

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 24

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 24

WARSZAWA, grudzień 2016

# ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

## ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 24

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

Małgorzata Stręciwilk (Urząd Zamówień Publicznych)

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)

Agnieszka Trojanowska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Izabela Królikowska (Urząd Zamówień Publicznych)

### **Pod kierownictwem:**

Małgorzaty Stręciwilk

### **Opracowanie techniczne:**

Izabela Królikowska (Urząd Zamówień Publicznych)

Aleksandra Mucha (Urząd Zamówień Publicznych)

### **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

Wydział Poligrafii

 CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

ul. Powińska 69/71, 02-903 Warszawa

Zam. 825/W/C/2016

Warszawa 2016 r.

## SPIS TREŚCI

<b>WPROWADZENIE</b> . . . . .	<b>11</b>
<b>WYKAZ SKRÓTÓW</b> . . . . .	<b>12</b>
<b>Art. 8</b> . . . . .	<b>13</b>
1. Sygn. akt: KIO 2786/15, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2016 r. . . . .	13
2. Sygn. akt: KIO 34/16, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2016 r. . . . .	14
3. Sygn. akt: KIO 84/16, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2016 r. . . . .	15
4. Sygn. akt: KIO 93/16, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r. . . . .	16
5. Sygn. akt: KIO 275/16, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2016 r. . . . .	17
6. Sygn. akt: KIO 371/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r. . . . .	17
7. Sygn. akt: KIO 545/16, KIO 563/16, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2016 r. . . . .	18
<b>Art. 10 ust. 1</b> . . . . .	<b>18</b>
8. Sygn. akt: KIO 2700/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. . . . .	18
<b>Art. 14 [aktualnie art. 14 ust. 1]</b> . . . . .	<b>18</b>
9. Sygn. akt: KIO 2792/15, KIO 2843/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r. . . . .	18
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 1 [aktualnie art. 22 ust. 1b]</b> . . . . .	<b>19</b>
10. Sygn. akt: KIO 2773/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. . . . .	19
<b>Art. 22 ust. 4 [aktualnie art. 22 ust. 1a]</b> . . . . .	<b>20</b>
11. Sygn. akt: KIO 432/16, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. . . . .	20
12. Sygn. akt: KIO 476/16, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r. . . . .	20
<b>Art. 23 ust. 1</b> . . . . .	<b>21</b>
13. Sygn. akt: KIO 420/16, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2016 r. . . . .	21
<b>Art. 23 ust. 3</b> . . . . .	<b>21</b>
14. Sygn. akt: 317/16, KIO 320/16, KIO 327/16, KIO 328/16, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2016 r. . . . .	21
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 2 [aktualnie art. 24 ust. 5 pkt 1].</b> . . . . .	<b>22</b>
15. Sygn. akt: KIO 260/16, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2016 r. . . . .	22
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 3 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 15 i art. 24 ust. 5 pkt 8]</b> . . . . .	<b>22</b>
16. Sygn. akt: KIO 420/16, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2016 r. . . . .	22
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 1 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 19]</b> . . . . .	<b>23</b>
17. Sygn. akt: KIO 244/16, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r. . . . .	23

---

<b>Art. 24 ust. 2 pkt 2 [aktualnie art. 89 ust. 1 pkt 7b]</b> . . . . .	<b>23</b>
18. Sygn. akt: KIO 2873/15, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2016 r. . . . .	23
19. Sygn. akt: KIO 293/16, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2016 r. . . . .	24
20. Sygn. akt: KIO 388/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r. . . . .	25
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 3 [aktualnie art. 24 ust 1 pkt 16 i pkt 17]</b> . . . . .	<b>26</b>
21. Sygn. akt: KIO 116/16, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2016 r. . . . .	26
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 4 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 12]</b> . . . . .	<b>26</b>
22. Sygn. akt: KIO 7/16, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r. . . . .	26
23. Sygn. akt: KIO 489/16, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r. . . . .	27
24. Sygn. akt: KIO 458/16, Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r. . . . .	27
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 5 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 23]</b> . . . . .	<b>27</b>
25. Sygn. akt: KIO 271/16, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2016 r. . . . .	27
<b>Art. 24 ust. 2a [aktualnie art. 24 ust. 5 pkt 2]</b> . . . . .	<b>28</b>
26. Sygn. akt: KIO 116/16, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2016 r. . . . .	28
<b>Art. 25 ust. 1</b> . . . . .	<b>29</b>
27. Sygn. akt: KIO 237/16, KIO 243/16, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2016 r. . . . .	29
<b>Art. 26 ust. 2b [aktualnie art. 22a]</b> . . . . .	<b>29</b>
28. Sygn. akt: KIO 82/16, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2016 r. . . . .	29
29. Sygn. akt: KIO 118/16, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r. . . . .	30
30. Sygn. akt: KIO 338/16, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2016 r. . . . .	31
31. Sygn. akt: KIO 387/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r. . . . .	31
32. Sygn. akt: KIO 1014/14, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r. . . . .	32
33. Sygn. akt: KIO 526/16, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r. . . . .	33
<b>Art. 26 ust. 3 [aktualnie art. 26 ust. 3 i ust. 3a]</b> . . . . .	<b>34</b>
34. Sygn. akt: KIO 2740/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. . . . .	34
35. Sygn. akt: KIO 190/16, Wyrok KIO z dnia 29 lutego 2016 r. . . . .	34
36. Sygn. akt: KIO 286/16, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2016 r. . . . .	34
<b>Art. 29 ust. 1</b> . . . . .	<b>35</b>
37. Sygn. akt: KIO 2707/15, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2016 r. . . . .	35
38. Sygn. akt: KIO 2735/15, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2016 r. . . . .	35
39. Sygn. akt: KIO 455/16, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r. . . . .	35
<b>Art. 29 ust. 3</b> . . . . .	<b>35</b>
40. Sygn. akt: KIO 396/16, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. . . . .	35

---

<b>Art. 46 ust. 4a i ust. 5</b> . . . . .	<b>36</b>
41. Sygn. akt: KIO 2847/15, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2016 r. . . . .	36
42. Sygn. akt: KIO 280/16, KIO 281/16, KIO 295/16, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2016 r. . . . .	36
<b>Art. 87 ust. 1</b> . . . . .	<b>37</b>
43. Sygn. akt: KIO 2662/15, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2016 r. . . . .	37
44. Sygn. akt: KIO 2813/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r. . . . .	38
45. Sygn. akt: KIO 111/16, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2016 r. . . . .	38
46. Sygn. akt: KIO 373/16, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r. . . . .	39
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 2</b> . . . . .	<b>39</b>
47. Sygn. akt: KIO 2834/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r. . . . .	39
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 3</b> . . . . .	<b>40</b>
48. Sygn. akt: KIO 2784/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. . . . .	40
49. Sygn. akt: KIO 2808/15, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2016 r. . . . .	41
50. Sygn. akt: KIO 155/16, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2016 r. . . . .	42
51. Sygn. akt: KIO 269/16, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2016 r. . . . .	43
52. Sygn. akt: KIO 391/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r. . . . .	43
53. Sygn. akt: KIO 430/16, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r. . . . .	43
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 2</b> . . . . .	<b>44</b>
54. Sygn. akt: KIO 2740/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. . . . .	44
55. Sygn. akt: KIO 2764/15, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2016 r. . . . .	44
56. Sygn. akt: KIO 2813/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r. . . . .	45
57. Sygn. akt: KIO 2785/15, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r. . . . .	45
58. Sygn. akt: KIO 250/16, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r. . . . .	46
59. Sygn. akt: KIO 373/16, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r. . . . .	46
60. Sygn. akt: KIO 384/16, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2016 r. . . . .	46
61. Sygn. akt: KIO 396/16, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. . . . .	47
62. Sygn. akt: KIO 556/16, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2016 r. . . . .	48
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 3</b> . . . . .	<b>48</b>
63. Sygn. akt: KIO 2786/15, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2016 r. . . . .	48
64. Sygn. akt: KIO 2785/15, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r. . . . .	48
65. Sygn. akt: KIO 195/16, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2016 r. . . . .	49
66. Sygn. akt: KIO 280/16, KIO 281/16, KIO 295/16, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2016 r. . . . .	50
67. Sygn. akt: KIO 369/16, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2016 r. . . . .	50
68. Sygn. akt: KIO 423/16, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r. . . . .	50
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 4</b> . . . . .	<b>51</b>
69. Sygn. akt: KIO 183/16, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2016 r. . . . .	51

---

<b>Art. 89 ust. 1 pkt 5</b> . . . . .	<b>51</b>
70. Sygn. akt: KIO 3/16, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r. . . . .	51
71. Sygn. akt: KIO 408/16, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2016 r. . . . .	52
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 6</b> . . . . .	<b>53</b>
72. Sygn. akt: KIO 305/16, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r. . . . .	53
73. Sygn. akt: KIO 542/16, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r. . . . .	53
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 8</b> . . . . .	<b>54</b>
74. Sygn. akt: KIO 2740/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. . . . .	54
<b>Art. 90 ust. 1–3</b> . . . . .	<b>54</b>
75. Sygn. akt: KIO 2721/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. . . . .	54
76. Sygn. akt: KIO 2838/15, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2016 r. . . . .	55
77. Sygn. akt: KIO 2813/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r. . . . .	55
78. Sygn. akt: KIO 2785/15, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r. . . . .	56
79. Sygn. akt: KIO 58/16, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r. . . . .	56
80. Sygn. akt: KIO 77/16, KIO 85/16, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2016 r. . . . .	56
81. Sygn. akt: KIO 191/16, Wyrok KIO z dnia 29 lutego 2016 r. . . . .	57
82. Sygn. akt: KIO 263/16, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2016 r. . . . .	57
83. Sygn. akt: KIO 275/16, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2016 r. . . . .	58
84. Sygn. akt: KIO 371/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r. . . . .	58
85. Sygn. akt: KIO 402/16, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2016 r. . . . .	59
86. Sygn. akt: KIO 215/16, Wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2016 r. . . . .	59
87. Sygn. akt: KIO 482/16, KIO 484/16, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r. . . . .	60
88. Sygn. akt: KIO 559/16, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2016 r. . . . .	60
89. Sygn. akt: KIO 596/16, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r. . . . .	60
<b>Art. 91 ust. 1</b> . . . . .	<b>61</b>
90. Sygn. akt: KIO 141/16, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2016 r. . . . .	61
91. Sygn. akt: KIO 294/16, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2016 r. . . . .	63
<b>Art. 91 ust. 3a</b> . . . . .	<b>63</b>
92. Sygn. akt: KIO 2821/15, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2016 r. . . . .	63
93. Sygn. akt: KIO 162/16, KIO 164/16, KIO 167/16, KIO 172/16, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r. . . . .	63
<b>Art. 91b ust. 1</b> . . . . .	<b>63</b>
94. Sygn. akt: KIO 2761/15, Postanowienie KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. . . . .	63
<b>Art. 92 ust. 1</b> . . . . .	<b>64</b>
95. Sygn. akt: KIO 2829/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r. . . . .	64
96. Sygn. akt: KIO 553/16, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r. . . . .	65

---

<b>Art. 93 ust. 1 pkt 6</b> . . . . .	<b>66</b>
97. Sygn. akt: KIO 99/16, KIO 110/16, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r. . . . .	66
98. Sygn. akt: KIO 428/16, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2016 r. . . . .	67
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 7</b> . . . . .	<b>67</b>
99. Sygn. akt: KIO 314/16, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r. . . . .	67
100. Sygn. akt: KIO 390/16, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. . . . .	68
<b>Art. 94 ust. 3</b> . . . . .	<b>68</b>
101. Sygn. akt: KIO 311/16, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r. . . . .	68
<b>Art. 179 ust. 1</b> . . . . .	<b>68</b>
102. Sygn. akt: KIO 2700/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. . . . .	68
103. Sygn. akt: KIO 2816/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r. . . . .	69
104. Sygn. akt: KIO 2792/15, KIO 2843/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r. . . . .	69
105. Sygn. akt: KIO 106/16, Wyrok KIO z dnia 10 lutego 2016 r. . . . .	70
106. Sygn. akt: KIO 179/16, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2016 r. . . . .	71
107. Sygn. akt: KIO 162/16, KIO 164/16, KIO 167/16, KIO 172/16, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r. . . . .	71
108. Sygn. akt: KIO 319/16, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2016 r. . . . .	72
109. Sygn. akt: KIO 296/16, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2016 r. . . . .	73
110. Sygn. akt: KIO 305/16, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r. . . . .	74
111. Sygn. akt: KIO 483/16, KIO 490/16, KIO 491/16, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r. . . . .	74
<b>Art. 180 ust. 1</b> . . . . .	<b>75</b>
112. Sygn. akt: KIO 596/16, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r. . . . .	75
<b>Art. 180 ust. 2</b> . . . . .	<b>75</b>
113. Sygn. akt: 3/16, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r. . . . .	75
<b>Art. 180 ust. 4</b> . . . . .	<b>75</b>
114. Sygn. akt: KIO 2849/15, Postanowienie KIO z dnia 11 stycznia 2016 r. . . . .	75
115. Sygn. akt: KIO 597/16, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r. . . . .	75
<b>Art. 182</b> . . . . .	<b>75</b>
116. Sygn. akt: KIO 33/16, Postanowienie KIO z dnia 20 stycznia 2016 r. . . . .	75
117. Sygn. akt: KIO 222/16, Wyrok KIO z dnia 3 marca 2016 r. . . . .	76
118. Sygn. akt: KIO 289/16, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2016 r. . . . .	77
<b>Art. 185 ust. 1</b> . . . . .	<b>77</b>
119. Sygn. akt: KIO 303/16, Postanowienie KIO z dnia 15 marca 2016 r. . . . .	77



---

<b>Art. 185 ust. 2–4</b> . . . . .	<b>78</b>
120. Sygn. akt: KIO 156/16, KIO 161/16, Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2016 r. . . . .	78
121. Sygn. akt: KIO 183/16, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2016 r. . . . .	78
122. Sygn. akt: KIO 371/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r. . . . .	79
123. Sygn. akt: KIO 453/16, KIO 454/16, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r. . . . .	79
<b>Art. 185 ust. 7</b> . . . . .	<b>79</b>
124. Sygn. akt: KIO 408/16, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2016 r. . . . .	79
<b>Art. 186 ust. 2–4</b> . . . . .	<b>80</b>
125. Sygn. akt: KIO 2829/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r. . . . .	80
126. Sygn. akt: KIO 541/16, Postanowienie KIO z dnia 22 kwietnia 2016 r. . . . .	80
127. Sygn. akt: KIO 523/16, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r. . . . .	80
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 2</b> . . . . .	<b>81</b>
128. Sygn. akt: KIO 287/15, Postanowienie KIO z dnia 9 marca 2016 r. . . . .	81
129. Sygn. akt: KIO 495/16, Postanowienie KIO z dnia 18 kwietnia 2016 r. . . . .	81
130. Sygn. akt: KIO 579/16, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2016 r. . . . .	81
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 3</b> . . . . .	<b>82</b>
131. Sygn. akt: KIO 112/16, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2016 r. . . . .	82
132. Sygn. akt: KIO 417/16, Postanowienie KIO z dnia 4 kwietnia 2016 r. . . . .	82
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 4</b> . . . . .	<b>83</b>
133. Sygn. akt: KIO 581/16, Postanowienie KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r. . . . .	83
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 5</b> . . . . .	<b>83</b>
134. Sygn. akt: KIO 583/16, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r. . . . .	83
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 7</b> . . . . .	<b>84</b>
135. Sygn. akt: KIO 446/16, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2016 r. . . . .	84
<b>Art. 190 ust. 1–7</b> . . . . .	<b>84</b>
136. Sygn. akt: KIO 2838/15, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2016 r. . . . .	84
137. Sygn. akt: KIO 2816/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r. . . . .	85
138. Sygn. akt: KIO 2859/15, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2016 r. . . . .	85
139. Sygn. akt: KIO 249/16, Wyrok KIO z dnia 8 marca 2016 r. . . . .	86
140. Sygn. akt: KIO 372/16, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r. . . . .	86
<b>Art. 192 ust. 2</b> . . . . .	<b>86</b>
141. Sygn. akt: KIO 34/16, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2016 r. . . . .	86
142. Sygn. akt: KIO 95/16, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2016 r. . . . .	87
143. Sygn. akt: KIO 179/16, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2016 r. . . . .	87

---

144. Sygn. akt: KIO 209/16, KIO 231/16, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2016 r. . . . .	88
145. Sygn. akt: KIO 455/16, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r. . . . .	89
146. Sygn. akt: KIO 464/16, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r. . . . .	89
147. Sygn. akt: KIO 446/16, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2016 r. . . . .	89
148. Sygn. akt: KIO 479/16, KIO 480/16, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r. . . . .	90
<b>Art. 192 ust. 3 pkt 1 . . . . .</b>	<b>90</b>
149. Sygn. akt: KIO 500/16, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r. . . . .	90
<b>Art. 192 ust. 7 . . . . .</b>	<b>90</b>
150. Sygn. akt: KIO 2708/15, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2016 r. . . . .	90
151. Sygn. akt: KIO 2792/15, KIO 2843/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r. . . . .	91
152. Sygn. akt: KIO 319/16, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2016 r. . . . .	91
153. Sygn. akt: KIO 439/16, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. . . . .	91
<b>Indeks rzeczowy . . . . .</b>	<b>93</b>
<b>Akty prawne przywołane w orzeczeniach . . . . .</b>	<b>95</b>



## WPROWADZENIE

*Szanowni Państwo,*

Zeszyt Orzeczniczy nr 24, który oddajemy w Państwa ręce, został opracowany w oparciu o analizę prawie 700 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w okresie od stycznia do kwietnia 2016 r. W efekcie Zeszyt zawiera zbiór 153 tez orzeczniczych.

Zebrany zbiór tez nie jest może zbyt obszerny, niemniej jednak dotyka tak istotnych kwestii orzeczniczych, jak choćby: badanie podejrzenia rażąco niskiej ceny, weryfikacja prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, czy kwestia oceny interesu we wniesieniu odwołania. Zespół Redakcyjny zdecydował także o wyborze kilku ważnych tez odnoszących się do tematyki udostępniania potencjału podmiotu trzeciego w ramach wykazywania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Wybrane tezy orzecznicze wskazują w tym przypadku na określony kierunek linii orzeczniczej wytyczony przez Krajową Izbę Odwoławczą, wskazujący na konieczność realnego udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego w taki sposób, aby mógł być on faktycznie wykorzystywany przy realizacji przedmiotu zamówienia. Taki kierunek orzeczniczy aktualnie znajduje swój wyraz wprost w obowiązujących przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych (odpowiednik art. 26 ust. 2b to aktualnie art. 22a ustawy Pzp) wprowadzonych przez ustawę nowelizacyjną z 22 czerwca 2016 r. (ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Staraliśmy się także, aby inne wybrane tezy orzecznicze w niniejszym Zeszycie, pomimo tego, że pochodzą z orzeczeń wydanych na podstawie stanu prawnego sprzed wejścia w życie przywołanej nowelizacji, pozostawały aktualne. W tym też celu i dla ułatwienia korzystania z publikacji w bieżącej praktyce udzielania zamówień przytoczone tezy orzecznicze zawierają odesłanie do nowych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych czy to formie przyporządkowania do nowej jednostki redakcyjnej przepisu, czy też poprzez przypisy redakcyjne.

Mam nadzieję, że Zeszyt będzie cieszył się Państwa zainteresowaniem.

Prezes

Urzędu Zamówień Publicznych



Małgorzata Stręciwilk

## WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
<b>BZP</b>	– Biuletyn Zamówień Publicznych
<b>CEDIG</b>	– Centralna Ewidencja Działalności Gospodarczej
<b>CPV</b>	– Wspólny Słownik Zamówień
cyt.	– cytowanego
<b>Dz. U.</b>	– Dziennik Ustaw
<b>Dz. U. UE</b>	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
<b>ETS, TS UE,</b>	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
<b>KC, K.c., Kc, kc lub k.c.</b>	– Kodeks Cywilny
<b>KIO, Izba</b>	– Krajowa Izba Odwoławcza
<b>KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.</b>	– Kodeks postępowania cywilnego
<b>KRK</b>	– Krajowy Rejestr Karny
<b>KRS</b>	– Krajowy Rejestr Sądowy
<b>KRUS</b>	– Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
<b>KSH lub ksh</b>	– Kodeks Spółek Handlowych
lit.	– litera
nr	– numer
<b>OPZ</b>	– opis przedmiotu zamówienia
<b>OSNC</b>	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna
<b>OTK</b>	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
<b>PFU</b>	– Program funkcjonalno-użytkowy
<b>PKD</b>	– Polska Klasyfikacja Działalności
pkt	– punkt
poz.	– pozycja
<b>Pr. Bank.</b>	– ustawa Prawo bankowe
<b>przyp. red.</b>	– przypis redakcyjny
<b>RIPOK</b>	– Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych
<b>SA</b>	– Sąd Apelacyjny
s.c.	– spółka cywilna
<b>SN</b>	– Sąd Najwyższy
<b>SO</b>	– Sąd Okręgowy
<b>SIWZ, s.i.w.z. lub siwz</b>	– specyfikacja istotnych warunków zamówienia
sp. z o.o.	– spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
tj.	– tekst jednolity
<b>UE</b>	– Unia Europejska
<b>u.k.s.c.</b>	– ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych
<b>UOKIK, uokik, u.o.k.</b>	– ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów
<b>US</b>	– Urząd Skarbowy
<b>u.s.d.g.</b>	– ustawa o swobodzie działalności gospodarczej
ust.	– ustęp
<b>UZP</b>	– Urząd Zamówień Publicznych
<b>Ustawa Pzp, Pzp, P.z.p., PZP, pzp, Pr.z.p., u.p.z.p. lub p.z.p.</b>	– ustawa Prawo zamówień publicznych
<b>WSA</b>	– Wojewódzki Sąd Administracyjny
<b>VAT</b>	– Podatek od towarów i usług
<b>ZA</b>	– Zespół Arbitrów
<b>Zb. Orz</b>	– Zbiór Orzeczeń
zd.	– zdanie
ze zm.	– ze zmianami
<b>ZNKU, u.z.n.k., UZNK, znku, Znk lub z.n.k., uznk</b>	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
<b>ZUS</b>	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

## Art. 8

### 1. Sygn. akt: KIO 2786/15, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2016 r.

(...) zgodnie ze znowelizowanym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zastrzegając określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa jest obciążony ciężarem dowodu wykazania zamawiającemu zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawca ma zatem obowiązek wraz z ofertą udowodnić, przedkładając w tym celu odpowiednie dowody, że dana informacja zasługuje na ochronę. Zgodnie zaś z art. 11 ust. 4 UZNK przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie tego przepisu, musi zostać spełniona zarówno przesłanka formalna, jak też materialna. Przesłanka formalna jest spełniona wówczas, gdy zostanie wykazane, iż przedsiębiorca podjął działania w celu zachowania poufności tych informacji. Nie wystarczy samo przekonanie podmiotu dysponującego informacją o działalności przedsiębiorcy, że posiadane przez niego dane mają charakter poufny. Poufność danych musi być wyraźnie lub w sposób dorozumiany zmanifestowana przez samego przedsiębiorcę. Przesłanka materialna zaś to obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą tj. dotyczą kwestii, których ujawnianie obiektywnie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy (informacje takie muszą mieć choćby minimalną wartość). Wartość gospodarcza informacji musi mieć wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji jest niewystarczające.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie wykonawca X nie wykazał spełnienia przesłanek koniecznych do zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 13 października 2015 r. jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla uznania bowiem słuszności zastrzeżenia określonych informacji nie wystarczy odwołać się do ogólnikowych stwierdzeń i niczym nie popartych oświadczeń wykonawców o tym, iż informacje mają znaczenie gospodarcze, zaś na skutek ich ujawnienia przedsiębiorca będzie potencjalnie narażony na szkodę. Wykonawcy winni wykazać Zamawiającemu dlaczego w ramach konkretnego postępowania przetargowego ujawnienie zastrzeżonych informacji może wyrządzić wykonawcy szkodę i w czym upatrują oni szkody. Wykonawca winien wykazać istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą. Zaś możliwość poniesienia szkody musi być co najmniej uprawdopodobniona.

(...) W ocenie Izby wykonawca X w żaden sposób nie wykazał Zamawiającemu w jaki sposób informacje zawarte w treści wyjaśnień mogą być wykorzystane przez inne podmioty ze szkodą dla wykonawcy. I nie chodzi tu o ogólne nic nie znaczące stwierdzenia, ale o konkretną analizę potencjalnych możliwości wykorzystania ze szkodą na wykonawcy zastrzeżonych informacji. Informacje o wartości średniego wynagrodzenia są dostępne w sprawozdaniach finansowych wykonawcy X, podobnie jak koszty zatrudnienia czy też liczba pracowników. Samo wskazanie departamentów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia nie może być uznane za informację mającą obiektywną wartość gospodarczą. Metodologia obliczenia ceny została ujawniona przez samego wykonawcę X podczas rozprawy, a skoro została zatwierdzona przez audytora spółki to jest również odzwierciedlona w opinii audytora oraz zbadanych sprawozdaniach finansowych. Zaś informacja o przewidywanej liczbie roboczogodzin w kontekście tego konkretnego postępowania nie ma, w ocenie Izby, obiektywnej wartości gospodarczej, a wykonawca X nie wykazał w żaden sposób w jaki sposób może być ona wykorzystana przez innych wykonawców. (...)

Podkreślić dalej należy, że część informacji zawarta w treści wyjaśnień ma charakter jawny, gdyż została przekazana przez Zamawiającego wszystkim wykonawcom. Ponadto sam Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 5 stycznia 2016 r. przekazany Odwołującemu ujawnił część informacji zastrzeżonych w treści wyjaśnień z dnia 13 października 2015 r.

Wskazać również należy, że jedną z przesłanek koniecznych do wykazania zasadności zastrzeżenia określonych informacji jest wykazanie, że przedsiębiorca podjął w swojej spółce działania zmierzające do ochrony zastrzeżonych informacji. W złożonych wyjaśnieniach Izba nie odnalazła takich informacji. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób treść wyjaśnień jest chroniona w przedsiębiorstwie, nie przedłożył listy osób mających dostęp do informacji ani też nie przedstawił opisu ani żadnych dokumentów potwierdzających, że wykonawca X podjął działania zmierzające do nieujawnienia treści informacji osobom trzecim. Nie wykazał tym samym spełnienia przesłanki formalnej dla uznania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W końcu podkreślić należy, że zasadą postępowania przetargowego jest jawność postępowania. Umożliwia ona weryfikację działań zamawiających oraz wykonawców biorących udział w postępowaniu i ma na celu eliminację działań nieprawidłowych, sprzecznych z prawem. Izba stoi na stanowisku, że ograniczenie zasady jawności winno mieć miejsce w wyjątkowych sytuacjach, uzasadnionych indywidualną specyfiką wykonawcy w ramach konkretnego postępowania przetargowego. Zjawisko zastrzegania szeregu informacji stanowiących rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa przez wykonawców jest niepokojącą praktyką narastającą w postępowaniach przetargowych. Działanie takie zaprzecza wyrażonej przez ustawodawcę w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadzie jawności postępowania i pozbawia innych wykonawców prawa weryfikacji prawdziwości i rzetelności oświadczeń składanych przez wykonawców. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym winni mieć świadomość jawności postępowania przetargowego oraz konsekwencji z tym związanych. Złożenie oferty może się wiązać niejednokrotnie z ujawnieniem informacji, które w subiektywnej ocenie danego wykonawcy mają wartość gospodarczą. Odejście od zasady jawności postępowania zawsze winno być wykazane rzetelną i dokładną analizą charakteru zastrzeżonych informacji w ramach konkretnego postępowania przetargowego oraz skutków ich ujawnienia jakie może ponieść wykonawca. Wykazanie tych okoliczności nie może ograniczać się do ogólnych sloganów powtarzanych przez wykonawców, lecz do rzetelnej analizy, trudnej niejednokrotnie do przeprowadzenia, lecz koniecznej do odejścia od naczelnej zasady postępowania przetargowego tj. zasady jawności.

## **2. Sygn. akt: KIO 34/16, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2016 r.**

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. (...)

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert/wniosek jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostął udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby nadzwyczaj lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia poczynione przez przystępującego nie stanowiło dowodu na to, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej ta-

jemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

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

Izba dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia informacji z wykazu usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie przystępujący załączył do swej oferty. Na wstępie dostrzeżenia wymagało, że informacje które utajniono w wykazie usług obejmowały wyłącznie dane odnośnie przedmiotu usługi szkoleniowej (nazwa, liczba osób przeszkolonych, czas trwania szkolenia), odbiorcy oraz terminu realizacji szkoleń. W pierwszej kolejności stwierdzono, że uzasadnienie utajnienia ww. danych sporządzone przez przystępującego jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Ponadto tak sporządzone uzasadnienie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem. Zdaniem Izby fakt, że podmiot na rzecz którego wykonano usługę jest podmiotem z sektora prywatnego, nie oznacza sam przez się, że informacja na temat tej usługi stanowi czyjąkolwiek tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie istnieje żadne domniemanie prawne ani faktyczne, zgodnie z którym informacje na temat usługi zrealizowanej przez wykonawcę na rzecz podmiotu z sektora prywatnego ze swej natury obdarzone są przymiotem tajności. Stanowisko przystępującego, że ww. dane od początku objęte były tajemnicą przedsiębiorstwa przez niego jak i jego kontrahenta, pozostało gołosłowne. Przystępujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie wyjaśnił w jaki sposób owo utajnienie nastąpiło. Nie przedstawiono zamawiającemu umów, z których wynikałoby, że jakieś dane co do kontraktu mają być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Stanowisko przystępującego jakoby odtajnienie danych miało umożliwić jego konkurentom poznanie „różnych aspektów działalności” okazało się nad wyraz ogólne. Domysłem zamawiającego pozostawiono wnioskowanie o jakich to aspektach przystępujący się wypowiada. Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja, jakoby odtajnienie wykazu pozwoliło kontrahentom na przesłedzenie sposobu doboru odbiorców przez przystępującego. Dostrzeżenia wymagało, że w wykazie usług w przypadku wszystkich usług szkoleniowych podano jako odbiorcę jeden podmiot.

### **3. Sygn. akt: KIO 84/16, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2016 r.**

Stosownie do art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności dotyczy w szczególności ofert składanych w postępowaniu. Ich jawność może zostać ograniczona tylko w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie. W niniejszym postępowaniu wykonawcy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa w stosunku do części oferty stanowiącej opracowanie, tzw. koncepcję. W ocenie Izby, przedstawione przez Wykonawcę X oraz Wykonawcę Y zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest bezpodstawne.

Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do koncepcji, Wykonawca X przedstawił jedynie ogólne twierdzenie: „Zastrzegam, że dokument ten i treści w nim zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W niniejszym przypadku ogólne stwierdzenie wykonawcy, że informacje zawarte w opracowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest niewystarczające do uznania, że skutecznie dokonano zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak trafnie określiła tego rodzaju wyjaśnienia Izba w wyroku o sygn. akt 1957/15 i 1962/15: „Ich ogólnikowy charakter jest tego rodzaju, że daje podstawy do stwierdzenia, że ich wartość merytoryczna jest żadna, a ich formalne,



„fizyczne” przedstawienie z ofertą nie zmienia faktu, że ich, w ocenie Izby, *de facto* „nie ma”. W ocenie Izby, taką samą ocenę należy przypisać uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Wykonawcy X. Co więcej, Wykonawca ten nie wykazał, aby podjął jakiegokolwiek kroki lub niezbędne działania, zmierzające do zachowania poufności. A wykazanie takich działań jest jednym z warunków, które należy spełnić, aby można było uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wynika to wprost z definicji ustawowej tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mają szczególne znaczenie, zatem podejmowane są w stosunku do nich określone działania, mające zapobiec ich nieuprawnionemu ujawnieniu. Nie można uznać za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa informacje, co do których wykonawca jedynie oświadczył, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podejmując działań, mających na celu ochronę tych informacji – co ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

#### 4. Sygn. akt: KIO 93/16, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r.

Przepis [art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – *przyp. red.*] odnosi się do dokumentów składanych w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W toku postępowania wykonawcy składają jednak dodatkowe dokumenty, które także mogą korzystać z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa. Na zasadzie analogii przyjmuje się zgodnie, że w takim przypadku wykazanie podstaw objęcia tych dodatkowych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa powinno nastąpić w momencie ich składania. (...)

