odniesienie do treści SIWZ oraz wyjaśnień zamawiającego dotyczących SIWZ przywoływanych jako okoliczności faktyczne będące podstawą dla dalej sformułowanych zarzutów dotyczących nieprawidłowości zobowiązania do udostępnienia zasobów w postaci kuchni zapasowej w zakresie formy tego zobowiązania, posiadania przez zamawiającego sprzecznych oświadczeń (Promesa i zobowiązanie) oraz braku stosownego umocowania dla Dyrektora Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w T. do złożenia oświadczenia o udostępnieniu kuchni na wskazanych w oświadczeniu warunkach. Brak jest w przedmiotowym uzasadnieniu jakiegokolwiek odniesienia do niewykazania wymaganej odległości pomiędzy siedzibą zamawiającego a kuchnią zapasową. Powyższe nie może być też uznane za objęte zarzutem dotyczącym decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w T. dotyczącej pomieszczeń pionu żywienia wraz z kuchnią mleczną na terenie Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego przy ul. (...), który do dokument, zgodnie z treścią odwołania nie potwierdza spełnienia postawionego warunku w postępowaniu, przy czym odwołujący odnosi się do warunku określonego w rozdziale IV pkt 2 A SIWZ, tj. posiadania uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia. Tymczasem wymóg dysponowania kuchnią zapasową znajdującą się w odległości nie większej niż 60 km od siedziby zamawiającego ujęty został



w SIWZ jako warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, nie zaś uprawnień. Zarzut w takim zakresie nie został zawarty w żadnym miejscu odwołania. Izba podkreśla, że zarzuty odwołania odnoszą się do określonego działania lub zaniechania zamawiającego, a ich sformułowanie wymaga wskazania odpowiednich okoliczności faktycznych i prawnych. Umożliwienie podnoszenia nowych zarzutów na etapie rozprawy prowadzi do sytuacji, w której zamawiającemu i wykonawcy kwestionowanemu uniemożliwia się przygotowanie linii obrony. Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp uzasadnienie zarzutu powinno zawierać także uzasadnienie faktyczne. Tym samym nie można za zarzut uznać, tak jak chce odwołujący, powołania się na ogólną podstawę prawną dotyczącą przesłanek wykluczenia z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby w żadnym razie nie kreuje to zarzutu w ujęciu takim, o jakim mowa jest w ustawie Pzp. Powszechny zarzut rozpatrywać bowiem należy jedynie w kontekście prezentowanego w odwołaniu uzasadnienia i jedynie na takie okoliczności odwołujący może przywoływać nową argumentację.

**297. Sygn. akt: KIO 2054/11, Wyrok KIO z dnia 7 października 2011 r.**

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba wzięła pod uwagę, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy. Jednocześnie Izba zważyła, że na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba jest związana zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania. Ustawa Pzp nie zawiera również zakazu zmiany treści żądań odwołania.

**298. Sygn. akt: KIO 2079/11, Wyrok KIO z dnia 12 października 2011 r.**

(...) sformułowane przez odwołującego zarzuty zostały przedstawione dopiero w trakcie postępowania odwoławczego na rozprawie, a zatem nie mogły być przedmiotem rozpoznania w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przytoczone wyżej zarzuty zostały przedstawione w odwołaniu. Należy zwrócić uwagę, że za zarzut należy uznać nie tylko wskazanie naruszeń w zakresie ustawy Pzp. Za zarzuty należy uznać także oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu wskazanie innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut.

**Art. 192 ust. 9 i 10**

**299. Sygn. akt: KIO 2651/11, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2011 r.**

Izba nie zaliczyła do kosztów postępowania należności wynikającej z przedstawionej przez Zamawiającego faktury VAT. Faktura została wystawiona przez Kancelarię (...) Spółka Partnerstwa Radców Prawnych. Na posiedzeniu i rozprawie Zamawiający nie był reprezentowany przez przedstawicieli tej kancelarii. Przedstawiciele Zamawiającego obecni na posiedzeniu i rozprawie przedstawili pełnomocnictwa pochodzące od (...) SA, a więc bezpośrednio od Zamawiającego, nie zaś od Kancelarii, która wystawiła fakturę. Przedstawiciel Zamawiającego przyznał, iż jest związany z Zamawiającym umową. Przedstawiciele Zamawiającego nie wykazali związku pomiędzy kosztami poniesionymi przez Zamawiającego a przedstawioną na rozprawie fakturą.

