

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 21

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 21

WARSZAWA, grudzień 2015

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 21

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Małgorzata Stręciwillk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Marek Koleśnikow (Krajowa Izba Odwoławcza)

Urszula Krynicka (Urząd Zamówień Publicznych)

Kierownictwo i redakcja:

Małgorzata Stręciwillk

Opracowanie techniczne:

Małgorzata Stręciwillk

Urszula Krynicka

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA

Wydział Poligrafii

 CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

Zam. 984/W/C/2015

Warszawa 2015 r.

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE	11
WYKAZ SKRÓTÓW	12
Art. 2 ust. 9b	13
1. Sygn. akt: KIO 360/15, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2015 r.	13
Art. 7 ust. 1	13
2. Sygn. akt: KIO 140/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.	13
3. Sygn. akt: KIO 319/15, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r.	14
Art. 8	14
4. Sygn. akt: KIO 2784/14, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r.	14
5. Sygn. akt: KIO 91/15, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2015 r.	15
6. Sygn. akt: KIO 165/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	16
7. Sygn. akt: KIO 306/15, Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r.	17
8. Sygn. akt: KIO 279/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.	18
9. Sygn. akt: KIO 291/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.	19
10. Sygn. akt: KIO 338/15, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2015 r.	20
11. Sygn. akt: KIO 385/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.	20
Art. 9	22
12. Sygn. akt: KIO 387/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.	22
Art. 22 ust. 1 pkt 1	22
13. Sygn. akt: KIO 2709/14, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2015 r.	22
Art. 22 ust. 1 pkt 2	23
14. Sygn. akt: KIO 2713/14, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2015 r.	23
15. Sygn. akt: KIO 33/15, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2015 r.	24
Art. 22 ust. 1 pkt 3	25
16. Sygn. akt: KIO 280/15, KIO 297/15, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2015 r.	25
17. Sygn. akt: KIO 540/15, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2015 r.	26
Art. 22 ust. 1 pkt 4	26
18. Sygn. akt: KIO 179/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.	26
19. Sygn. akt: KIO 407/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.	27
Art. 22 ust. 4	29
20. Sygn. akt: KIO 412/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.	29
21. Sygn. akt: KIO 399/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.	30

Art. 23 ust. 1	30
22. Sygn. akt: KIO 2637/14, KIO 2641/14, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r.	30
Art. 24 ust. 1 pkt 4–8 i 10–11	31
23. Sygn. akt: KIO 243/15, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2015 r.	31
24. Sygn. akt: KIO 522/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.	31
Art. 24 ust. 2 pkt 1	32
25. Sygn. akt: KIO 418/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	32
26. Sygn. akt: KIO 525/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.	32
Art. 24 ust. 2 pkt 2	33
27. Sygn. akt: KIO 62/15, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2015 r.	33
28. Sygn. akt: KIO 311/15, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r.	34
29. Sygn. akt: KIO 368/15, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2015 r.	35
30. Sygn. akt: KIO 422/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.	37
Art. 24 ust. 2 pkt 3	37
31. Sygn. akt: KIO 177/15, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2015 r.	37
32. Sygn. akt: KIO 289/15, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 r.	38
33. Sygn. akt: KIO 491/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	38
Art. 24 ust. 2 pkt 4	40
34. Sygn. akt: KIO 123/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.	40
Art. 24 ust. 2 pkt 5	40
35. Sygn. akt: KIO 491/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	40
Art. 24 ust. 2a	41
36. Sygn. akt: KIO 142/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.	41
37. Sygn. akt: KIO 145/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	42
Art. 24 ust. 4	43
38. Sygn. akt: KIO 142/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.	43
Art. 25 ust. 1 pkt 1	43
39. Sygn. akt: KIO 130/15, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2015 r.	43
40. Sygn. akt: KIO 179/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.	44
41. Sygn. akt: KIO 342/15, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 r.	45
Art. 25 ust. 1 pkt 2	46
42. Sygn. akt: KIO 424/15, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2015 r.	46
Art. 26 ust. 2b	47
43. Sygn. akt: KIO 166/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	47

44. Sygn. akt: KIO 247/15, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2015 r.	47
45. Sygn. akt: KIO 336/15, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r.	48
46. Sygn. akt: KIO 435/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.	48
47. Sygn. akt: KIO 454/15, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2015 r.	49
48. Sygn. akt: KIO 491/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	51
Art. 26 ust. 3	51
49. Sygn. akt: KIO 2637/14, KIO 2641/14, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r.	51
50. Sygn. akt: KIO 61/15, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2015 r.	51
51. Sygn. akt: KIO 103/15, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2015 r.	52
52. Sygn. akt: KIO 155/15, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2015 r.	52
53. Sygn. akt: KIO 174/15, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2015 r.	52
54. Sygn. akt: KIO 177/15, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2015 r.	53
55. Sygn. akt: KIO 242/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.	53
56. Sygn. akt: KIO 277/15, Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r.	55
57. Sygn. akt: KIO 298/15, Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r.	56
58. Sygn. akt: KIO 245/15, KIO 305/15, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r.	57
59. Sygn. akt: KIO 422/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.	58
60. Sygn. akt: KIO 438/15, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2015 r.	58
Art. 29 ust. 1 i 2	58
61. Sygn. akt: KIO 496/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	58
62. Sygn. akt: KIO 513/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.	60
Art. 30 ust. 5	61
63. Sygn. akt: KIO 254/15, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2015 r.	61
Art. 32 ust. 1	62
64. Sygn. akt: KIO 458/15, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2015 r.	62
Art. 38.	62
65. Sygn. akt: KIO 424/15, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2015 r.	62
Art. 45 ust. 6 pkt 5	63
66. Sygn. akt: KIO 431/15, KIO 434/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.	63
Art. 46 ust. 1	64
67. Sygn. akt: KIO 267/15, Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2015 r.	64
Art. 59 ust. 2	64
68. Sygn. akt: KIO 176/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.	64
Art. 80 ust. 2	65
69. Sygn. akt: KIO 140/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.	65