Niezależnie od powyższego sama treść wyjaśnień oraz informacje zawarte w załącznikach do wyjaśnień nie kwalifikują się, w ocenie Izby, do uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa. Są to w dużej mierze informacje publicznie dostępne. Nie sposób uznać, by informacje dotyczące fizycznego posiadania określonego sprzętu, czy zaplecza technicznego, za pomocą którego wykonawca realizuje szereg zleceń, mogły być tak chronione, że aż niedostępne dla szerokiego grona ludzi. Podobnie pismo otrzymane od konkurencyjnego przedsiębiorstwa, formularz ofertowy oferenta złożony w postępowaniu prowadzonym przez Przystępującego w trybie przetargu nieograniczonego, umowa dostawy zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy wreszcie załącznik do powszechnie dostępnej uchwały (który *nota bene* został złożony przez Przystępującego na rozprawie w sposób jawny), nie zasługują na miano informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa. Również złożone faktury nie mogą korzystać, w ocenie Izby, z tego rodzaju zastrzeżenia. W złożonym szablonie umowy (§ 5 pkt 2) stwierdza się, że pracownik przyjmuje do wiadomości, że pracodawca związany jest umowami o zachowaniu poufności z częścią swoich kontrahentów. Przystępujący nie złożył tego rodzaju umów dla podmiotów widniejących na fakturach. Ponadto, wątpliwe jest, by faktura była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, bynajmniej żadnych klauzul złożone dokumenty nie zawierały.

W tożsamy sposób należało ocenić wyliczenia zawarte w złożonych dokumentach. Izba nie znalazła tym samym podstaw, by za tajemnicę przedsiębiorstwa mogły zostać uznane w tym przypadku informacje dotyczące średnich cen dla danego regionu (gdzie powoływano się na ceny nie tylko Przystępującego), ceny ubezpieczenia (niezależnie, że dodatkowo uzyskane w trybie przetargu), samo zestawienie cen za 1 Mg surowców wtórnych, czy kalkulacje zawarte w tabelach, będące jedynie założeniami wykonawcy.

Warto w tym miejscu podkreślić, że w aktach sprawy znajdują się dwie koperty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Przystępującego. Pierwsza, zawierająca także kalkulacje miała zostać złożona z ofertą. Oferta jednak nie wymienia tego dokumentu, brak jest także jakiegokolwiek uzasadnienia objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli Zamawiający dysponował tymi kalkulacjami, które następnie zostały powtórzone w piśmie z dnia 8 stycznia 2016 r., to tym bardziej miał podstawy do ich ujawnienia, skoro nie zostały one skutecznie zastrzeżone na etapie złożenia oferty.

## **5. Sygn. akt: KIO 275/16, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2016 r.**

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej treści złożonych wyjaśnień.

W uzasadnieniu przedstawionym w dniu 12 stycznia 2016 r. Przystępujący w znacznej mierze ograniczył się do przywołania przesłanek określonych art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz do wskazania ogólnych twierdzeń dotyczących zasadności uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedynie w odniesieniu do danych podmiotów współpracujących z wykonawcą przedstawione zostały bardziej szczegółowe wyjaśnienia wykazujące zasadność objęcia tych informacji ochroną, ze wskazaniem konkretnej wartości gospodarczej tych informacji oraz szkody mogącej powstać na skutek ich ujawnienia. Z kolei w uzasadnieniu z 17 stycznia 2016 r. Przystępujący w ogóle nie odniósł się do konkretnych informacji przedstawionych w wyjaśnieniach i do istnienia przesłanek ich zastrzeżenia, ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i przywołania treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Izba uznała za uzasadnione utrzymanie niejawności wyjaśnień z dnia 12 stycznia 2016 r. wyłącznie w zakresie danych podwykonawców, z którymi Przystępujący współpracuje oraz załączonej do wyjaśnień oferty jednego z podwykonawców. W odniesieniu do pozostałej treści wyjaśnień nie sposób uznać, że Przystępujący uzasadnił konieczność ich utajnienia. W przedstawionym uzasadnieniu Przystępujący nie odniósł się do konieczności zachowania niejawności poszczególnych elementów wyjaśnień, jak również – poza ogólnikowym stwierdzeniem, że wyjaśnienia obrazują sposób organizacji robót oraz ujawniają metodykę konstruowania oferty – nie wykazał wartości gospodarczej wyjaśnień jako całości. Natomiast w odniesieniu do wyjaśnień z 17 stycznia 2016 r. w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał zasadności ich utajnienia w żadnym zakresie.

Biorąc pod uwagę, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad tego postępowania, przepisy dopuszczające wyjątki od tej zasady należy interpretować wąsko. W związku z tym nieujawnienie złożonych informacji należy uznać za zasadne jedynie w przypadku jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że spełnione zostały wszystkie określone przepisami prawa. Niewystarczające jest zatem jedynie ogólnikowe stwierdzenie wykonawcy o istnieniu wartości gospodarczej określonych informacji. Ani Zamawiający, ani Izba, nie mogą z urzędu doszukiwać się w złożonych przez wykonawcę informacjach, wartości gospodarczych zasługujących na ochronę. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

## **6. Sygn. akt: KIO 371/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r.**

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp w obecnym brzmieniu, nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte ochroną dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 Znk. W ocenie składu orzekającego art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji. Rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z tajemnicy przedsiębiorstwa, co było

charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym.

#### **7. Sygn. akt: KIO 545/16, KIO 563/16, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2016 r.**

Izba stoi na stanowisku, że przesłanka „wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazuje, że nie składając wyjaśnień wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. (wyrok z dnia 3 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 561/15 wyrok z dnia 28 sierpnia 2015r. sygn. akt KIO 1730/15). Pogląd ten znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów powszechnych – wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja 2015 r. sygn. akt I Ca 131/15. Dla owego „wykazania” często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Zamawiający nie ma prawa zastępować wykonawcy w takim wykazaniu, a w szczególności bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania, że również stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy. Izba stwierdza, że domaganie się dalszych wyjaśnień, czy wzywianie do złożenia wyjaśnień przez zamawiającego byłoby zaprzeczeniem celu nowelizacji i stanowiłoby naruszenie obowiązującego prawa, a dodatkowo powodowałoby uchybienie ustawowemu terminowi na składanie wyjaśnień wynikającemu z art. 8 ust. 3 ustawy, podkreśla się, że brak taki nie może być uzupełniony na późniejszym etapie postępowania – tak wyrok z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15, wyrok z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 291/15, z dnia 26 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 306/15, wyrok z dnia 7 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15.

#### **Art. 10 ust. 1**

#### **8. Sygn. akt: KIO 2700/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.**

Zastosowanie przez zamawiającego trybu przetargu ograniczonego nie wymaga spełnienia żadnych dodatkowych przesłanek. Zgodnie z art. 10 ust. 1 Pzp przetarg ograniczony, obok przetargu nieograniczonego, jest podstawowym trybem udzielania zamówienia publicznego. Wobec treści ust. 2 wskazanego artykułu, udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego nie wymaga żadnego uzasadnienia, w przeciwieństwie do pozostałych trybów poza podstawowymi.

W konsekwencji wybór trybu przetargu ograniczonego nie może stanowić podstawy do ewentualnego zanegowania jego zastosowania przy ocenie prawidłowości procedury udzielenia zamówienia publicznego, bez względu na wartość oraz przedmiot zamówienia.

#### **Art. 14**

#### **[aktualnie art. 14 ust. 1]**

#### **9. Sygn. akt: KIO 2792/15, KIO 2843/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r.**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi część obrotu cywilnoprawnego, a do czynności zamawiającego i wykonawców podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w braku regulacji ustawy, z mocy art. 14 Pzp stosuje się przepisy kodeksu cywilnego. Zamawiający w toku wykładni oświadczeń wykonawców

powinien więc uwzględnić okoliczności, w których dane oświadczenie zostało złożone (art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp).

Powołany przepis kodeksu cywilnego odnosi się do oświadczeń woli, jednak zdaniem Izby, brak jest podstaw, by wyłączyć jego zastosowanie w drodze analogii w odniesieniu do dokumentów, składanych przez wykonawcę wraz z ofertą lub w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i będących zasadniczo oświadczeniami wiedzy. Oznacza to, że zamawiający nie może pomijać okoliczności istotnych dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikających z pozostałych oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę. W okolicznościach sprawy oznacza to, że zamawiający w toku oceny spełniania przez odwołującego warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia nie powinien ignorować, że z zobowiązania do udostępnienia zasobów można bez trudu ustalić, że odwołujący składając ofertę spełniał warunek udziału w postępowaniu.

**Art. 22 ust. 1 pkt 1**  
**[aktualnie art. 22 ust. 1b]**

**10. Sygn. akt: KIO 2773/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.**

Przede wszystkim Izba podkreśla, że określenie warunków udziału w postępowaniu jest jedną z najważniejszych czynności zamawiającego, która ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania i musi być przez to precyzyjnie określona w SIWZ (*vide* art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). To zamawiający rozpoczynając postępowania przetargowe winien dołożyć należytej staranności w opisanu warunków udziału w postępowaniu kierując się jasno określonymi celami, które winny być jednoznacznie odzwierciedlone w odpowiednikach zapisach SIWZ. Decydując się na wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu, rola zamawiającego nie ogranicza się do przepisywania z postępowania na postępowanie tych samych warunków udziału w postępowaniu, bez jakiegokolwiek analizy ich związku z przedmiotem zamówienia. To do zadań zamawiającego należy przeprowadzenie na etapie formułowania postanowień SIWZ analizy celów jakie zamawiający chce osiągnąć wprowadzając określony warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający musi dołożyć należytej staranności w precyzyjnym określeniu warunków udziału w postępowaniu, tak aby miał pewność, iż treść określonego warunku udziału wprowadzonego do SIWZ zagwarantuje osiągnięcie zakładanego celu. Przy czym zamawiający musi mieć świadomość, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być przez niego zmieniane w toku postępowania, zaś ich interpretacja na etapie badania i oceny ofert podlega ścisłej wykładni, zgodnie z ich literalnym brzmieniem. (...)

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności w punkcie 5.1 SIWZ. Zarówno w odniesieniu do warunku dotyczącego wpisu do rejestru działalności regulowanej (ppkt a) jak i w zakresie posiadania zezwolenia na transport odpadków komunalnych (ppkt b) Zamawiający nie zawarł żadnego odesłania, iż dokumenty te winny obejmować swoim zakresem odpady objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający ograniczył się do wskazania, iż wykonawcy mają legitymować się aktualnym zezwoleniem, nie odsyłając w tym zakresie do opisu przedmiotu zamówienia, ale do ustawy o odpadach. Nie sprecyzował tym samym wymaganego zakresu zezwolenia. Jak już wyżej Izba wskazała, zapisy SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Muszą mieć one charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tyle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zaś Zamawiający nie zamieścił w opisie warunku dotyczącego zezwolenia na transport odpadów wymogu dotyczącego rodzajów odpadów objętych zezwoleniem, Odwołujący nie miał obowiązku legitymowania się na dzień złożenia oferty zezwoleniem obej-

mującym wszystkie kody odpadów ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. Obowiązku takiego nie można wywodzić na etapie oceny ofert z rozszerzającej wykładni postanowień SIWZ, nakładając na wykonawcę obowiązki niewyartykułowane wprost w tych postanowieniach. Jakkolwiek ustanowienie przez Zamawiającego warunku posiadania zezwolenia na transport wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia należałoby uznać za uzasadnione, to brak takiego postanowienia w SIWZ uniemożliwia wyciągnięcie wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji z tego tytułu. Odpowiedzialność za dokonanie takiego a nie innego opisu warunków udziału w postępowaniu ponosi Zamawiający.

Wyraźnie podkreślić należy, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, które wykazuje się na etapie ofertowania, a czym innym jest opis przedmiotu zamówienia. Z rozdziału III SIWZ wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje również odpady oznaczone kodem 16 05 09. Zatem wykonując zamówienie, w przypadku konieczności wykonania transportu odpadów o tym kodzie wykonawca będzie musiał legitymować się stosownym zezwoleniem. Nie oznacza to jednak, że musiał się nim legitymować na dzień składania ofert, jak bowiem wyżej wskazano, z opisu warunków udziału w postępowaniu taki obowiązek nie wynikał. Nieprzedłożenie wraz z ofertą zezwolenia na transport odpadów o wszystkich kodach objętych przedmiotem zamówienia nie przesądza o niemożności wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie i zgodnie z przepisami prawa. W przypadku uzyskania zamówienia wykonawca będzie zobowiązany zapewnić sobie wszystkie konieczne zezwolenia. Jednakże nie było obowiązku załączenia takiego zezwolenia do oferty celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, gdyż taki warunek nie został przez Zamawiającego opisany.

**Art. 22 ust. 4**  
**[aktualnie art. 22 ust. 1a]**

**11. Sygn. akt: KIO 432/16, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r.**

Art. 22 ust. 4 Ustawy wymaga, aby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 związany był z przedmiotem zamówienia oraz był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ocena warunku pod kątem jego związku z przedmiotem zamówienia nie powinna nastroczać większych kłopotów, gdyż ustawa nie wprowadza ocennych pojęć, jak ma to miejsce w przypadku oceny proporcjonalności z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby, powiązanie warunku z przedmiotem zamówienia wymaga uwzględnienia jego zakresu rzeczowego, tak aby Zamawiający mógł ocenić, czy wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Nie związanym z przedmiotem zamówienia byłoby zatem takie ustalenie warunku, które nawet w niewielkim stopniu odbiegałoby od przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Wymaganie wykraczające poza przedmiot zamówienia nie może służyć ocenie możliwości wykonawcy z punktu widzenia ustalenia koniecznych dla danego zamówienia właściwości i może być ocenione wyłącznie jako nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

**12. Sygn. akt: KIO 476/16, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r.**

(...) w ocenie Izby Zamawiający winien w sposób jasny i precyzyjny określić znaczenie pojęcia robota budowlana o podobnym charakterze poprzez wskazanie zakresu podmiotowego (tj. rodzaju budynku) oraz przedmiotowego (tj. zakresu wykonanych prac), które będzie oceniał w ramach ustalenia podobieństwa robót budowlanych. Dla przykładu Zamawiający może zdefiniować robotę budowlaną o podobnym charakterze jako wykonanie jakiegokolwiek obiektu budowlanego obejmującego swoim zakresem określony, istotny z punktu widzenia realizacji przedmiotowego zamówienia, zakres prac. Zakres ten winien być wskazany przez Zamawiającego w SIWZ. Sporządzając taki opis Zamawiający winien kierować



się zasadą proporcjonalności – stawiane wymogi nie powinny być nadmierne do zakładanego celu jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

### **Art. 23 ust. 1**

#### **13. Sygn. akt: KIO 420/16, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2016 r.**

Podkreślenia wymaga, że z ww. względów na gruncie ustawy Pzp spółkę cywilną traktuje się jedynie jako stosunek zobowiązaniowy, a ubieganie się przez spółkę cywilną o zamówienie traktowanie jest jako wspólnie ubieganie się wykonawców o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 23 ustawy Pzp (por. wyroki Izby wydane w sprawach o sygn. akt KIO 1313/11, KIO/UZP 708/10, KIO/UZP 1505/09, KIO/UZP 2656/10, KIO 1542/12, KIO 1571/13, KIO 1572/13, KIO 1574/13, KIO 1674/14, KIO 1956/14). Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo uznał, że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli mu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Jerzy N. i Andrzej W., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą X, Y s.c. w K. W konsekwencji wymóg z ogłoszenia odnośnie konieczności złożenia zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i ZUS należało odnosić do współników s.c., będących wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wymogi z art. 24 ustawy Pzp dotyczące braku podstaw do wykluczenia odnoszą się do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

### **Art. 23 ust. 3**

#### **14. Sygn. akt: 317/16, KIO 320/16, KIO 327/16, KIO 328/16, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2016 r.**

W ocenie Izby, warunek określony w pkt. III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt IV ppkt 1. 4 lit. c) SIWZ, iż: „Wykonawca musi wykazać się wskaźnikiem bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większym bądź równym 1,40 w ostatnich 3 latach” został sformułowany w sposób jasny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych. Brzmienie tego warunku wskazuje, że w przypadku wykonawcy, a tym samym wykonawców występujących wspólnie, wystarczające dla potwierdzenia spełnienia wskazanego warunku jest wykazanie wymaganej płynności finansowej przez minimum jednego z członków konsorcjum. Powyższe wynika z art. 23 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie. Nie chodzi tu o wykazanie spełnienia tego warunku przez każdego z uczestników konsorcjum z osobna. Jak wynika z dalszej treści odwołania, Odwołujący prawidłowo w konkluzji zinterpretował treść tego warunku, zatem jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie należało uznać za nieuprawnione.

W przypadku opisu warunków udziału w postępowaniu, w zakresie określonym w art. 22 ust. 1 Pzp. wystarczającym jest jeśli jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wykaże spełnienie określonego warunku, powyższe oznacza, że warunek spełnia w całości konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odmienne rozumienie sposobu oceny spełniania warunków udziału skutkowałoby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji ustanowionej w art. 7 ust. 1 Pzp i ograniczyłoby dostęp do zamówienia wykonawcom w pełni będącym w stanie je wykonać, działającym w ramach konsorcjum. (...)

Jak wynika z brzmienia ustalonego warunku, w przypadku wykonawców występujących wspólnie, przynajmniej jeden z nich musi samodzielnie wykazać, iż posiada zarówno łączne przychody netto nie mniejsze niż 500 mln zł. w każdym z ostatnich 3 lat obrotowych, jak i wskaźnik bieżącej płynności finansowej na koniec każdego roku obrotowego większy bądź

równy 1,40 w ostatnich 3 latach. Łączne wykazanie obu wymagań przez jednego wykonawcę jest logiczne i uzasadnione, gdyż warunek musi pozwalać na wyłonienie wykonawcy (lub konsorcjum) który posiada odpowiednią płynność finansową przy przychodach na określonym poziomie. Możliwość rozdzielnego wykazania obu warunków przez dwa różne podmioty uczestniczące w konsorcjum spowodowałaby wypaczenie oceny tego warunku w odniesieniu do konsorcjum, co obniżyłoby znacznie wymagania, a tym samym mogłoby doprowadzić do wyboru wykonawcy, który nie podoła realizacji zamówienia. Podkreślić należy, że sam odwołujący na rozprawie wskazywał, że utrzymanie bieżącej płynności finansowej przy wyższych przychodach nie może być porównywane z utrzymaniem takiej samej płynności przy przychodach znacznie niższych.

**Art. 24 ust. 1 pkt 2**  
**[aktualnie art. 24 ust. 5 pkt 1]**

**15. Sygn. akt: KIO 260/16, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2016 r.**

Likwidacji nie podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi. Sąd też w zaświadczeniu o wpisie w CEIDG na próżno poszukiwać informacji w tym przedmiocie. Natomiast znajdują się tam informacje dotyczące upadłości. Wpisy w tym zakresie są dokonywane z urzędu na podstawie danych przesyłanych przez sąd upadłościowy. Dane w tym zakresie są jawne. (...)

Uszło jednak uwadze Zamawiającego, że po pierwsze, zaświadczenie o wpisie w CEIDG nie zawiera informacji dotyczących postępowania likwidacyjnego, bowiem przedsiębiorca będący osobą fizyczną zdolności likwidacyjnej nie posiada. Zaś, informacje dotyczące upadłości po pierwsze są jawne, a zatem zawarte są w przedmiotowym zaświadczeniu, ich wpis jest dokonywany z urzędu oraz jak wszystkie dane ujawniane w CEIDG nie mogą być usunięte w znaczeniu faktycznym, co oznacza, że w CEIDG odzwierciedlony jest pełny obraz wpisów, również tych dotyczących upadłości.

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający pomijając treść bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, zawartych w u.s.d.g., wyżej powołanych, dokonał błędnej oceny zaświadczenia z CEIDG, przedłożonego przez Odwołującego. Uwzględnienie przedmiotowych regulacji pozwala bowiem na stwierdzenie, że skoro w wierszu, w którym dokonuje się wpisów odnośnie upadłości znajduje się adnotacja, iż takich wpisów brak, to tym samym oznacza to, że nigdy takowych nie było, mając na uwadze, że w CEIDG prezentowane są wszystkie wpisy, a tym samym do dnia składania ofert, a nawet później (do dnia wygenerowania zaświadczenia) nie ogłoszono upadłości Odwołującego.

**Art. 24 ust. 1 pkt 3**  
**[aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 15 i art. 24 ust. 5 pkt 8]**

**16. Sygn. akt: KIO 420/16, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2016 r.**

Wbrew stanowisku odwołującego za niewystarczające należało uznać zaświadczenia z Urzędu Skarbowego wystawione na samą spółkę cywilną, które odwołujący załączył do wniosku. Spółka cywilna jest jedynie podatnikiem podatku VAT i akcyzowego. Natomiast dochody uzyskiwane z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej opodatkowane są podatkiem dochodowym, którego podatnikiem są wspólnicy s.c., a nie spółka. Zatem zaświadczenie z US dokumentujące brak zaległości podatkowych spółki cywilnej należało uznać za niewystarczające.

Natomiast jeśli chodzi o składki na ubezpieczenie społeczne, to istnieją dwa modele ich opłacania w odniesieniu do wspólników spółki cywilnej. Spółka cywilna może opłacać składki tylko za pracowników, a wspólnicy odprowadzać składki samodzielnie na własne ubezpiecie-

czenia. W takiej sytuacji spółka nie musi zgłaszać do ubezpieczenia i rozliczać wspólników. To wspólnicy sporządzają i przekazują dokumenty ubezpieczeniowe, opłacając przy tym składki na własne ubezpieczenia. Możliwa jest również praktyka, w której spółka odgrywa rolę płatnika składek zarówno za wspólników, pracowników jak i innych zatrudnionych osób podlegających ubezpieczeniom. Wtedy ciąży na niej obowiązek zgłoszenia w ZUS płatnika składek, czyli spółki, pracowników oraz wspólników prowadzących działalność gospodarczą.

Odwołujący nie wykazał, jaki model opłacania składek został przyjęty u niego. Stanowisko odwołującego, jakoby składki na ubezpieczenie społeczne również za wspólników opłacała spółka, a nie sami wspólnicy, pozostało gołosłowne. Ponadto nawet gdyby istotnie tak było, to istniała również w takiej sytuacji możliwość uzyskania stosownego zaświadczenia poświadczającego brak zaległości wspólników w uiszczaniu składek. Przepisy ustawy Pzp i wydanego na jej podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, nie przewidują możliwości zastąpienia zaświadczenia właściwego organu oświadczeniem wykonawcy. Nawet zatem gdyby wspólnicy nie mieli obowiązku opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, to istniała możliwość stwierdzenia tego faktu zaświadczeniem oddziału ZUS. Na możliwość uzyskania i złożenia takiego zaświadczenia, wskazują choćby zaświadczenia z ZUS złożone przez odwołującego przy piśmie z 29 lutego 2016 r.

**Art. 24 ust. 2 pkt 1**  
**[aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 19]**

**17. Sygn. akt: KIO 244/16, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r.**

(...) niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt sporządzenia dokumentacji postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, koniecznym jest stwierdzenie utrudniania uczciwej konkurencji. Ponadto niejednokrotnie wskazywano, iż samo istnienie ewentualnych powiązań kapitałowych i osobowych nie wystarcza, by dokonać wykluczenia i w każdym przypadku konieczne jest wykazanie, iż oferent rzeczywiście posłużył się w celu przygotowania oferty osobami, które brały udział w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, a same związki osobowe i kapitałowe w żaden sposób nie uzasadniają dokonania wykluczenia wykonawcy. (...)

W orzecznictwie jako przykład okoliczności, utrudniających uczciwą konkurencję wskazuje się przykładowo na wiedzę pozyskaną w trakcie przygotowania postępowania, czy też pozyskanie dodatkowych informacji o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Są to okoliczności, które mogą zapewnić 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. Nie ulega również wątpliwości, że okoliczności o których mowa powyżej należy wykazać, a Zamawiający wykluczając wykonawcę na podstawie tego przepisu nie może okoliczności tych domniemywać.

**Art. 24 ust. 2 pkt 2**  
**[aktualnie art. 89 ust. 1 pkt 7b]**

**18. Sygn. akt: KIO 2873/15, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2016 r.**

Izba ustaliła, że zamawiający nie zawarł w treści SIWZ postanowień dotyczących formy wniesienia gwarancji wadialnej. Odwołujący złożył w treści oferty kopię gwarancji wadialnej poświadczoną za zgodność z oryginałem. W treści gwarancji w punkcie 8.4) zostało zawarte



postanowienie, zgodnie z którym: „Niniejsza gwarancja wygasa również w przypadku, gdy: nastąpił zwrot oryginału niniejszej gwarancji do Gwaranta”. Zatem Odwołujący złożył Zamawiającemu kserokopię gwarancji ubezpieczeniowej jako wadium, mimo iż z treści samej gwarancji wynika bezsprzecznie, że przedmiotowa gwarancja wygasa również w przypadku, gdy nastąpi zwrot jej oryginału do gwaranta (pkt 8 ppkt 4 gwarancji ubezpieczeniowej). Oznacza to, że w przypadku zwrotu oryginału gwarancji do gwaranta, gwarant nie jest zobowiązany do wypłaty na rzecz Zamawiającego jakichkolwiek kwot.

W ocenie Izby, złożenie przez Odwołującego w terminie składania ofert kopii dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, nie może być uważane za skuteczne wniesienie wadium. Wynika to z jednoznacznej treści dokumentu gwarancji, który jako przesłankę wygaśnięcia gwarancji określa zwrot oryginału gwarancji gwarantowi. Uwzględniając treść tej przesłanki wygaśnięcia gwarancji, stwierdzić należy, że Zamawiający nie miał pewności co do tego, czy dokument gwarancji w dacie otwarcia ofert lub w dacie późniejszej, nie został zwrócony gwarantowi, a w konsekwencji, czy złożona oferta pozostawała zabezpieczona wadium. Skoro bowiem Zamawiający nie otrzymał oryginału dokumentu gwarancji, to także nie miał żadnego wpływu na to, co działo się z tym dokumentem. 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 gwarancji nie sposób wywodzić, że zwrotu dokumentu może dokonać wyłącznie beneficjent. Gwarancja nie zawiera takiego wymogu. Stąd też zwrot oryginału gwarancji gwarantowi, powoduje wygaśnięcie gwarancji – niezależnie od tego, jaki podmiot dokonuje zwrotu oryginału gwarancji. W świetle powyższych okoliczności uzasadnione jest twierdzenie, że zwrotu oryginału gwarancji może dokonać ten podmiot, który nim rzeczywiście dysponuje, a w okolicznościach niniejsze sprawy podmiotem tym nie jest Zamawiający. Pojęcie „wniesienia” wadium należy interpretować na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych – zarówno jej celów, jak i obowiązków wykonawcy i nie jest uprawnione utożsamianie go z pojęciem – „ustanowienia” wadium. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej należy uznać, że Zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione do chwili otwarcia ofert. Należy zauważyć, że wadium nie jest ani ofertą wykonawcy, ani dokumentem, o którym mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zamawiający jest więc pozbawiony możliwości wyjaśnienia treści tego dokumentu – czy to w oparciu o art. 26 ust. 4, czy też art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak jest także podstawy prawnej do wzywania przez Zamawiającego o uzupełnienie wadium na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez brak zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym posiadania przez Odwołującego oryginału gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium jest więc bezzasadny.

### **19. Sygn. akt: KIO 293/16, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2016 r.**

Wadium nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp. Mając jednak na uwadze treść odesłania zapisanego w art. 14 ustawy Pzp należy odnieść się do definicji wadium zawartej w art. 70(4) §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2014 r. poz. 121, ze zm.). Zgodnie z przywołaną regulacją wadium stanowi wpłacona organizatorowi przetargu określona suma lub ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia jej zapłaty, które pod rygorem niedopuszczenia do przetargu uczestnik przetargu ma obowiązek wnieść. Na gruncie przepisów ustawy Pzp wadium pełni dwojaką funkcję – zabezpiecza interes Zamawiającego przed nieprawidłowym działaniem wykonawców w toku postępowania przetargowego, a równocześnie stanowi warunek formalny dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu. (...)

W przypadku objęcia gwarancją bankową tylko niektórych sytuacji uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, a wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, bezpodstawne jest założenie, że gwarant obejmie swoją odpowiedzialnością również sytuacje nie wskazane w treści gwarancji, a objęte regulacją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Sam gwarant ogranicza w treści gwarancji swoją odpowiedzialność do zdarzeń wprost z tej gwarancji wynikających. Dla oceny roszczenia zamawiającego przez gwaranta nie jest wystarczające określenie wartości żądania, ale zamawiający musi podać także jakie zdarzenie doprowadziło do powstania żądania, czyli jaka czynność została zaniechana i przez kogo. Gwarant może zatem analizować, czy zgłaszane żądanie dotyczy tak zaniechań opisanych w gwarancji, jak i podmiotu, który tego zaniechania miał się dopuścić, a za którego gwarant zobowiązał się świadczyć. W przypadku, gdy zdarzenia opisane w zgłoszeniu i objęte gwarancją nie są tożsame, gwarant ma prawo uznać, że nie ma podstaw do wypłaty świadczenia. Nie można więc uznać, że gwarancja bankowa, która w swojej treści nie obejmuje wszystkich przypadków wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy spełnia funkcję zabezpieczającą.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący złożył wraz z ofertą gwarancje bankowe wystawione przez X – oddział w S. Z treści złożonych dokumentów (co Odwołujący potwierdził w odwołaniu) wynika, że zakres odpowiedzialności gwaranta jest węższy niż wynikający z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, gdyż gwarant nie objął zakresem swojej odpowiedzialności następujących wypadków: prawa zatrzymania wadium w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informacji o tym, nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. W związku z tym złożona przez Odwołującego wadium w postaci gwarancji bankowej nie może być uznane za prawidłowe, gdyż nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w postaci możliwości uzyskania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach wynikających z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego o skutecznym wniesieniu przez niego wadium z uwagi na fakt, iż ryzyka nieobjęte treścią gwarancji wadialnej nie wystąpiły, a więc interes Zamawiającego był zabezpieczony. Podkreślić bowiem należy, że dyspozycja art. 46 ust. 4a ma charakter hipotetyczny, bo przesłanki zatrzymania wadium mogą nie zaistnieć, co jednak nie zwalnia wykonawcy od złożenia gwarancji wadialnej obejmującej wszystkie przesłanki zatrzymania wadium. Gdyby przyjąć argumentację Odwołującego za zasadną, to skuteczność wniesienia wadium byłaby oceniana na etapie wyboru oferty, zaś ustawodawca wymaga, aby wykonawca wniósł wadium w prawidłowej formie i treści nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert.

## **20. Sygn. akt: KIO 388/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r.**

Wspomniana praktyka wystawiania gwarancji w formie pisemnej ma na gruncie zamówień publicznych doniosłe znaczenie nie tylko z uwagi na statuowaną przepisem art. 9 ust. 1 Pzp zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale ze względu na rolę samego wadium w takim postępowaniu. Ma ono zabezpieczać interesy zamawiającego przed ogólnie pojętymi nierzetelnymi wykonawcami, wobec czego zarówno treść dokumentów składanych na dowód wniesienia wadium, jak również ich forma nie mogą budzić wątpliwości. Innymi słowy – wniesienie wadium pozostawać musi poza sferą domniemań dotyczących jego skuteczności. Należy mieć również na uwadze, że zachowanie formy pisemnej dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium sprzyja pewności obrotu, zważywszy zwłaszcza na okoliczność, że zamawiający nie jest stroną umowy, której zawarcie dokument gwarancji ma potwierdzać, a jedynie podmiotem uprawnionym z tego dokumentu.

W konsekwencji postanowienia SIWZ często wskazują na obowiązek załączenia do ofert oryginałów dokumentów wadialnych, czemu w przedmiotowej sprawie Zamawiający dał wyraz w Rozdziale VIII ust. 3 SIWZ.

**Art. 24 ust. 2 pkt 3**  
**[aktualnie art. 24 ust 1 pkt 16 i pkt 17]**

**21. Sygn. akt: KIO 116/16, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2016 r.**

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie, iż określone informacje są nieprawdziwe, tak na gruncie ogólnych reguł języka polskiego, jak i w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może odnosić się wyłącznie do informacji o pewnych faktach, o obiektywnie istniejącej rzeczywistości, tylko one bowiem podlegają ocenie w kategoriach prawdy i fałszu. Informacje zawarte w wykazie usług, które przedstawiały nazwę zamówienia, jego wartość, czas realizacji i odbiorcę były zgodne ze stanem faktycznym – zgodność żadnej z powyższych informacji z prawdą nie była przez Odwołującego kwestionowana. Natomiast kwestia tego, czy zamówienie wskazane w poz. 1 złożonego przez Przystępującego wykazu usług było wykonane należyście, jest kwestią oceny, w dodatku dokonywanej na podstawie pewnych klauzul generalnych. W odniesieniu do jakości wykonania zamówienia nieprawdziwe informacje mogłyby potencjalnie dotyczyć określonych faktów, które tę ocenę determinują, nie zaś samej oceny, której zresztą Przystępujący nie znał składając ofertę, mógł natomiast subiektywnie uznawać zamówienie za wykonane należyście. Przystępujący nie informował Zamawiającego o żadnych faktach, które mogłyby mieć wpływ na dokonaną przez Zamawiającego ocenę, np. nie złożył dokumentów, które fałszywie potwierdzałyby, że realizacja umowy przebiegła bez żadnych uchybień (co zresztą byłoby trudne, biorąc pod uwagę, że to Zamawiający był odbiorcą usług). W związku z powyższym brak jest podstaw do stwierdzenia, że składając wykaz usług Przystępujący podał informacje niezgodne z rzeczywistością. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu wyłącznie informacje o zrealizowanej umowie, a jakość wykonania tej umowy poddał ocenie Zamawiającego, który był odbiorcą usług, w związku z czym dysponował wszelkimi informacjami pozwalającymi tej oceny dokonać, w tym informacjami o przypadkach i przyczynach obciążenia Przystępującego karami umownymi. Nie sposób natomiast przyjąć, że przez sam fakt ujęcia spornego zamówienia w wykazie usług Przystępujący w sposób dorozumiany przedstawił nieprawdziwe informacje, wprowadzając Zamawiającego w błąd.