**300. Sygn. akt: KIO 2563/11, Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2011 r.**

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika przystępującego wykonawcy o zasądzenie kosztów tytułem zastępstwa przez Izbą z uwagi na to, że takie koszty w świetle § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [*Dz. U. Nr 41, poz. 238 – przyp. red.*] mogą być zasądzone tylko na rzecz strony. Tylko w przypadku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego wykonawcę wobec uwzględnienia w całości zarzutów z odwołania – zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia – możliwe jest zasądzenie kosztów na rzecz przystępującego wykonawcy.

**Art. 196 ust. 1****301. Sygn. akt: KIO 2604/11, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2011 r.**

W oparciu o § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (*Dz. U. Nr 48 poz. 280*), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom postępowania odwoławczego.

# INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

- A**
- Aukcja elektroniczna** – 205, 226
- B**
- Błąd** – 9
- C**
- Cena** – 124, 125, 159, 160, 162, 168, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 201, 202, 205, 207, 209, 210, 213, 216, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 233, 234, 235, 236, 237
- **jednostkowa** – 125, 162, 191, 195, 213, 220
  - **kalkulacja** – 104, 124, 125, 159, 173, 191, 199, 200, 201, 202, 209, 213, 217, 220, 221
  - **rażąco niska** – 15, 194, 195, 196, 197, 198, 210, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 233
  - **ryczałtowa** – 62, 173, 194, 198
- Certyfikat** – 69, 118, 190, 225
- Ciężar dowodowy** – 51, 61, 79, 81, 87, 94, 103, 104, 175, 197, 228, 238, 240, 289, 290
- CPV** – 30
- Czyn nieuczciwej konkurencji** – 191, 192, 193
- D**
- Dialog konkurencyjny** – 140, 141, 249, 261
- Dokumentacja projektowa** – 53, 62, 66, 140, 149, 161, 173
- Dokumentacja techniczna** – 161
- Dokumenty** – 39, 45, 49, 50, 59, 68, 70, 71, 73, 74, 77, 78, 89, 95, 96, 99, 103, 135, 144, 171, 183, 185, 278
- **przedmiotowe** – 52, 62, 69, 75, 76, 77, 78, 90
  - **uzupełnianie** – 64, 72, 75, 76, 78, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 135, 138, 144, 150, 171, 175, 183, 212, 285
  - **wyjaśnienia** – 32, 33, 56, 100, 101, 102, 148, 150, 183, 186, 244, 252
  - **wykaz osób** – 294
  - **wykaz wykonywanych zadań** – 21, 66, 67, 100, 101, 223, 294
  - **zobowiązanie podmiotu trzeciego** – 32, 79, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 193
- Domniemanie** – 72, 103, 146, 192, 230, 240, 281, 288
- Doręczenia** – 260, 263, 264, 281, 282, 283, 287, 288
- Dowody** – 11, 63, 64, 72, 76, 120, 171, 209, 213, 220, 221, 222, 290, 291, 292
- Dostawa** – 1, 24
- Działalność gospodarcza** – 37, 38, 39, 43, 59, 83, 133
- E**
- ETS** – 54, 86, 89, 196
- F**
- Fax** – 103, 263, 281, 283, 288
- G**
- Gwarancja:**
- **ubezpieczeniowa** – 57, 131, 133, 137, 144
  - **bankowe** – 139
- H**
- Harmonogram** – 116, 161, 165, 166

**I****Interes:**

- **przystępującego** – 259, 261, 265
- **publiczny** – 238, 239
- **w uzyskaniu zamówienia** – 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 258, 265

**J**

**Jednostka sektora finansów publicznych** – 20

**K**

- Konsorcjum** – 49, 53, 131, 180, 279
- Kosztorys** – 164, 167, 168, 173, 174, 198, 215, 220
- Koszty** – 240, 267, 299, 300
- Krajowa Izba Odwoławcza (KIO)** – 38, 89, 90, 91, 98, 110, 131, 133, 159, 213, 225, 233, 235, 258, 279, 280, 283, 284, 285, 289, 292
- Krajowy Rejestr Karny (KRK)** – 50
- Krajowy Rejestr Sądowy (KRS)** – 71, 278, 279
- Kryteria** – 204, 224, 225, 255
- Kwalifikacja podmiotowa** – 101, 141, 254
- Kwota na sfinansowanie zamówienia** – 194, 216, 218, 220, 233, 234, 235, 236, 237, 248