Art. 85 ust. 2	65
70. Sygn. akt: KIO 140/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.	65
71. Sygn. akt: KIO 456/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.	66
Art. 87 ust. 1	66
72. Sygn. akt: KIO 2776/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.	66
73. Sygn. akt: KIO 184/15, Wyrok KIO z dnia 10 lutego 2015 r.	66
74. Sygn. akt: KIO 147/15, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2015 r.	67
75. Sygn. akt: KIO 353/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.	67
76. Sygn. akt: KIO 421/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.	68
77. Sygn. akt: KIO 456/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.	68
Art. 87 ust. 2 pkt 1	69
78. Sygn. akt: KIO 289/15, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 r.	69
Art. 87 ust. 2 pkt 2	69
79. Sygn. akt: KIO 153/15, KIO 154/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.	69
80. Sygn. akt: KIO 431/15, KIO 434/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.	69
Art. 87 ust. 2 pkt 3	70
81. Sygn. akt: KIO 194/15, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2015 r.	70
82. Sygn. akt: KIO 319/15, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r.	70
83. Sygn. akt: KIO 369/15, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2015 r.	71
84. Sygn. akt: KIO 420/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.	72
85. Sygn. akt: KIO 441/15, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.	72
Art. 89 ust. 1 pkt 2	73
86. Sygn. akt: KIO 2670/14, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2015 r.	73
87. Sygn. akt: KIO 2700/14, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2015 r.	74
88. Sygn. akt: KIO 103/15, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2015 r.	74
89. Sygn. akt: KIO 158/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	76
90. Sygn. akt: KIO 175/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	76
91. Sygn. akt: KIO 192/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.	77
92. Sygn. akt: KIO 282/15, KIO 295/15, Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2015 r.	78
93. Sygn. akt: KIO 302/15, KIO 303/15, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r.	79
94. Sygn. akt: KIO 322/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.	79
95. Sygn. akt: KIO 330/15, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2015 r.	80
96. Sygn. akt: KIO 335/15, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r.	80
97. Sygn. akt: KIO 344/15, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 r.	81
98. Sygn. akt: KIO 381/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.	81
99. Sygn. akt: KIO 421/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.	82

Art. 89 ust. 1 pkt 3	82
100. Sygn. akt: KIO 2561/14, KIO 2563/14, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2015 r.	82
101. Sygn. akt: KIO 2734/14, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r.	83
102. Sygn. akt: KIO 93/15, KIO 94/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.	84
103. Sygn. akt: KIO 165/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	84
Art. 89 ust. 1 pkt 4	85
104. Sygn. akt: KIO 189/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	85
105. Sygn. akt: KIO 291/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.	86
106. Sygn. akt: KIO 500/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	87
Art. 89 ust. 1 pkt 6	87
107. Sygn. akt: KIO 153/15, KIO 154/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.	87
108. Sygn. akt: KIO 304/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.	88
Art. 89 ust. 1 pkt 8	89
109. Sygn. akt: KIO 511/15, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2015 r.	89
Art. 90 ust. 1 – 3	90
110. Sygn. akt: KIO 2814/14, KIO 2819/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2015 r.	90
111. Sygn. akt: KIO 2735/14, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2015 r.	91
112. Sygn. akt: KIO 132/15, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2015 r.	92
113. Sygn. akt: KIO 148/15, Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r.	92
114. Sygn. akt: KIO 165/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	93
115. Sygn. akt: KIO 166/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	94
116. Sygn. akt: KIO 343/15, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r.	95
117. Sygn. akt: KIO 439/15, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.	95
118. Sygn. akt: KIO 499/15, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2015 r.	96
119. Sygn. akt: KIO 500/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	97
Art. 91 ust. 1–2a	98
121. Sygn. akt: KIO 337/15, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r.	98
122. Sygn. akt: KIO 353/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.	98
123. Sygn. akt: KIO 398/15, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.	98
Art. 91c ust. 1	100
123. Sygn. akt: KIO 234/15, KIO 235/15, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2015 r.	100
Art. 93 ust. 1 pkt 7	101
124. Sygn. akt KIO 172/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.	101
Art. 101 ust. 3	101
125. Sygn. akt: KIO 517/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	101

Art. 142 ust. 5	102
126. Sygn. akt: KIO 346/15, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r.	102
127. Sygn. akt: KIO 413/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.	104
128. Sygn. akt: KIO 443/15, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2015 r.	105
Art. 144 ust. 1	107
129. Sygn. akt: KIO 114/15, KIO 120/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.	107
Art. 179 ust. 1	107
130. Sygn. akt: KIO 2814/14, KIO 2819/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2015 r.	107
131. Sygn. akt: KIO 245/15, 305/15, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r.	108
132. Sygn. akt: KIO 385/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.	108
133. Sygn. akt: KIO 408/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.	109
Art. 179 ust. 2	110
134. Sygn. akt: KIO 229/15, Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2015 r.	110
Art. 180 ust. 3	110
135. Sygn. akt: KIO 242/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.	110
Art. 182 ust. 1 pkt 1	111
136. Sygn. akt: KIO 407/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.	111
Art. 182 ust. 3 pkt 1	112
137. Sygn. akt: KIO 91/15, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2015 r.	112
Art. 183 ust. 1	113
138. Sygn. akt: KIO 169/15, KIO 170/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.	113
Art. 183 ust. 2–6	113
139. Sygn. akt: KIO/W 1/13, Postanowienie KIO z dnia 8 stycznia 2013 r.	113
140. Sygn. akt: KIO/W 2/13, Postanowienie KIO z dnia 21 stycznia 2013 r.	113
141. Sygn. akt: KIO/W 5/13, Postanowienie KIO z dnia 1 lutego 2013 r.	113
142. Sygn. akt: KIO/W 6/13, Postanowienie KIO z dnia 6 lutego 2013 r.	114
143. Sygn. akt: KIO/W 7/13, Postanowienie KIO z dnia 11 lutego 2013 r.	115
144. Sygn. akt: KIO/W 10/13, Postanowienie KIO z dnia 20 lutego 2013 r.	116
145. Sygn. akt: KIO/W 12/13, Postanowienie KIO z dnia 22 lutego 2013 r.	116
146. Sygn. akt: KIO/W 17/13, Postanowienie KIO z dnia 3 kwietnia 2013 r.	116
147. Sygn. akt: KIO/W 1/14, Postanowienie KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.	116
148. Sygn. akt: KIO/W 2/14, Postanowienie KIO z dnia 23 stycznia 2014 r.	117
149. Sygn. akt: KIO/W 8/14, Postanowienie KIO z dnia 26 lutego 2014 r.	117
150. Sygn. akt: KIO/W 10/14, Postanowienie KIO z dnia 24 lutego 2014 r.	117
151. Sygn. akt: KIO/W 11/14, Postanowienie KIO z dnia 28 lutego 2014 r.	117
152. Sygn. akt: KIO/W 14/14, Postanowienie KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r.	118