**Art. 24 ust. 2 pkt 4**  
**[aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 12]**

**22. Sygn. akt: KIO 7/16, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r.**

Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter sformalizowany i jest oparte na sztywnych regułach wynikających z ustawy Pzp. (tak orzekł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2005 r. sygn. akt V Ca 398/05). Formalizm ten (wynikający z przepisów prawa) ma doniosłe znaczenie z punktu widzenia zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Te same zasady i procedury muszą obowiązywać w równym stopniu wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak też zamawiającego. Zamawiający nie może dowolnie odstąpić od przestrzegania tych zasad wobec niektórych tylko wykonawców. Takie działanie zawsze skutkowało by naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazuje wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to fakt braku wykazania spełniania warunków ma decydujące znaczenie, jako podstawa wykluczenia wykonawcy, a nie okoliczność, czy wykonawca w rzeczywistości spełnia dany warunek, mimo, że nie przedłożył odpowiednich dokumentów. Podkreślić też należy,

że to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania (dowodu), że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca (przedsiębiorca), jako profesjonalista, winien dołożyć należytej staranności, aby wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania.

### **23. Sygn. akt: KIO 489/16, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r.**

Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów) *[aktualnie przepisowi temu odpowiada § 2 ust. 4 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. 2016 poz. 1126) – przyp. red.]*, dowodem należytego wykonania lub wykonywania dostaw lub usług jest poświadczenie, z tym, że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Przepis ten dopuszcza możliwość posłużenia się poświadczeniem wydanym przed zakończeniem realizacji umowy, z tym że możliwość ta jest ograniczona do sytuacji, gdy świadczenia okresowe lub ciągłe są w trakcie wykonywania na dzień, na który należy wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie wykonywanie usług, na które powołał się Odwołujący, zostało zakończone na dwa miesiące przed terminem składania ofert, zatem dowód należytego wykonania umowy powinien obejmować cały okres jej realizacji. W związku z tym złożonych przez Odwołującego referencji nie można uznać za wystarczające.

### **24. Sygn. akt: KIO 458/16, Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r.**

Skład orzekający Izby uznał, że zarzut oparty na ww. okolicznościach faktycznych nie potwierdził się, ponieważ celem złożenia poświadczeń (listów referencyjnych, referencji itp.) jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, nie zaś podawanie szczegółowych informacji dotyczących zamówienia, którego poświadczenie dotyczy – wystarczającym jest możliwość identyfikacji, że poświadczenie dotyczy opisanego przez wykonawcę w Wykazie zamówienia. Szczegółowych informacji dotyczących zamówień udziela wykonawca w sporządzonych przez siebie na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykazach. Oczekiwanie, że listy referencyjne/referencje będą opisywały zamówienie w sposób umożliwiający jego weryfikację dla potrzeb stwierdzenia adekwatności do postawionego przez zamawiającego wymogu jest bezpodstawne tak w świetle SIWZ, jak i przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) (...).

## **Art. 24 ust. 2 pkt 5 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 23]**

### **25. Sygn. akt: KIO 271/16, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2016 r.**

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p. *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp – przyp. red.]*, o przynależności do grupy kapitałowej decyduje kwalifikacja dokonana wedle ustawy z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Art. 4 pkt 14 ustawy definiujący pojęcie grupy kapitałowej, odwołuje się do posiadania pośredniej lub bezpośredniej kontroli nad innym przedsiębiorcą. Należy zgodzić się z zamawiającym, że – choć sam przepis art. 4 pkt 14 u.o.k. takiego bezpośredniego odesłania nie zawiera – to jednak przyjąć należy, że chodzi tu o kontrolę, o której mowa w art. 4 pkt 4 u.o.k., czyli możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Formy

wywierania bezpośredniego lub pośredniego wpływu na przedsiębiorcę opisane w powołanym przepisie opierają się co do zasady na posiadaniu bezpośrednio lub pośrednio bądź to większości głosów na walnym zgromadzeniu akcjonariuszy czy też zgromadzeniu wspólników, bądź to uprawnieniu do powoływania większości członków zarządu bądź to na tzw. unii personalnej. Nie stanowi podstaw do uznania, iż przedsiębiorcy należą do tej samej grupy kapitałowej, posiadanie jakichkolwiek udziałów lub akcji, w przeciwnym razie przedsiębiorca posiadający drobny udział w kapitale zakładowym kilku przedsiębiorców tworzyłby „swoją własną” grupę kapitałową.

**Art. 24 ust. 2a**  
**[aktualnie art. 24 ust. 5 pkt 2]**

**26. Sygn. akt: KIO 116/16, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2016 r.**

Izba stanęła na stanowisku, że okoliczności wskazane w odwołaniu (bezsporne między stronami) nie stanowią podstawy wykluczenia Przystępującego z postępowania. Nie zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Przepis ten wymaga zaistnienia po stronie wykonawcy zawinonego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, w szczególności niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Celem tego przepisu jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień tak dalece uchybili swoim obowiązkom, że dalsza współpraca z nimi naraża zamawiającego na istotne ryzyko. Nie może on być natomiast stosowany do pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, co do których w toku realizacji umowy zachodziłby jakiegokolwiek zastrzeżenia, niezależnie od ich rodzaju i skali.

Podkreślić należy, że przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp odwołuje się do nienależytego wykonania umowy, które ma charakter kwalifikowany. Nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi – na podstawie tego przepisu – przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Przesłanką taką mogą być jedynie tego rodzaju nieprawidłowości, które w sposób zasadniczy zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W związku z tym ocena, czy zachodzą okoliczności uzasadniające zastosowanie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, wymaga odniesienia stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki.

Kwestionowane przez Odwołującego zamówienie polegało na bieżącym długotrwałym wykonywaniu szeregu drobnych usług, których skala – jak zostało wykazane – to 1124 interwencje podczas 13 miesięcy realizacji umowy. Fakt wystąpienia zwłoki w usunięciu trzech awarii (przy czym okres zwłoki w dwóch przypadkach to pół godziny, a w jednym przypadku 4 dni), nie może być uznany za nienależyte wykonanie umowy w stopniu kwalifikowanym, uzasadniające zastosowanie sankcji z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę przedmiot i skalę zamówienia oraz specyfikę i sposób świadczenia usług będących jego przedmiotem nie sposób uznać, że miało miejsce poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Jakkolwiek uchybienia w realizacji umowy wystąpiły, to w odniesieniu do całego zamówienia należy je uznać po pierwsze za incydentalne, po drugie za nieznaczne. Stosowanie w takich sytuacjach art. 24 ust. 2a ustawy Pzp prowadziłoby do wypaczenia celu tego przepisu i do nieuzasadnionego, masowego wykluczania wykonawców z postępowania, w praktyce bowiem niewiele umów (zwłaszcza podobnych rodzajowo do ocenianej w niniejszej sprawie) jest realizowanych bez żadnych, chociażby drobnych uchybień.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że nie jest wykazane, aby okoliczności skutkujące zapłatą kar umownych były przez niego zawinione. Przystępujący złożył na tę okoliczność wydruki logów ze sterownika sygnalizacji świetlnej, z których jednak nie sposób wywieść, że opóźnienia w usuwaniu awarii były przez wykonawcę niezawinione (a przynaj-



mniej Przystępujący nie przedstawił logicznego wyводу pozwalającego taki wniosek wprowadzić). W związku z faktem, że kary umowne zastrzeżone były na wypadek zwłoki (a więc zawinonego opóźnienia), a Przystępujący nie zakwestionował na drodze prawnej zasadności obciążenia go karami umownymi, Izba nie miała podstaw przyjąć, że okoliczności skutkujące zapłatą kar umownych były przez wykonawcę niezawinione. Niezależnie jednak od tego – jak wskazano powyżej – rodzaj i zakres uchybień, które wystąpiły przy wykonywaniu umowy, nie uzasadniały wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

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

#### **27. Sygn. akt: KIO 237/16, KIO 243/16, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2016 r.**

Trafnie także podniósł przystępujący (Pismo z dnia 7 marca 2016 r., XII), że w postanowieniach SIWZ przedmiotowego postępowanie zamawiający nie wprowadził wymogu, iżby zagraniczne dokumenty urzędowe miały być składane z klauzulą *apostille*. Skład orzekający Izby dodatkowo wskazuje, że pozwoliłoby to na ocenę przez Izbę zgodności takiego wymogu już przed upływem terminu składania ofert. Zaznaczyć także należy, że w spornej kwestii wypowiedział się Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 7 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 225/10, a nadto kilkakrotnie Izba (tytułem przykładu: wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO 643/09, KIO 656/09, wyrok z dnia 18 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO 1684/09, wyrok z dnia 29 marca 2010 r. sygn. akt KIO 303/10, KIO), oceniając, że w polskim systemie prawnym nie istnieją przepisy wymagające poświadczania zagranicznych dokumentów urzędowych składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego klauzulą *apostille*.

### **Art. 26 ust. 2b [aktualnie art. 22a]**

#### **28. Sygn. akt: KIO 82/16, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2016 r.**

Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (tak np. w wyroku KIO 791/15, 814/15, KIO 715/14 oraz KIO 2292/13). Należy jednocześnie podkreślić, że ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność doboru środków dowodowych w celu wykazania dostępności zasobów podmiotu trzeciego. To na wykonawcy decydującym się na skorzystanie z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek przedstawienia takich dowodów, z których zamawiający będzie mógł ustalić w sposób jednoznaczny zakres i sposób udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Wykonawca zatem powołując się na art. 26 ust. 2b Pzp musi dokonać niezbędnej analizy dokumentów jakie zamierza złożyć na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego mając świadomość faktu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany i możliwość przedkładania dodatkowych dokumentów czy też składania wyjaśnień co do treści przedłożonych zamawiającemu dokumentów na potwierdzenie określonych faktów jest ściśle regulowana przepisami ustawy Pzp. Ustawodawca w żaden sposób nie ogranicza środków dowodowych wykonawcy do przedstawienia „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego”. Ustawodawca wskazuje jedynie przykładowo na „pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania ...”. I nie chodzi w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp o „dokument w formie pisemnej”

wystawiony przez podmiot trzeci, ale o „zobowiązanie” podmiotu trzeciego wyrażone w formie pisemnej. Zobowiązanie jest zaś rodzajem stosunku cywilnoprawnego, który powstaje w następstwie ziszczenia się określonych zdarzeń, czynności prawnych. Chodzi tu przede wszystkim o umowy, w ograniczonym zakresie o jednostronnie czynności prawne, ze względu na zasadę zamkniętego katalogu jednostronnych czynności kreujących zobowiązanie. W konsekwencji, wykonawca przedstawiając dowody na dostępność zasobów podmiotu trzeciego ma obowiązek i prawo przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających istnienie skutecznego zobowiązania podmiotu trzeciego względem wykonawcy do udostępnienia określonych zasobów.

Należy jednocześnie zauważyć, że w kontekście udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego kluczowe znaczenie ma oznaczenie świadczenia, do którego zobowiązuje się podmiot trzeci. Bez takiego określenia świadczenia nie można określić bowiem uprawnień wykonawcy i obowiązków podmiotu trzeciego, a konsekwencji nie jest zapewniony rzeczywisty dostęp do zasobów. W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp świadczeniem podmiotu trzeciego jest oddanie do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów. Oznacza to, że podmiot trzeci zobowiązuje do działania tj. „oddania do dyspozycji”, a przedmiotem świadczenia określonym przez ustawodawcę są „niezbędne zasoby”. Z treści oświadczenia winno więc wynikać zasady oddania zasobów do dyspozycji oraz precyzyjne określenie takich zasobów. (...)

(...) Zamawiający, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, wymaga — w zakresie warunków w określonych w § 6 ust. 2 pkt 2 i 3 – złożenia dokumentów dotyczących w szczególności: 1) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; 2) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia [aktualnie przepisowi temu odpowiada § 9 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. 2016 poz. 1126) – przym. red.].

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby nie jest zasadna argumentacja Odwołującego, że wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć wraz z ofertą dodatkowe dokumenty na wykazanie 1) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; 2) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W ocenie Izby dla oceny realności dostępu do zasobów podmiotu trzeciego nie ma znaczenia liczba złożonych dokumentów, ale ich treść. Jeśli więc z treści samego zobowiązania podmiotu trzeciego Zamawiający ma możliwość ustalenia zakresu świadczenia podmiotu trzeciego oraz wszystkich elementów wynikających z SIWZ, to za zbyt liczne uznać należy konieczność przedkładania dodatkowych dokumentów. To wykonawca bowiem powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego decyduje, jakie dokumenty będą wystarczające do wykazania realności dostępu do zasobów. Okoliczność, iż w treści SIWZ Zamawiający posłużył się w § 7 ust. 8 SIWZ pojęciem „dokumentów”, ponad treść zobowiązania nie obowiązała automatycznie wykonawców do składania takich dokumentów. Chodzi tu bowiem wyłącznie o aspekt formy przekazania informacji. Nadrzędną zaś zasadą wyrażoną w pierwszej części przywołanego zapisu SIWZ jest wykazanie przez wykonawcę, że będzie on dysponował zasobami w trakcie realizacji zamówienia, co obejmuje, w ocenie Izby, również konieczność określenia sposobu wykorzystania zasobów jak i zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Forma zaś przekazania tych informacji – jeden dokument vs. kilka dokumentów – nie ma merytorycznego znaczenia dla rozstrzygnięcia zasadności zarzutu.

## 29. Sygn. akt: KIO 118/16, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r.

Z całą mocą należy podkreślić, że instytucja udostępnienia zasobów z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie służy „papierowemu” wykazywaniu spełnienia warunków udziału, przy pomocy pod-

miotów trzecich jedynie w celu uzyskania zamówienia, lecz jest silnie związana z realnym dysponowaniem zasobami podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia. Realność udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego winno być wykazane z taką samą dozą pewności, jak doświadczenia własne wykonawcy. Podać należy także iż w związku z faktem, że Odwołujący nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego zobowiązania podmiotu trzeciego to Zamawiający mógł tylko w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwać go do jego przedłożenia. Natomiast biorąc pod uwagę możliwość tylko jednokrotnego wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, to Zamawiający nie miał prawa i możliwości żądania jego uzupełnienia poprzez ponowne wezwanie w tym samym zakresie.

### **30. Sygn. akt: KIO 338/16, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2016 r.**

W przepisie tym mowa o pisemnym zobowiązaniu, przy czym ustawa Pzp nie definiuje tego pojęcia, stąd też przez art. 14 ustawy Pzp, koniecznym jest odwołanie się do regulacji art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny. Przepis ten stanowi, że do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Mając to na uwadze, Izba stanęła na stanowisku, iż dla zachowania odpowiedniej formy (z zastrzeżeniem przepisów o oświadczeniach woli złożonych w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu) zobowiązania podmiotu trzeciego w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp koniecznym jest przedstawienie go w formie pisemnej, tj. opatrzonego własnoręcznym podpisem osób uprawnionych do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu udostępniającego wykonawcy własne zasoby. W odniesieniu do tego szczególnego dokumentu nie znajdują zastosowania bowiem przepisy § 7 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), *[aktualnie przepisowi temu odpowiada § 14 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. 2016 poz. 1126) – przyp. red.]* zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Przepisy te znajdują zastosowanie jedynie do dokumentów, do których odnosi się to rozporządzenie. Tymczasem pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazane zostało, nie w powołanym rozporządzeniu, a wprost w ustawie Pzp, w art. 26 ust. 2b. Stąd też twierdzenie o możliwości przedstawienia Zamawiającemu jedynie kopii zobowiązania podmiotu trzeciego uznać należy za sprzeczne z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

### **31. Sygn. akt: KIO 387/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r.**

Niewątpliwym jest, że z reguły zobowiązaniu do udostępnienia zasobów towarzyszy umowa o wynagrodzenie za koszty udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Jednakże takiej umowy nie można wprost utożsamiać z umową o podwykonawstwo.

Zauważyć należy, że nowelizacja Prawa zamówień publicznych, dokonana ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz. U. poz. 1473), wprowadziła do przepisów o zamówieniach publicznych definicję umowy o podwykonawstwo. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 9b Pzp umowa o podwykonawstwo to umowa zawierana w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), (...). Na tle tego przepisu można wyróżnić trzy charakterystyczne cechy umowy podwykonawstwa: pisemność, odpłatność i jej przedmiot – czyli świadczenie wykonania określonej części zamówienia publicznego. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo są usługi, dostawy lub roboty budowlane będące częścią zamówienia publicznego. Na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „część zamówienia” to wyodrębniony fragment z całości przedmiotu zamówienia. Za część zamówienia nie można uznać umów,



wylącznie powiązanych z przedmiotem zamówienia publicznego. Zatem umowa o podwykonawstwo obejmuje tylko takie umowy, które dotyczą świadczeń możliwych do wyodrębnienia w treści opisu przedmiotu zamówienia, bądź też świadczeń służących wykonaniu przedmiotu zamówienia.

Samo świadczenie pomocy (szkolenie, doradztwo) wykonawcy, czyli tzw. konsultacje merytoryczne, przez podmiot udostępniający zasoby, a nie związane z przejęciem do realizacji określonej w umowie części zamówienia, nie jest bez spełnienia warunków dodatkowych świadczeniem usługi na zasadzie podwykonawstwa.

Izba, po analizie treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasób wiedzy i doświadczenia Przystępującemu uznała, że w świetle postawionych w SIWZ wymagań to zobowiązanie X daje Przystępującemu rzeczywistą i realną możliwość korzystania z zasobów podmiotu wskazanych w zobowiązaniu (załącznik nr 8). Stanowisko takie Izba przyjęła biorąc w szczególności pod uwagę dotychczasowe doświadczenie Przystępującego w realizacji podobnych zamówień. Poza sporem pomiędzy stronami był fakt, że członkowie konsorcjum, a w szczególności s.c. Y realizowała cały szereg podobnych do tego zamówienia usług, o czym świadczą złożone na rozprawie i niezakwestionowane przez Odwołującego listy referencyjne (8 szt), od różnych zamawiających. Z przedmiotowych referencji jednoznacznie wynika, że członkowie konsorcjum – Przystępującego, wykonywali wielokrotnie usługi tożsame z przedmiotem tego zamówienia. Tym samym należy stwierdzić, że Przystępujący posiada wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym zamówieniem, jednakże posiłkował się zasobem podmiotu trzeciego, z tego powodu, że nie był w stanie wykazać się spełnieniem warunku udziału, w zakresie postawionych wielkości warunku. Natomiast tego udostępnienia Przystępujący niewątpliwie uzyska wiedzę i doświadczenie w organizacji pracy i koordynowania pracy większej ilości ludzi i sprzętu niż to miało miejsce w dotychczas realizowanych przez członków konsorcjum zamówieniach.

### **32. Sygn. akt: KIO 1014/14, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r.**

Istotą instytucji określania warunków udziału w postępowaniu jest weryfikacja predyspozycji wykonawców do prawidłowego wykonania zamówienia na podstawie kryteriów wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy i doświadczenia, możliwości zawodowych i technicznych, a także posiadanych uprawnień, co ma na celu m.in. zminimalizowanie ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia.

Co prawda ustawodawca przewidział możliwość wykazania spełnienia tych warunków w sposób określony w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, ale przepis ten nie może być traktowany jako narzędzie do obejścia przepisów dotyczących konieczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sam art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych został sformułowany w sposób bardzo ogólny, a jego treść nie daje odpowiedzi, w jaki sposób owo poleganie na zdolnościach innych podmiotów i dysponowanie nimi może być stosowane.

Jednak nie można nie zwrócić uwagi, że w każdym ze swoich wyroków Trybunał podkreśla, że warunkiem możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego jest to, aby korzystanie takie było realne, a wykonawca musi udowodnić zamawiającemu ową realność („Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 przysługują każdemu podmiotowi gospodarczemu prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań, o ile zostanie wykazane instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania zamówienia” – akapit 33. wyroku C-324/14). Taki wymóg wyraził Trybunał m.in. w wyrokach C-94/12 czy C-176/98. Trybunał przypomniał też, że to zamawiający sprawdzają predyspozycje wykonawców do wykonania zamówienia zgodnie z ustanowionymi kryteriami (akapit 31. wyroku C-324/14).

Poprawność powołania się, jak i w ogóle sama możliwość powoływania się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu w warunkach badania udziału w postępowaniu musi być rozstrzygana indywidualnie, z uwzględnieniem warunków samej realizacji zamówienia, jak i powołanych zasobów i sposobu powołania się na nie.

Co do zasady zasoby takie jak wiedza i doświadczenie, a w szczególności doświadczenie, nie mogą zostać udostępnione z pominięciem ich charakteru, tj. bez osobistego, realnego uczestnictwa innego podmiotu w realizacji zamówienia. Prawidłowa zaś realizacja przez wykonawcę uprawnienia do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego powinna prowadzić do takiego stanu, w którym dla zamawiającego (dla jakości wykonania zamówienia) nie będzie różnicy, czy są to zasoby własne wykonawcy, czy też zasoby innego podmiotu.

### **33. Sygn. akt: KIO 526/16, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r.**

Dokonując oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba wzięła pod uwagę wynikającą tak z przepisów krajowych, jak i unijnych, konieczność zapewnienia realnego przekazania zasobów innego podmiotu oraz spoczywający na wykonawcy obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że rzeczywiście zasoby te znajdują się w jego dyspozycji. Skutecznie udostępnienie wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, a nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (wiedza i doświadczenie) musi łączyć się z zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, nie zawsze tożsame z podwykonawstwem *sensu stricto*, należy bowiem mieć na względzie rodzaj i specyfikę zamówienia, przy wykonywaniu którego zasoby innego podmiotu mają być wykorzystywane. Zawsze jednak warunkiem powołania się na taki sposób przekazania zasobów jest wykazanie zamawiającemu, że przekazanie to rzeczywiście nastąpi. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów.

W przedmiotowym postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane (budowa drogi), za formę w najwyższym stopniu gwarantującą faktyczne udostępnienie wiedzy i doświadczenia, należy uznać podwykonawstwo, które poprzez włączenie innego podmiotu w proces budowlany i jego czynny udział w realizacji robót nie tylko pozwoli wykonawcy skorzystać z teoretycznej wiedzy tego podmiotu, ale również wykorzystać jego doświadczenie rozumiane jako biegłość w wykonywaniu określonych robót i umiejętność korzystania z niej w praktyce. (...)

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione. Może to nastąpić poprzez złożenie zobowiązania do oddania do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak formułuje on konieczność udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Musi to być zobowiązanie do realnego przekazania zasobów i wskazujące sposób zaangażowania podmiotu udostępniającego w wykonanie zamówienia, a wykonawca ma obowiązek wykazać zamawiającemu, że udostępnienie zasobów w tej formie rzeczywiście będzie możliwe. Zobowiązanie, aby mogło być uznane za dowód udostępnienia zasobów, musi być w praktyce wykonalne oraz na tyle precyzyjne i szczegółowe, aby dawało zamawiającemu pewność co do tego, że zamówienie zostanie udzielone wykonawcy rzeczywiście, a nie jedynie formalnie, spełniającemu warunki udziału w postępowaniu. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, a polegającej na udostępnianiu referencji, zamiast rzeczywistego przekazywania wiedzy i doświadczenia.

**Art. 26 ust. 3**  
**[aktualnie art. 26 ust. 3 i ust. 3a]**

**34. Sygn. akt: KIO 2740/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.**

Co do kwestii uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, Izba przyznaje, że żądanie uzupełnienia dokumentów podmiotowych i przedmiotowych w postępowaniu oraz pełnomocnictw w oparciu o wskazany przepis jest sytuacją wyjątkową i jako taka sytuacja ta stanowi wyjątek od zasady, że wskazane dokumenty w sposób prawidłowy powinny zostać załączone do oferty wykonawcy. W związku z powyższym w orzecznictwie i doktrynie zamówień publicznych ukształtowała się zasada jednokrotnego korzystania z dyspozycji wskazanego przepisu ustawy Pzp w odniesieniu do konkretnego dokumentu, czy też dokumentów potwierdzających spełnianie konkretnego wymogu.

**35. Sygn. akt: KIO 190/16, Wyrok KIO z dnia 29 lutego 2016 r.**

Jednocześnie, Izba podkreśla, że w niniejszym postępowaniu próbce przypisany został szczególny charakter. W ocenie Izby składana próbka wypełniała treść oferty, stanowiła zmaterializowaną postać oświadczenia woli wykonawcy o zamiarze zaoferowania produktu o takich cechach i funkcjonalnościach, jakie składane próbka właśnie posiadała. Powyższą ocenę Izba wywodzi z treści formularza oferty, gdzie wykonawca podawał w istocie typ licznika odpowiadający próbce, ale przede wszystkim z tego, że w pkt 3.3.1.1. SIWZ, Zamawiający wskazał, iż „Próbka dostarczona przez wykonawcę, z którym Zamawiający zawrze umowę stanowić będzie wzorzec dla liczników dostarczanych przez tego wykonawcę w ramach realizacji umowy”. W konsekwencji to, co prezentowała złożona próbka było tym, co wykonawca miał następnie dostarczać Zamawiającemu.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że niedopuszczalne jest traktowanie w tym przypadku próbki jedynie w kategorii dokumentów o charakterze przedmiotowym i niedopuszczalne jest stosowanie art. 26 ust. 3 Pzp. Skoro złożona próbka określonych funkcjonalności i wymagań technicznych nie spełniała to przyzwolenie na uzupełnianie tego „dokumentu”, czy zamianę na inną próbkę, prowadziłyby do niedopuszczalnej zmiany lub uzupełnienia treści oferty po terminie składania ofert. Brak było również podstaw do stosowania art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. W tym przypadku nie zaistniały wątpliwości, których wyjaśnienie wymagałoby informacji od wykonawcy. Próbka Odwołującego posiada funkcjonalności, ale nie takie, jakie wynikają z treści specyfikacji (dotyczy to funkcjonalności omówionych w zakresie podstawy 2, 3 i 4). Ewentualne wyjaśnienia nie doprowadziłyby do „uzdrowienia” próbki.

**36. Sygn. akt: KIO 286/16, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2016 r.**

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w przypadku ich braku. Okoliczność, iż spółka akcyjna X przekazała zamawiającemu sporny dokument wraz z treścią przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może zastąpić obowiązku zamawiającego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokument ten został bowiem złożony poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego. Zamawiający do czasu wydania przedmiotowego orzeczenia nie poddał tego dokumenty badaniu, nie powtórzył czynności badania i oceny ofert, a zatem nie można też mówić o braku wpływu uchybienia na wynik postępowania.

**Art. 29 ust. 1****37. Sygn. akt: KIO 2707/15, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2016 r.**

Rozpoznając przedmiotowe zarzuty, dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający opisując warunki przetargu, w pierwszej kolejności ma za zadanie, a wręcz za obowiązek w taki sposób je ukształtować, aby spełniały jego (zamawiającego) cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Oczywiście istotnym elementem jest również takie opisanie warunków kontraktowych, które nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Również opis przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu czy wreszcie kryteriów oceny ofert, musi pozostawać w zgodności z obowiązującymi przepisami.

**38. Sygn. akt: KIO 2735/15, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2016 r.**

Izba podziela stanowisko odwołującego, wyrażane zresztą wielokrotnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż wszelkie wątpliwości znajdujące się w dokumentacji przetargowej, winny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Niemniej jednak wskazać należy, iż zasada ta nie może dotyczyć każdej informacji, która nie jest w sposób prawidłowy zinterpretowana przez profesjonalnego wykonawcę. Zgodnie z inną zasadą dominującą w orzecznictwie, od profesjonalnego wykonawcy wymaga się szczególnej staranności i fachowości przy sporządzeniu oferty. Wymóg, by zamawiający do każdego, nawet nieskomplikowanego formularza, dołączał instrukcję jego wypełnienia, doprowadziłby do absurdu zawartą w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zasadę opisaną przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Podkreślenia wymaga, iż – zgodnie ze wskazanym przepisem – zamawiający winien, przy opisie przedmiotu zamówienia, używać dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „dostatecznie” oznacza, iż zastosowane określenie winno cechować się dokładnością i zrozumiałością w stopniu wystarczającym dla profesjonalisty, aby zidentyfikować przedmiotu zamówienia.

**39. Sygn. akt: KIO 455/16, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r.**

Jednocześnie nie sposób pominąć faktu, że każdy wykonawca, inaczej subiektywnie będzie dokonywał oceny i kalkulacji ryzyk – w tym należy upatrywać naruszenie zasady uczciwej konkurencji, ponieważ wykonawcy subiektywnie będą uwzględniać ryzyka i jeden wykonawca może uwzględnić wszystkie ryzyka określone w specyfikacji, a inny może ich nie brać pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, wobec precyzyjnych braków wystąpienia okoliczności czasowego wstrzymania wydobywania ze względów ekonomicznych. Nie należy bowiem zapominać, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek opisanie sposobu realizacji zamówienia w sposób jednoznaczny i precyzyjny, nie pozostawiający po stronie wykonawców dowolności, która wpłynie na kalkulację oferty. Zamawiający ma możliwość uregulowania postanowień umowy, które będą zabezpieczać jego potrzeby przy jednoczesnym wypełnieniu wymagań w zakresie opisu przedmiotu zamówienia odnoszących się w tym przypadku do sposobu jego realizacji, który będzie jednoznaczny oraz w wyniku jego oszacowania pozwalający na precyzyjne skalkulowanie ceny oferty.

**Art. 29 ust. 3****40. Sygn. akt: KIO 396/16, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r.**

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia z zastosowaniem art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, musi mieć na względzie, że samo wskazanie przez niego na konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie przedmiotu wraz z dodaniem wyrazów „lub równoważne”

jest niewystarczające. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 254/08 wskazała, że „dla oceny w postępowaniach, w których przewidziano składanie ofert równoważnych, nie wystarczy językowa wykładnia pojęcia *równoważność*, ale zawarte w SIWZ określenia uściślające wymogi zamawiającego, odnoszące się do dopuszczalnego przez niego zakresu równowartości ofert (...). Określenie chociażby minimalnych wymagań w zakresie parametrów oferowanych wyrobów pozwala uznać ów wyrób za równoważny bądź nie, a w konsekwencji dopuścić ofertę do oceny bądź ją odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ”. Należy przy tym podkreślić, iż zamawiający, który nie określi w specyfikacji warunków równoważności, nie będzie mógł odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty, która w jego ocenie owej równoważności nie spełnia. (...)

Podkreślenia wymaga, iż w s.i.w.z. zamawiający nie podał elementów dla niego istotnych pod względem oceny równoważności zaoferowanego rozwiązania. Wskazanie dopiero w trakcie oceny ofert na pewne parametry równoważności, nieokreślone wprost w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego, nie może stanowić o nieodpowiedniości treści oferty z treścią s.i.w.z. i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty odwołującego. Skoro s.i.w.z. nie określa, jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności zaproponowanych produktów, to nie może na etapie oceny ofert powoływać się na nie jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego. Ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania. Odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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

#### **41. Sygn. akt: KIO 2847/15, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2016 r.**

(...) złożone przez Odwołującego gwarancje bankowe nie wymieniały wszystkich przesłanek zatrzymania wadium z art. 46 ust. 4a Pzp – nie zawierały warunku zatrzymania wadium w przypadku, jeżeli wykonawca: – w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp – *przyp. red.*] lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej; – nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie kwestionował tej okoliczności, wywodząc jedynie odmienne od Zamawiającego wnioski i konsekwencje prawne (*vide* protokół z rozprawy: „Potwierdza, że bank gwarant nie wymienił wszystkich przesłanek z art. 46 Pzp, jednak wymieniając tylko część z tych przesłanek nie ograniczył swojej odpowiedzialności z tytułu wadium”). Poza sporem pozostawało również to, że Odwołujący złożył w określonych częściach kopie zobowiązań podmiotów udostępniających zasoby, nie był jednak zwany do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów przez Zamawiającego.

Kluczowe i przesądające dla kierunku rozstrzygnięcia sporu są kwestie dotyczące złożonych gwarancji bankowych. W tym zakresie Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zażutów i argumentacji Odwołującego.