**N**

- Nadzór inwestorski** – 199
- Należyta staranność** – 57, 59, 66, 98, 143, 152, 238, 280
- Należyte wykonanie zamówienia** – 19, 23, 44, 45, 72, 73, 79, 92, 222, 294
- Negocjacje bez ogłoszenia** – 142
- Negocjacje z ogłoszeniem** – 25, 166
- Niekaralność** – 50, 51, 93
- Nieprawdziwe informacje** – 33, 59, 60, 61, 62, 64
- Notariusz** – 48, 51

**O**

**Ogłoszenie o zamówieniu** – 25, 30, 141, 150, 241, 247, 268, 288

**Odwołanie:**

- **kopia** – 264, 286, 287, 288
- **oddalenie** – 255
- **odrzućcie** – 5, 99, 255, 276, 278, 279, 283, 284, 285, 286, 287
- **uwzględnienie** – 8, 9, 267, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 286, 293, 294, 295, 300
- **wniesienie** – 15, 262, 269, 277, 280, 281, 282, 287, 288
- **wycofanie** – 270, 271
- **zwrot** – 278

**Oferta:**

- **badanie i ocena** – 5, 7, 9, 10, 15, 149, 151, 254, 285, 294
- **częściowa** – 81, 191, 243, 255, 279
- **najkorzystniejsza (wybór)** – 5, 7, 9, 10, 39, 58, 138, 204, 225, 226, 230, 232, 234, 237, 241, 244, 246, 249, 250, 255, 280, 293
- **odrzućcie** – 5, 7, 9, 70, 148, 149, 152, 158, 165, 167, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 194, 195, 196, 197, 200, 202, 203, 204, 205, 208, 209, 210, 211, 212, 218, 220, 221, 222, 227, 228, 229, 230, 231, 235, 246, 257, 281, 285, 291, 293, 296
- **otwarcie** – 218
- **przygotowanie** – 56, 130
- **treść** – 12, 57, 70, 75, 76, 78, 79, 90, 143, 144, 145, 147, 152, 153, 154, 161, 162, 163, 164, 167, 169, 170, 172, 176, 179, 182, 187, 188, 190, 191, 202, 203, 207, 247, 251, 280
- **wstępna** –
- **wyjaśnienie treści** – 15, 57, 75, 90, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 164, 183, 186, 197, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 253

**Omyłka:** 132, 183, 200

- **inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ** – 101, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 174, 202, 203

- pisarska – 159, 174, 202
- rachunkowa – 125, 159, 160, 174, 202

**Opcja** – 123, 236

**Opozycja** – 259, 265

**Orzeczenie** – 267, 301

**Oświadczenie** – 9, 50, 66, 72, 146, 240

- woli – 9, 61, 70, 71, 79, 85, 90, 132, 143, 147, 156, 163, 174, 185, 207, 208, 279
- wiedzy – 70, 71, 156, 279

## P

**Pełnomocnictwo/Pełnomocnik** – 144, 205, 260, 277, 278, 279, 299

**Pisemność** – 263, 281, 283

**Placówka pocztowa** – 262, 281, 282, 283

**Podatek VAT** – 200, 201, 202, 214, 233, 299

**Podmiot trzeci** – 31, 34, 36, 55, 66, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 102, 193

**Podpis** – 176, 207, 208

**Podwykonawca** – 32

**Polisa** – 16, 38, 41, 43, 86

**Postępowanie:**

- odwoławcze – 114, 220, 227, 240, 260, 264, 266, 269, 270, 273, 278, 284, 289, 298, 301
- udzielenie zamówienia publicznego – 269, 278
- skargowe – 282

**Potencjał:**

- ekonomiczny (finansowy) – 38, 39, 40, 41, 42, 86, 89
- kadrowy – 31, 32, 33, 35, 37, 56, 80, 190
- techniczny – 34, 36, 81, 84, 85, 296