153. Sygn. akt: KIO/W 15/14, Postanowienie KIO z dnia 14 kwietnia 2014 r.	118
154. Sygn. akt: KIO/W 17/14, Postanowienie KIO z dnia 23 kwietnia 2014 r.	119
155. Sygn. akt: KIO/W 18/14, Postanowienie KIO z dnia 2 maja 2014 r.	120
156. Sygn. akt: KIO/W 19/14, Postanowienie KIO z dnia 10 czerwca 2014 r..	120
157. Sygn. akt: KIO/W 24/14, Postanowienie KIO z dnia 7 lipca 2014 r.	120
158. Sygn. akt: KIO/W 26/14, Postanowienie KIO z dnia 1 sierpnia 2014 r.	120
159. Sygn. akt: KIO/W 29/14, Postanowienie KIO z dnia 27 września 2014 r.	121
160. Sygn. akt: KIO/W 32/14, Postanowienie KIO z dnia 2 października 2014 r.	121
161. Sygn. akt: KIO/W 34/14, Postanowienie KIO z dnia 13 października 2014 r.	121
162. Sygn. akt: KIO/W 35/14, Postanowienie KIO z dnia 13 października 2014 r.	121
163. Sygn. akt: KIO/W 37/14, Postanowienie KIO z dnia 10 listopada 2014 r.	122
164. Sygn. akt: KIO/W 38/14, Postanowienie KIO z dnia 18 listopada 2014 r.	122
165. Sygn. akt: KIO/W 41/14, Postanowienie KIO z dnia 2 grudnia 2014 r..	123
166. Sygn. akt: KIO/W 45/14, Postanowienie KIO z dnia 12 grudnia 2014 r.	123
167. Sygn. akt: KIO/W 46/14, Postanowienie KIO z dnia 15 grudnia 2014 r.	123
168. Sygn. akt: KIO/W 51/14, Postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2014 r.	124
Art. 185 ust. 2–4	124
169. Sygn. akt: KIO 2715/14, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2015 r..	124
170. Sygn. akt: KIO 237/15, Postanowienie KIO z dnia 12 lutego 2015 r.	125
171. Sygn. akt: KIO 221/15, Postanowienie KIO z dnia 17 lutego 2015 r.	126
172. Sygn. akt: KIO 304/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.	126
Art. 186	126
173. Sygn. akt: KIO 2754/14, KIO 2755/14, KIO 2756/14, KIO 2757/14, KIO 2758/14, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2015 r.	126
174. Sygn. akt: KIO 168/15, Postanowienie KIO z dnia 10 lutego 2015 r.	127
175. Sygn. akt: KIO 468/15, Postanowienie KIO z dnia 17 marca 2015 r.	127
176. Sygn. akt: KIO 443/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.	128
Art. 187 ust. 3	128
177. Sygn. akt: KIO 138/15, Postanowienie KIO z dnia 9 lutego 2015 r.	128
Art. 187 ust. 8	129
178. Sygn. akt: KIO 222/15, Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2015 r.	129
Art. 189 ust. 2 pkt 3	130
179. Sygn. akt: KIO 2814/14, KIO 2819/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2015 r.	130
180. Sygn. akt: KIO 7/15, Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2015 r.	131
181. Sygn. akt: KIO 73/15, Postanowienie KIO z dnia 21 stycznia 2015 r.	131
182. Sygn. akt: KIO 58/15, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2015 r.	132
183. Sygn. akt: KIO 186/15, Postanowienie KIO z dnia 11 lutego 2015 r.	133
184. Sygn. akt: KIO 237/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.	133

Art. 189 ust. 2 pkt 6	134
185. Sygn. akt: KIO 157/15, Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r.	134
186. Sygn. akt: KIO 223/15, Postanowienie KIO z dnia 10 lutego 2015 r.	135
187. Sygn. akt: KIO 542/15, Postanowienie KIO z dnia 25 marca 2015 r.	135
Art. 189 ust. 2 pkt 7	136
188. Sygn. akt: KIO 137/15, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2015 r.	136
189. Sygn. akt: KIO 491/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	137
Art. 190 ust. 1–7	137
190. Sygn. akt: KIO 365/15, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2015 r.	137
191. Sygn. akt: KIO 381/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.	138
192. Sygn. akt: KIO 386/15, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.	138
193. Sygn. akt: KIO 513/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.	138
Art. 191 ust. 2	139
194. Sygn. akt: KIO 513/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.	139
Art. 192 ust. 2	139
195. Sygn. akt: KIO 2833/14, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r.	139
196. Sygn. akt: KIO 91/15, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2015 r.	139
197. Sygn. akt: KIO 169/15, KIO 170/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.	140
Art. 192 ust. 7	140
198. Sygn. akt: KIO 2506/14, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2015 r.	140
199. Sygn. akt: KIO 2798/14, KIO 2799/14, KIO 2803/14, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2015 r.	141
200. Sygn. akt: KIO 116/15, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2015 r.	142
201. Sygn. akt: KIO 169/15, KIO 170/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.	143
202. Sygn. akt: KIO 176/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.	143
203. Sygn. akt: KIO 242/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.	144
204. Sygn. akt: KIO 496/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.	144
Art. 192 ust. 9 i 10	144
205. Sygn. akt: KIO 458/15, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2015 r.	144
Indeks rzeczowy	147
Akty prawne przywołane w orzeczeniach	151

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Na koniec 2015 roku publikujemy Zeszyt nr 21, w którym zaprezentowaliśmy Państwu zestawienie 205 tez orzeczniczych.

Dla celów przygotowania tego Zeszytu poddaliśmy analizie około 650 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej – postanowień i wyroków, wydanych w okresie styczeń – marzec 2015 r. w sprawach odwołań wnoszonych przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zebrany materiał obejmuje również analizę postanowień wydawanych przez Izbę w 2013 i 2014 r. w sprawie wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, kierowanych do Izby przez zamawiających. We wskazanym czasie Izba wydała 110 takich postanowień.

Myślę, że warte polecenia w aktualnym Zeszytcie Orzeczniczym są tezy z orzeczeń Izby odnoszące się do przeprowadzenia badania ceny ofertowej pod kątem jej rażącego zaniżenia, jak też prawidłowości zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa. Kwestie te dotyczą już nowych regulacji wprowadzonych w tym zakresie do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nowelizacją z sierpnia 2014 r. (ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), której przepisy weszły w życie w dniu 19 października 2014 r. Orzeczenia te pokazują kierunek interpretacji przez Izbę nowowprowadzonych przepisów ustawy. W tezach dotyczących rozstrzygnięcia przez Izbę wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego cenne natomiast są rozważania składów orzekających Izby dotyczące interpretacji pojęcia interesu publicznego.

Gorąco zachęcam do lektury Zeszytu.

Małgorzata Stręciwiłk



Redaktor Zeszytów Orzeczniczych
Członek KIO

Warszawa, 16 grudnia 2015 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
BZP	– Biuletyn Zamówień Publicznych
CPV	– Wspólny Słownik Zamówień
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. U. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
FIDIC	– Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Warunki Kontraktowe na roboty budowlane)
KC, Kc, kc lub k.c.	– Kodeks Cywilny
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.	– Kodeks postępowania cywilnego
KRK	– Krajowy Rejestr Krany
KRS	– Krajowy Rejestr Sądowy
KSH lub ksh	– Kodeks Spółek Handlowych
lit.	– litera
m.in.	– między innymi
np.	– na przykład
nr	– numer
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
Ustawa Pzp, pzp lub PZP	– ustawa Prawo zamówień publicznych
pkt	– punkt
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
poz.	– pozycja
przyp. red.	– przypis redakcyjny
SIWZ lub siwz	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
tj.	– to jest
t.j.	– tekst jednolity
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS UE lub ETS	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	– Unia Europejska
US	– Urząd Skarbowy
ust.	– ustęp
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
VAT	– Podatek od towarów i usług
ZA	– Zespół Arbitrów
zd.	– zdanie
ze zm.	– ze zmianami
ZNKU, ZnKU, z.n.k.u., u,z.n.k. lub znku	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
ZUS	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Art. 2 ust. 9b