#### **42. Sygn. akt: KIO 280/16, KIO 281/16, KIO 295/16, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2016 r.**

Art. 46 ust. 4a ustawy Pzp stanowi, że „zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, (...) lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzyst-



niejszej". Z powyższego więc wynika, że spełniona jest przesłanka zatrzymania wadium m.in. w przypadku, gdy wykonawca prawidłowo wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń wymaganych w postępowaniu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanego dokumentu nie złożył, przy czym zasada ta dotyczy tylko takiego wykonawcy, którego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą a brak uzupełnienia wskazanego w wezwaniu dokumentu wynikał z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Oznacza to, że w każdym przypadku przed podjęciem decyzji o zatrzymaniu wadium należy badać przyczyny, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia przez wykonawcę wymaganego dokumentu,

Przenosząc powyższe rozważania na ten konkretny stan faktyczny stwierdzić należy, iż odwołujący X złożył ofertę, która – gdyby wykonawca nie podlegał wykluczeniu – byłaby oferta najkorzystniejszą dla części III i IV. Odwołujący X, co sam przyznał na rozprawie i co wynika z treści załączonego do odwołania dokumentu był w posiadaniu dokumentu aktualnego (zgodnego z rozporządzeniem w sprawie dokumentów) na dzień składania ofert (zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Urząd Skarbowy w C. z dnia 10 grudnia 2015 potwierdzające brak zaległości podatkowych na dzień wystawienia tego dokumentu, tj. „10.12.2015”), jednak dokumentu tego nie przedłożył ani wraz z ofertą, ani też w wyniku jej uzupełnienia (zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Dokument taki przedłożył dopiero wraz z odwołaniem. Istotnie odwołujący X złożył, odpowiadając na wezwanie zamawiającego, brakujący dokument jednakże dokument ten nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Tymczasem „(...) przedłożenie na wezwanie dokumentu innego niż żądał zamawiający *de facto* oznacza brak prawidłowego dokumentu”. (wyrok SO w Gliwicach z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 268/09). Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten także się nie potwierdził.

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

#### **43. Sygn. akt: KIO 2662/15, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2016 r.**

(...) wykonawcy zobowiązani byli wraz z ofertą złożyć m.in. wypełniony załącznik nr 3 oraz karty katalogowe oferowanych produktów i dostarczyć ich próbki. Odwołujący, co jest bezsporne, nie wypełnił kolumny 4 załącznika nr 3, w której należało podać „oferowane urządzenie/element, typ/model/symbol producenta, krótki opis, itp.". Załączył katalog oferowanych przez niego produktów, które – jak podnosił na rozprawie – stanowią rozwiązania standardowe, dostosowywane do potrzeb konkretnego postępowania. Jednakże w treści jego oferty takiej informacji jest brak. Przede wszystkim brak jest jednak zidentyfikowania oferowanych produktów. Wykonawca nie wypełnił bowiem załącznika nr 3 (kolumna 4), w treści którego winien zidentyfikować przedmiot jego oferty. Wobec czego nie jest możliwym wezwanie go w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty. „Wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą bowiem prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać”. (wyrok z dnia 25 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1222/12) Tak więc procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Tymczasem w tym stanie faktycznym taka sytuacja miałaby miejsce. Wykonawca, dokonując ewentualnych wyjaśnień, precyzowałby dopiero na tym etapie postępowania, etapie badań i oceny ofert, co oferuje (wobec braku takich informacji w treści oferty – za-

łącznik nr 3 kolumna 4), a co powinien uczynić już w treści oferty. Procedura wyjaśnień służy wyeliminowaniu wątpliwości co do treści złożonej oferty i nie może prowadzić do nadawania jej nowej treści.

#### **44. Sygn. akt: KIO 2813/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r.**

W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, nie można mówić o bezwzględny obowiązkowi wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty; Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający błędnie dokonując oceny oferty Odwołującego, tzn. stwierdzając niezgodność treści tej ofert z SWIZ w oparciu o dokument stanowiący podstawę wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czyli dokument, który nie stanowi o zgodności treści oferty w zakresie przedmiotu zamówienia z wymaganiami SWIZ nie wezwał Odwołującego do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień odnośnie treści oferty, choć to niezgodność treści oferty z SWIZ stanowiła podstawę działania Zamawiającego. Jednakże gdyby Zamawiający skorzystał z procedury z art. 87 ust. 1 ustawy to uzyskałby na etapie badania ofert informację odnośnie wątpliwości co do zgodności treści oferty z SWIZ jak również tego, że to nie dokument składany na okoliczność wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu stanowi podstawę oceny co do zgodności treści oferty z SWIZ. Tym samym Izba uznała, że w realiach rozpoznawanej sprawy zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

#### **45. Sygn. akt: KIO 111/16, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2016 r.**

Odwołujący wskazywał, że z wycień przedstawiionych w wyjaśnieniach wynikały wszystkie wymagane w SIWZ elementy, tj. „ceny jednostkowe każdej pozycji kosztorysu ofertowego na podstawie składników cenotwórczych obejmujących robociznę, ceny materiałów i sprzętu oraz narzuty kosztów pośrednich, koszt zakupu materiałów i zysk” (pkt XI ppkt 3.2) SIWZ). Należy zauważyć jednak, że są to informacje dodatkowe, nowe, których nie zawierała złożona przez Odwołującego oferta. Wyjaśnienia te prowadzą zatem do zmiany treści oferty poprzez uzupełnienie jednoznacznie brakujących treści w ofercie – wymaganych w SIWZ, co przyznał sam Odwołujący, twierdząc, że „ceny jednostkowe, wbrew twierdzeniom zamawiającego, zostały wskazane w wyjaśnieniach, co wynika wprost z tabeli obrazującej wycięzenia. Wobec tego nie zachodzą braki oferty, jakie zarzuca zamawiający”.

Tak istotna zmiana treści oferty, następująca poprzez jej uzupełnienie w wyniku podania nowych informacji koniecznych do rozliczenia kosztorysowego robót, nie jest dozwolona

w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, tj. w ramach wyjaśnień, gdyż *de facto* prowadzi do niedozwolonych negocjacji co do treści złożonej oferty. Tak istotna zmiana treści oferty nie pozwala na zastosowanie trybu, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez dokonanie poprawienia treści oferty w zakresie brakującej części kosztorysu. Nie można bowiem uznać, że ta niezgodność może ulec poprawieniu przez Zamawiającego na podstawie wyjaśnień Odwołującego z dnia 4 grudnia 2016 r. jako nieistotna omyłka, w rozumieniu tego przepisu. Jak już wskazano powyżej, prowadziłoby to do istotnej zmiany treści złożonej oferty – Zamawiający musiałby uzupełnić kosztorys ofertowy Odwołującego o informacje zawarte w tabelach przedstawionych w wyjaśnieniach, wraz z cenami jednostkowymi pominiętych w kosztorysie robót. Ponadto, jak słusznie wskazywał Zamawiający, nawet przyjęcie wyjaśnień skutkowałoby trudnościami w rozliczeniu wykonanych robót w związku z możliwością zmiany ilości obmiaru robót w trakcie realizacji, do których ujęto brakujące pozycje, których obmiar był całkowicie niezwiązany z realizacją tych robót. Podany przez Odwołującego sposób kalkulacji brakujących pozycji przedmiaru inwestorskiego w innych pozycjach kosztorysu ofertowego sprowadzał się faktycznie do usilnego dostosowania złożonego już kosztorysu ofertowego Odwołującego do przedmiaru inwestorskiego.

#### **46. Sygn. akt: KIO 373/16, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r.**

Przed wszystkim zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Na podstawie przywołanego przepisu zamawiający uprawniony jest zatem do żądania wyjaśnień jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty, których nie jest w stanie samodzielnie rozwiązać, co do zasady nie może to jednak prowadzić do zmiany treści oferty. Dla wyznaczenia granic wyjaśniania treści oferty pomocne jest odwołanie się do kryterium, czy w ofercie znajdował się konkretny punkt zaczepienia, pozwalający na stwierdzenie, że mamy do czynienia z wyjaśnianiem treści informacji już w niej zawartych, a nie uzupełnianiem tej treści. Takie stanowisko wyraziła Izba m.in. w wyrokach: z 5 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 616/11) i z 18 kwietnia 2011 r. (sygn. akt KIO 731/11).

### **Art. 87 ust. 2 pkt 2**

#### **47. Sygn. akt: KIO 2834/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła argumentację przedstawioną przez Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu nie zaistniały przesłanki do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że oczywista omyłka rachunkowa to błąd w zakresie działań arytmetycznych, omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku wycień na podstawie przyjętego przez Zamawiającego wzoru. W niniejszej sprawie sytuacja przedstawiała się odmiennie. Zamawiający nie zawarł we wzorze formularza ofertowego żadnych danych wyjściowych, nie dokonał rozbicia, w tym nie wykazał ilości roboczogodzin, co potwierdził odpowiedzią na pytanie nr 11 z 20 listopada 2015 r.

W ocenie Izby – jak wskazał Odwołujący – można tym samym było dokonać własnych wycień roboczogodzin na podstawie danych z opisu przedmiotu zamówienia, co wykonawcy uczynili. Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców (pytanie nr 11) podkreślił, że nie wskaże dokładnej ilości roboczogodzin. Błąd w postaci omyłki rachunkowej musi polegać na błędnym wycieciu – na podstawie danych wyjściowych, bezspornych – przyjętych przez Zamawiającego, tak aby można było bezsprzecznie stwierdzić niezmiennosc danych i dokonać właściwego poprawienia takiej omyłki. W niniejszym stanie faktycznym wobec



nieokreślenia liczby roboczogodzin przez Zamawiającego, to wykonawcy musieli dokonać samodzielnie takich wyliczeń, zatem wobec powyższego można było wnioskować, że w tym zakresie Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę.

Nie została również spełniona przesłanka oczywistości omyłki rachunkowej. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że omyłka, której Zamawiający dokonał poprawienia jest „oczywistą omyłką rachunkową”, gdyż oczywistość odnosi się do bardzo prostych działań arytmetycznych, niebudzących wątpliwości. W tym postępowaniu wątpliwości przy wyliczeniach roboczogodzin istniały, gdyż nie było jasne dla wykonawców czy Zamawiający dopuszcza uśrednienie ilości roboczogodzin. Ponadto nie tylko Odwołujący popełnił omyłkę w wyliczeniu roboczogodzin, jak twierdził Zamawiający – omyłkę taką popełnił również inny wykonawca biorący udział w tym postępowaniu. Zatem nie można zgodzić się z twierdzeniem, że została spełniona przesłanka „oczywistości” wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

### Art. 87 ust. 2 pkt 3

#### 48. Sygn. akt: KIO 2784/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.

Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem kwestia, czy poprawienie wskazanych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Tylko bowiem w sytuacji, gdy poprawienie omyłek nie wywoła skutku w postaci istotnej zmiany w treści oferty, ustawodawca dopuszcza ingerencję w treść oferty, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w celu wyeliminowania niezgodności z SIWZ. Skoro oferta stanowi jednostronne oświadczenie woli, zawierające propozycję zawarcia umowy, to dopuszczalna jest na gruncie powołanego przepisu, zmiana treści przedmiotowego oświadczenia wykonawcy, a w konsekwencji istotnych postanowień proponowanej umowy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oferta określa przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*).

Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty.

Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. Oznacza to, że za uprawnione należy uznać poprawienie błędów występujących w tym zakresie. Jednocześnie w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że dokonując oceny istotności zmian w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, mając na uwadze ilość, jakość i wartość przedmiotowych zmian.

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie poprawienia niezgodności oferty z SIWZ jest, by taka zmiana nie miała charakteru istotnej. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

Jednocześnie poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na postawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Podkreśla się również, iż Izba podziela ten pogląd, że akceptacja przez wykonawcę postanowień SIWZ nie określa zakresu świadczenia, ten bowiem zostaje określony w ofercie.

#### **49. Sygn. akt: KIO 2808/15, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2016 r.**

Należy stwierdzić, że wykonawca ubiegający się o zamówienie zobowiązany jest do złożenia oferty zgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odzwierciedleniem znajomości wymagań zamawiającego określonych w specyfikacji jest treść oferty. Wykonawca składając oświadczenie niezgodne z wymaganiami zamawiającego, lub nie zachowując należytej staranności w precyzyjnym określeniu oferowanego przedmiotu zamówienia, musi liczyć się z konsekwencjami w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ustawodawca dopuścił jednak możliwość poprawienia przez zamawiającego określonych nieistotnych omyłek popełnionych w treści oferty. I tak zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki (poza oczywistymi omyłkami pisarskimi oraz rachunkowymi, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Istotność zmian treści oferty zaistniała w wyniku poprawienia omyłek powinna być oceniana każdorazowo dla danej oferty i danego postępowania, bowiem ustawodawca posługując się nieostрым określeniem wskazał na konieczność indywidualnej oceny konkretnego stanu faktycznego. Izba stwierdziła, że dopuszczona przez ustawodawcę ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy nie może polegać na zastępowaniu wykonawcy przy ustaleniu co chce zaoferować w danym postępowaniu. Aby działanie zamawiającego prowadziło do przywrócenia zamierzonej treści oświadczeniu wykonawcy, treść oferty powinna dać zamawiającemu podstawy do dokonania poprawy, zamawiający powinien być w stanie samodzielnie wywieść z treści oferty prawidłowe oświadczenie wykonawcy. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę w toku oceny ofert powinny jedynie w ograniczonym zakresie wpływać na decyzję zamawiającego, w żadnym razie nie mogą zaś kreować nowego oświadczenia woli.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie treść oferty odwołującego nie zawierała żadnych informacji pozwalających zamawiającemu na dokonanie poprawienia oferty odwołującego na treść przez niego wskazaną w wyjaśnieniach. Odwołujący zobowiązany był do wskazania producenta poszczególnych produktów, w tym sondy nosowo-żołądkowej, i jako takiego producenta wskazał X Sp. z o.o. Brak jest sporu co do tego, iż wskazana przez odwołującego X Sp. z o.o. jest producentem sondy nosowo-żołądkowej, zamawiający nie miał zatem

podstaw do domniemania, że wskazanie ww. producenta stanowi omyłkę. Jednocześnie, odwołujący nie wskazał nazwy oferowanego produktu czy jego symbolu, co również uniemożliwiało powzięcie informacji o omyłce odwołującego przy wskazaniu producenta wyrobu. Informację o popełnionej omyłce zamawiający uzyskał dopiero w wyniku wezwania wykonawcy do wyjaśnień. W ocenie Izby, o omyłce w przedmiotowym stanie faktycznym można by ewentualnie mówić w sytuacji, gdyby X Sp. z o.o. nie była producentem tego typu produktów, lub w sytuacji wskazania przez odwołującego nazwy czy symbolu produktu, które wskazywałyby na innego producenta, co pozwoliłoby zamawiającemu na powzięcie wątpliwości co do prawidłowości złożonego przez odwołującego oświadczenia. Izba stwierdziła, że dokonywanie poprawienia oferty poprzez zmianę producenta w tym konkretnym przypadku prowadzi do zmiany oferowanego produktu, a więc niedozwolonej w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany oferty. Prowadziłoby też do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). W przedmiotowej sprawie oświadczenie odwołującego, który wskazał jako producenta firmę, która w istocie produkuje urządzenie w postaci sondy nosowo-żołądkowej (czemu odwołujący nie zaprzeczył), ale nie spełniające wymagań zamawiającego, skutkuje uznaniem oferty za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że dokumenty opracowywane przez każdą ze stron będą czytelne i konsekwentne, zaś składana przez wykonawcę oferta oraz składające się na nią dokumenty będą odpowiadały wymaganiom stawianym w specyfikacji. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje wysoki stopień sformalizowania, i choć ów formalizm nie powinien stanowić celu sam w sobie, to jednak zarówno wykonawcy, jak i zamawiający powinni dokładać należytej staranności przygotowując dokumentację postępowania i ponosić wszelkie konsekwencje związane z własnymi zaniedbaniami.

### **50. Sygn. akt: KIO 155/16, Wyrok KIO z dnia 18 lutego 2016 r.**

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że podanie w wyniku wyjaśnień z dnia 19 stycznia 2016 r. innych niż pierwotnie wskazane w ofercie instalacji, należy potraktować jako inną omyłkę polegającą na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Doktryna i orzecznictwo zgodnie uznają, że można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty – to jest nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty. Zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym, nie mamy do czynienia z niezamierzonym, omyłkowym działaniem Odwołującego a raczej ze świadomym wskazaniem błędnych dla gminy Y nazw RIPOK. Doprowadzenie treści oferty do zgodności z siwz wymaga podania nazw i adresów zupełnie innych instalacji, a zmiany te ingerują w sposób istotny w treść złożonej oferty. Należy mieć także na uwadze okoliczność, że do obliczenia ceny oferty złożonej w postępowaniu Odwołujący przyjął podane pierwotnie w ofercie instalacje RIPOK a nie instalacje podane w wyjaśnieniach. A zatem zmiana treści oferty w zakresie podania innych miejsc do których mają być przekazywane odpady może mieć wpływ na cenę oferty. Podnieść także należy, że Odwołujący jako podmiot profesjonalny winien dochować należytej staranności w poprawnym wskazaniu nazw i adresów RIPOK, tym bardziej, że właściwy RIPOK – X sp. z o.o. – zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego jest instalacją z którą Odwołujący współpracuje.

W konsekwencji, dokonanie zmiany treści oferty w zakresie w jakim domaga się tego Odwołujący wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Powstałe rozbieżności świadczą o niezgodności treści oferty z treścią siwz i wobec braku spełnienia prze-

słanek do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oferta Odwołującego została w sposób prawidłowy odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

#### **51. Sygn. akt: KIO 269/16, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2016 r.**

Z istoty „omyłki” zakresem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogą zostać objęte tylko takie nieprawidłowości z ofertach wykonawców, które nie wynikają ze świadomego i celowego działania. Oczywistym jest, że ustalenie charakteru działania wykonawcy nie jest zadaniem łatwym, jednakże niejednokrotnie analiza okoliczności faktycznych związanych ze złożeniem oferty jak i procesem wyjaśnienia ofert może stanowić wystarczającą podstawę do ustalenia czy złożenie oferty niezgodnej z SIWZ wynika z nieświadomego działania wykonawcy mającego swoje źródło w braku należytej staranności, pośpiechu czy też niewłaściwego rozumienia zapisów SIWZ. Niewłaściwym, w ocenie Izby, jest przyjęcie *a priori* założenia, że każda niezgodność oferty z SIWZ ma charakter omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby możliwość ustalenia zaistnienia omyłki musi opierać się w oparciu o ocenę całokształtu zachowania wykonawcy w toku składania i oceny ofert. Częstokroć bowiem rzekoma omyłka wykonawcy jest wyłącznie kreowana w treści odwołania, zaś samo zachowanie wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert nie wskazuje na działanie omyłkowe.

#### **52. Sygn. akt: KIO 391/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r.**

Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym (istotne zmiany) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty. (...)

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). (...)

O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie oferty. O istotności takiej zmiany może zatem decydować zmiana wielkości ceny, gdy będzie ona na tyle znacząca, że nie sposób jej będzie uznać za nieistotną, albo zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie.

#### **53. Sygn. akt: KIO 430/16, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r.**

Za omyłkę należy uznawać podanie informacji innej niż zamierzona, informacji nieoddającej rzeczywistej woli jej autora w chwili składania danego oświadczenia. Za omyłkę nie powinno być uznawane działanie polegające na podaniu wadliwej informacji tylko z tego względu, że informacja ta pozostaje w niezgodności z treścią specyfikacji. Wadliwość danej informacji może wynikać nie tylko z faktu omyłkowego wpisania oświadczenia odbiegającego od rzeczy-

wistego zamiaru jej autora, ale może również wynikać z faktu podania danej informacji w sposób zamierzony, gdy sama wadliwość tej informacji jest wyłącznie konsekwencją niewłaściwego odczytania treści specyfikacji (a nie konsekwencją działania omyłkowego). Innymi słowy, dane oświadczenie może być wadliwe z tego względu, że zostało złożone w wyniku błędnego zrozumienia treści specyfikacji, co nie oznacza automatycznie, że po stronie wykonawcy zaistniała faktycznie omyłka. W chwili składania danego oświadczenia wykonawca składa je bowiem świadomie, a źródłem wadliwości informacji nie jest jej omyłkowe wpisanie (odbiegające od rzeczywistej woli wykonawcy), lecz jest nim błędne zrozumienie treści specyfikacji.

### **Art. 89 ust. 1 pkt 2**

#### **54. Sygn. akt: KIO 2740/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.**

Pierwszą podstawę odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego stanowił art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazany przepis stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przywołany przepis wskazuje na obowiązek, po stronie zamawiającego, odrzucenia oferty w przypadku stwierdzenia jej niezgodności merytorycznej z treścią SIWZ, która to niezgodność nie nadaje się do poprawienia. W oparciu o ten przepis Zamawiający nie może odrzucić oferty, jeżeli oferta wykonawcy zawiera określone sprzeczności z SIWZ, ale o charakterze formalnym. Przepis ten odnosi się bowiem do treści oferty, a więc do oświadczenia woli wykonawcy, które jest sprzeczne z treścią SIWZ.

Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego w oparciu o wskazaną podstawę prawną, powołał się na postanowienia pkt 9.4 SIWZ. Izba, odnosząc się do powyższego stwierdziła, że postanowienia zawarte w pkt 9.4 SIWZ mają charakter wymogów formalnych, dotyczących sposobu przygotowania oferty w niniejszym postępowaniu. Zamawiający określił w tym punkcie wymogi dotyczące podpisania oferty i złożenia dokumentu pełnomocnictwa dla osób podpisujących ofertę, a nie wymogi dotyczące zakresu, sposobu czy terminu realizacji zamówienia. Ewentualna sprzeczność z tym postanowieniem nie może świadczyć o niezgodności merytorycznej oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

#### **55. Sygn. akt: KIO 2764/15, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2016 r.**

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, który stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z kolei, przepis art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3.

W orzecznictwie Izby przyjęto, że zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, ma zastosowania wówczas, gdy niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, niemożliwy do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna dotyczyć sfery zobowiązania zamawiającego, opisanego w SIWZ oraz oferowanego zobowiązania wykonawcy, określonego w ofercie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu przepisu polega na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ. Zastosowanie przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią SIWZ.



**56. Sygn. akt: KIO 2813/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r.**

Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie odnosił się w żaden sposób do niezgodności merytorycznej złożonej oferty z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymaganiom. Zamawiający podstawę odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ wywiódł z dokumentu Nadleśnictwa X, który to dokument uzupełniony został w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, czyli uzupełniony w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał postanowień oferty w zakresie oferowanego przez Odwołującego systemu, które byłyby niegodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, a Zamawiający „pomieszał” instytucje ustawowe i dokonał odrzucenia oferty przyjmując za podstawę informację pochodzącą z pisma, którego celem złożenia była weryfikacja podmiotu składającego ofertę co do jego doświadczenia i posiadanej wiedzy – warunku udziału w postępowaniu. (...)

Reasumując, działanie Zamawiającego było nieprawidłowe. Zamawiający nie wykazał podstaw odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, nie odniósł się w żaden sposób do treści oferty, w której Odwołujący oferował przedmiot zamówienia, nie wskazał Zamawiający żadnej niezgodności pomiędzy tym co oferowane było przez Odwołującego w treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu a tym czego wymagał Zamawiający w SIWZ. Zamawiający w sposób nieprawidłowy wywiódł z pisma, które służyło potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, którego to spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego Zamawiający nie kwestionował, że oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań Zamawiającego, dlatego też Izba uznała zarzut za zasadny.

**57. Sygn. akt: KIO 2785/15, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r.**

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze

specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona).

W orzecznictwie utrwalono pogląd, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, poza charakterem zasadniczym i nieusuwalnym (ze względu na zastrzeżenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), dotyczy niezgodności w zakresie oczekiwania zamawianego wyrażonego SIWZ oraz zobowiązania wykonawcy oferowanego w ofercie. Zatem, niezgodność polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób sprzeczny z wymaganiami SIWZ – dotyczącymi sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymaganiami, co do treści oferty, a nie co do jej formy. Odrzucenie oferty następuje więc w sytuacji merytorycznej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, gdy wykonawca oferuje przedmiot zamówienia, którego zakres, cechy, właściwości itp. nie odpowiadają wymaganiom opisanym w SIWZ. Odwołujący nie sprecyzował i nie wykazał niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, która uzasadniałaby zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W uzasadnieniu zarzutu zamieścił przypuszczenie, podobnie jak w zarzucie nr 4, o możliwości wystąpienia okoliczności wymagających oceny innych organów. Powinności odwołującego w tym zakresie, pozostają poza postępowaniem odwoławczym.

#### **58. Sygn. akt: KIO 250/16, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r.**

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, w tym wyznaczonego sposobu realizacji zamawianej usługi. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego wykonywania w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

#### **59. Sygn. akt: KIO 373/16, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r.**

Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

W szczególności nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymagającym przez zamawiającego może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, już choćby z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

#### **60. Sygn. akt: KIO 384/16, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2016 r.**

Podstawowy dla przebiegu postępowania, jak i oceny oferty dokument, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera cały szereg wskazówek, co do sposobu przedstawi-

nia oferty, od czysto formalnych, poprzez informacyjne, czy też o charakterze ubocznym, aż do postanowień istotnych dla oceny oferty, których niespełnienie obliguje zamawiającego do jej odrzucenia. Postanowienia te można zaliczyć jako określające składniki treści czynności prawnej *essentialia negotii* (przedmiotowo istotne składniki treści czynności prawnej, *naturalia negotii* (przedmiotowo nieistotne składniki) oraz *accidentalia negotii* (nie wpływające na istotę czynności) w rozumieniu pojęć Kodeksu cywilnego.

Na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które mają pierwszeństwo zastosowania w odniesieniu do czynności stron z mocy art. 14 Pzp, przed przepisami K.c., powyższy podział doznaje modyfikacji o tyle, że zamawiający w oparciu o własne zamierzenia, cele które chce osiągnąć wybierając najkorzystniejszą ofertę w wyniku rozstrzygnięcia przetargu, z góry w warunkach zamówienia ustala, jakie wymogi mają dla niego wymiar istotny, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty. Zamawiający może w SIWZ podnieść do rangi istotnych postanowień, takie które w pojęciu cywilistycznym mieszczą się w określeniu *accidentalia negotii*, jak np. dotyczące terminu, czy oznaczonych klauzul umownych. Rzeczą oczywistą i niebudzącą sporów, jest, że do istotnych warunków SIWZ, a zatem i oferty należą postanowienia dotyczące ceny (cen) ofertowych, które będą przyjmowane do rozliczeń stron, czy spełnienie parametrów granicznie wymaganych, oznaczenie zakresu przedmiotu zamówienia, należyte dookreślenie oferowanego przedmiotu zamówienia.

#### **61. Sygn. akt: KIO 396/16, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r.**

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niedołączenia do niej kalkulacji własnej, Izba stwierdziła, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wymagała od wykonawców dołączenia do oferty takowej kalkulacji. Nie ulega wątpliwości, że wykonawcy obowiązani byli sporządzić taką kalkulację na potrzeby dokonania wyceny przedmiotu zamówienia, niemniej jednak brak jest podstaw do przyjęcia, iż kalkulacja taka winna stanowić załącznik do oferty. Wniosek taki nie wynika ani z treści pkt. 13.1 s.i.w.z, ani też z kolejnych jej postanowień, w tym w szczególności z pkt. 7.4. lit. c s.i.w.z, zgodnie z którym wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą wypełniony „KOSZTORYS OFERTOWY – WYMIANA AGREGATÓW WODY LODOWEJ” – Załącznik nr 4 do s.i.w.z.

Zauważyć przy tym należy, iż odwołujący zwrócił uwagę zamawiającego na fakt, iż kosztorys nie obejmuje wszystkich niezbędnych pozycji objętych przedmiotem zamówienia, zadając przy tym pytanie, czy oferta wykonawcy powinna się ograniczać do zakresu przedstawionego w kosztorysie, czy też powinna zawierać zakres prac niezbędny do wykonania projektu. Zamawiający w odpowiedzi stwierdził, iż oferta wykonawcy musi zawierać pełen zakres niezbędny do wykonania zadania określonego w s.i.w.z. W ocenie Izby, udzielona przez zamawiającego odpowiedź świadczy wyłącznie o tym, iż wykonawca, kalkulując cenę oferty, winien wziąć pod uwagę wszystkie prace i czynności niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Z odpowiedzi tej nie wynika natomiast obowiązek przedłożenia kalkulacji w postaci osobnego dokumentu czy nawet dodatkowych pozycji formularza ofertowego. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż nie narzucił wykonawcom szczególnej formy przedstawienia kalkulacji. Wykonawcy mogli sporządzić tę kalkulację w sposób dowolny. W ocenie Izby przesądza to o tym, iż taka kalkulacja mogła zostać sporządzona również w sposób przyjęty przez odwołującego, tzn. poprzez rozłożenie kosztów prac na pozycje wymienione w kosztorysie, bez ich osobnego wyszczególniania. Taki sposób kalkulacji nie jest niezgodny z zasadami sporządzania kosztorysów i – jak wynika z okoliczności niniejszej sprawy – nie był również niezgodny z s.i.w.z.

Tym samym stwierdzić należy, iż odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na brak kalkulacji własnej, mimo że nie była ona żądana przez zamawiającego, jest sprzeczne z zasadami oceny oferty, przyjętymi przez zamawiającego w s.i.w.z.



**62. Sygn. akt: KIO 556/16, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2016 r.**

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie treści oferty przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

**Art. 89 ust. 1 pkt 3****63. Sygn. akt: KIO 2786/15, Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2016 r.**

(...) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej czynu nieuczciwej konkurencji i odsyła w tym zakresie do przepisów ustawy UZNK. Art. 3 tej ustawy określa katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Przepis ten posługuje się klauzulą generalną, która wyznacza kategorię czynów nieuczciwej konkurencji poprzez odwołanie się nie tylko do sprzeczności czynu z prawem, ale także z dobrymi obyczajami, oraz stawia wymóg, aby czyn zagrażał lub naruszał interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawodawca dostrzegając niemożność wyczerpującego wskazania działań, które będą sprzeczne z uczciwą konkurencją, jedynie przykładowo wskazał w art. 3 ust. 2 UZNK czyny stanowiące delikty nieuczciwej konkurencji, nie wykluczając tym samym tzw. niestypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 2009-06-09, II CSK 44/09, Sąd Najwyższy wskazał, iż artykuł 3 ust. 1 UZNK może stanowić także samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.

**64. Sygn. akt: KIO 2785/15, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r.**

Przepisy uznk stanowią: art. 3 ust. 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta; art. 15 ust. 1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

„Dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów (usług) poniżej kosztów ich wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Przesłanki sprzedaży poniżej kosztów własnych sprawcy czynu oraz celu eliminacji innych przedsiębiorców muszą występować kumulatywnie. Dodatkowo warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji do-

minującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Tak też orzekł Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt I ACa 231/07." – wyrok Izby z dnia 10 maja 2010 r., sygn. akt 704/10.

Odwołujący nie wykazał przesłanek niezbędnych do zastosowania art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Wykazanie sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia w celu eliminacji innego wykonawcy z rynku – wymaga analizy kosztów wytworzenia (przywołany wyżej wyrok KIO 704/10 oraz wyrok KIO 1941/09), której odwołujący nie przedstawił w postępowaniu odwoławczym. Izba podzieliła stanowisko, że „W dyspozycji przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. mieszczą się dwie wytyczne konieczne do łącznego wykazania, aby można było mówić, iż dane zachowanie konkretnego przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, w tym zakresie konieczne jest wykazanie, że mamy do czynienia ze sprzedażą, w omawianym przypadku – usług – poniżej kosztów ich świadczenia. Po drugie zaś, niezbędne jest jednoznaczne ustalenie, że owa sprzedaż usług ma na celu eliminację innego przedsiębiorcy czy też innych przedsiębiorców, co należy postrzegać jako eliminację z dostępu do danego rynku usług.” – wyrok Izby z dnia 2 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1951/09. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2010 r., sygn. akt Apel.-W-wa 2008/4/32 orzekł, że sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu (np. próba wejścia na rynek). Obowiązek udowodnienia, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji obciąża stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego, który z tego faktu wywodzi skutki prawne – art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 6 k.c.

#### **65. Sygn. akt: KIO 195/16, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2016 r.**

Izba podkreśla, iż wykazanie zмовы przetargowej w większości przypadków opiera się na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią karnoprawną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiedniej wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców umawiających się, co do swojego udziału w przetargu i kształtu swoich ofert. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zмовы przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego. Tak wynika m.in. z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zмовы przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa. (...)