**Prawa autorskie** – 126

**Prezes Urzędu Zamówień Publicznych** – 47, 240, 241, 242, 283

**Przedmiar robót** – 168, 173

**Przedmiot zamówienia** – 3, 21, 25, 26, 27, 30, 38, 41, 46, 52, 53, 76, 77, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 129, 140, 156, 173, 175,

177, 179, 180, 181, 189, 194, 195, 213, 216, 236, 241, 247, 251, 289

**Przetarg nieograniczony** – 22

**Przetarg ograniczony** – 22

**Przygotowanie** – 45, 52, 54, 55, 56

**Przyrzeczenie publiczne** – 231, 232

**Przystąpienie/Przystępujący** – 260, 261, 262, 263, 264, 265, 269, 270, 274, 286, 300

## R

**Referencje** – 56, 61, 66, 67, 71, 72, 73, 74, 100

**Rękojmia** – 19

**Roboty budowlane** – 19, 22, 53, 60, 61, 66, 67, 72, 74, 79, 94, 105, 140, 161, 164, 165, 166, 167, 173, 198, 199, 215, 216, 221, 223, 241

**Roszczenie** – 57, 139, 232, 238

**Równoważność** – 106, 111, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 171, 228

## S

**Sąd Apelacyjny (SA)** – 59, 289

**Sąd Najwyższy (SN)** – 17, 59, 103, 289, 292

**Sąd Okręgowy (SO)** – 2, 59, 68, 131, 194, 257, 284

**Specyfikacja** – 22, 30, 56, 124, 127, 128, 129, 136, 145, 150, 181, 184, 200, 236, 241, 243, 247, 251, 288

– modyfikacja – 129, 130, 245, 272

– zapytania i wyjaśnienia – 127, 128

**Spółka cywilna** – 37, 49

**Sprzeciw** – 269, 270, 274, 286, 300

**Szkoda** – 247, 249, 251, 252, 254, 255, 265

## Ś

**Środki ochrony prawnej** – 5, 8, 10, 30, 211, 227, 230, 246, 247, 250, 255, 256, 259, 272

**Świadczenia** – 28, 116, 143, 156, 167, 174, 188, 206, 236



**T**

**Tajemnica przedsiębiorstwa** – 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 244, 280, 294

**Termin:**

- **odwołanie** – 227
- **realizacji zamówienia** – 70, 76, 116, 155, 161
- **składania ofert** – 93, 97, 128, 129, 130, 145, 146, 175, 206, 226, 241, 277
- **związania ofertą** – 57, 58, 146, 166

**Trybunał Konstytucyjny** – 89

**Tryby** – 7

**U**

**Uczestnik postępowania** – 259, 263, 264, 269, 274

**Umorzenie postępowania** – 267, 268, 269, 270, 271, 284

**Umowa** – 1, 5, 20, 28

- **projekt** – 70, 126, 143, 207
- **ramowa** – 245
- **unieważnienie** – 5, 208, 240, 242, 269,
- **wykonanie** – 238
- **zawarcie** – 9, 143, 231, 239, 247, 269

**Unieważnienie postępowania** – 5, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 246, 247, 248, 293

**Upadłość** – 48

**Uprawnienia** – 18, 33, 60

**Usługi** – 27, 28, 29

- **ochrony** – 75
- **prawne** – 191
- **utrzymania czystości** – 46, 179, 225, 238

**Urząd Zamówień Publicznych** – 126

**W**

**Wadium** – 57, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 144, 252, 293

**Wartość zamówienia** – 22, 29, 44, 52, 54, 123, 195, 197, 199, 214, 216, 218, 233, 234, 241, 295

**Warunki udziału w postępowaniu** – 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29,

30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 57, 59, 61, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 72, 79, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 94, 95, 97, 100, 103, 134, 135, 141, 144, 148, 175, 193, 241, 245, 249, 252, 256, 285, 296

**Wiedza i doświadczenie** – 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 29, 46, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 79, 87, 88, 92, 94, 223