1. Sygn. akt: KIO 360/15, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2015 r.

Izba nie dopatrzyła się wewnętrznej sprzeczności w ofercie X w zakresie informacji co do udziału podwykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia. Dostrzeżono bowiem, że z treści oświadczenia Y złożonego wraz z ofertą przez X wynika zobowiązanie się do dostarczenia pomp.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 2 Pzp przedmiot zamówienia należy kwalifikować jako dostawę. Definicja zawarta przywołanym przepisem jest jednak szersza niż pojęcie dostawy w rozumieniu cywilnoprawnym. Zgodnie z art. 605 k.c. przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo okresowo, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Natomiast art. 2 pkt 2 Pzp jako dostawy definiuje nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu.

Z zobowiązania Y na rzecz X złożonego wraz z ofertą wynika, że wymienione podmioty w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia łączyć będzie umowa dostawy w rozumieniu k.c., zaś realizacja umowy przez X będzie kwalifikowane jako umowa sprzedaży. Art. 535 § 1 k.c. stanowi bowiem, że przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. Dostawa rzeczy realizowana przez producenta na rzecz uczestnika postępowania, a następnie sprzedaż tych rzeczy zamawiającemu przez tego uczestnika (dostawa w rozumieniu art. 2 pkt 2 Pzp) nie stanowi podwykonawstwa. Art. 2 pkt 9b Pzp stanowi, że umowa o podwykonawstwo to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Z art. 36 ust. 4 i 5 Pzp wynika, że za podwykonawstwo należy uznać wykonanie całości lub części przedmiotu zamówienia przez podmiot inny, niż wykonawca. Podwykonawstwo jest zatem bezpośrednią realizacją części zamówienia przez podmiot nie będący wykonawcą. Y jako dostawca pomp na rzecz X nie jest wykonawcą części zamówienia, które w całości będzie wykonane przez X.

Art. 7 ust. 1

2. Sygn. akt: KIO 140/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.

Brak jest podstaw do przyznania słuszności odwołującemu również w kontekście rozpoznawania naruszenia art. 85 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanego przepisu. O braku równości w traktowaniu wykonawców można by było mówić np. w sytuacji, gdyby zamawiający zwrócił się o przedłużenie terminu związania ofertą jedynie do niektórych wykonawców, z pominięciem pozostałych. Tymczasem, w rozpoznawanej sprawie, zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców o złożenie oświadczenia w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą i fakt ten nie był pomiędzy stronami sporny. Do naruszenia uczciwej konkurencji mogłoby natomiast dojść w sytuacji, gdyby postępowanie zamawiającego było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażałoby lub naruszałoby interes wykonawcy (vide: art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.), Izba nie dopatrzyła się w działaniach zamawiającego wskazanych nieprawidłowości. Jak już wyżej podnoszono, nieskorzystanie z przywołanego uprawnienia nie może być postrzegane ani za sprzeczne z prawem, ani też

z dobrymi obyczajami w sytuacji, gdy wszyscy wykonawcy mieli nieskrępowaną możliwość samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą, zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Należy zgodzić się z odwołującym, że zamawiający jest odpowiedzialny za profesjonalne i sprawne przeprowadzenie postępowania przetargowego, którego nadrzędnym celem jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne. Odpowiedzialność ta jest jednak ograniczona powszechnie obowiązującymi przepisami prawnymi, a tych – jak już wyżej wskazano – zamawiający nie naruszył. Podkreślić przy tym należy, że odwołujący, będący profesjonalnym uczestnikiem postępowania, winien był sam zadbać o własne interesy i samodzielnie dokonać przedłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący, nie składając stosownego oświadczenia w tym przedmiocie, nie wykazał należytej staranności i nie powinien konsekwencjami swych zaniedbań obciążać zamawiającego.

3. Sygn. akt: KIO 319/15, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r.

(...) zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp sprzeciwiają się temu, aby eliminować z postępowania oferty korzystne dla zamawiającego z przyczyn o wyłącznie formalnym charakterze. Celem postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem wybór oferty rzeczywiście dla zamawiającego najkorzystniejszej w przyjętych kryteriach oceny.

Art. 8

4. Sygn. akt: KIO 2784/14, Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r.

W ocenie Izby wykonawca X nie wykazał, że informacje zawarte w wykazie usług głównych czy też sam wykaz stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedłożonych wyjaśnieniach [aktualnie, w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych począwszy od dnia 19 października 2014 r., tj. od dnia wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), którą znowelizowano art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę powinno nastąpić nie później niż w terminie składania ofert – przyp. red.] wykonawca ten wskazał, że wykaz ten zawiera informacje handlowe i organizacyjne, które niewątpliwie mają wartość gospodarczą. Wskazał, że informacje te nie są powszechnie dostępne, a ich ujawnienie narażałoby wykonawcę na roszczenia ze strony partnerów handlowych z tytułu ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa.

W powyższych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek wyjaśnienia w czym wykonawca X upatruje wartość gospodarczą zastrzeżonych informacji. Sam fakt uznania określonej informacji za informację handlową czy organizacyjną nie uzasadnia uznania jej za informację mającą wartość gospodarczą. Wykonawca X nie wyjaśnił również, które z informacji zamieszczanych w wykazie mają charakter organizacyjny, a które mają charakter handlowy, ograniczając się do ogólnych stwierdzeń, iż informacje zamieszczone w wykazie mają wartość handlową i organizacyjną. Obowiązkiem wykonawcy były wskazanie Zamawiającemu, które z informacji zamieszczonych w wykazie mają charakter handlowy, a które organizacyjny i jaka jest podstawa do sklasyfikowania danej informacji jako informacji handlowej lub organizacyjnej i w czym przejawia się ich wartość gospodarcza.

Należy wskazać, że informacje zamieszczone w wykazie obejmują wyłącznie dane o wartości, przedmiocie, dacie wykonania i odbiorcy zamówienia. Ani w przedłożonych wyjaśnieniach, ani podczas rozprawy nie zostało wyjaśnione Izbie jaka jest wartość gospodarcza powyższych informacji, zestawionych łącznie lub indywidualnie. Wykonawca nie wyjaśnił w jaki sposób dane zamieszczone w wykazie mają istotne znaczenie z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa. W ocenie Izby sam fakt podania informacji o zrealizowanych inwestycjach i ich wartości nie może być uznany w analizowanym stanie faktycznym za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zostało wykazane w jaki sposób informacje zamieszczone w wykazie

mogą być wykorzystane przez konkurencję ze szkodą dla wykonawcy X. Informacje te nie zawierają żadnych konkretnych informacji o sposobie, technologii wykonania zamówienia, użytych materiałach, które mogłoby być wykorzystane przez potencjalnych konkurentów.