W zakresie subsumpcji czynu, którego dopuścili się przystępujący (określanego potocznie mianem „zмовы przetargowej”) do zastanych norm prawnych UZNK, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 tej ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzule generalne zawarte w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji nawet ewentualne uznanie, że – w okolicznościach sporu – nie wystąpiły przesłanki kwalifikujące dane działanie jako czyn z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prowadzi jedynie do zbadania, czy wystąpiła sytuacja opisana w art. 3 ust. 1 ww. ustawy, statuującym uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (*vide*: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12) Tym samym dla zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, należy ustalić, czy nastąpiło wystąpienie tzw. deliktu nazwanego (art. 5–17 UZNK) albo

stwierdzić wystąpienie uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 UZNK). Brak jest więc podstaw do twierdzenia, że dla prawidłowości odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego muszą zaistnieć obie podstawy prawne, skoro zaistnienie jednej z nich niesie skutek stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji. Niedopuszczalna na gruncie Prawa zamówień publicznych byłaby bowiem sytuacja, w której stwierdzenie ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji byłoby niewystarczające dla odrzucenia oferty. Stanowisko takie wynika m.in. z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2013 roku sygn. akt KIO 517/13, z którym to orzeczeniem skład Izby rozpoznający przedmiotowe odwołanie w pełni się zgadza.

#### **66. Sygn. akt: KIO 280/16, KIO 281/16, KIO 295/16, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2016 r.**

Rzeczywiście trzech wykonawców, tj.: X, PHU Jacek Z. i Y w stosunku, do których podnoszony jest zarzut zмовы przetargowej, złożyło swoje oferty w tym postępowaniu, przy czym na odrębne jego części. Przedmiotowe zamówienie podzielone jest na 6 części, a zamawiający dopuścił składanie ofert maksymalnie na dwie części. Każdy z tych wykonawców, co jest niewątpliwe, to odrębny podmiot gospodarczy. W stosunku do tych wykonawców, decyzją Prezesa UOKiK, stwierdzono na gruncie badanych przez Prezesa UOKiK postępowań istnienie powiązań osobowych, adresowych i gospodarczych, a w konsekwencji zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. Niemniej jednak sam fakt istnienia określonych powiązań nie świadczy jeszcze o istnieniu pomiędzy danymi wykonawcami „zмовы przetargowej”, której celem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku. Okoliczność tę należy wykazać. To na odwołującym – zgodnie z art. 6 k.c. – spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne. Tymczasem żaden z odwołujących nie przedstawił żadnych dowodów na istnienie porozumienia pomiędzy wykonawcami, polegającego na podziale rynku celem wyeliminowania konkurencji, ograniczając się wyłącznie do cytowania Decyzji Prezesa UOKiK Oddział w B. zapadłej w innych sprawach.

#### **67. Sygn. akt: KIO 369/16, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2016 r.**

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę, że przedmiotem niniejszego zamówienia są regały przesuwne zasilane elektrycznie, gdzie sterowanie regałami miało zostać zapewnione za pomocą panelu dotykowego, działania wybranego Wykonawcy (Przystępującego) oraz wykonawcy X polegające na zaoferowaniu stułetniego i dwudziestoletniego okresu gwarancji na całość konstrukcji, nosiły znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę ustalone przez Zamawiającego w postępowaniu kryteria oceny ofert, gdzie za wskazanie jak najdłuższego okresu gwarancji można było uzyskać aż 40 na 100 możliwych punktów, zachowania wykonawców nie można oceniać z innej perspektywy, jak tylko zamiarem sztucznego zawyżenia własnej punktacji. Sztuczne wydłużenie „okres gwarancji” należy poczytywać za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres. Należy bowiem zauważyć, że zasady wiedzy i doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, iż cykl życia urządzeń elektronicznych, w które mają być wyposażone regały jest znacząco krótszy niż sto lub nawet dwadzieścia lat (co potwierdzają również okresy gwarancji zaoferowane przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu).

#### **68. Sygn. akt: KIO 423/16, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r.**

W przypadku zмовы przetargowej, która stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji, nie wymaga się, aby porozumienie było wykonane albo odniosło jakiś skutek. Wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przez przedsiębiorców na wynik lub przebieg po-

stępowania. Z tego względu na mocy art. 7 ust. 3 uokik zmowa przetargowa nie podlega ustawowemu wyłączeniu zakazu w trybie art. 7 ust. 1 uokik (...).

Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem nie ma żadnego znaczenia forma porozumienia, które może być pisemne, ustne, a nawet dorozumiane. Wystarczające jest, aby zaistniały skoordynowane formy działań, które zmierzają do naruszenia konkurencji {wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 27 kwietnia 2011 r. (sygn. akt XVII AmA 44/09)}. Także w orzecznictwie unijnym wskazuje się na ten aspekt {wyrok sądu w sprawie T-7/89 SA Hercules Chemicals NV p-ko Komisji, wyrok sądu w sprawie T-305/94 NV Limburgse Wijnl Maatschappij p-ko Komisji}.

Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia umowy przetargowej.

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

#### **69. Sygn. akt: KIO 183/16, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2016 r.**

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego X. należało oddalić jako przedwczesny. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień”. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C-295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego X. do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne.

### **Art. 89 ust. 1 pkt 5**

#### **70. Sygn. akt: KIO 3/16, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r.**

Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty winien w sposób jednoznaczny określić czy wykonawca nie spełnia tylko warunków podmiotowych czy przedmiotowych, czy też obu łącznie, co przekłada się na konkretne uprawnienie Zamawiającego wobec wykonawcy i jego oferty.

W tym zakresie podkreślić należy, że od warunków podmiotowych określonych w art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy Pzp [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22 ust. 1b i art. 24 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.], należy odróżnić warunki przedmiotowe, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu/wykonawcy/ – ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Te drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków wskazanych w SIWZ na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne – ich niespełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie można zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych (ofertę uznaje się za odrzuconą) i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych (następuje odrzucenie oferty). Ustawa Pzp wyraźnie oddziela warunki udziału w postępowaniu od dokumentów jakie wykonawcy są zobowiązani przedłożyć na ich potwierdzenie.

Izba odnosząc się do tej kwestii stwierdza, że uszło uwadze zarówno Zamawiającemu jak i Odwołującemu, że czy innym jest uznanie oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 2 pkt 4 [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.] „ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”) a czym innym odrzucenie oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 1–8. Wprawdzie Zamawiający wskazał jako podstawę odrzucenia przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ale podstawa ta jest w tym przypadku nieadekwatna do trybu tego postępowania. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 należy interpretować łącznie z art. 24 ust. 4 Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ustawodawca rozróżnia odrzucenie oferty i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Przepis z art. 89 ust. 1 pkt 5 dotyczy możliwości odrzucenia oferty w postępowaniu wieloetapowym, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrębnie ocenę złożonych ofert. W takim postępowaniu wykonawca, który nie spełni warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu i nie zostaje zaproszony do składania ofert, a gdyby mimo to ofertę złożył to taka oferta podlega na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp odrzuceniu. Dlatego też uregulowanie z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp należy zastosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty w postępowaniu wieloetapowym.

Przepisu tego nie stosuje się wobec tego do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, gdyż jest to postępowanie jednoetapowe i tutaj wykluczenie wykonawcy powoduje z mocy prawa uznanie złożonej oferty za odrzuconą. Tym samym w postępowaniu jednoetapowym w przypadku niespełniania warunków podmiotowych, Zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania i nie orzeka (jeśli nie zaistnieją samodzielne podstawy do odrzucenia) o odrzuceniu oferty. Również w tej sytuacji kwestionowaniu przez wykonawców w odwołaniu, może podlegać tylko wykluczenie z postępowania, gdyż w przypadku uchylecia czynności o wykluczeniu wykonawcy, złożona oferta, z mocy prawa przestaje być ofertą odrzuconą.

Podkreślić należy, że dla możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest wskazanie podstawy prawnej wskazanej wprost w ustawie. Lista podstaw do możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazanych w ustawie Pzp stanowi zamknięty katalog i sam Zamawiający nie może wprowadzać do SIWZ, czy też wywodzić dodatkowych pozaustawowych podstaw do wykluczenia wykonawcy, jak to miało miejsce w tym postępowaniu, gdzie Zamawiający za podstawę do wykluczenia uznał rozbieżność pomiędzy treścią złożonego odpisu z KRS, a stanem rzeczywistym wynikającym z Uchwał Zgromadzenia Wspólników Spółki.

## 71. Sygn. akt: KIO 408/16, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2016 r.

W tym zakresie podkreślić należy, że ustawodawca rozróżnia ofertę odrzuconą i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą. Instytucja wykluczenia wykonawcy ściśle wiąże się z uchybieniami związanymi z właściwościami podmiotu, który złożył ofertę, zaś instytucja odrzucenia oferty – ze stroną przedmiotową oferty



(przedmiotem świadczenia). W oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 możliwość odrzucenia oferty odnosi się do tzw. postępowań wieloetapowych. W postępowaniach wieloetapowych, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrębnie ocenę ofert, to wykluczenie wykonawcy/niezaproszenie do złożenia oferty/ z postępowania na etapie oceny wniosków, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty takiego wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Tym samym rozwiązanie zgodne z art. 89 ust 1 pkt 5 należy zastosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty. Przepisu tego nie stosuje się do postępowania jednoetapowego, jak to ma miejsce w tym postępowaniu – prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Odrzucenie oferty w postępowaniach jednoetapowych jest skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, a *contrario* uchylenie czynności Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z mocy prawa powoduje, że oferta tego wykonawcy przestaje być również z mocy prawa ofertą odrzuconą.

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

#### **72. Sygn. akt: KIO 305/16, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r.**

O prawidłowości oferty Przystępującego nie może świadczyć przedstawiona w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach (i podtrzymana na rozprawie) deklaracja, że w razie przekroczenia kwoty uprawniającej do zwolnienia z podatku VAT podczas realizacji zamówienia i pojawienia się konieczności jego uregulowania, Przystępujący dopełni tego obowiązku. Obowiązek taki powinien być wzięty pod uwagę już przy kalkulacji ceny oferty, która podlega badaniu przez Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający żąda od wykonawców podania w ofercie wartości netto, kwoty podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto, to wykonawca nie może zaniechać podania tych informacji, twierdząc, że bierze na siebie ryzyko ewentualnej zapłaty podatku VAT z uzyskanego wynagrodzenia. Dopuszczenie takiej możliwości prowadziłoby do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu (oferta wykonawcy, który prawidłowo określił udział podatku VAT w cenie oferty byłaby porównywana z ofertą wykonawcy, który takiego podatku w cenie nie uwzględnił, a będzie musiał go zapłacić), a także do utrudnienia oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Poza deklaracją o zapłacie podatku VAT w razie powstania takiego obowiązku (która z opisanych wyżej powodów nie może stanowić o prawidłowości oferty) Przystępujący nie podał w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu ani podczas rozprawy żadnego racjonalnego wytłumaczenia dla oczywistej rozbieżności pomiędzy deklarowanym zwolnieniem podmiotowym a wykraczającą ponad jego limit ceną oferty.

#### **73. Sygn. akt: KIO 542/16, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r.**

Oczywistą omyłką rachunkową jest bowiem błąd popełniony przez wykonawcę w dokonanych przez niego obliczeniach i polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który można poprawić wyłącznie w jeden sposób. Odwołujący taki błąd popełnił (omyłkę w obliczeniach), który, mając na uwadze treść SIWZ (opis obliczenia ceny wskazany przez zamawiającego), da się poprawić w jeden określony sposób. A ponadto omyłka ta (błąd) może być uznana za oczywistą, gdyż jest bezsporna i niebudząca wątpliwości (podstawienie podanych cen jednostkowych do wzoru jednoznacznie wskazuje na błąd w postaci wyniku określonych działań matematycznych).

Izba nie znalazła podstaw do uznania, że w ofercie odwołującego występuje błąd w obliczeniu ceny. Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, jest bowiem błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. W tym zaś przypadku poprawienie omyłek w ofercie odwołującego jest możliwe.



**Art. 89 ust. 1 pkt 8****74. Sygn. akt: KIO 2740/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.**

Drugą podstawę odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego stanowił art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 104 KC. Wskazany przepis ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Jako odrębny przepis wskazujący na ową nieważność Zamawiający przywołał art. 104 KC, który stanowi, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. W przypadku tej przesłanki do odrzucenia oferty mamy do czynienia zasadniczo z bezwzględnie nieważnością jednostronnej czynności prawnej, która wynika z mocy prawa i rzeczywiście obiektywnie występuje. Zamawiający zaś, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego w tym zakresie, sprowadził uzasadnienie zastosowania tego przepisu do takich okoliczności faktycznych, w których to owa nieważność wynikała z braku wykazania Zamawiającemu uprawnienia do działania w imieniu Odwołującego, a nie obiektywnie występujących okoliczności, które wskazywałyby faktycznie, że osoba podpisująca ofertę działała w oparciu o pełnomocnictwo, które nie zostałyby udzielone przez osobę umocowaną do działania w imieniu i na rzecz Odwołującego. Uprawnienie do działania w imieniu Odwołującego przez Pana I. P., działającego łącznie z innym członkiem zarządu Odwołującego, wynikało z właściwych dokumentów rejestrowych, które zresztą zostały przedłożone Zamawiającemu w toku czynności badania i oceny ofert. Tym samym w tym zakresie nie możemy mówić o bezwzględnej, obiektywnie występującej podstawie do uznania, że mamy do czynienia z ofertą Odwołującego nieważną na podstawie art. 14 KC.

**Art. 90 ust. 1–3****75. Sygn. akt: KIO 2721/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.**

Nie oznacza to jednak, że katalog okoliczności, w których aktualizuje się wskazany obowiązek zamawiającego [art. 90 ust. 1 – *przyp. red*] ogranicza się jedynie do tych dwóch konkretnie opisanych sytuacji. Otóż, zdaniem Izby, w pozostałych wypadkach, a więc kiedy cena budzi wątpliwości zamawiającego i wydaje się rażąco niska, zamawiający winien również skorzystać z przedmiotowej procedury, choć w tym przypadku przesłanki nie zostały nakreślone ostro.

W tym miejscu podzielić należy stanowisko Izby oraz orzecznictwa europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez dania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str. 01839). Ten cel realizuje właśnie wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przewidziane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie z mocy powołanego przepisu zamawiający ma obowiązek domagać się złożenia nie tylko wyjaśnień, ale i dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Prawidłowa realizacja obowiązku wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obciąża zamawiającego. *A contrario* wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wadliwości działań zamawiającego w tym przedmiocie. Przy czym wypada zauważyć, że ocena czynności zamawiającego nie może być oderwana od okoliczności faktycznych danej sprawy.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Wykonawca został więc zobowiązany, mocą wskazanego przepisu, do wykazania realności zaoferowanej ceny. Ocena, czy wykonawca udźwignął ten obowiązek nie może być dokonywana schematycznie, musi natomiast uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień i sposób jego realizacji. Zatem, z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej.

Reasumując, istotne jest w pierwszym rzędzie, czy wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny dokonane przez wykonawcę jest przekonujące, zaś dopełnieniem, uszczegółowieniem tego wyjaśnienia, mogą być – stosownie do potrzeb i możliwości w danym postępowaniu – dowody potwierdzające wysokość określonych wydatków i ponoszonych kosztów.

#### **76. Sygn. akt: KIO 2838/15, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2016 r.**

Zamawiający nie może uznać, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i odrzucić ją, bez dania wykonawcy możliwości złożenia wyjaśnień.

#### **77. Sygn. akt: KIO 2813/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r.**

W tym miejscu należy wskazać, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca – powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast

sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany – wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

#### **78. Sygn. akt: KIO 2785/15, Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2016 r.**

O treści wniosku (wezwania) o złożenie wyjaśnień [w trybie art. 90 ust. 1 – *przyp. red.*] decyduje zamawiający, bo to wątpliwości zamawiającego stanowią podstawę zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień.

Treść wyjaśnień powinna wskazywać istotne dla wykonawcy elementy oferty, które stanowiły podstawę ustalenia ceny, w takim stopniu, by wyjaśnienia rozwiąły wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu. Konsekwencją wezwania do złożenia wyjaśnień, jest obowiązek wykonawcy wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i sposobu, w jaki dokonano kalkulacji ceny oferty, w zakresie oczekiwanym przez zamawiającego.

#### **79. Sygn. akt: KIO 58/16, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r.**

Izba stoi na stanowisku, iż minimalne wynagrodzenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma zastosowanie wyłącznie do świadczeń, które stanowią w świetle art. 22 § 1 ustawy dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502) stosunek pracy, w ramach którego pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem. Tym samym, regulacji odnoszących się do minimalnego wynagrodzenia nie stosuje się do świadczeń, które powyższego charakteru nie mają i są realizowane zgodnie z odrębnymi przepisami prawa oraz z uwzględnieniem okoliczności faktycznych, dotyczących przedmiotu lub charakteru świadczeń danej osoby na podstawie umów cywilnoprawnych o dzieło, zlecenia, współpracy w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego. Izba wzięła również pod uwagę okoliczność, iż w § 13 projektu umowy zamawiający przewidział możliwość zmiany wynagrodzenia m.in. w sytuacji zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę czy zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym oraz ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

#### **80. Sygn. akt: KIO 77/16, KIO 85/16, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2016 r.**

W ocenie Izby, art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pozwala zamawiającemu na skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, jednak w sytuacji, gdy wykonawca złożył rzetelne, szczegółowe wyjaśnienia poparte dowodami, ale jakieś elementy tych wyjaśnień budzą jego wątpliwości, czy wymagają doprecyzowania. Jest to prawo zamawiającego, a nie jego obowiązek. Uprawnienie to nie może jednak prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, do czego mogłoby dojść, gdyby zamawiający zwracając się powtórnie o wyjaśnienia sugerował wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. Mając na uwadze dyspozycję art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą w sytuacji, gdy wykonawca wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający odrzuca ofertę takiego wykonawcy, Izba stwierdziła, że w sytuacji, gdy wykonawca nie dołożył należytej staranności przy składaniu wyjaśnień, nie dostarczył też zamawiającemu dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny, brak jest podstaw do nakładania na zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień w tym zakresie.

**81. Sygn. akt: KIO 191/16, Wyrok KIO z dnia 29 lutego 2016 r.**

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum X do wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum X, pomimo że zaoferowana przez tych wykonawców cena ofertowa oraz zaoferowana przez tych wykonawców cena za wykonanie usługi utrzymania czystości jest rażąco niska, Izba, po analizie dokumentacji postępowania, argumentów Odwołującego przedstawionych w odwołaniu i wyliczenia złożonego na rozprawie, uznała zarzut za bezzasadny.

Po pierwsze, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił (ani nawet nie uprawdopodobnił) podnoszonych zarzutów (na etapie wniesienia odwołania Zamawiający nie zastosował jeszcze procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zatem ciężar dowodu, że jest ona konieczna, spoczywał na Odwołującym).

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty – przez Odwołującego i Przystępującego, między cenami których różnica nie przekraczała 30% (wynosiła ok. 18,5%). W takich okolicznościach nie wystąpiła przesłanka do wszczęcia procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący nie odnosił się do wartości zamówienia, a jedynie wskazywał, że Przystępujący „nie jest w stanie wykonać w sposób należyty przedmiotu zamówienia za podaną przez siebie cenę”. Odwołujący w odwołaniu opisywał, dlaczego jego zdaniem oferta Przystępującego powinna być uznana za złożoną z rażąco niską ceną, natomiast na rozprawie przedłożył wyliczenie, które miało potwierdzać jego argumenty. Jednak wyliczenie to po pierwsze nie koresponduje z argumentacją odwołania (kwoty podawane w odwołaniu odnośnie miesięcznego kosztu wynagrodzenia pracowników nie odpowiadają kwotom z wyliczenia kosztu wykonania usługi, przy czym kwoty z wyliczenia są niższe, niż kwoty podane w odwołaniu, np. minimalne miesięczne wynagrodzenie pracowników w odwołaniu podano 74 864,81 zł, w wyliczeniu 68 825 zł), a ponadto wyliczenie jest niespójne: ilość podanych pracowników w kolumnie pierwszej wyliczenia nie odpowiada sumie podanej w kolumnie drugiej. Innych dowodów Odwołujący nie złożył. Ponadto trafnie zauważył Przystępujący, że w odwołaniu Odwołujący wywodzi, że zamówienie można wykonać nie taniej, niż za określoną kwotę minimalną, tymczasem sam zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę niższą.

Reasumując, nie ma podstaw, aby wywody Odwołującego w zakresie zarzutów odnoszących się do rażąco niskiej ceny uznać za prowadzące do uwzględnienia zarzutów i żądań w tym zakresie.

**82. Sygn. akt: KIO 263/16, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2016 r.**

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, przyjmując, że w zakresie tego zarzutu mieści się zarzut nieprzeprowadzenia procedury wyjaśniającej, w tym zbadania i weryfikacji otrzymanych wyjaśnień, w sposób wnikliwy i adekwatny do przedmiotu zamówienia, a więc w sposób który mógłby uzasadniać stanowisko Zamawiającego, że cena oferty nie jest faktycznie rażąco niska. W konsekwencji Izba uznała za zasady także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej – gdy zachodzą do tego ustawowe przesłanki – w sposób rzetelny. Obowiązek ten wpisuje się w podstawową zasadę z art. 7 ust. 1 Pzp, w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo, zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienie udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Również z tego przepisu można wyprowadzić obowiązek należytej weryfikacji wyjaśnień wykonawcy, co do zaoferowanej ceny. Przeprowadzenie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp w sposób powierzchowny, poprzestanie na ogólnym wezwaniu i „zadowolenie się” ogólnymi wyjaśnieniami wykonawcy, narusza prawa innych wykonawców, którzy mogą ocze-

kiwać od Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, takiego prowadzenia postępowania, które daje rzeczowe podstawy do uznania, że wezwany wykonawca złożył wyjaśnienia rozwiewające faktycznie wątpliwości, co do zaoferowanej ceny, jak również, że swoimi wyjaśnieniami wypełnił obowiązek nałożony przepisem art. 90 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Należy podkreślić, że wyjaśnienia żądane od wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie mogą być ogólnikowe – przeciwnie, muszą być rzetelne i muszą dawać zamawiającemu nie tylko samą możliwość dokonania ich oceny, ale także muszą dawać możliwie najpełniejszy obraz tego, co pozwoliło konkretnemu wykonawcy na zaoferowanie takiej ceny.

### **83. Sygn. akt: KIO 275/16, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2016 r.**

Nie ulega wątpliwości, że ceny zaoferowane w toku aukcji elektronicznej przez Przystępujących były niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT. Cena zaoferowana przez X stanowiła 69,1% wartości zamówienia po doliczeniu podatku VAT, natomiast cena zaoferowana przez Y – 69,3% tej wartości. Wystąpienie wskazanych różnic między ceną oferty a wartością zamówienia obligowało Zamawiającego do zastosowania procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a niewykonanie tego obowiązku stanowiło naruszenie przez Zamawiającego powyższego przepisu. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że ceny ofert odbiegały od wartości zamówienia o niewiele ponad 30%, art. 90 ust. 1 ustawy zobowiązuje bowiem do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w każdym przypadku, w którym różnica między tymi wartościami wynosi 30% lub więcej.

Izba nie podzieliła tezy Odwołującego, że obowiązek wezwania do wyjaśnień wynikał również z faktu, że ceny zaoferowane przez Przystępujących w toku aukcji elektronicznej były niższe o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert przed aukcją. W ocenie Izby niezasadne jest odnoszenie ceny zaoferowanej w aukcji do średniej cen ofertowych sprzed aukcji, prowadzi to bowiem do porównania wartości ze sobą nieporównywalnych (wszyscy wykonawcy złożyli podczas aukcji postąpienia, obniżając pierwotnie zaoferowaną cenę). To ceny zaoferowane w aukcji elektronicznej są ostatecznymi cenami ofertowymi, których średnia może stanowić punkt odniesienia przy badaniu realności ceny. Niezależnie jednak od tego, Zamawiający – jak wyżej wskazano – zobowiązany był do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej z uwagi na różnicę między cenami zaoferowanymi przez Przystępujących a wartością zamówienia.

### **84. Sygn. akt: KIO 371/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r.**

W każdym przypadku złożenia wyjaśnień powinny one umożliwić Zamawiającemu ocenę prawidłowości ustalenia ceny oferty, co zasadniczo ma zostać oparte nie tylko na samych oświadczeniach wykonawcy (przeważnie o cechach wspólnych dla wszystkich składanych wyjaśnień, odwołujących się przykładowo do wiedzy nabytej z realizacji podobnych zamówień lub ugruntowanej pozycji rynkowej danego podmiotu), ale również na załączonych dowodach, co *notabene* wynika wprost z przepisu art. 90 ust. 3 Pzp. Oczywiście jest, że nie ma konieczności popierania dowodami każdego elementu kalkulacji, zwłaszcza jeżeli podstawę jego wyceny można ustalić w oparciu o informacje powszechnie dostępne (np. w odniesieniu do cen paliw, o ile w kalkulacji przyjęto wartość mieszczącą się w granicach średniej obowiązującej na danym obszarze). Należy jednak zauważyć, że w sytuacjach, w których określenie danego elementu kalkulacji ceny oferty opiera się na indywidualnych założeniach właściwych danemu wykonawcy, powinien on przedstawić dowody stwierdzające istnienie podstaw do dokonania wyceny na określonym w kalkulacji poziomie (tak np. w odniesieniu do stosowanych przez wykonawcę form zatrudnienia i związanych z nimi stawek godzinowych, czy szacowanych przychodów ze sprzedaży surowców wtórnych). Wykonawca, który



tak rozumianych wyjaśnień nie składa bierze na siebie ryzyko uznania jego oferty za zawierającą rażąco niską cenę.

#### **85. Sygn. akt: KIO 402/16, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2016 r.**

Role zamawiającego, któremu składane są wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp, jest zweryfikowanie, czy dowodzą one tego, że wykonawca nie zaoferował ceny rażąco niskiej. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywał na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień, w tym przypadku na przystępującym X. Przystępujący X uchylając się od złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie sprostął temu obowiązkowi. Ponieważ nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia należało stwierdzić, że zaoferował zamawiającemu taką właśnie cenę. (...)

Jak słusznie wskazywali odwołujący i przystępujący Y, dowodzenie realności ceny dopiero na etapie postępowania odwoławczego czy skargowego należało uznać za spóźnione. Dostrzeżenia wymaga, iż w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów, czy wyjaśnień składanych zamawiającemu, a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego. (...)

Można się zgodzić, że w pewnym, ograniczonym zakresie można prowadzić postępowanie dowodowe celem doprecyzowania oświadczeń lub dowodów odnośnie elementów kalkulacyjnych złożonych w wyjaśnieniach przed zamawiającym celem ich doszczegółowienia. Jednak z pewnością za niedopuszczalne należało uznać dopiero rozpoczynanie na tym etapie próby przedstawiania elementów kalkulacyjnych, której nie podjęto w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

#### **86. Sygn. akt: KIO 215/16, Wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2016 r.**

Pojęcie „optymalizacja” pojawia się w zamówieniach publicznych od jakiegoś czasu chociaż nie znajduje umocowania ani w przepisach obowiązujących, ani w systemie zamówień publicznych. Optymalizacja ma na celu obniżenie kosztów zamówienia ale już na etapie jego realizacji przez wykonawcę i za akceptacją zamawiającego. Z kolei obniżenie kosztów na etapie realizacji zawsze stanowi zagrożenie dla przyjętych standardów przez zamawiającego. Bowiem co do zasady należy przyjąć, że każdy produkt (usługa, dostawa, robota budowlana) oferowany zamawiającemu co do zasady powinien być optymalny to znaczy stanowić najlepsze rozwiązanie z możliwych. W związku z tym skoro zakłada się optymalizację optymalnej oferty to może budzić to zastrzeżenia co do zasady. Natomiast w ocenie Izby niedopuszczalna jest optymalizacja oferty w stosunku do wymagań PFU w systemie zaprojektuj i wybuduj. Oferta powinna spełniać wszystkie wymagania PFU. Optymalizacja wymagań PFU może nastąpić za zgodą zamawiającego na etapie realizacji zamówienia. (...)

Izba nie podziela stanowisk zamawiającego i przystępującego, że orzecznictwo i doktryna zabrania ustalania cen rażąco niskich przy cenie ryczałtowej na podstawie składowych jej elementów. Tylko przez pokazanie zaniżonych elementów w cenie ryczałtowej można stwierdzić jej zniżenie. Również brak racjonalnych przesłanek aby twierdzić, że zaniżoną poszczególną pozycję można reperować inną pozycją, która np. wskazuje na zawyżenie w niej kosztów.



**87. Sygn. akt: KIO 482/16, KIO 484/16, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r.**

Izba podkreśla w tym miejscu, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaofertowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaofertowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególnie przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaofertowanej ceny a dowodzące możliwości zaofertowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca – powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. (...)

Izba wskazuje, że Odwołujący obowiązany był (art. 90 ust. 2 ustawy) na etapie złożenia wyjaśnień do przedstawienia wszystkich informacji stanowiących podstawę dokonanej wyceny, w tym informację na temat sposobu realizacji usługi oraz wykazania sprzętu czy też akcesoriów. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że argumentacja jaka zgodnie z prawem (art. 90 ust. 2 ustawy) powinna być zawarta w złożonych wyjaśnieniach pojawia się dopiero na etapie rozprawy, co dowodzi tego, że sam Odwołujący starając się wykazać inny sposób realizacji usługi w zasadzie przyznaje, że poczynione przez niego założenie jest mało realne.

**88. Sygn. akt: KIO 559/16, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2016 r.**

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, w określonych w tym przepisie okolicznościach zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaofertowanej ceny. Na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaofertowana cena nie jest ceną rażąco niską. Co do zasady, wyjaśnienia powinny obejmować informacje i dowody pozwalające na dokonanie oceny przez zamawiającego badanej ceny. Nie można wykluczyć jednak sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia, a zatem zawarte w wyjaśnieniach informacje nie są jasne, oczywistej wymagają dalszego doprecyzowania lub wyjaśnienia. Wówczas zamawiający powinien umożliwić wykonawcy dalsze wyjaśnienie powstałych wątpliwości. W tym zakresie wezwanie do wyjaśnień powinno być ponowione, gdyż odrzucając ofertę zamawiający musi mieć pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaofertowaną cenę. Wyłącznie wątpliwości zamawiającego powstałe po złożeniu przez wykonawcę wyjaśnień oraz dowodów na ich poparcie, uzasadniają dalsze wyjaśnienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający ma obowiązek prowadzić wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wieloetapowo w sytuacji, gdy wyjaśnienia zawierają istotne braki w zakresie uwzględnienia wszystkich elementów kosztów realizacji zamówienia lub gdy z informacji uzyskanych przez zamawiającego wynika, że przyjęte przez wykonawcę koszty (ceny jednostkowe) nie znajdują odzwierciedlenia na rynku. Uzupełnianie i korygowanie tych kosztów w ramach „wieloetapowych” wyjaśnień naruszałyby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie przedstawił dowodów, które przeczyłyby ocenie dokonanej przez Zamawiającego. Odwołujący nie wskazał również jakie wątpliwości powinny podlegać dalszemu wyjaśnieniu.

**89. Sygn. akt: KIO 596/16, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r.**

W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywi-

ście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność. (...)

Odwołujący ograniczył się do ogólnych stwierdzeń dotyczących m.in. innowacyjnej polityki w zakresie kalkulowania marży i znajomości wydatków w przypadku porównywalnych zamówień, posiadaniu wykwalifikowanej kadry, głębokiej analizie przedmiotu zamówienia, dysponowaniu własnym sprzętem i własną kadrą kierowniczą, posiadaniem własnej kopalni kruszywa łamanego i wytwórni mas bitumicznych, bliską lokalizacją firmy od miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, korzystnymi rabatami od dostawców. Odwołujący jednakże nie przedstawił Zamawiającemu żadnej analizy w jakim stopniu każda z przywołanych okoliczności umożliwiała mu obniżenie ceny za realizację zamówienia i jakiego rzędu oszczędności osiąga on z tytułu wskazanych okoliczności. Podkreślić ponadto należy, że szereg z okoliczności na które powołał się Odwołujący są powszechnie dostępne wykonawcom operującym w branży wodno – kanalizacyjnej, w tym obejmującej przebudowę dróg (np. własne maszyny, wykwalifikowana kadra, doświadczenia, korzystne umowy z dostawcami), zaś Odwołujący nie wykazał w jaki sposób w tym konkretnym postępowaniu przetargowym umożliwił mu one tak drastyczne zaniżenie kosztów. (...)

Podkreślić również należy, że Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu na wykazanie jakiegokolwiek z okoliczności, na które się powoływał. Dowody takie winny być przedłożone, chociażby w zakresie korzystnych umów z dostawcami, rzekomej innowacyjnej polityki, zakresu posiadanych maszyn. Bez przedstawienia stosownych dowodów twierdzenia Odwołującego są jedynie gołosłownym oświadczeniem. Odwołujący nie zadał sobie trudu przedłożenia jakiegokolwiek kalkulacji, w której uwzględniony byłby wpływ powoływanych przez niego okoliczności na wysokość zaaferowanej ceny w ujęciu powszechnie dostępnych cen rynkowych. Tym samym Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu wykazania realności zaoferowanej za realizację zamówienia ceny.