**Wizja lokalna** – 105

**Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu** – 22, 50, 141, 223

**Wojewódzki Sąd Administracyjny** – 1, 89,

**Wpis** – 275

**Wykonawca** – 6, 39, 47, 52, 55, 249, 255  
– **zagraniczny** – 4, 48, 50, 51, 93

**Wykluczenie wykonawcy** – 5, 7, 9, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 91, 92, 94, 103, 132, 134, 135, 137, 138, 212, 227, 231, 250, 252, 254, 274, 281, 283, 293, 296

**Wykładnia:**

- **celowościowa** – 98, 143, 234
- **gramatyczna (językowa)** – 154, 234, 235, 240
- **rozszerzająca** – 234, 242
- **systemowa** – 58

**Wynik postępowania** – 59, 60, 64, 135, 138, 240, 241, 242, 244, 267, 268, 280, 283, 293, 294, 295

**Z**

**Zamawiający sektorowy** – 69

**Zamówienia** – 64

- **informatyczne** – 20, 45, 77, 116, 121, 126, 172, 175, 292
- **uzupełniające** – 218

**Zarzuty** – 15, 230, 248, 251, 257, 258, 269, 270, 271, 272, 273, 276, 280, 284, 285, 294, 296, 297, 298

**Zasada legalizmu** – 6

**Zasada kontradiktoryjności** – 289, 290, 292

**Zasada przejrzystości** – 40, 234, 235

- Zasady udzielania zamówień publicznych** 131, 134, 191, 197, 209, 230, 234, 235, 240, 251, 289, 291, 296
- 4, 6
  - **jawności** – 12, 13, 14, 124, 230, 234, 235, 240
  - **pisemności** – 10, 146
  - **równego traktowania** – 2, 5, 13, 29, 35, 40, 45, 59, 94, 97, 1206, 109, 117, 124, 131, 134, 226, 230, 234, 235, 240, 296
  - **uczciwej konkurencji** – 2, 3, 13, 24, 35, 40, 45, 52, 53, 54, 59, 94, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 117, 124,
- Zasady współżycia społecznego** – 270, 291
- Zatrudnienie** – 31, 32, 33, 36, 49
- Zdolność kredytowa** – 39, 42
- ZUS** – 49
- Ż**
- Żądania** – 8, 9, 248, 251, 257, 267, 270, 273, 276, 297

## AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 22, 27, 28, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 42, 44, 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 69, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 111, 112, 113, 114, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 152, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 182, 183, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 200, 202, 203, 204, 205, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 218, 220, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 244, 245, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 262, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 294, 295, 296, 297, 298
- 2) Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) – 18
- 3) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) – 9, 37, 50, 59, 72, 79, 87, 90, 103, 114, 143, 144, 146, 174, 175, 204, 205, 206, 207, 208, 228, 232, 233, 238, 288, 289, 290, 291
- 4) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) – 59, 260, 266, 270, 278, 292
- 5) Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tj. Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.) – 31
- 6) Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) –
- 7) Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 14 poz. 89 ze zm.) – 238
- 8) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 10, 11, 12, 13, 16, 17, 191, 193
- 9) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623) – 35
- 10) Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. nr 88 poz. 553 ze zm.) – 59, 64
- 11) Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) – 59
- 12) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tj. Dz. U. z 2002 r. Nr 72 poz. 665 ze zm.) – 42
- 13) Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (tj. Dz. U. z 2001 r. Nr 142 poz. 1592 ze zm.) – 238
- 14) Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 185 poz. 1243 ze zm.) – 204
- 15) Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, ze zm.) – 234
- 16) Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220 poz. 1447 ze zm.) – 37

- 17) Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14 poz. 114 ze zm.) – 238
- 18) Ustawa z dnia 4 września 2008 o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) – 159
- 19) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223 poz. 1778) – 235, 237, 265, 284
- 20) Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. C 83 z 30.03.2010 r. 47–201) – 89
- 21) 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, str. 114–240) – 86, 89
- 22) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególnej ochrony (Dz. U. Nr 116 poz. 1090) – 29
- 23) Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 września 2005 r. w sprawie przygotowania lotnisk do sytuacji zagrożenia oraz lotniskowych służb ratowniczo-gaśniczych (Dz. U. Nr 197 poz. 1634 ze zm.) – 24
- 24) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – 19, 31, 33, 38, 39, 44, 48, 69, 75, 76, 78, 89, 144, 279
- 25) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238) – 275, 300
- 26) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) – 278, 301
- 27) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223 poz. 1458) – 244, 295