Podkreślić również należy, że wskazane przez wykonawcę X ryzyko roszczeń ze strony partnerów handlowych z tytułu ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba uznała za bezprzedmiotowe. Po pierwsze, jak zostało wskazane, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne. Obowiązkiem wykonawcy decydującego się na uczestnictwo w postępowaniu jest przestrzeganie tej zasady, a co za tym idzie podjęcie wszelkich działań zmierzających do ujawnienia pełniej treści złożonej oferty. Skoro, jak twierdzi wykonawca X, treść umów wskazanych w wykazie uniemożliwia mu podanie nazwy kontrahenta, wartości i dat realizacji, obowiązkiem wykonawcy było zwrócenie się do kontrahenta o wyrażenie zgody na podanie takich informacji w treści wykazu. Kopia takiego pisma, jak i odpowiedź kontrahenta, winna być przedłożona Zamawiającemu, jako uwiarygodnienie braku możliwości odtajnienia informacji zawartych w wykazie. Powoływanie się wyłącznie na możliwe roszczenia bez możliwości weryfikacji treści klauzul umownych czy też podjęcia działań w celu uzyskania zgody na ich ujawnienie nie jest wystarczającą przesłanką do zastrzeżenia informacji zamieszczonych w wykazie usług jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nawet w przypadku braku zgody kontrahenta, Zamawiający nadal jest zobowiązany badać czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W analizowanym stanie faktycznym wykonawca X nie wskazał na żadne specyficzne okoliczności, które mogłoby uzasadniać zastrzeżenie wykazu wykonanych usług jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wskazać dalej należy, że wykonawca nie wykazał, że zostały podjęte działania zmierzające do zachowania powyższych informacji w poufności. Wykonawca powołał się jedynie na klauzule zamieszczone w umowach, nie przedstawił jednak Zamawiającemu żadnej kopii umowy w celu weryfikacji prawdziwości własnych twierdzeń.

W związku z powyższym Izba uznała, że brak było podstaw do zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie usług jako tajemnica przedsiębiorstwa. Z tym samych powodów Izba uznała, że brak jest podstaw uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia.

5. Sygn. akt: KIO 91/15, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2015 r.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że utajnione przez przystępującego X nazwy i numery katalogowe urządzeń oraz nazwy producentów tych urządzeń nie mają same przez się waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to bowiem urządzenia powszechnie dostępne na rynku, o znanych cechach, których karty katalogowe są udostępniane na stronach internetowych ich producentów. Ponadto urządzenia takie miały odpowiadać wymaganiom zamawiającego określonym w OPZ (załącznik nr 1 do SIWZ). Wreszcie nie są to urządzenia (sprzęt) tworzone od podstaw na potrzeby zamawiającego. Sporne pomiędzy stronami było to, czy walor tajemnicy przedsiębiorstwa posiadają sposoby połączenia (konfiguracji) urządzeń / sprzętu zaoferowanych przez przystępującego X. Skład orzekający Izby w analizowanej sprawie podzielił orzecznictwo Izby przywołane w piśmie przystępującego X z 22 stycznia 2015 r. i sprzeciwił, zgodnie z którym unikalne sposoby konfiguracji urządzeń (sprzętu) mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynikało z odpowiedzi na pytanie nr 30 z dnia 12 grudnia 2014 r. przedmiotem zamówienia nie jest dostawa określonych urządzeń (sprzętu), ale dostawa systemu (sieci) o określonych cechach, na który składają się urządzenia/sprzęt. Jednakże, zdaniem Izby, przystępujący X zarówno w toku postępowania wyjaśniającego przed zamawiającym [aktualnie, w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych począwszy od dnia 19 października 2014 r., tj. od dnia wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), którą znowelizowano art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przez

wykonawcę powinno nastąpić nie później niż w terminie składania ofert – *przyp. red.*], ani w toku rozprawy nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił, który ze wskazanych w jego koncepcji sposobów połączeń (konfiguracji) ma na tyle nowatorski czy też unikalny charakter, że można by go uznać za informację techniczną, technologiczną czy też inną informację posiadającą wartość gospodarczą, która nie jest znana innym podmiotom. Trudno bowiem uznać, aby każde połączenie (konfiguracja) miało taki charakter. Liczba możliwych sposobów połączeń (konfiguracji) dobranych urządzeń jest skończona. Zaś zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że w kartach katalogowych (instrukcjach obsługi) dobranych przez przystępującego urządzeń / sprzętu opisane są możliwe sposoby konfiguracji z innymi elementami. Wzięto pod uwagę, że zamawiający w toku postępowania wyjaśniającego wyraźnie wezwał przystępującego X do wyjaśnienia, w jakim elemencie konfiguracji i dlaczego przystępujący upatruje swej tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, zamawiający w piśmie tym wyraźnie poprosił o „szczegółowe” wskazanie, jakie tajemnice chronione prawem zawierają załączniki nr 1 i 2. Nadto, w końcowej części pisma zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień „przekonywujących i wyczerpujących”.

Zdaniem Izby, przystępujący X w przesłanych zamawiającemu wyjaśnieniach z 22 stycznia 2015 r. skupił się na polemizowaniu z treścią odwołania, następnie z treścią wezwania zamawiającego, wreszcie na przytaczaniu orzeczeń Izby. W ocenie Izby, jedyny merytoryczny fragment wyjaśnień odnoszący się do powodów zastrzeżenia znalazł się w pkt III. 2 pisma przystępującego. Dostrzeżenia wymaga, że argumentacja przystępującego X ograniczyła się jedynie do kilku niezwykle krótkich, ogólnych i abstrakcyjnych twierdzeń. Przystępujący X wskazał jedynie, że zastrzeżone „informacje nie są powtórzeniem OPZ”, że zawierają dane „istotne i szczegółowe o sposobie konfiguracji”, które dają „możliwość złożenia oferty atrakcyjnej cenowo”. Wskazano także, że koncepcja zawiera „wiedzę, jak poszczególne elementy ze sobą skonfigurować”. Z przytoczonych wyjaśnień przystępującego X nie wynikało zatem żadną miarą, które połączenia (sposoby konfiguracji) mają charakter nowatorski i unikalny, stanowiący *know-how* przystępującego i nieznanymi innym podmiotom. Jeżeli zaś rzeczywiście niektóre połączenia (konfiguracje) mają taki charakter, to niewiedomo dlaczego, gdyż argumentacji na ten temat próżno było szukać w ww. wyjaśnieniach. Również w złożonym do Izby sprzeciwie przystępujący X takich informacji nie przedstawił ograniczając się ponownie do kilku ogólnych i abstrakcyjnych oświadczeń (*vide* pkt 3 a–c, 4 a–b sprzeciwu). Wreszcie argumentacji, a tym bardziej dowodów na jej poparcie, nie przedstawiono także w trakcie rozprawy.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przystępujący miał prawo – jeżeli istotnie jakieżś połączenia (konfiguracje) mają charakter nowatorski – do opisanego precyzyjnie w szczegółach, na czym polega owa innowacyjność, nieznaną innym wykonawcom. Pismo takie zarówno w toku postępowania przez zamawiającym, jak i w toku postępowania odwoławczego mogło być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa i przedstawione tak zamawiającemu, jak i Izbie. Jednakże przystępujący X takiej aktywności dowodowej zaniechał.