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

#### **90. Sygn. akt: KIO 141/16, Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2016 r.**

W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że Zamawiający – formułując pozacenowe kryterium oceny ofert – naruszył przepisy art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 Pzp w zakresie, w jakim nie uszczegółowił opisu swoich wymagań odnośnie działań wyszczególnionych w przyjętych podkryteriach oraz nie przewidział zasad przyznawania punktów w poszczególnych podkryteriach za proponowane przez wykonawców działania zmierzające do utrzymania wyznaczonych standardów.

Odnośnie pierwszego z aspektów zarzutu, który został uwzględniony skład orzekający wskazuje, że nie jest dopuszczalne, aby wykonawcy dowiadywali się o oczekiwaniach zamawiającego odnośnie proponowanych sposobów realizacji zamówienia *ex post*, czyli po złożeniu oferty. Nie kwestionując poglądu o twórczym charakterze przygotowywanych koncepcji trzeba mieć na uwadze, że wykonawcy – przygotowując ofertę, która ma zostać oceniona pod kątem jakości oferowanych rozwiązań – powinni z postanowień SIWZ czerpać wiedzę o preferowanych przez zamawiającego sposobach zaspokojenia jego oczekiwań. Wynika to z faktu, że zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi dysponować chociażby ogólną wizją sposobu jego realizacji, w przeciwnym bowiem razie ocena propozycji przedstawianych przez wykonawców będzie w istocie nie tyle subiektywna

(cecha ta – jak wspomniano – jest nieodłącznie związana z oceną ofert w kryteriach jakościowych), co dowolna. W konsekwencji nie jest wystarczające ogólne stwierdzenie, że proponowane metody realizacji działań mają być adekwatne do osiągnięcia zakładanych przez zamawiającego celów, a w ich ramach – o czym w dalszej części uzasadnienia – promowane będą te metody, które są najlepsze, najskuteczniejsze, czy najbardziej efektywne.

W zakresie drugiego z aspektów stwierdzonego naruszenia przepisów Pzp Izba uznała, że w jego konsekwencji – jak trafnie argumentował Odwołujący – nie jest możliwe ustalenie w jaki sposób należy przygotować ofertę, aby otrzymała ona maksymalną liczbę punktów oraz czym, zdaniem Zamawiającego, miałyby się różnić oferta najlepsza od ofert zajmujących kolejne miejsca w rankingu. Brak opracowania tego elementu opisu kryterium jakościowego, niezależnie od tego, czy świadczy to – jak chciał tego Odwołujący i wykonawcy przystępujący po jego stronie – o zupełnym braku pomysłu na kształt metodologii oceny, daje podstawę do twierdzenia, że Zamawiający stworzy ją dopiero po zapoznaniu się z treścią złożonych ofert. Nie jest przy tym wystarczające odwoływanie się do całkowitej liczby punktów możliwych do uzyskania w danym podkryterium i stwierdzenie, że oferta prezentująca najbardziej efektywne (najlepsze, najskuteczniejsze) rozwiązania uznana zostanie za najlepszą i otrzyma największą liczbę punktów, co stanowić będzie następnie punkt odniesienia dla skonstruowania rankingu pozostałych ofert. Taka formuła nie niesie ze sobą wiedzy o preferowanych (pożądanych) przez Zamawiającego rozwiązaniach, wobec czego wykonawca, mimo posiadania statusu profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, nie może w żaden sposób ocenić, czy i w jakim stopniu jego oferta spotka się z uznaniem Zamawiającego oraz jakie ma szanse na uzyskanie zamówienia. Nie można w tym zakresie polegać – jak chce tego Zamawiający – wyłącznie na wiedzy i doświadczeniu wykonawców, ta bowiem odnosi się ogólnie do realizacji zamówienia, nie zaś do preferencji zamawiającego dotyczących jego sposobów. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której zamawiający i wykonawcy mogą mieć różne wyobrażenia dotyczące najlepszych metod wykonania zamówienia i nie można obarczać wykonawców powinnością przewidywania zapatrywań zamawiającego dotyczących tej kwestii. Nie sposób twierdzić przy tym, że niewiedza o sposobie punktowania ofert motywuje wykonawców do proponowania najlepszych dla Zamawiającego rozwiązań. Każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu jego uzyskanie, a zatem jego zamierzeniem jest złożenie oferty, która w najpełniejszy sposób odpowiadać będzie oczekiwaniom zamawiającego. W związku z powyższym nie można zakładać, że taka niewiedza w jakikolwiek sposób motywuje wykonawcę do najbardziej optymalnego doboru środków służących realizacji zamówienia, skoro nie posiada żadnej wiedzy o preferencjach zamawiającego. (...)

Co więcej – Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wystarczające dla otrzymania maksymalnej liczby punktów w danym podkryterium jest zaproponowanie jakiegokolwiek metody realizacji działania, która oceniona zostanie jako gwarantująca zachowanie przewidzianego w OPZ czasu reakcji. Takie stwierdzenie stawia pod znakiem zapytania sens stopniowania ocen przyznawanych ofertom, co – zdaniem składu orzekającego – przekreśla niejako ideę wprowadzenia kryterium pozacenowego, skoro, z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością, można zakładać, że wszyscy wykonawcy, którzy złożą Konceptcje, otrzymają za nie maksymalne liczby punktów. Powyższe powoduje, że Zamawiający powinien był zrewidować swoje stanowisko w przedmiocie sposobu sformułowania kryterium jakościowego. W konsekwencji, Izba uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu taką modyfikację postanowień SIWZ, która uwzględniać będzie – po pierwsze – szczegółowy opis wymagań Zamawiającego w zakresie przewidzianych w podkryteriach działań (liczbę i rodzaj metod ich realizacji) oraz – po drugie – punktację przyznaną przez członków komisji przetargowej Zamawiającego dokonujących oceny złożonych przez wykonawców koncepcji za przewidziane w nich liczby i rodzaje metod służących utrzymaniu oczekiwanych przez Zamawiającego standardów.

**91. Sygn. akt: KIO 294/16, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2016 r.**

Dostrzeżenia wymaga, że kryterium oceny ofert określone przez zamawiającego w SIWZ pod nazwą „konceptja realizacji usługi” było tzw. kryterium jakościowym. W ocenie Izby, użyte przez zamawiającego w opisach poszczególnych podkryteriów sformułowania, iż dodatkowe punkty będą przyznawane za „adekwatność do celu i przedmiotu zamówienia” proponowanych rozwiązań, a także za „spójność”, czy „dawanie podstaw do twierdzenia, że działania wpłyną pozytywnie na osiągnięcie zakładanych efektów”, lub też za „przyczynienie się do lepszej realizacji zamówienia” oznaczały, że przyznanie punktów uwarunkowane było uprzednim zbadaniem przez zamawiającego tych przesłanek, które miały charakter ocenny, stopniowalny. Ponadto proponowane rozwiązania miały być nie tylko opisane, ale i ich wpływ na realizację celu miał być uzasadniony. Możliwość dokonywania różnej wykładni stopnia wypełnienia kryterium ocennego, czego wyrazem jest wszak indywidualna ocena dokonywana przez członków komisji, jest wręcz wpisana w naturę oceny kryterium jakościowego. Ponadto, ocena koncepcji miała zostać dokonana wpieryw indywidualnie przez członków komisji. A zatem z natury swej, przy ocenie tej istotnym był subiektywny element wiedzy i doświadczenia oceniających członków komisji.

**Art. 91 ust. 3a****92. Sygn. akt: KIO 2821/15, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2016 r.**

Izba stwierdziła, że mając na uwadze racjonalność ustawodawcy, art. 91 ust. 3a ustawy Pzp należy czytać jako całość, a jego wykładnia prowadzi do wniosku, iż wymóg złożenia informacji o tym, czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której wykonawca składa ofertę, której wybór prowadziłby do powstania takiego obowiązku u zamawiającego. Już zdanie pierwsze, będące zdaniem warunkowym, rozpoczynającym się od określenia „jeżeli”, wyklucza wszelki automatyzm. Zasadnie wskazał zamawiający, iż art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy Pzp wyraźnie nawiązuje do zdania 1 choćby w ten sposób, że odczytywany samodzielnie nie precyzuje, o jaki obowiązek podatkowy, w jakim podatku chodzi. Dopiero łączna analiza obu zdań prowadzi do wniosku, że chodzi o obowiązek podatkowy w podatku od towarów i usług. Powyższe potwierdza, że ustalenie normy prawnej wymaga dokonania analizy całości art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, którego hipoteza, jak wynika ze zdania 1, dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wybór oferty wykonawcy prowadzi do powstania obowiązku podatkowego w zakresie VAT u zamawiającego. Co za tym idzie, również takiej sytuacji dotyczy obowiązek informacyjny wykonawcy.

**93. Sygn. akt: KIO 162/16, KIO 164/16, KIO 167/16, KIO 172/16,  
Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r.**

Izba stwierdza również, że omyłkowe, a nawet niewłaściwe, wypełnienie przez wykonawcę pozycji formularza ofertowego związane z wykonaniem ciężącego na wykonawcy obowiązku informacyjnego w stosunku do zamawiającego o ewentualnym powstaniu po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego (art. 91 ust. 3a Pzp) nie jest obwarowane sankcją odrzucenia oferty.

**Art. 91b ust. 1****94. Sygn. akt: KIO 2761/15, Postanowienie KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.**

Przepis art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że tylko wykonawcy których oferty nie podlegają odrzuceniu mogą uczestniczyć w aukcji elektronicznej, tak więc zaproszenie wykonawców

do udziału w aukcji musi być poprzedzone oceną spełniania warunków podmiotowych przez każdego z wykonawców jak i oceną każdej oferty, także co do przedmiotu zamówienia, celem ustalenia czy wykonawca nie podlega wykluczeniu czy też jego oferta nie podlega odrzuceniu.

W dniu 27 października 2015 roku odwołujący otrzymał od zamawiającego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej i informację od zamawiającego o jej terminie. Należy zatem uznać, że już w tym dniu odwołujący powziął wiedzę, że zamawiający zakwalifikował do dalszego etapu postępowania co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Odwołujący, zobowiązany do zachowania szczególnej staranności ze względu na zawodowy charakter prowadzonej przez niego działalności, należytej staranności nie dochował pomijając celowość uzyskania informacji, pomimo możliwości dostępu do protokołu z postępowania, z którego dowiedziałby się czy któryś z wykonawców został wykluczony lub czy oferta któregoś z wykonawców podlegała odrzuceniu, w tym informacji o braku odrzucenia oferty wykonawcy X sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w K. Pomijając również możliwość wglądu odwołującego do protokołu z postępowania, z którego mógł pozyskać pełną informację o efektach weryfikacji warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert dokonanej przez zamawiającego, odwołujący informację o wykonawcach zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej mógł odczytać już z samego zaproszenia do aukcji. W zaproszeniu tym, zamawiający podał kwotę wywoławczą w wysokości 2.760.000 zł, tzn. cenę z najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu w postępowaniu, tj. oferty X sp. z o.o. sp. k., co jednoznacznie potwierdzało pozytywną weryfikację tego wykonawcy i złożonej przez niego oferty. Tym samym, ustawowy termin na wniesienie odwołania w odniesieniu do czynności nieprawidłowego badania i oceny ofert, niewykluczenia z postępowania X, nieodrzućenia oferty X, braku wezwania X – mając na uwadze datę zawiadomienia o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej – upłynął z dniem 6 listopada 2015 roku.

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

#### **95. Sygn. akt: KIO 2829/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r.**

Z treści informacji o wyniku postępowania wynika, że zamawiający informując, że oferta odwołującego została odrzucona podał jako podstawę prawną art. 91 ust. 1 pkt 3 a ustawy. Taka jednostka redakcyjna w art. 91 ustawy nie występuje, nadto w art. 91 ustawy nie określono przesłanek odrzucenia oferty. Te zaś zostały zamknięte w katalogu wymienionym w art. 89 ust. 1 ustawy. Do tego przepisu zamawiający nie odwoływał się podając podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego. Przepis art. 91 ust. 3a ustawy stanowi bowiem, że jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Z tym przepisem skorelowany jest obowiązek zamawiającego wynikający z art. 93 ust. 1 c ustawy, zgodnie z którym w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, do ceny najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną dolicza się podatek od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

Przepis przejściowy – art. 12 ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy stanowi, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy wymienionej w art. 2, wszczętego przed dniem 1 lipca 2015 r., którego przedmiot objęty jest zakresem niniejszej ustawy,



zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, jeżeli taka informacja nie wynika z treści oferty, oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług wraz ze wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku, a następnie poprawia oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług. Oferta, której wybór powodowałby powstanie obowiązku podatkowego u zamawiającego, jest oceniana z uwzględnieniem art. 91 ust. 3a ustawy. Przepis przejściowy nie ma w niniejszej sprawie zastosowania, gdyż postępowanie zostało wszczęte po dniu 1 lipca 2015 r. Natomiast z literalnego brzmienia art. 91 ust. 3a, jak również art. 93 ust. 1c ustawy wynika, że ustawodawca nie wskazał odrębnej od art. 89 ust. 1 ustawy podstawy odrzucenia oferty z powodu nie złożenia przez wykonawcę informacji o obowiązku zastosowania odwróconego VAT-u. W tej sytuacji zamawiający nie podał jakiegokolwiek podstawy prawnej, na podstawie której dokonał odrzucenia oferty odwołującego.

W tym stanie rzeczy należało ocenić, że zamawiający nie podał uzasadnienia prawnego podstaw odrzucenia oferty odwołującego, co pozostaje w sprzeczności z treścią art. 91 ust. 1 pkt 2 ustawy. Analogicznie w odniesieniu do wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający wskazał wyłącznie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie wskazując w czym upatruje niespełniania warunków udziału w postępowaniu. Jedynie z podstaw faktycznych odrzucenia można było wywieść, że zamawiający uważa, że odwołujący powinien był udowodnić posiadanie uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia za pomocą wpisu do rejestru działalności regulowanej obejmującego uprawnienie do odbioru odpadów o kodach 170180 i 170380. Takie uzasadnienie jednak nie znalazło się w części dotyczącej wykluczenia odwołującego z postępowania. Wadliwości te jednak w ocenie Izby nie miały i nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik, gdyż odwołujący prawidłowo zdiagnozował tak podstawę prawną odrzucenia – art. 91 ust. 3a ustawy, jak i uzasadnienie faktyczne wykluczenia wyinterpretowując je z uzasadnienia faktycznego odrzucenia. Biorąc to pod uwagę, a także fakt, że zamawiający przyznał odwołującemu rację w tym zakresie uwzględniając odwołanie w całości, zaś przystępujący nie zgłosił w zakresie tego zarzutu sprzeciwu. Izba uznała, że mimo tego, że Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, to jednak to naruszenie nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. W konsekwencji zarzut należało oddalić na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy.

#### **96. Sygn. akt: KIO 553/16, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r.**

Dodatkowo Izba musi stwierdzić, że zamawiający informując o faktycznych przyczynach odrzucenia oferty powinien wykazać wszystkie przyczyny, a skoro tak, to nie można w sposób niczym nieograniczony brać pod uwagę przyczyn bardziej lub mniej zasadnie przedstawionych dopiero na rozprawie. W przypadku zastrzeżenia informacji przez wykonawcę i związanego z tym braku możliwości nieskrępowanego powiadomienia o przyczynach odrzucenia oferty przez zamawiającego, nie można znaleźć przepisu zabraniającego zamawiającemu powiadomienia bezpośrednio tylko wykonawcy zastrzegającego informacje. Takie niejako prawo (i jednocześnie obowiązek) wybiórczego przedstawiania informacji przez zamawiającego do wykonawcy zastrzegającego informacje z pominięciem innych podmiotów wynika z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa«.



**Art. 93 ust. 1 pkt 6****97. Sygn. akt: KIO 99/16, KIO 110/16, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r.**

Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zniweczenie tego celu może nastąpić wyłącznie w okolicznościach wskazanych w ustawie. Zatem, zamawiający po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązany jest, zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp, prowadzić postępowanie, którego finalnym efektem jest udzielenie zamówienia wybranemu wykonawcy. Zakończenie postępowania, którego rozstrzygnięcie nie jest możliwe w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty, podlega unieważnieniu na podstawie ustawowych przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp, mających charakter *numerus clausus* (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Przesłanki wskazane w przepisie muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności należy do kategorii przesłanek zobiektywizowanych, co oznacza, że przy zachowaniu należytej staranności zamawiający nie mógł przewidzieć zdarzeń powodujących istotną zmianę okoliczności. Na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania zmiany okoliczności, o jaki interes publiczny chodzi oraz, że jest on na tyle ważny, że postępowanie nie może być kontynuowane. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp nieodzowne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Przepis ten może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności wykonanie zamówienia będzie niecelowe lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym; zatem dotyczy zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. Unieważnienie postępowania wywiera skutek *ex tunc* i znosi wszystkie czynności dokonane w postępowaniu przez zamawiającego. Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, tak w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych, spoczywa na zamawiającym (wyrok z 23 września 2011 r., KIO 1948/11) – wyrok z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 991/14 i KIO 1001/14.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp stanowiący, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć, zawiera normę obligującą zamawiającego do podjęcia czynności, obwarowaną jednakże wymaganiami kumulatywnego spełnienia przesłanek wskazanych w przepisie. Przesłanki unieważnienia postępowania powinny zaistnieć łącznie (kumulatywnie), a brak wystąpienia jednej z nich powoduje, że unieważnienie postępowania jest niedopuszczalne. Oceny zasadności czynności unieważnienia postępowania należy dokonać według stanu prawnego oraz stanu rzeczy istniejących w dacie dokonania tej czynności, z zastrzeżeniem, że przyczyny unieważnienia były niemożliwie do przewidzenia w dacie wszczęcia postępowania. Łączne przesłanki unieważnienia postępowania wynikające z przepisu, to: – wystąpienie istotnej zmiany okoliczności, – prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, – wystąpienia takiej okoliczności nie można było przewidzieć.

Utrwalony w doktrynie pogląd stanowi, że dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić, po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, że 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 przesłankę 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 (...) – wyrok z dnia 25 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 114/07. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów przyjmuje się, że istotna zmiana okoliczności – w rozumieniu art. 96 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – powodująca skutek w postaci unieważnienia

postępowania, to pewne nadzwyczajne wydarzenia lub okoliczności mające wpływ na prowadzone postępowanie lub przedmiot zamówienia. Zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli faktycznie uniemożliwiający (a nie utrudniający) realizację zamówienia według dotychczasowych założeń, a więc znaczący i niebagatelny, co bywa rozumiane jako zmiana będąca następstwem zdarzeń nadzwyczajnych, występujących rzadko (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 30/2008).

#### **98. Sygn. akt: KIO 428/16, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2016 r.**

Stwierdzenie istnienia lub braku spełnienia przesłanek stanowiących podstawy unieważnienia postępowania jest badane indywidualnie, w okolicznościach konkretnego przypadku. Prowadzenie postępowania celem zrealizowania zamówienia przez wykonawcę zewnętrznego w sytuacji, gdy wystąpiła możliwość wykonania zamówienia własnymi siłami, przy jednoczesnym obowiązku zapewnienia pracy osobom zatrudnionym przez zamawiającego, nie leży w interesie publicznym.

Interes publiczny w ujęciu zadań zamawiającego, to realizacja zadań ustawowych (statutowych), dla których realizacji został utworzony podmiot. Zatem, interes publiczny w badanej sprawie winien być oceniany z uwzględnieniem potencjału kadrowego, sytuacji finansowej i uwarunkowanej nimi możliwości realizacji usługi.

(...) ograniczenie środków finansowych i możliwość wykonania zamówienia własnymi siłami w ocenianym postępowaniu, powoduje, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym. Powołany interes publiczny nie jest jedynie utożsamiany z interesem ekonomicznym zamawiającego. Nie można pomijać, że prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia w sytuacji, w której pracownicy zamawiającego ze względu na zmianę sposobu realizacji obsługi urobku są w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, przeczy interesowi publicznemu. Udzielenie zamówienia oznaczałoby konieczność redukcji zatrudnienia, ewentualnie wydatkowania środków w sposób nieuzasadniony.

Izba podziela dalsze stanowisko przedstawione w wyroku, wskazujące tożsame okoliczności w przedmiocie roli zamawiającego jako liczącego się pracodawcy na swoim terenie, co z kolei powoduje, że nie sposób dostrzec interesu publicznego w prowadzeniu postępowania i udzieleniu zamówienia publicznego podmiotowi zewnętrznemu.

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

#### **99. Sygn. akt: KIO 314/16, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r.**

Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających. Musi to być przy tym uchybienie na tyle poważne, że zawarta w następstwie dotkniętej nim procedury umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby – w świetle art. 146 ust. 1 Pzp – unieważnieniu.

Skład orzekający uznał, że w przedmiotowej sprawie ww. warunki zostały spełnione, ponieważ Zamawiający w istocie uchybił obowiązkowi publikacji ogłoszenia o zamówieniu, co stanowi przesłankę unieważnienia umowy, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie podzielono przy tym stanowiska Odwoływającego, że przepis ów odnosi się wyłącznie do ogłoszenia o zamówieniu, nie zaś do ogłoszenia o zmianie ogłoszenia, ponieważ treść każdej zmiany ogłoszenia staje się jego integralną częścią, stąd zaniechanie jej upublicznienia stanowi zaniechanie dotyczące samego ogłoszenia.

Zdaniem Izby nie miała znaczenia okoliczność, że Zamawiający wykrył wadę stanowiącą podstawę unieważnienia postępowania dopiero w toku ponownego badania i oceny ofert, stanowiącego efekt wcześniejszego orzeczenia Izby. Należy zauważyć, że Zamawiający może w każdym

czasie, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, korygować błędy popełnione w toku postępowania. Dokonanie takich czynności po upływie znacznego okresu czasu świadczą może ewentualnie o braku staranności w prowadzeniu procedury udzielenia zamówienia publicznego, ale nie wpływa na ocenę zasadności decyzji o unieważnieniu postępowania.

#### **100. Sygn. akt: KIO 390/16, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r.**

(...) Izba stwierdziła, że podnoszony przez Zamawiającego brak określenia maksymalnej wielkości dobowej dostawy drewna, stanowiącej jedno z kryteriów oceny ofert, w korelacji z niejasnymi i niedookreślonymi postanowieniami SIWZ, co do sposobu realizacji dobowych dostaw w trakcie realizacji zamówienia, stanowi o tego typu wadzie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą zakwalifikować należy jako wadę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. (...)

Tym samym w ramach kryterium oceny ofert nie mogą być oceniane i punktowane zobowiązania, które są niezgodne z SIWZ i nie mogą być zrealizowane na gruncie jej postanowień. Powyższe odrywałoby kryterium oceny ofert od przedmiotu zamówienia (w tym przypadku: sposobu dostawy) i jako takie prowadziłoby do oceny wielkości nie mających dla tego przedmiotu (a tym samym i dla Zamawiającego) żadnego znaczenia.

W konsekwencji zastana w postępowaniu (i wykorzystana przez Odwołującego) wada postanowień SIWZ polegająca na wykreowaniu przez Zamawiającego możliwości „oferowania” przez wykonawców i konieczności punktowaniu wielkości, które z przedmiotem zamówienia nie mają nic wspólnego, dyskwalifikuje te postanowienia jako sensowne i obiektywne narzędzie do wyłonienia najkorzystniejszej oferty i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania ze względu na naruszenie przepisów art. 91 ust. 1–3 ustawy, które w tym przypadku miało ewidentny wpływ na jego wynik.

#### **Art. 94 ust. 3**

#### **101. Sygn. akt: KIO 311/16, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r.**

(...) zgodnie z art. 94 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 Pzp.

Wynik wykładni powołanego przepisu ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu. Biorąc pod uwagę, że termin „uchylać się” według Słownika języka polskiego, PWN, oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś” należy dojść do przekonania, że stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż rzeczony wykonawca nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia. Na kanwie powyższych rozważań z całą stanowczością podkreślić należy, że „uchylanie się” wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy.

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

#### **102. Sygn. akt: KIO 2700/15, Wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.**

(...) interes we wniesieniu odwołania kwalifikowany możliwością poniesienia szkody, to interes w uzyskaniu zamówienia przez wnoszącego odwołanie, a nie interes ewentualnych innych potencjalnych wykonawców (wskazywany kilkakrotnie w rozpoznanym odwołaniu),

czy ochrona interesu publicznego. W wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11, Sąd Okręgowy w Warszawie orzekając w przedmiocie stosowania art. 179 ust. 1 Pzp wskazał, że przepis ten nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesu osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule.

### **103. Sygn. akt: KIO 2816/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r.**

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy – to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nie uwzględniła stanowiska Zamawiającego zawartego w piśmie – Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, a wskazującego, że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i którą podał przed otwarciem ofert. Izba wskazuje, że interes we wniesieniu odwołania materializuje się na moment jego wniesienia i w ocenie Izby na moment wniesienia odwołania Odwołujący takowy interes posiadał, bowiem jego oferta nie została z postępowania odrzucona a jednocześnie w postępowaniu została wybrana inna oferta, której wybór Odwołujący kwestionuje. Argumentacja Zamawiającego na ten moment jest przedwczesna z uwagi na to, że takiej czynności Zamawiający jeszcze nie dokonał, tzn. nie dokonał wyboru oferty z uwagi na brak środków jakimi dysponuje. Zaznaczyć należy, że przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy nie aktualizują się w zależności od zasadności podnoszonych zarzutów w odwołaniu. Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed w szczególności nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego albo uzyskaniu takiego zamówienia. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu.

### **104. Sygn. akt: KIO 2792/15, KIO 2843/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r.**

Odwołanie podlega oddaleniu, gdyż odwołujący nie wykazał przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący będący wykonawcą, który ubiega się o zamówienie w badanym postępowaniu ma interes w uzyskaniu zamówienia, jednak skutkiem zarzucanych zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy nie może on ponieść szkody. Konkluzja ta wynika z porównania informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, przywołanej przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy, z treścią zarzutów odwołania. Izba zważyła, że zamawiający dokonał wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp *[aktualnie przepisowi odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.]*, a odwołujący nie objął zarzutami odwołania wszystkich podstaw faktycznych czynności zamawiającego, pominął bowiem wymagania zamawiającego dotyczące wydajności. Zamawiający zarzucił, że instalacje w G. i Ł. nie spełniają wymagania wydajności minimum 5 000 Mg s.m./r. Wymaganie to powinno być spełnione dla każdego z projektów referencyjnych, a jego podmiotowy (odnoszący się do wiedzy i doświadczenia wykonawcy) charakter nie był kwestionowany. Ponieważ zamawiający wymagał przedstawienia co najmniej dwóch różnych projektów, a wymaganie dotyczące wydajności nie było zdaniem zamawiającego spełnione w dwóch z nich, jeśli odwołujący chciał zachować status wykonawcy w postępowaniu, a tym samym szanse na podpisanie umowy z zamawiającym, powinien podnieść zarzut wobec takiego ustalenia zamawiającego. Zarzutu w postępowaniu odwoławczym nie tworzy bowiem – jak chciałby odwołujący – wyłącznie wskazanie

podstawy prawnej oraz kwestionowanej czynności zamawiającego. Niezbędną osnową zarzutu wynikającą wprost z art. 180 ust. 3 Pzp stanowią bowiem okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. (...)

Ponieważ brak spełnienia wymagania dotyczącego wydajności był jedną z podstaw wykluczenia odwołującego, to niezależnie od oceny wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, czynność wykluczenia odwołującego – w tym zakresie, w jakim nie wniósł wobec niej odwołania – pozostaje w mocy. Odwołanie wobec czynności wykluczenia wnieść można wyłącznie w terminie prekluzyjnym, określonym w art. 182 ust. 1 Pzp, a skoro termin ten upłynął, czynność wykluczenia odwołującego z postępowania nie może zostać już wzruszona. Wykazywanie przez odwołującego dopiero na rozprawie, że wymagania dotyczące wydajności zostało spełnione jest spóźnione, gdyż zarzut ten nie może być rozpoznany z powodu zakazu wynikającego z art. 192 ust. 7 Pzp. (...)

W tej sytuacji nawet w razie potwierdzenia się wszystkich podniesionych zarzutów, odwołujący nie może już zostać przywrócony do udziału w postępowaniu i uzyskać zamówienia. Nie może więc ponieść szkody skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Czynność wykluczenia odwołującego z powodu braku wykazania przez niego spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż inwestycje w G. i Ł. nie spełniają wymagania wydajności, pozostaje w mocy i wywiera skutek prawny w postaci utraty przez odwołującego statusu wykonawcy w badanym postępowaniu.

Odwołujący nie spełnia przesłanek art. 179 ust. 1 Pzp, zatem wniesione przez niego odwołanie podlega oddaleniu bez konieczności merytorycznego rozpoznawania zarzutów podniesionych przez wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08 w: *Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze. Zeszyt Nr 4*, M. Stręciwilk red., teza 219, str. 132).

### **105. Sygn. akt: KIO 106/16, Wyrok KIO z dnia 10 lutego 2016 r.**

Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują Wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi: „który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia” (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 17.02.2011 r., sygn. akt: II Ca 9/11). Jest to niewątpliwie materialno-prawna przesłanka do wniesienia odwołania, polegająca badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu Wykonawcy może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów. Podobnie w wyroku KIO z 13.09.2011 r., sygn. akt: 1837/11. Pojęcie „interesu w uzyskaniu danego zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, odnosi się do uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu – w tym postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, a nie do określonego przedmiotu świadczenia. Dlatego nie jest dopuszczalne wykazywanie interesu w sytuacji, kiedy żądanie Odwołującego sprowadza się do unieważnienia postępowania. (...)

W przedmiotowym stanie faktycznym wszystkie okoliczności wskazane w przywołanym orzecznictwie zaistniały, Odwołujący bowiem został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta uznana za odrzuconą (okoliczność potwierdzona i nie będąca przedmiotem sporu), co miało miejsce w ramach czynności z 20.01.2016 r. Co więcej ani w przedmiotowym odwołaniu, ani w żadnym innym odwołaniu nie kwestionował czynności Zamawiającego wobec niego i jego oferty, w rezultacie został skutecznie pozbawiony statusu wykonawcy i nie ma żadnej możliwości uzyskania tego konkretnego zamówienia.



**106. Sygn. akt: KIO 179/16, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2016 r.**

Na wstępie przypomnienia wymaga, że warunkiem *sine qua non* uwzględnienia odwołania jest spełnienie przez odwołującego się wykonawcę materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym odwołanie przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał co najmniej pierwszej ze wskazanych przesłanek.

Podkreślenia wymaga, że odwołanie jest środkiem ochrony prawnej, którego celem jest uzyskanie zamówienia. W konsekwencji musi być ono traktowane jako przejaw zainteresowania ze strony wykonawcy wybraniem jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Trzeba przy tym pamiętać, że interes w uzyskaniu zamówienia jest skonkretyzowany do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z którym środek ochrony prawnej jest wnoszony i nie odnosi się do możliwości uzyskania zamówienia w ogóle (tj. w następstwie wszczęcia przez zamawiającego kolejnej procedury). *Ad casum*, mając na względzie zarówno konstrukcję zarzutów i żądań odwołania, jak również stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie, stwierdzić należało, że warunek ten nie został spełniony, a Odwołujący zmierzał nie tyle do stworzenia sobie warunków do uzyskania zamówienia, ile do powetowania straty finansowej. Przemawiają za tym następujące względy.

Po pierwsze – Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu ani zasadności wezwania go do uzupełnienia dokumentów, ani tym bardziej wszystkich podstaw wykluczenia go z postępowania w następstwie ich nieuzupełnienia. O ile bowiem można jeszcze przyjąć, że kontestował wykluczenie go z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (choć, *notabene*, ograniczył się w tym zakresie do głośownego twierdzenia o możliwości dokonania odmiennej, od przyjętej przez Zamawiającego, interpretacji jego treści), to nie sposób jego twierdzeń zawartych w uzasadnieniu odwołania i wyrażonych na rozprawie o braku możliwości przedstawienia aktualnego zaświadczenia o niezaleganiu z opłacaniem podatków interpretować inaczej niż jako przyznanie zasadności wykluczenia go z udziału w postępowaniu na tej podstawie.

Po drugie – Odwołujący nie sformułował żądania przywrócenia go do postępowania, a jedynie zwrotu wadium (zasądzenia od Zamawiającego jego równowartości), zaś na rozprawie przyznał, że udzielenie mu zamówienia w postępowaniu nie jest możliwe m.in. z uwagi na wspomniany fakt niezakwestionowania drugiej z podstaw wykluczenia oraz przesłanki odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę, co do której stwierdził wprost, że oparta na niej czynność Zamawiającego była zasadna.

**107. Sygn. akt: KIO 162/16, KIO 164/16, KIO 167/16, KIO 172/16,  
Wyrok KIO z dnia 7 marca 2016 r.**

Zgodnie z tym przepisem [art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – *przyp. red.*] środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Oferta Odwołującego, co prawda została uznana za najkorzystniejszą, jednakże zarzuty i wnioski kierowane w stosunku do oferty wykonawcy X S.A. z W. [Uczestnik postępowania lub wykonawca X], która została odrzucona mogą na dalszym etapie postępowania wpłynąć, na sytuację Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca X wniósł bowiem odwołanie [sygn. akt: KIO 164/16] wobec odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzając, że Zamawiający nieprawidłowo uznał, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uwzględnienie zatem zarzutów z odwołania wykonawcy X może spowodować, że ten wykonawca zostanie przywrócony do

postępowania, a to z kolei zagraża interesowi Odwołującego w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a zatem skutkuje również możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego. Tym samym stan faktyczny sprawy, dla oceny przesłanek uprawniających wykonawcę do wniesienia odwołania, uzasadnia powoływanie się przez Odwołującego na możliwość poniesienia przez Odwołującego w przyszłości ewentualnej szkody, wymaganej art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na obowiązującą w postępowaniu odwoławczym zasadę koncentracji wnoszenia środków odwoławczych – odwołań – zaniechanie kwestionowania wszystkich podstaw nie odrzucenia oferty konkurencyjnej powoduje, że wykonawca taki na późniejszym etapie postępowania, w związku z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, nie mógłby skutecznie powoływać się na okoliczności, co do której posiadał wiedzę już na wcześniejszym etapie – pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty – gdyż zarzuty w tym zakresie uznane byłyby za spóźnione w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

### **108. Sygn. akt: KIO 319/16, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2016 r.**

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że badanie spełnienia przesłanek wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje w ramach danego postępowania odwoławczego, wykazanie zaś tych przesłanek, uzasadniających legitymację czynną spoczywa na podmiocie, który ze środków ochrony prawnej, przewidzianych w ustawie, chce w konkretnym postępowaniu skorzystać. Przy czym Izba, z mocy powołanego przepisu zobowiązana jest do zbadania, przed merytorycznym rozpoznaniem sporu, czy odwołujący jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Czynności te Izba podejmuje z urzędu, a od wyniku ustaleń Izby w tym przedmiocie, zależy dalszy tryb procedowania. Stwierdzenie braku legitymacji czynnej po stronie odwołującego skutkuje oddaleniem odwołania, jako że przesłanki wymienione w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter materialnoprawny, zaś w przypadku stwierdzenia istnienia rzeczonej legitymacji dochodzi do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Przechodząc do oceny przesłanek zawartych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że po pierwsze, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, uczestnik konkursu, a także inny podmiot. Powołany przepis wyznacza zatem krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zauważyć przy tym należy, że uprawnienie do zaskarżania czynności i bezprawnych zaniechań zamawiającego przypisano przede wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie danego zamówienia. Wnoszący odwołanie musi przy tym wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia. Przy czym za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, iż interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość uzyskania zamówienia.

Podkreślić jednakże należy, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy.

W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08,

następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia. (...)

Zaniechanie wykazania przez Odwołującego legitymacji czynnej do wniesienia odwołania stanowi wystarczającą podstawę do odstąpienia przez Izbę od merytorycznego rozpatrzenia podniesionych w odwołaniu zarzutów i oddalenia odwołania. Powyższe potwierdza orzecznictwo Sądów Okręgowych, w szczególności należy wskazać na uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08: „Mając na uwadze powyższe rozważania należy wskazać, iż prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu. Niemniej w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku Izba, oprócz powyższej kwestii odniosła się również w sposób merytoryczny do podniesionych przez odwołującego zarzutów, czego w świetle powyższego nie musiała już czynić”.

### **109. Sygn. akt: KIO 296/16, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2016 r.**

Zakres zarzutów i żądań z nich wynikających wskazywały na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez wzruszenie czynności alternatywnego wezwania do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, której konsekwencją może być decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania bez możliwości skutecznego wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Ustawy. Izba uznała, iż uzasadnione mogą być obawy Odwołującego o wynik oceny przedłożonych na podstawie kwestionowanego wezwania dokumentów (wyjaśnień), w sytuacji, kiedy w wezwaniu pozostawiono wykonawcy decyzję o tym czy potrzebne jest uzupełnienie dokumentów na wypadek, gdyby wyjaśnienia mogły okazać się niewystarczające. W ocenie Izby, naruszającym interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może być podejmowanie czynności zmierzających do wyjaśnienia dokumentów, których następstwem może być decyzja o wykluczeniu z postępowania, bez uprzedniego wezwania o uzupełnienie dokumentów wraz z podaniem przyczyn, dla których Zamawiający uznaje wyjaśnienia za niewystarczające. W efekcie jednoczesnego wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia stosownych dokumentów, w związku z okolicznościami wskazanymi w wezwaniu wykonawca musi przewidzieć, czy wyjaśnienia będą dla Zamawiającego wystarczające, czy też konieczne jest już uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co leży w gestii Zamawiającego, jako odpowiedzialnego za prawidłową ocenę ofert. Już z tej przyczyny należy uznać, iż takie postępowanie narusza interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, poprzez uruchomienie procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy przed ostateczną oceną dokumentów złożonych w ofercie (w kontekście występujących wątpliwości wymagających wcześniejszego wyjaśnienia). Bez wpływu na ocenę istnienia interesu we wniesieniu odwołania pozostawała okoliczność, iż w dniu zamknięcia rozprawy wyjaśnienia wraz z dokumentami zostały Zamawiającemu złożone, gdyż ewentualne błędy Zamawiającego popełnione przy formułowaniu wezwania mogą wpływać na prawidłowy wynik oceny oferty Odwołującego i rzutować na dalsze czynności w postępowaniu. Zamawiający na rozprawie zapowiedział, iż Komisja Przetargowa w części związanej z oceną zaświadczenia uznała, że dokument powinien być uzupełniony, a Odwołujący złożył jedynie wyjaśnienia, co może wskazywać, iż Zamawiający zamierza wykluczyć Odwołującego z postępowania, uznając, iż nie ma podstaw do ponownego wezwania o uzupełnienie dokumentu w tym samym zakresie. Powoduje to, iż odwołanie wykonawcy zmierzające do uchylecia nieprawidłowej czynności wezwania do wyjaśnień łącznie z wezwaniem do uzupełnienia dokumentu, którego dotyczyć mają wyjaśnienia, ma na celu uchronienie wykonawcy przed negatywnymi skutkami oceny Zamawiającego wyrażającymi się w decyzji o wykluczeniu z postępowania i koniecznością ponoszenia kolejnych kosztów postępowania odwoławczego.

**110. Sygn. akt: KIO 305/16, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r.**

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego o braku po stronie Odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania. Stanowisko to Zamawiający oparł na twierdzeniu, że nawet w przypadku doliczenia podatku VAT w wysokości 23% do ceny oferty Przystępującego, oferta ta nadal będzie korzystniejsza od oferty Odwołującego. Odnosząc się do tego stanowiska podkreślić należy, że zarzuty odwołania skierowane były wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, a żądania zmierzały do nakazania Zamawiającemu odrzucenia tej oferty, nie zaś do poprawienia jej ceny. Tym samym Odwołujący miał interes we wniesieniu odwołania i w wyniku bezprawności zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego mógł ponieść szkodę – nie uzyskałby bowiem zamówienia, które w przypadku braku zarzuconego zaniechania po stronie Zamawiającego mógłby uzyskać.

**111. Sygn. akt: KIO 483/16, KIO 490/16, KIO 491/16,  
Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r.**

Co istotne, nie było w obu sprawach sporne to, że zarzuty podnoszone przez każdego z dwóch powołanych Odwołujących (tak w sprawie KIO 483/16, jak i w sprawie KIO 491/16 w odniesieniu do oferty X), w przypadku potwierdzenia się ich zasadności, nie mogły doprowadzić do zmiany kolejności ofert w rankingu ustalonym przez Zamawiającego w oparciu o kryteria oceny ofert opisane w IDW. Zarzuty te zmierzały tylko i wyłącznie do wyeliminowania z udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne od oferty Wykonawcy, który odwołanie to (w zakresie tu rozpoznawanym) wniósł. (...)

W ocenie Izby, w omawianym powyżej zakresie, żaden z dwóch odwołujących się Wykonawców nie wykazał, jaką szkodę mógłby on ponieść w przypadku, gdyby przeprowadzone przez Zamawiającego badanie ofert mniej korzystnych od oferty przez niego złożonej okazało się, w granicach zarzutów sformułowanych we wniesionym przez niego odwołaniu, dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca wnoszący odwołanie jest zobowiązany wykazać posiadanie interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, którego wnoszone przez niego odwołanie dotyczy, nadto musi on wykazać również możliwość poniesienia szkody. W rozpoznawanym tu przypadku i w omawianym zakresie (w sprawie KIO 483/16 w odniesieniu do całego odwołania, zaś w sprawie KIO 491/16, w odniesieniu do zarzutów podnoszonych wobec oferty złożonej przez X), tak interes, jak i możliwość poniesienia szkody nie występują. Jak to już wskazywano, niezależnie od oceny tak sformułowanych zarzutów, w tak ustalonym stanie faktycznym, oferty złożone przez odwołujących się Wykonawców, zgodnie z kryteriami opisanymi w rozdziale 14 IDW, zawsze zostałyby sklasyfikowane w rankingu ofert powyżej ofert w tych odwołaniach kwestionowanych (w omawianym tu zakresie). Nie można bowiem przyjąć, że zarzuty i wnioski skierowane w odniesieniu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty mniej korzystne w świetle kryteriów opisanych w SIWZ, mogą w rozpoznawanych sprawach rzutować na sytuację wykonawcy wyżej ocenionego, w sposób który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – wykluczenie wykonawców, czy też zaniechanie tej czynności, a także odrzucenie bądź nie ofert innych wykonawców, które to oferty okazały się w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu mniej korzystne od ofert obu Odwołujących pozostaje dla każdego z odwołujących się Wykonawców neutralne. (...)

Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (...).

**Art. 180 ust. 1****112. Sygn. akt: KIO 596/16, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2016 r.**

(...) Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie przedmiotowych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Odwołującego nie jest rażąco niska.

**Art. 180 ust. 2****113. Sygn. akt: 3/16, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r.**

(...) postępowanie dotyczy udzielenia zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych. Tym samym przedmiotem odwołania i rozstrzygnięcia przez Izbę mogą być tylko zarzuty wynikające z czynności Zamawiającego objęte przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym, poza powyższym skrótowym zasygnalizowaniem stanowisk wobec oferty wybranej, zarzuty te, jako niedotyczące zakresu wskazanego w ww. przepisie, nie mogły być przedmiotem zaskarżenia i rozstrzygnięcia przez Izbę.

**Art. 180 ust. 4****114. Sygn. akt: KIO 2849/15, Postanowienie KIO z dnia 11 stycznia 2016 r.**

Jednocześnie należy wskazać, że wniesienie odwołania za pośrednictwem faksu nie jest prawnie skuteczne w związku z treścią art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Z powyższego przepisu wynika, że odwołanie musi zostać przekazane do siedziby Izby w powyższej formie w terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

**115. Sygn. akt: KIO 597/16, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r.**

W myśl art. 180 ust. 4 ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu. Nowelizacja ustawy P.z.p. wprowadzona ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) uchyliła przepis, zgodnie z którym równoznaczne z wniesieniem odwołania jest jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego. Tym samym, dla zachowania terminu wniesienia odwołania konieczne jest jego doręczenie w wymaganym terminie Prezesowi KIO. Stanowisko takie potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 lutego 2014 roku Sygn. akt II CZP 90/13. Wobec tego odwołanie złożone w przedmiotowym postępowaniu winno zostać doręczone do Prezesa KIO najpóźniej w dniu 18 kwietnia 2016 roku. Odwołanie zostało zaś wniesione w dniu 19 kwietnia 2016 roku, czyli z uchybieniem terminu.

**Art. 182****116. Sygn. akt: KIO 33/16, Postanowienie KIO z dnia 20 stycznia 2016 r.**

Izba ustaliła, iż ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 stycznia 2016 r., poz. 2156. Ogłoszenie to zo-



stało poprzedzone publikacją ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 grudnia 2015 r., poz. 347936. W następstwie publikacji tego ogłoszenia (ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy) odwoalnie wnosi się w terminach wskazanych w art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. W myśl ww. przepisu „odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się: (...) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 1 ust. 8 – w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”. Zamawiający już w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 grudnia 2015 r., zawarł informację o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki. Termin na wniesienie odwołania mijał więc w dniu 23 grudnia 2015 r. Już w dniu ukazania się ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia odwołujący powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Informacje te w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy zamieszczane są bowiem obligatoryjnie (zgodnie z art. 66 ust. 2 ustawy Pzp). Informacje te zostały powtórzone w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, które zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 stycznia 2016 r. Tak więc odwołujący, wnosząc odwołanie w dniu 11 stycznia 2015 r. wobec czynności udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1, pkt 1, lit. b ustawy Pzp, odniósł się do kwestii już zawartych w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy, a więc znanych mu już w dniu 18 grudnia 2015 r. Tymczasem zamawiający, zamieszczając ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy korzysta ze zwiększonej ochrony umowy przed unieważnieniem oraz skróconych terminów wniesienia odwołania w przedmiocie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Ogłoszenie to (ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy) umożliwia bowiem wykonawcom pozyskanie informacji o zamówieniach udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki i ewentualne zakwestionowanie decyzji zamawiającego poprzez wniesienie odwołania już na tym etapie postępowania. Tak więc termin na wniesienie tego odwołania powinien być liczony od daty zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. (...)

Odnosząc się do pisma złożonego przez odwołującego w dniu 18 stycznia 2016 r., oznaczonego jako „dodatkové stanowisko w sprawie” stwierdzić należy, że wszelkie zarzuty powinny być podniesione przez odwołującego w terminach na wniesienie odwołania przewidzianych w art. 182 ustawy Pzp. Tak więc w tym stanie faktycznym termin ten już upłynął.

### **117. Sygn. akt: KIO 222/16, Wyrok KIO z dnia 3 marca 2016 r.**

Izba odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący uznania za zasadne objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego co do przesłanek kalkulacji ceny ofertowej, został podniesiony po terminie na jego wniesienie, uznała stanowisko Zamawiającego w tym zakresie za zasadne. Ponadto niewątpliwym w sprawie jest fakt, że X już w złożonej ofercie objął tajemnicą przedsiębiorstwa pewną część dokumentów dotyczących kosztów wykonania zamówienia. Objęcie tych danych tajemnicą przedsiębiorstwa nie było kwestionowane przez Odwołującego. Złożone w dniu 23 grudnia 2015 r. wyjaśnienia Przystępującego w zakresie zaoferowanej ceny należy traktować, jako kontynuację i rozwinięcie zawartych danych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a złożonych wraz z ofertą. Dlatego też, gdyby nawet oceniać zasadność tego zarzutu to stwierdzić należy, że wykonawca nie może domagać się odtajnienia danych, związanych z informacją objętą już skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa, a nie zakwestionowanych na pewnym etapie postępowania. Takie postępowanie prowadziłoby do obejścia przepisów prawa, gdyż wykonawca składając wniosek o zdjęcie tajemnicy przedsiębiorstwa z dokumentów złożonych później, pozyskałby także dostęp do dokumentów, których utajnienia na wcześniejszym etapie nie kwestionował. Oczywiście kwestię tą należy oceniać wg. stanu faktycznego danej sprawy.

**118. Sygn. akt: KIO 289/16, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2016 r.**

Odwołanie to dotyczy bowiem czynności oceny skuteczności zastrzeżeń informacji poczynionych przez wykonawców w ofertach, o której Odwołujący został poinformowany, a zatem czynności odrębnej od czynności oceny ofert, co do spełniania warunków i zgodności oferty z wymaganiami specyfikacji. Podnoszenie takiego zarzutu w odwołaniu z żądaniem ujawnienia tych informacji, po dokonaniu przez zamawiającego czynności oceny ofert, skutkiem której byłoby zaproszenie do udziału w aukcji, mogłoby – z uwagi na regulacje zawarte w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp – zostać uznane, co do zasady, za nieskuteczne. Zgodnie z powołanym przepisem, wobec czynności innych niż wskazane w ust. 1 i 2 tego artykułu, takich jak niezasadne zaniechanie udostępnienia/odtajnienia, czy też niezasadne zastrzeżenie informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i, jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – 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. Ustawa – Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności – braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadomienia wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjętej czynności, mającej na celu zweryfikowanie skuteczności takiego zastrzeżenia. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie, co do zasady, w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty [ofert] w pełnym zakresie – również w tym zastrzeżonym. W tym przypadku miał zastosowanie art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, albowiem wykonawca z pisma z dnia 18 lutego 2016 r. dowiedział się o decyzji w przedmiocie „nieodtajnienia” ofert zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa przez X, Z i Y.

**Art. 185 ust. 1****119. Sygn. akt: KIO 303/16, Postanowienie KIO z dnia 15 marca 2016 r.**

Celem wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym jest umożliwienie wszystkim ewentualnym uczestnikom sporu – wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia – zapoznanie się ze stanowiskiem przedstawionym w odwołaniu, w taki sposób, aby móc przystąpić do tego postępowania odwoławczego i odnieść się do przedstawionych zarzutów na rozprawie – w szczególności, jeśli zarzuty te dotyczą wykonawcy, który – w świetle żądań Odwołującego – powinien zostać wykluczony bądź jego oferta miałaby zostać odrzucona. W ocenie Izby za niewystarczające oraz niespełniające celu wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym należy uznać zawiadomienie wykonawców o wykonanych już czynnościach zgodnie z żądaniami odwołania, gdyż wykonawcy ci – w tak przedstawionym stanie faktycznym – nie mogą bronić swoich praw i interesów w tym postępowaniu odwoławczym. Zauważyć należy, że w świetle art. 185 ust. 2 ustawy Pzp termin na zgłoszenie przystąpienia rozpoczyna swój bieg od momentu otrzymania kopii takiego odwołania a nieuczynienie zadość – przez Zamawiającego – ww. obowiązkowi stanowi naruszenie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp i może być podstawą do wniesienia przez innych wykonawców odrębnego środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Jedynie bowiem wykonawcy wezwani przez Zamawiającego zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, którzy nie skorzystali z możliwości przystąpienia do postępowania odwoławczego nie są w świetle ustawy uprawnieni do korzystania z środków ochrony prawnej w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 185 ust. 6 ustawy Pzp).

**Art. 185 ust. 2–4****120. Sygn. akt: KIO 156/16, KIO 161/16, Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2016 r.**

(...) wykonawca X Sp. z o.o. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego nie wykazał interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpienie zgłosił – Zamawiającego. Wobec tego przystąpienia, obaj Odwołujący zgłosili opozycję wskazując, że oferta tego podmiotu została prawomocnie odrzucona z postępowania i tym samym nie posiada on już przymiotu wykonawcy. Natomiast zgodnie z treścią przepisu art. 185 ust. 2 Pzp do postępowania może przystąpić tylko podmiot będący wykonawcą. Przeciwko takiemu stanowisku oponował zarówno X oraz Zamawiający, który stwierdził, że ustawa uznaje za wykonawcę każdy podmiot, który złożył ofertę i nie określa końca bytu bycia wykonawcą.

Izba postanowiła uwzględnić opozycję Odwołujących, biorąc pod uwagę zarówno treść stanowiska Odwołujących, jak i argumentację interesu w przystąpieniu, wskazaną w samym zgłoszeniu przystąpienia przez wykonawcę X. Wskazać należy, że oferta wykonawcy X została w wykonaniu wyroku KIO 2581/15 i 2571/15 ostatecznie odrzucona. Tym samym wykonawca ten nie ma szans na powrót do tego postępowania. Rację mają Odwołujący, że bycie wykonawcą rozpoczyna się w sytuacjach wskazanych w przepisie art. 2 pkt 11 Pzp i kończy się z chwilą zakończenia postępowania lub prawomocnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, czy odrzucenia jego oferty. Nie można akceptować stanowiska, iż np. podmiot, który utracił możliwość bycia podmiotem praw i obowiązków w tym postępowaniu lub jego oferta została ostatecznie odrzucona, może nawet w sytuacji kilku następnych po tej czynności postępowaniach odwoławczych, uczestniczyć w postępowaniu jako przystępujący, korzystając z przymiotu, iż kiedyś był wykonawcą.

Nadto zwrócić należy uwagę na kwestię, iż podmiot ten w zgłoszonym przystąpieniu widział swój interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego w pilnowaniu, aby postępowanie toczyło się zgodnie z przepisami prawa i przede wszystkim zostało utrzymane jego unieważnienie. Izba stwierdza, że zarówno Odwołujący, jak i zgłaszający przystąpienie, winni upatrywać swój interes tylko w rozstrzygnięciu tego konkretnego postępowania, a nie jakiegoś ewentualnego, przyszłego.

**121. Sygn. akt: KIO 183/16, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2016 r.**

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego przystępującego Y, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego. Izba, działając na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp postanowiła oddalić opozycję odwołującego przeciwko przystąpieniu wykonawcy Y, gdyż odwołujący nie uprawdopodobnił, że wykonawca Y nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego. Zgłaszający opozycję podniósł, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystępujący Y będzie co najwyżej posiadał w przyszłym, hipotetycznym postępowaniu. Podniósł ponadto, że niezależnie od rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego wykonawca Y nie może uzyskać zamówienia. Argumentował, że oferta przystępującego Y zajęła w rankingu 3 miejsce, ale w razie odrzucenia oferty najkorzystniejszej i tak w rankingu zajmować będzie miejsce za ofertą odwołującego.

Izba stwierdziła, że odwołujący we wniesionym odwołaniu domagał się odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez przystępującego Y. Zamawiający ocenił zaś ofertę tego przystępującego jako zgodną z SIWZ. W tej sytuacji interes przystępującego Y w rozstrzygnięciu postępowania odwoławczego na korzyść zamawiającego mógł przejawiać się w chęci

obrony swej oferty i utrzymania jej statusu jako niepodlegającej odrzuceniu. Wbrew stanowisku odwołującego interes przystępującego Y dotyczył oferty złożonej przez przystępującego w tym postępowaniu. Wreszcie, zgodnie z art. 185 ustawy Pzp, interes ten (w przeciwieństwie do interesu, jaki musi wykazać wnoszący odwołanie w świetle art. 179 ust. 1 Pzp) nie musiał przejawiać się w uzyskaniu danego zamówienia. Wobec powyższego opozycja podlegała oddaleniu.

### **122. Sygn. akt: KIO 371/16, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2016 r.**

W powyższym zakresie Izba oddaliła opozycję Odwołującego przeciw przystąpieniu Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym. Jakkolwiek opozycja opierała się na słusznym założeniu, że zgłaszający przystąpienie popiera decyzję Zamawiającego, która *de facto* uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia, tym niemniej interesu, o którym mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp nie można utożsamiać z interesem z art. 179 ust. 1 Pzp. Drugi z nich skierowany jest wprost na zwycięstwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (uzyskanie zamówienia), pierwszy zaś nie musi koniecznie zmierzać do takiego skutku. Interes przystępującego to kategoria szersza od interesu odwołującego, wyrażająca się dążeniem do uzyskania jakiegokolwiek korzyści w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro zatem Wykonawca skutecznie – w przekonaniu swoim, jak i Zamawiającego – zastrzegł określone informacje, do których dostępu oczekuje Odwołujący, to korzyścią tego wykonawcy wyczerpującą przesłankę interesu z art. 185 ust. 2 Pzp będzie utrzymanie niejawnego charakteru zastrzeżonych w postępowaniu informacji.

### **123. Sygn. akt: KIO 453/16, KIO 454/16, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r.**

Izba uznała, że w/w wykonawcy w pismach zawierających zgłoszenie przystąpienia nie wykazali interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony odwołującej. Słusznie też zamawiający zauważył, że przedmiotem obu odwołań jest kwestia tajemnicy zawartej we wnioskach wykonawców odwołujących się. Trudno zatem byłoby wywodzić w takiej sytuacji interes innego wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte właśnie na korzyść odwołującego przez unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odtajnieniu określonych dokumentów zawartych w ofercie czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu innego wykonawcy. (...)

Izba zauważyła, że choć interes wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego powinien być szeroko rozumiany, to jednak wykonawcy powinni wskazać na czym polega interes w odniesieniu do ich sytuacji w danym postępowaniu, nie zaś powoływać się ogólnie na konieczność przestrzegania przepisów prawa, czy na możliwość następczego unieważnienia postępowania.

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

### **124. Sygn. akt: KIO 408/16, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2016 r.**

(...) zwrócić należy uwagę na kwestię iż Odwołujący w przedmiotowym zarzucie kwestionował odmowę Zamawiającego przywrócenia terminu do uzupełnienia dokumentów przez X S.A. Jednakże uszło uwadze Odwołującego, że ustawa Pzp poza zakresem dot. postępowania odwoławczego i wnoszenia skargi na orzeczenie KIO (art. 185 ust. 7 i 198a ust. 2 Pzp), do których stosuje się przepisy kpc, nie zna instytucji przywrócenia terminu. W sytuacji uznania nieprawidłowego wezwania wykonawcy do dokonania określonej czynności, Izba może nakazać Zamawiającemu ponowne wezwanie wykonawcy do jej dokonania. Natomiast brak jest podstaw prawnych do nakazania przywrócenia terminu do dokonania

czynności, dla której wykonania upłynął już termin wskazany w wezwaniu. Dlatego też brak było możliwości prawnych do przywrócenia terminu zgodnie z żądaniem Odwoływającego.

### Art. 186 ust. 2–4

#### 125. Sygn. akt: KIO 2829/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r.

Izba stoi na stanowisku, że aczkolwiek przystępujący ograniczył swój sprzeciw do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 [*aktualnie temu przepisowi odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp – przyp. red.*] ustawy przez uznanie, że dopuszczalne jest wykluczenie odwoływającego w sytuacji, gdy nie przedstawił zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej obejmującego kody 170180 i 170380, to Izba w takiej sytuacji ma obowiązek rozpoznać odwołanie w całości. To stanowisko znajduje oparcie w art. 186 ust. 4 ustawy, który stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie. Natomiast przepis art. 186 ust. 2 i 3 ustawy nie daje Izbie podstaw do częściowego umorzenia postępowania, jak również ustawodawca nie przewidział możliwości umorzenia postępowania w całości lub części z powodu jego bezprzedmiotowości, jak ma to miejsce w art. 183 ust. 5 ustawy dotyczącym rozpoznawania przez Izbę wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Tym samym uwzględnienie odwołania w części nie objętej sprzeciwem może być przez Izbę rozpatrywane jedynie jako przyznanie przez zamawiającego spornych okoliczności, a częściowe wniesienie sprzeciwu, jako nie podtrzymanie przez przystępującego wniosku o oddalenie odwołania w części, w której przystępujący się nie sprzeciwiał uznaniu. Taka interpretacja zaistniałej w niniejszym postępowaniu odwoławczym sytuacji procesowej znajduje usprawiedliwienie w treści art. 185 ust. 5 ustawy, zgodnie z którym czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

#### 126. Sygn. akt: KIO 541/16, Postanowienie KIO z dnia 22 kwietnia 2016 r.

Prezes KIO w piśmie z dnia 20 kwietnia br. poinformował m.in., że korespondencja o unieważnieniu postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego skierowana do wykonawców, na którą powołuje się Zamawiający w pismach, w tym z dnia 18 kwietnia br. nie stanowi dla składu orzekającego podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego. (...)

Izba ponadto stwierdza, że to postępowanie nie mogło podlegać umorzeniu na podstawie wniosku zamawiającego tylko dlatego, że Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Samodzielną podstawą umorzenia postępowania odwoławczego mógłby być, z wniosku zamawiającego, wyłącznie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w myśl którego [zdanie pierwsze] tylko w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze.

#### 127. Sygn. akt: KIO 523/16, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 26.04.2016 r. uznała, iż zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 Ustawy. W ocenie Izby Przystępujący, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w sprawie nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu pisemnie lub ustnie do protokołu posiedzenia. Skoro odwo-



łanie zostało skierowane do rozpoznania na posiedzenie z udziałem stron (wyznaczone zgodnie z wnioskiem Przystępującego w innym dniu niż 21 i 28 kwietnia 2016 r.), Izba nie wyważyła oddzielenie Przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu, uznając, iż jego nieusprawiedliwione niestawiennictwo na posiedzeniu oznacza rezygnację z prawa do zgłoszenia sprzeciwu. (...)

W niniejszej sprawie umorzenie postępowania nastąpiło na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, na którym Przystępujący (gdyby był obecny) mógł wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego. Brak stawiennictwa Przystępującego nie uniemożliwił zatem umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 Ustawy.

### **Art. 189 ust. 2 pkt 2**

#### **128. Sygn. akt: KIO 287/15, Postanowienie KIO z dnia 9 marca 2016 r.**

Reasumując, należało uznać, że wykonawca, którego oferta została odrzucona w wykonaniu wyroku Izby, nie został wyposażony w uprawnienie do kwestionowania czynności Zamawiającego na drodze wniesienia nowego odwołania. Konsekwencją takiego stanu jest to, że poczynszy od czynności dokonanej w wykonaniu wyroku Izby został on również pozbawiony uprawnienia do wnoszenia jakichkolwiek innych odwołań w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w których dotychczas uczestniczył, jako wykonawca – nie posiada on już bowiem aktywnego statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego. Stąd też każde wniesione przez niego odwołanie, nie tylko zmierzające do podważenia czynności odrzuconej przez niego oferty dokonanej w wykonaniu wyroku Izby, ale każdej innej podjętej równocześnie z tą czynnością lub już po niej, winno zostać odrzucone, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

#### **129. Sygn. akt: KIO 495/16, Postanowienie KIO z dnia 18 kwietnia 2016 r.**

Zgodnie z przepisem art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie jeżeli zostało ono wniesione przez podmiot nieuprawniony. Sytuacja taka zachodzi, gdy podmiot wnoszący odwołanie nie posiada statusu wykonawcy w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 11 Pzp. Obejmuje ona również przypadki, w których odwołanie jest wnoszone tylko przez niektórych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wówczas status wykonawcy przysługuje tylko łącznie wszystkim podmiotom.

W rozpoznawanym stanie faktycznym odwołanie zostało wniesione w imieniu i na rzecz tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to jest S. B. Spółka Jawna. Stwierdzić należy, że w związku z tym nie zachodzi tożsamość pomiędzy podmiotem składającym ofertę w ramach prowadzonego postępowania, a stroną postępowania odwoławczego, co w ocenie Izby uzasadnia odrzucenie odwołania.

Izba wskazuje również, że zarówno w treści odwołania, a także w treści złożonych wraz z nim dokumentów brak jest jakiegokolwiek informacji, która pozwoliłaby przypuszczać, że S. B. Spółka Jawna, wnosząc odwołanie działał jako pełnomocnik powołanego powyżej Konsorcjum.

#### **130. Sygn. akt: KIO 579/16, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2016 r.**

Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego od odrzucenie odwołania, wskazując na to, iż podana podstawa prawna art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy w niniejszym postępowaniu nie może być wzięta pod uwagę z uwagi na definicję pojęcia „wykonawca” zawartą w art. 2 pkt. 11 ustawy, który nie wiąże statusu wykonawcy z terminem związania ofertą. Tym samym nie można wykonać, który nie jest już związany złożoną przez siebie ofertą, uznać za podmiot nieumocowany do wniesienia odwołania.