6. Sygn. akt: KIO 165/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.

Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle, co do wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest dopuszczalne. Wskazać należy, że choć art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost określa zasady zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako ograniczenie zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie w odniesieniu do treści oferty i wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, to zgodnie z dotychczas utrwaloną linią orzecznictwem dozwolone jest zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców, także w odniesieniu do innych dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania (po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy terminu składania ofert).

Powyższe oczywiście ma znaczenie w sytuacji, gdy w sposób obiektywny mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Aktualnie obowiązujący art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który ma zastosowanie do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zakłada, że to wykonawca, który wprowadza określone zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien to odpowiednio wykazać zamawiającemu. Wskazany przepis stanowi, że to wykazanie (udowodnienie) powinno nastąpić nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku braku w ogóle takiego uzasadnienia (co do ofert i wniosków) – w ocenie Izby – Zamawiający posiada uprawnienie odtajnienia takich informacji bez negatywnych dla siebie konsekwencji z racji niewłaściwego zabezpieczenia określonych, wrażliwych dla wykonawcy informacji (brak wypełnienia jednego z elementów statuujących tajemnicę przedsiębiorstwa, wynikający z art. 11 ust. 4 uznk – niezbędne działania wykonawcy w celu zapieczenia ich poufności). Takiego bowiem zachowania od przedsiębiorcy wymagają szczególnie w stosunku do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji regulacje rangi ustawowej (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). W ocenie Izby zasadnym jest także w konsekwencji przyjęcie założenia, że jeśli wykonawca zastrzega jako swoją tajemnicę przedsiębiorstwa informacje znajdujące się w innych dokumentach czy oświadczeniach składanych po otwarciu ofert (upływie terminu na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), to również w tym dokumencie (najpóźniej z jego złożeniem Zamawiającemu), powinno znaleźć się wykazanie (uzasadnienie) objęcia tych informacji zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa z analogicznymi skutkami, jak w przypadku braku takiego uzasadnienia co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w treści oferty, czy wniosku.

7. Sygn. akt: KIO 306/15, Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r.

Izba zgodziła się jedynie z twierdzeniami odwołującego, że brak było podstaw do zachowania w poufności dokumentu Wykazu osób w ofercie X S.A. Wykonawca ten wprawdzie oznaczył omawiany dokument, jako objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, ale nie dochował dalszych warunków formalnych umożliwiających skuteczne zastrzeżenie takiej tajemnicy. Zgodnie bowiem z aktualnym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca zobowiązany jest nie później niż w terminie składania ofert zastrzec, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą być udostępniane oraz wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący X S.A. w żaden sposób nie uzasadnił powodów, dla których uznawał, że Wykaz osób w jego ofercie może być traktowany jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Wobec niewykazania we właściwym terminie (tj. do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 22 stycznia 2015 r.) podstaw do zachowania w poufności informacji zawartych w Wykazie osób, dokonane zastrzeżenie nie wywołało skutków prawnych. Wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest znać obowiązujące przepisy i do nich się stosować. Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązująca od 19 października 2014 r. [*ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) – przyp. red.*] dokonała rozszerzenia przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa – wskazując na konieczność wykazania w terminie składania ofert podstaw do dokonania zastrzeżenia. Niedochowanie tego wymogu powoduje, że zastrzeżona informacja podlega ujawnieniu. W interesie wykonawcy leżało zachowanie należytej staranności, aby wykazać spełnienie łącznych przesłanek statuowanych w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp warunkujących poufność zastrzeżonych informacji.

Stwierdzony brak w zakresie nie wykazania, że utajniony Wykaz osób spełnia wymogi tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uzupełniony na późniejszym etapie postępowania, jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu. Zamawiający zapowiedział w SIWZ, że

wzewzie „Wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w Rozdziale VI SIWZ lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w Rozdziale VI SIWZ zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy i usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zamawiający wezwie także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp.” Uzasadnienie dla objęcia tajemnicą przedsięwzięcia oznaczonych informacji w ofercie wykonawcy nie należy do kategorii dokumentów, które mogłyby podlegać uzupełnieniu w wyżej opisanym trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie z dnia 30 stycznia 2015 r. wykonawcy X i przedstawione uzasadnienia z dnia 3 lutego 2015 r. utajnienia Wykazu osób było bezprzedmiotowe.

Z powyższych względów zbędna była ocena, czy dane zawarte w Wykazie osób wykonawcy X S.A. mogły stanowić przedmiot ich objęcia tajemnicą przedsięwzięcia w oparciu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153 poz. 1503 tekst jedn. z późn. zm.) w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Sam brak uzasadnienia przy złożeniu oferty dla objęcia tajemnicą przedsięwzięcia informacji w Wykazie osób wykonawcy X przesądził o tym, że dokument ten winien podlegać udostępnieniu dla zainteresowanych uczestników przetargu.

8. Sygn. akt: KIO 279/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy – Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsięwzięcia 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 przedsięwzięcia. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu. Znowelizowany ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) art. 8 ust. 3 ustawy wprowadza istotną zmianę w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z obecnym brzmieniem przepisu wykonawca, który zastrzega informacje podane w ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsięwzięcia obowiązany jest wykazać jednocześnie, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsięwzięcia. Utrzymane zostało w znowelizowanym przepisie odesłanie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 nr 153, poz. 1503) w zakresie określenia tajemnicy przedsięwzięcia. Tajemnicą przedsięwzięcia zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są „nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsięwzięcia lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” Z przytoczonej definicji wynika, że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsięwzięcia niezbędne jest spełnienie dwóch warunków: po pierwsze spełnione muszą zostać przesłanki w zakresie charakteru informacji a po drugie muszą zostać przez przedsiębiorcę podjęte działania w celu ochrony danych.

Ustawodawca jednoznacznie w ustawie (Prawo zamówień publicznych) określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsięwzięcia, jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsięwzięcia, tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do

udziału w postępowaniu. Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Zamawiający obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach / wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu / przy czym w obecnym stanie prawnym badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uległo zmianie w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego. To na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w ustawie (Prawo zamówień publicznych) obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicę stanowią. Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek do dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Natomiast zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów.

W efekcie w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Określony w ustawie termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie, jak również wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa – czyli spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie – składa się na wykonanie po stronie zastrzegającego tajemnicę obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca tego nie dokonał, nie ma ustawowych podstaw do wzywania go do składania oświadczenia zawierającego wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciężących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący nie wykazał dlaczego objęte przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w tym przypadku Zamawiający nie miał podstaw do wzywania Odwołującego do składania jakichkolwiek wyjaśnień, jak również nie miał podstawy prawnej do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania – w tej sprawie Odwołujący nie dopełnił ciężących na nim obowiązków dbania o poufność zastrzeganych przez siebie informacji, co skutkuje nieskutecznością poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaznaczyć należy, że brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brak uzasadnienia tej czynności wykonawcy obciążą wykonawcę składającego ofertę i zwalnia zarazem Zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy.

9. Sygn. akt: KIO 291/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.

Potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ZnkU w odniesieniu do oferty Wykonawcy X. Należy mieć bowiem na względzie, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r. [*nadany przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) – przyp. red.*], 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 ZnkU. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność

poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. 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. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie stanowiłoby *de iure et facto* naruszenie komentowanego przepisu.

W rozpoznawanej sprawie Wykonawca X objął tajemnicą przedsiębiorstwa wysokość upustów, wykazy usług wraz z dowodami ich należytego wykonania uzasadniając swoją decyzję treścią przepisu art. 11 ust. 4 ZnkU. W świetle poczynionych wcześniej uwag nie sposób uznać, że ograniczając się wyłącznie do przytoczenia treści przepisu wykazał on, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W konsekwencji objęte takim zastrzeżeniem elementy oferty należało ujawnić.

10. Sygn. akt: KIO 338/15, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2015 r.

Co do zastrzeżonej przez X Sp. z o.o. części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, że wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z obecnym brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu”. Przepis ten co prawda nadal odnosi się wyłącznie do ofert i wniosków, jednak od lat stosuje się go *per analogiam* także do innych dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, m.in. wyjaśnień i uzupełnień. W takim wypadku terminem na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (a teraz i wykazanie, że zastrzeżone informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa), jest chwila złożenia zamawiającemu danego dokumentu.

Zdaniem Izby X Sp. z o.o. składając wyjaśnienia przedstawił jedynie bardzo ogólne stwierdzenie, że są to informacje posiadające znaczenie techniczne, organizacyjne przedsiębiorstwa oraz zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Jednak wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają owe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa. Również charakter owych dokumentów, zdaniem Izby, nie wskazuje na to, że zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Trudno za takie uznać wyliczenie, że dane obiekty spełniają poszczególne wymogi rozporządzeń. Również co do planowanej lokalizacji PSZOK, danymi, które mogłyby być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa mogłyby być co najwyżej dane wrażliwe, takie jak cena dzierżawy gruntu, a nie same deklaracje, czy też korespondencja o tej samej zresztą treści, co przedstawiana podczas poprzedniej rozprawy. Tym samym, zdaniem Izby, nie ma przeszkód, by zamawiający te dokumenty ujawnił.

11. Sygn. akt: KIO 385/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.

W ocenie Izby zastrzeżone informacje nie mają charakteru organizacyjnego ani gospodarczego, co podnosił odwołujący. Należy zgodzić się z zamawiającym, iż dane podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, tj. ich nazwa i adres, nie stanowią informacji

o charakterze organizacyjnym. Nie zawierają bowiem informacji dotyczących sposobu organizacji przedsiębiorstwa, powiązań kapitałowych, sposobu zarządzania grupą kapitałową, relacji opartych na stosunkach nadrzędności, podrzędności itp. Dokument przedstawia tylko skład grupy kapitałowej bez wskazania procesów zachodzących w ramach takiej grupy. Odwołujący nie wykazał również w sposób dostateczny, iż wobec zastrzeżonej informacji podjęto w stosunku niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy – ściślej mówiąc – ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu „niezbędność”. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują rodzaju lub zakresu środków, do których podjęcia zobowiązany jest wykonawca. Rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależeć będzie zatem w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utworenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy.

W ramach podejmowanych środków można wyróżnić fizyczne oraz prawne środki ochrony informacji. Fizyczne środki ochrony informacji mogą polegać w szczególności na:

- klasyfikacji i znakowania poufnych informacji,
- ograniczeniu dostępu oraz fizycznej ochrony miejsc przechowywania informacji,
- zabezpieczeniu nośników, szyfrowaniu danych zapisanych w postaci elektronicznej,
- zastosowaniu zabezpieczeń systemów informatycznych.

Natomiast prawne środki ochrony informacji polegać mogą w szczególności na:

- zobowiązaniu pracowników do zachowania w poufności udostępnionych informacji,
- wprowadzeniu klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami,
- zawieraniu umów o zachowaniu w poufności informacji udostępnionych w toku negocjacji,
- oznakowaniu dokumentów, poczty elektronicznej (klauzule o zachowaniu poufności informacji).

Odwołujący w wyjaśnieniach złożonych w wyniku wezwania zamawiającego [aktualnie, w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych począwszy od dnia 19 października 2014 r., tj. od dnia wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), którą znowelizowano art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę powinno nastąpić nie później niż w terminie składania ofert – *przyp. red.*] wskazał, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dane dotyczące powiązań kapitałowych nie są publicznie udostępniane, Odwołujący nie informuje o nich osób trzecich, zachowuje je w tajemnicy, nie przesyła w sposób umożliwiający wgląd do nich osobom nieupoważnionym, dane przechowuje z wykorzystaniem do ich zabezpieczenia stosownych środków, wreszcie jedynie nieliczni, umocowani do tego pracownicy wykonawcy mają wgląd w ich treść. W ocenie Izby informacje te nie można uznać za wystarczające dla stwierdzenia, iż wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Odwołujący nie wykazał, że poinformował osoby, które mają dostęp do informacji o jej poufnym charakterze oraz że zobowiązał te osoby do zachowania poufności informacji. Posługiwanie się klauzulami poufności przez dysponenta tajemnicy stanowi dowód przedsięwzięcia niezbędnych działań, które zmierzają do zachowania stanu tajemnicy. Zaniechanie przez odwołującego stosowania tego rodzaju środków prawnych skutkuje brakiem możliwości uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Art. 9**12. Sygn. akt: KIO 387/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.**

Skład orzekający Izby, ze względu na załączenie do pisma przygotowawczego odwołującego z dnia 11 marca 2015 r. dokumentów – kart katalogowych wyłącznie w języku angielskim, nie mógł ich zaliczyć w poczet materiału dowodowego i oprzeć na nich rozstrzygnięcie Izby. Sprzeciwia się temu § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280) [aktualnie Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 964 – przy. red.], zgodnie z którym wszystkie dokumenty przedstawia się z języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona lub uczestnik postępowania, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

Art. 22 ust. 1 pkt 1**13. Sygn. akt: KIO 2709/14, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2015 r.**

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 5.2.1 SIWZ. W odniesieniu do warunku dotyczącego wpisu do rejestru działalności regulowanej (ppkt a) Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wpis dotyczył odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia. Analogicznego postanowienia nie ma w podpunkcie b) dotyczącym posiadania zezwolenia na transport odpadów. W konsekwencji niezamieszczenia przez Zamawiającego w opisie warunku dotyczącego zezwolenia na transport odpadów wymogu dotyczącego rodzajów odpadów objętych zezwoleniem, Przystępujący nie miał obowiązku legitymowania się na dzień złożenia oferty zezwoleniem obejmującym 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. Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania stanowi potwierdzenie, że pkt 5.2.1 SIWZ należy interpretować w sposób przedstawiony przez Odwołującego. Uwzględnienie zarzutów odwołania jest jedynie stanowiskiem procesowym Zamawiającego i nie przesądza o merytorycznej ocenie odwołania, które – w sytuacji zgłoszenia sprzeciwu przez Przystępującego – podlega rozstrzygnięciu przez Izbę.