**Art. 189 ust. 2 pkt 3****131. Sygn. akt: KIO 112/16, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2016 r.**

Izba uznała, że nie zachodzą przesłanki wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. W zakresie zarzutów, które mogły być podniesione po czynności pierwotnego wyboru z dnia 4 grudnia 2015 r., to Izba nie podziela poglądu prawnego przystępującego, tj. że odwołanie należy odrzucić uznając je za spóźnione. W ocenie Izby bowiem czynność prawna, o której zamawiający poinformował w dniu 4 grudnia 2014 r. (pierwotny wybór) została wyeliminowana z przedmiotowego postępowania przez czynności zamawiającego tj. unieważnienie czynności pierwotnego wyboru w skutek wyroku Izby z dnia 29 grudnia 2015 r. w sprawie sygn. akt KIO 2720/15. Tym samym czynność pierwotnego wyboru jest czynnością nieistniejącą, a w konsekwencji jedyną czynnością istniejącą w przedmiotowym postępowaniu jest czynność nowego wyboru tj. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, o której zamawiający poinformował w dniu 20 stycznia 2016 r. Izba w tym zakresie wskazuje na tezę wyroku TSUE z dnia 8 maja 2014 r. sygn. akt C-161/13, gdzie TSUE wskazał, że art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2a ust. 2 akapit ostatni dyrektywy 92/13 koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów unijnych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy interpretować w ten sposób, że termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia powinien biec od nowa, w sytuacji gdy podmiot zamawiający przyjął nową decyzję, po przyjęciu tej decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz przed podpisaniem umowy, mogącą mieć wpływ na zgodność z prawem rzezonej decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg tego terminu rozpoczyna się od chwili zawiadomienia oferentów o późniejszej decyzji lub w jego braku – od chwili, w której zapoznali się oni z tą decyzją. W sytuacji gdy oferent po upływie terminu na wniesienie środka odwoławczego przewidzianego w przepisach krajowych dowiaduje się o uchybieniu, które miałyby zostać popełnione przed przyjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia, prawo wniesienia środka odwoławczego od tej decyzji przysługuje mu wyłącznie w tym terminie, chyba że wyraźny przepis prawa krajowego gwarantuje takie prawo zgodnie z prawem Unii. Z powołanego orzeczenia wynika zatem, że unieważnienie decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i wydanie w jej miejsce nowej o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: X Spółka Akcyjna z siedzibą w W., Y spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., otworzyło odwołującemu prawo do noszenia środków ochrony prawnej. Świadczy o tym wprost pkt 44 uzasadnienia powołanego wyżej orzeczenia, w którym TSUE wywodzi, że „Należy zauważyć, że w sytuacji będącej przedmiotem postępowania głównego w przypadku stwierdzenia nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia zgrupowaniu, które zajęło pierwsze miejsce w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, ponowna decyzja o udzieleniu zamówienia innemu oferentowi może być przedmiotem nowej skargi o stwierdzenie nieważności w terminie przewidzianym w przepisach krajowych.”

**132. Sygn. akt: KIO 417/16, Postanowienie KIO z dnia 4 kwietnia 2016 r.**

Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną z udziałem zaproszonych wykonawców w dniu 9 marca 2016 roku oraz w dniu 10 marca 2016 roku powiadomił wykonawców o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Informacja przekazana Odwołującemu przez Zamawiającego z dnia 3 marca 2016 roku jest jednocześnie informacją dla wykonawcy o tym, że Zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że nie zweryfikował pozytywnie oferty Odwołującego, czego wyraz dał Zamawiający w uzasadnieniu pisma. Tym samym to z dniem 3 marca 2016 roku Odwołujący powziął wiadomość o tym, że nie został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej oraz o podstawach tego działania Zamawiającego.

W ocenie Izby czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 ustawy. W takim przypadku odwołanie – zgodnie ze wskazanym przepisem – 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. Izba wskazuje, że Zamawiający powiadomił Odwołującego o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania, tj. o niezaproszeniu do aukcji elektronicznej z jednoczesnym podaniem przyczyn tego niezaproszenia przez wskazanie podstaw odrzucenia oferty wraz z uzasadnieniem w dniu 3 marca 2016 roku, tak więc termin na wniesienie odwołania upłynął 14 marca 2016 roku (poniedziałek). Tym samym nie może być uznane za skuteczne wniesienie odwołania w dniu 21 marca 2016 roku, które nastąpiło z uchybieniem terminu.

#### **Art. 189 ust. 2 pkt 4**

##### **133. Sygn. akt: KIO 581/16, Postanowienie KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r.**

Podnieść należy, że podstawą odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie jest tożsamość listy zarzutów, listy zgłoszonych żądań, ani tożsamość redakcji uzasadnienia odwołania, ale powołanie się na te same okoliczności, czyli okoliczności prawne i faktyczne dotyczące czynności lub zaniechań zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia na skutek poprzedniego odwołania.

Izba stwierdziła, że poprzednio wniesione odwołanie jest niemal tożsame w brzmieniu z aktualnie wniesionym odwołaniem w zakresie okoliczności związanych z zarzutem naruszenia przepisów ustawy Pzp w następstwie niewykazania spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 12.2.1. SIWZ. (...)

Jak wynika z wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 441/16 Izba oddaliła odwołanie w części opartej na zarzucie niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 12.2.1. SIWZ, które odwołujący oparł na tych samych okolicznościach faktycznych. Jeżeli zaś chodzi o okoliczności dodatkowo podnoszone przez odwołującego stanowią one w istocie próbę polemiki z wyrokiem Izby z 6 kwietnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 441/16. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że jeżeli odwołujący nie zgadzał się z przywoływanym orzeczeniem Izby, to przysługiwało mu prawo do wniesienia skargi do Sądu Okręgowego. Odwołujący stwarza jedynie pozory, że wnosi odwołanie od wyboru oferty z 8 kwietnia 2016 r., gdyż w rzeczywistości nie wskazuje na żadne okoliczności dotyczące nieprawidłowości w zakresie badania i oceny ofert powtórnego w związku z poprzednim wyrokiem Izby. W wyroku z 6 kwietnia 2016 r. Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołanie w ogóle nie odnosiło się do czynności wezwania do złożenia wyjaśnień z 6 kwietnia 2016 r. i jej rezultatu, stanowiących wykonanie wyroku z 6 kwietnia 2016 r. Zamiast tego odwołujący ponownie odwołuje się od badania i oceny ofert z 18 marca 2016 r., a konkretnie od rezultatów oceny spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Tymczasem okoliczności te były już przedmiotem rozpoznania przez Izbę w wyroku z 6 kwietnia 2016 r.

#### **Art. 189 ust. 2 pkt 5**

##### **134. Sygn. akt: KIO 583/16, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2016 r.**

W dniu 15 lutego 2016 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego. Zamawiający nie uwzględnił przy ocenie oferty złożonej

przez przystępującego przy ocenie oferty w kryterium „doświadczenie wykonawcy” usługi świadczonej na rzecz Y w K. (...)

Na tę czynność przystępujący złożył odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 11 marca 2016 roku wydanym w sprawie KIO 263.16 nakazała zamawiającemu dokonanie ponownego badania oferty przystępującego w kryterium „doświadczenie wykonawcy”. W dniu 8 kwietnia 2016 roku zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę przystępującego. Na czynność tę odwołujący wniósł przedmiotowe odwołanie.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z uwagi na fakt, że przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, odwołanie podlega odrzuceniu.

### **Art. 189 ust. 2 pkt 7**

#### **135. Sygn. akt: KIO 446/16, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2016 r.**

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na posiedzeniu, wobec nie wykazania przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp – odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.

Zamawiający wnosząc o odrzucenie odwołania (pierwsza część pisemnej odpowiedzi na odwołanie) zakwestionował skuteczność jego wniesienia. Wskazał, że otrzymana przez niego kopia odwołania nie została podpisana. Powołał się na rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań – § 4 ust. 1: „Odwołanie zawiera podpis odwołującego albo jego przedstawiciela (przedstawicieli).” Zamawiający założył, że przesłana przez odwołującego kopia odwołania stanowiła wierne odzwierciedlenie oryginału. Brak podpisu na odwołaniu powoduje, że niemożliwym jest przyjęcie, iż zostało ono skutecznie wniesione. (...)

Z dokumentacji postępowania odwoławczego wynika potwierdzenie, że odwołujący wniósł odwołanie w jednej z form określonych w art. 180 ust. 4 ustawy Pzp – elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. (...)

Zamawiający nie potwierdził, mimo wniosku odwołującego, otrzymania wiadomości, zarówno bezpośrednio po czynności przesłania, jak też w późniejszym okresie, podejmując w dniu 29 marca 2016 r. czynności związane z otrzymaniem kopii odwołania. Przepis art. 180 ust. 5 Pzp wskazuje domniemanie, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2. Zamawiający nie obalił domniemania wynikającego ze wskazanego przepisu, oświadczając że w dniu 26 marca 2016 r. o godz. 22:45 (Wielka Sobota) nie miał możliwości zapoznania się z treścią odwołania – nie miał ustanowionych dyżurów. Wobec przesłania pełnej treści odwołania i braku jakichkolwiek zastrzeżeń zamawiającego w tym przedmiocie, Izba uznała, że brak własnoręcznego podpisu osoby, której imię i nazwisko zostało zamieszczone pod treścią odwołania przesłanego w kopii e-mailem, w żaden sposób nie uniemożliwiło zamawiającemu zapoznania się z treścią odwołania.

### **Art. 190 ust. 1–7**

#### **136. Sygn. akt: KIO 2838/15, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2016 r.**

Wykonawca wnoszący odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego uzyskania wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę (naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp) jest

w takim przypadku obarczony ciężarem dowodu co do okoliczności uzasadniających dokonanie wezwania. Musi zatem wykazać, że w istocie – mając na uwadze przedmiot zamówienia oraz sytuację na rynku – istnieją wątpliwości co do ceny danej oferty i istnieją podstawy do twierdzenia, że cena tej oferty jest rażąco niska.

Art. 190 ust. 1a Pzp znajduje bowiem zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca złożył już zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na jej cenę, a w pozostałych przypadkach znajduje zastosowanie klasyczna zasada rozkładu ciężaru dowodu tzn., że spoczywa on na tym, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne. Przepis art. 190 ust. 1a Pzp jest bowiem wyjątkiem od art. 190 ust. 1 Pzp i nie może być wykładany rozszerzająco.

### **137. Sygn. akt: KIO 2816/15, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 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 kontradyktoryjne, 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 incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Ponadto zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1a Pzp dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

### **138. Sygn. akt: KIO 2859/15, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2016 r.**

Stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym w rozpoznawanej sprawie obciążony był Odwołujący. Tym samym to on winien udowodnić, że kwestionowane przez niego czynności Zamawiającego zostały dokonane wbrew przepisom ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu. Jak to zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 54/12: „Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok



Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady 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, wyrok KIO 1639/11)." W kontekście powołanych poglądów, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było również dostrzeżenie tego, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dowodu jedynie fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu, a także fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, a także to, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Kierując się powołaną zasadą, Izba przyjęła, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że stawiane przez niego zarzuty winny zostać przez Izbę uwzględnione. Tym samym, w rozpoznawanej sprawie, to Odwołujący winien wykazać, że treść złożonej przez Przystępującego oferty nie odpowiada treści SIWZ. A zatem, z uwagi na normę prawną wpływającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, koniecznym było wykazanie przez Odwołującego rzeczywistej treści oferty złożonej przez Przystępującego, jak również odpowiedniej treści SIWZ i jej znaczenia (wykazanie faktycznie postawionych przez Zamawiającego, istotnych w kontekście stawianego zarzutu, wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia), z którą treść tejże oferty należałoby zestawzić, a następnie wykazanie, że rozbieżności między tymi dwoma dokumentami, w takim wymiarze, jaki ustalił on ich zaistnienie i opisał je w odwołaniu, faktycznie miały miejsce. Pamiętać również przy tym należy o powoływanym przepisie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, z którego wynika, że w każdym innym przypadku niż określone w tymże przepisie koniecznym jest przedstawienie przez stronę twierdzącą dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi ona skutki prawne. Niesprostanie w rozpoznanej sprawie przez Odwołującego obowiązkowi dowodowemu pociągać musiało uznanie, że zarzuty przez niego podnoszone są niezasadne, a tym samym odwołanie, jako takie, podlega oddaleniu.

### **139. Sygn. akt: KIO 249/16, Wyrok KIO z dnia 8 marca 2016 r.**

Przede wszystkim Izba podkreśla, że nie zgadza się z tezą, iż wydruki ze stron internetowych nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu przed Izbą. Tego rodzaju ogólne stwierdzenie nie jest uprawnione i każdy przedłożony wydruk winien być oceniony m.in. pod względem tego, z jakiego źródła pochodzi i jakiego rodzaju informacje zawiera. Odwołujący przedłożył wydruki ze stron rządowych Stanów Zjednoczonych. W ocenie Izby brak jest podstaw, by odmówić im mocy dowodowej, jako że pochodzą od organów władzy publicznej i są skierowane do obywateli amerykańskich i innych zainteresowanych podmiotów.

### **140. Sygn. akt: KIO 372/16, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r.**

Izba nie uznała jako dowodu w sprawie załącznika z odpowiedzi na odwołanie – kopii Certyfikatu DIN CERTCO z 06.11.2009 r. /w j. niemieckim/ z uwagi na brak tłumaczenia na j. polski. /wymóg złożenia tłumaczenia – § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964).

## **Art. 192 ust. 2**

### **141. Sygn. akt: KIO 34/16, Wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2016 r.**

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub

może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego w zakresie wykazu usług może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa doprowadziło do konieczności nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi innym wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli skorzystać z nich wcześniej z uwagi na nieudostępnienie im wykazu usług złożonego przez przystępującego. W konsekwencji może to doprowadzić do skutecznego zakwestionowania oferty złożonej przez wykonawcę wybranego i oferta innego wykonawcy, w tym również odwołującego, może być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Tym samym wynik postępowania może jeszcze ulec zmianie.

#### **142. Sygn. akt: KIO 95/16, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2016 r.**

Izba, mając na uwadze przywołany przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem na moment wyrokowania w sprawie. Stwierdziła, że naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 22 ust. 4 ustawy Pzp *[aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22 ust. 1a ustawy Pzp – przyp. red.]* oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polegające na nieproporcjonalnym opisanu warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą głównego projektanta oraz kierownika projektu na tę chwilę nie ma i nie może mieć już wpływu na wynik postępowania, a co za tym idzie nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Sporne postanowienia ogłoszenia zostały bowiem przez zamawiającego zmodyfikowane zgodnie z żądaniem odwołującego, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Historyczne, na moment otwarcia rozprawy, postanowienia ogłoszenia nie mogą mieć już jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania, gdyż zostały przez zamawiającego wyeliminowane. Na podstawie ogłoszenia o zmianie ogłoszenia można było stwierdzić, że ogłoszenie to zostało przekazane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej już w dniu 2 lutego 2016 r., w przeddzień rozprawy przed Izbą. Stanowisko zamawiającego oznaczało, że dokonał on już w postępowaniu materialnoprawnej czynności modyfikacji ogłoszenia i że nastąpiło przed otwarciem rozprawy, a więc przed tym momentem postępowania, gdy następuje wdanie się stron w spór. Odwołujący wiedząc o powyższych okolicznościach powziął w trakcie posiedzenia przed Izbą, przed otwarciem rozprawy, na podstawie przekazanego mu odpisu odpowiedzi na odwołanie. Pomimo to zdecydował się wdać z zamawiającym w spór chociaż – jak sam przyznał w trakcie rozprawy – spór pomiędzy stronami już ustał i nie domagał się już nakazywania zamawiającemu dokonywania żadnej zmiany ogłoszenia. Wzięto pod uwagę, że w toku rozprawy odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił w jaki sposób historyczne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu mogą jeszcze choćby hipotetycznie wywrzeć wpływ na wynik analizowanego postępowania, np. na sposób oceny wniosku odwołującego lub innych wykonawców. W tej sytuacji, wobec niespełnienia przesłanek z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie w analizowanej części należało oddalić.

#### **143. Sygn. akt: KIO 179/16, Wyrok KIO z dnia 22 lutego 2016 r.**

Braku możliwości uwzględnienia odwołania należy również poszukiwać w przepisie art. 192 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Abstrahując nawet od interpretacji pojęcia „istotny” zaskarżona czynność nie miała jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. Przesłankę tą należy odnosić do sytuacji, w której, w następstwie uwzględnienia odwołania i wykonania przez zamawiającego wyroku Izby, zmiana ulega rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. dochodzi do wyboru oferty odwołującego się wykonawcy lub

innego, niż wybór oferty najkorzystniejszej, zakończenia prowadzonej procedury (unieważnienia postępowania). W rozpoznawanej sprawie fakt zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego jest neutralny dla wyniku postępowania, ponieważ przesądzenie tej kwestii nie zmienia okoliczności, że wybór oferty najkorzystniejszej w części 2 i 3 zamówienia pozostanie bez zmian. Jest tak dlatego, że czynność zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego stanowiła konsekwencję innej czynności podlegającej zaskarżeniu i mogącej mieć wpływ na wynik postępowania. Dopiero zaskarżenie czynności Zamawiającego, która stanowiła podstawę zatrzymania wadium otworzyłoby, niejako przy okazji, możliwość oceny zasadności tej czynności, jednak nigdy ze skutkiem w postaci zasądzenia przez Izbę zwrotu równowartości kwoty wniesionej tytułem wadium, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania w przedmiotowej sprawie stoi również przepis art. 192 ust. 3 Pzp zawierający zamknięty katalog rodzajów rozstrzygnięć Izby związanych z uwzględnieniem odwołania. Próżno w nim szukać możliwości zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego się wykonawcy sumy pieniężnej będącej równowartością wniesionego wadium, ani innego rozstrzygnięcia, które w konsekwencji, biorąc pod uwagę zasadę związania Izby zarzutami odwołania, mogło przynieść taki skutek.

Przedstawione powyżej zapatrywanie podzielił SN w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt: IV CSK 291/13, zawierającym *de facto* argumenty polemiczne w stosunku do zawartych we wcześniejszym postanowieniu SN z dnia 7 maja 2010 r., sygn. akt: V CSK 456/09, na które powołał się Odwołujący w uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej. Jedynie na marginesie skład orzekający zwraca uwagę, że z pierwszego z orzeczeń wynika *explicite* cywilny charakter roszczenia o zasądzenie równowartości wadium z konsekwencją w postaci możliwości jego dochodzenia w drodze powództwa do sądu powszechnego.

#### **144. Sygn. akt: KIO 209/16, KIO 231/16, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2016 r.**

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Ustawy Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na tle przedmiotowej sprawy powstało zagadnienie prawne wymagające udzielenia odpowiedzi, czy unieważnienie czynności przez Zamawiającego, wobec której wniesione zostało odwołanie, przed wydaniem orzeczenia przez Izbę powoduje, iż naruszenie do jakiego dopuścił się Zamawiający pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Dla rozstrzygnięcia tej kwestii Izba przyjęła, iż wynik postępowania, o którym mowa w przepisie stanowi pożądaną, tj. mającą oparcie w ustalonych zasadach, rozstrzygnięcie będące następstwem prawidłowo przeprowadzonych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Koncepcja wyniku postępowania przyjęta przez Izbę odnosi się do zgodnego z Ustawą zakończenia postępowania, a nie wyniku obarczonego wadą. W ocenie składu orzekającego taki sposób rozumienia normy zawartej w art. 192 ust. 2 Ustawy umożliwia uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie przepisów Ustawy uniemożliwia prawidłowe ustalenie wyniku postępowania, i wskazuje na konieczność korekty czynności podjętych w postępowaniu poprzez, np. ich unieważnienia lub przeprowadzenia czynności zaniechanych, a koniecznych dla poprawnej oceny ofert. Jeżeli bowiem naruszenie przepisów Ustawy, do jakich dopuściłby się zamawiający w toku postępowania ostatecznie nie doprowadziło do błędnego ustalenia wyniku, np. zamawiający bezpodstawnie wezwał do uzupełnienia dokumentów, których nie żądał w ogłoszeniu, ale nie wykluczył na tej podstawie żadnego z wykonawców, który nie uzupełnił tych dokumentów, to naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy, do jakiego dopuściłby się w takiej sytuacji zamawiający, nie wymagałoby korekty w celu ustalenia prawidłowego wyniku postępowania.

**145. Sygn. akt: KIO 455/16, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r.**

Izba wskazuje, że Zamawiający dokonał zmian w postanowieniach w punkcie II załączniku nr 8 do umowy (załącznika nr 5 do SWIZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy) oraz w § 5 ust. 7 załącznika nr 5 do SWIZ – Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy, tym samym zmienił postanowienia zawarte w SIWZ, które były kwestionowane przez Odwołującego, tym samym Izba wskazuje, że zgodnie z oświadczeniem złożonym przez Zamawiającego, Zamawiający wykonał przed rozpoznaniem odwołania czynności w zakresie kwestionowanych postanowień. (...) Istotnym dla sprawy jest fakt, że ustawa *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje Zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, Zamawiający może ich dokonywać; w tym może również wykonywać czynności w zakresie postanowień dokumentacji objętych zarzutami i wnioskami. Jednocześnie należy zaznaczyć, że dokonane czynności nie muszą być zgodne z żądaniami zawartymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 ustawy. Na mocy art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Wynika z tego, że również czynności dokonane przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu po wniesieniu odwołania składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, który jest brany pod uwagę z urzędu przy ustalaniu wyniku sprawy według reguły z art. 192 ust. 2 ustawy. Jeżeli nowe czynności spowodowały usunięcie objętych zarzutami naruszeń przepisów ustawy, podtrzymane w tym zakresie odwołanie podlega oddaleniu, z uwagi na brak wpływu tych naruszeń na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w dacie wyrokowania.

**146. Sygn. akt: KIO 464/16, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2016 r.**

Na wstępie wskazać należy, że Izba oddaliła przedmiotowe odwołanie ponieważ co najmniej jeden z podniesionych zarzutów nie potwierdził się, a tym samym oferta o Odwołującego została skutecznie odrzucona. Dla odrzucenia oferty wystarczającym jest, aby w postępowaniu wystąpiła chociażby jedna podstawa do jej odrzucenia, co powoduje, że niezależnie od zasadności innych zarzutów oferta zostaje odrzucona i tym samym nie może być ona oceniana tym samym uznana za ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Uwzględnienie innych zarzutów odwołania, które w innej sytuacji powodowałyby uwzględnienie całego odwołania, to w sytuacji, kiedy zaistnieje chociażby jedna podstawa do odrzucenia oferty, czy też wykluczenia wykonawcy z postępowania nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż taki wykonawca nie może uzyskać zamówienia.

Stosownie do postanowienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle przywołanego przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

**147. Sygn. akt: KIO 446/16, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2016 r.**

Z przepisów ustawy Pzp nie wynika zakaz podejmowania przez zamawiającego czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia, po wniesieniu odwołania. Jeśli skutkiem podjętych przez zamawiającego czynności jest zmiana stanu faktycznego w stosunku do przedstawionego w odwołaniu, Izba rozpoznając odwołanie ocenia zaskarżone czynności lub/czy za-

niechania czynności przez zamawiającego w granicach przedstawionych w odwołaniu, jednakże wydając orzeczenie uwzględnia dokonane czynności i ich skutek, jako stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego nie może być uznana jako uwzględnienie odwołania w rozumieniu art. 186 ust. 2 i nast. ustawy Pzp w aktualnym stanie prawnym, skutkujące rozstrzygnięciem korzystnym dla odwołującego. Zamawiający zmienił SIWZ w związku z wniesieniem odwołania i w granicach wskazanych w odwołaniu, jednakże w odpowiedzi na odwołanie i w wyjaśnieniach składanych na rozprawie, jednoznacznie wskazał, że zarzuty odwołania uznał „jako całkowicie bezpodstawne”.

#### **148. Sygn. akt: KIO 479/16, KIO 480/16, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r.**

W ocenie Izby, zmiana postanowień SIWZ wskazująca na ich doprecyzowanie na skutek wniesionych odwołań, jest potwierdzeniem, że przed zmianą (na dzień wniesienia odwołań) postanowienia SIWZ zostały sformułowane z naruszeniem ustawy Pzp, jednak na dzień orzekania zaskarżone postanowienia już nie istniały (jako obowiązujące), zatem brak było podstaw do uznania, że mogą mieć „istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”, co wobec normy art. 192 ust. 2 Pzp skutkuje niemożnością uwzględnienia odwołań, mimo zasadnego podniesienia zarzutów (orzecznictwo – przykładowe wyroki Izby: z dnia 18 kwietnia 2016 r., sygn. akt 446/16; z dnia 24 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1104/15; z dnia 15 kwietnia 2015 r., sygn. akt 642/15; z dnia 1 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1468/14).

### **Art. 192 ust. 3 pkt 1**

#### **149. Sygn. akt: KIO 500/16, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2016 r.**

W przepisach ustawy brak jest podstawy prawnej do przymuszania zamawiającego do zawarcia umowy na warunkach, których treść mu nie odpowiada. Bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie, Krajowa Izba Odwoławcza i sądy powszechne, nie mogą wziąć na siebie odpowiedzialności za określenie potrzeb zamawiającego i sposobu ich zaspokojenia. W przepisach Pzp brak oparcia dla opisywania za zamawiającego jego przedmiotu zamówienia, określania umownych warunków i terminu jego realizacji, kształtowania płatności... etc. W szczególności wskazanie w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy, iż uwzględniając odwołanie, Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, nie może stanowić oparcia dla powyższego. Organy orzekające mogą i powinny przeciwstawić się dokonaniu przez zamawiającego zakupów niezgodnych z prawem, nie mogą jednakże za zamawiającego i wbrew jego woli, narzucić, co winien zakupić w zamian i w jaki sposób. Ograniczenia swobody kontraktowania po stronie zamawiającego wynikające z przepisów ustawy mają inny aspekt, zakres i charakter (omawiany powyżej) – nie przekładają się natomiast na możliwość pozytywnego decydowania o kształcie zakupów zamawiającego, w tym warunkach umownych ich dokonywania. Uprawnienia Izby są więc w tym zakresie niejako „eliminacyjne”. Jak już wskazano, w przepisach ustawy brak jest materialnej podstawy do pozytywnego kształtowania szeroko pojętego opisu przedmiotu zamówienia za zamawiającego.

### **Art. 192 ust. 7**

#### **150. Sygn. akt: KIO 2708/15, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2016 r.**

(...) zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp sprawa została rozpoznana w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może orzekać co do za-



rzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale (przede wszystkim) jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}. Tym bardziej nie stanowi sprecyzowania zarzutu poprzestanie na obszernym przywoływanym i cytowanie wypowiedzi orzecznictwa, jeżeli nie wiadomo, jaki miałyby to mieć związek ze sprawą, z uwagi na brak podania okoliczności dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

**151. Sygn. akt: KIO 2792/15, KIO 2843/15, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2016 r.**

Zgodnie z przywołanym przepisem [tj. art. 192 ust.7 ustawy Pzp – *przyp. red.*] Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzuty powinny być na tyle skonkretyzowane, aby istniała możliwość przeprowadzenia postępowania w odpowiednim kierunku oraz by wskazywane przez skarżącego wadliwości postępowania stanowiły właściwe uzasadnienie postawionych następnie wniosków (postanowienie Sądu Najwyższego z 7 listopada 2006 r., sygn. akt I CZ 84/06, [www.sn.pl](http://www.sn.pl), data dostępu: 25.01.2016 r.). Kwestia konkretyzacji zarzutów w odwołaniu jest doniosła w postępowaniu odwoławczym. Wskazanie konkretnych uchybień określa ramy postępowania odwoławczego i umożliwia to zarówno zamawiającemu jak i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez odwołującego czynności zamawiającego.

**152. Sygn. akt: KIO 319/16, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2016 r.**

Zarzut, na gruncie prawa zamówień publicznych, jak wskazuje się w orzecznictwie, należy rozumieć jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych. Jego konkretyzacja wymaga wskazania przepisu, który naruszono, a więc konkretnej jednostki redakcyjnej. Nie jest rolą Izby, z przepisów zawartych w art. 51 ustawy Pzp określanie, jakich okoliczności prawnych w istocie zarzut dotyczy. W niniejszej sprawie dopiero sięgnięcie do uzasadnienia faktycznego zarzutu pozwala na właściwą jego rekonstrukcję w zakresie wskazania podstawy prawnej. Wydaje się, że Odwołującemu chodziło o nieprawidłową ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 51 ust. 1a ustawy Pzp). Nie sposób też nie zwrócić uwagi, analizując uzasadnienie faktyczne zarzutu, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, to nie wniosek winien spełniać warunki w postępowaniu a wykonawca (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp [*aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 22 ust. 16 ustawy Pzp – przyp. red.*]). Dostrzegając ułomność w precyzowaniu zarzutu przez Odwołującego, Izba doszła do przekonania, wbrew twierdzeniom Przystępującego, że powyższe nie może skutkować oddaleniem odwołania. W istocie bowiem suma okoliczności faktycznych i prawnych pozwala na zindywidualizowanie zarzutu, a tym samym jego rozstrzygnięcie.

**153. Sygn. akt: KIO 439/16, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r.**

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla określenia kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie sformułowanych już po wniesieniu odwołania,

choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U z 2014 r., poz. 964), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego nieuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący określi w sposób precyzyjny stan faktyczny (wskaże na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałyby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które *de facto* uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności.

Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też rozszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izbą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusnością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejsze właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

## INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

### A

Aukcja elektroniczna – 83, 94, 132

### C

Cena

– **rażąco niska** – 69, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 112

**Ciężar dowodowy** – 88, 89, 136, 137, 138

**Czyn nieuczciwej konkurencji** – 63, 64, 65, 66, 67, 68

### D

Dokumenty

– **podmiotowe** – 9, 23, 24

– **przedmiotowe** – 35

– **uzupełnianie** – 34, 41

**Dowody** – 89, 136, 137, 139, 140

### F

Formularz ofertowy – 93

Fax – 114

### G

Gwarancja – 67

Grupa kapitałowa – 25

### I

Interes:

– **we wniesieniu środka ochrony prawnej** – 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110

### K

Konsorcjum – 129

Kryteria – 67, 91, 100

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 103

### N

Nieprawdziwe informacje – 21

### O

Odwołanie:

– **uwzględnienie przez zamawiającego** – 125, 147

– **wniesienie** – 113, 114, 115, 116, 141

– **najkorzystniejsza (wybór)** – 103

– **odrzućenie** – 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135

– **treść** – 112

Oferta:

– **badanie i ocena** – 44, 49, 60, 70, 90

– **wyjaśnienia treści** – 43, 44, 45, 46, 50, 69, 72

– **treść** – 52, 59, 62, 72

– **odrzućenie** – 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 65, 69, 71, 74, 94

**Omyłka** – 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 73

**Opozycja** – 121, 122

**Oświadczenie woli** – 9, 62

### P

**Pełnomocnictwo / Pełnomocnik** – 34

**Podmiot trzeci** – 28, 29, 30, 31, 32, 33

**Podwykonawca** – 31

**Postępowanie odwoławcze** – 87

**Próbka** – 35, 43

**Przedmiot zamówienia** – 40

**Przetarg ograniczony** – 8

**Przystąpienie/Przystępujący** – 120, 121, 122, 123, 125, 127

### S

**Sąd Apelacyjny (SA)** – 138, 151

**Sąd Najwyższy (SN)** – 65, 108, 115, 138, 143, 151

**Sąd Okręgowy (SO)** – 7, 22, 27, 102, 104, 105, 108, 150

**Specyfikacja** – 10, 12, 18, 20, 28, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 90, 92, 100, 145

**spółka cywilna** – 13, 16

## T

**Tajemnica przedsiębiorstwa** – 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 96, 117, 118

**Termin:**

– **odwołanie** – 116, 118, 119, 131, 132

– **przywrócenie** – 124

**Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Europejski Trybunał Sprawiedliwości)** – 32, 69, 131

## U

**Umorzenie postępowania** – 127

**Umowa:**

– **nieważność** – 99

– **zawarcie** – 101, 149

**Unieważnienie postępowania** – 97, 98, 99

## W

**Wadium** – 18, 19, 20, 41, 42

**Warunki udziału w postępowaniu** – 9, 10, 11, 14, 22, 32, 42, 70, 71,

**Wiedza i doświadczenie** – 90

**Wykluczenie wykonawcy** – 13, 17, 22, 26, 70, 71

**Wynik postępowania** – 142, 143, 144, 145, 146, 148

**Wykonawca** – 13, 14, 16, 120, 128, 129, 130

## Z

**Zarzuty** – 95, 104, 111, 116, 117, 131, 138, 150, 151, 152, 153

**Zasady udzielania zamówień publicznych:**

– **jawności** – 1, 2, 3, 5

– **równego traktowania** – 22, 40, 62

– **uczciwej konkurencji** – 17, 22, 40, 62

**Zaświadczenie** – 15, 16

## AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

*Podane liczby oznaczają numery tez*

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 64, 65, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 141, 142, 143, 147, 148, 149, 150, 151, 125, 153
- 2) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121) – 9, 19, 30, 56, 60, 62, 64, 66, 74, 79, 137, 138
- 3) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.) – 124
- 4) Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502) – 79
- 5) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 1, 2, 5, 6, 7, 63, 64, 65, 67
- 6) Ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2002 r. nr 200, poz. 1679 ze zm.) – 75
- 7) Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) – 95
- 8) Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tj. Dz. U. 2015 poz. 584) – 15
- 9) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) – 25, 68
- 10) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 r. nr 223, poz. 1778) – 115
- 11) Ustawa z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2013 poz. 1473) – 31
- 12) Ustawa z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015 poz. 605) – 95
- 13) Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. U. L 76 z 23.3.1992, str. 14) – 131
- 14) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 34 z 30.04.2004, str. 114–240) – 32
- 15) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. L 335 z 20.12.2007, str. 31–46) – 131



- 16) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. tj. z 2014 r. poz. 964) – 135, 140, 153
- 17) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r. poz. 231) – 16, 18, 23, 24, 30
- 18) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016 poz. 1126) – 23, 28, 30