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 punktu 3 SIWZ wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje również odpady pochodzące z robót budowlanych i remontowych oznaczone kodem 17 08 02. 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 wszystkim kodach objętych przedmiotem zamówienia nie przesądza o niemożliwości 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 ze-

zwolenia do oferty celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, gdyż taki warunek nie został przez Zamawiającego opisany.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym zezwolenia na transport odpadów należało uznać za chybiony. Nie ma również podstaw do uznania, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, w związku z czym powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie zezwolenia na transport odpadów o kodzie 17 08 02.

Art. 22 ust. 1 pkt 2

14. Sygn. akt: KIO 2713/14, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2015 r.

Izba stwierdziła, że przystępujący sprostował obowiązkowi wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawca złożył wykaz dostaw i dokumenty referencyjne, które potwierdziły, że legitymuje się doświadczeniem w należyтым wykonaniu dostaw na potrzeby straży pożarnej min. 6 kontenerów specjalistycznych w tym min. 1 kontenera proszkowego w określonym przez zamawiającego okresie.

Wykonawca w złożonym wykazie powołał się na doświadczenie w dostawie 6 kontenerów. Jak wynikało z treści odwołania, sporna pomiędzy stronami okazała się tylko jedna dostawa, wskazana w wierszu 3 wykazu. W wierszu tym wymieniono dostawę 1 szt. kontenera proszkowego wykonaną przez przystępującego na rzecz X Sp. z o.o. z siedzibą w P. Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do tego czy dostawa ta może być zakwalifikowana jako dostawa „na potrzeby straży pożarnej”, co winno być wykazane zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu.

Przy tego rodzaju sporze, dla rozstrzygnięcia sprawy pojawiła się konieczność interpretacji warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym należało się wykazać doświadczeniem w wykonaniu dostaw 6 kontenerów „na potrzeby straży pożarnej”. W ocenie Izby językowa wykładnia warunku nie prowadziła do wniosku, aby wykonawcy mogli się powołać się jedynie na dostawy zrealizowane bezpośrednio na rzecz jednostek organizacyjnych Państwowej Straży Pożarnej wymienionych w art. 8 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 roku o Państwowej Straży Pożarnej [Dz. U. t.j. z 2013 r. 1340 ze zm. – *przyp. red.*]. Wzięto pod uwagę, że wbrew stanowisku odwołującego zamawiający w opisie warunku nie odesłał do przepisów ww. ustawy. Zamawiający nie posłużył się również pojęciem „Państwowa Straż Pożarna”, ale pojęciem „straży pożarnej”, pisany małymi literami. Pojęcie to jest pojęciem szerszym aniżeli definicja przywołana przez odwołującego. W ocenie Izby, w świetle warunku uprawnionym było posługiwanie się pojęciem „straż pożarna” w znaczeniu potocznym, jakie przywołał przystępujący w swym piśmie procesowym z 5.1.2015 r. Zgodnie z przywołanym przez przystępującego znaczeniem tego pojęcia „straż pożarna” to „zorganizowana formacja zajmująca się prewencją i walką z pożarami oraz pozostałymi zagrożeniami (innymi niż przestępczość) dla zdrowia i życia ludzkiego, dobytku oraz środowiska naturalnego” (za internetową encyklopedią wikipedia <http://pl.wikipedia.org/wiki/Stra%C5%BCarna>). Powyższe znaczenie analizowanego pojęcia pozwalało uwzględnić również doświadczenie w dostawach wykonanych na rzecz innych – aniżeli jednostki Państwowej Straży Pożarnej – jednostek straży pożarnej (np. ochotniczej straży pożarnej, wojskowej straży pożarnej, zakładowej straży pożarnej czy lotniskowej straży pożarnej).

W dalszej kolejności wzięto pod uwagę, że zamawiający w opisie warunku nie wskazał, że dostawy mają być wykonane „na rzecz straży pożarnej”, lecz „na potrzeby straży pożarnej”. Sformułowanie „na potrzeby” straży pożarnej dopuszczało również możliwość wykazania się dostawą wykonaną na rzecz innego – aniżeli straż pożarna podmiotu, który na podstawie porozumienia zawartego z jednostką straży pożarnej przekazał jej przedmiot dostawy do wykorzystywania na cele ochrony przeciwpożarowej.

15. Sygn. akt: KIO 33/15, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2015 r.

Izba ustaliła, że w części III ust. 2 pkt 3 SIWZ Zamawiający zamieścił warunek udziału wykonawcy w postępowaniu, polegający na tym, że wykonawca winien wykazać się wykonaniem robót w ciągu ostatnich trzech lat w zakresie objętym przedmiotem zamówienia z podaniem ich wartości (minimum 1 milion zł). Dodatkowo Zamawiający w SIWZ zawarł wymóg przekazania przynajmniej jednego protokołu odbioru robót w przedmiocie zamówienia na kwotę 100.000 zł brutto, w przypadku złożenia referencji. Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, że wartość przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu została oszacowana na kwotę 160 000 zł. Szacunek ten został dokonany w oparciu o koszty realizacji zamówienia na analogiczne prace w ubiegłym roku. W sytuacji, gdy zima będzie srozsza, kwota ta będzie ulegała zwiększeniu. Stosownie do art. 32 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających. Tym samym, szacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia 160 000 złotych powinna już obejmować szacunkową wartość zamówienia uzupełniającego, w sytuacji gdy Zamawiający przewidywał udzielenie takiego zamówienia. (...).

Z powyższych okoliczności wynika, że wartość prac, jaką należy się wykazać, aby spełnić warunek udziału w niniejszym postępowaniu (1 milion złotych) znacząco przewyższa kwotę szacunkową przedmiotu zamówienia (160 000 złotych, lub 240 000 złotych, gdyby przyjąć doliczenie wartości zamówień uzupełniających). Nie można zatem uznać, aby w jakikolwiek sposób postawiony warunek był proporcjonalny do zadania wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający w żaden racjonalny sposób nie uzasadnił postawienia tak wysokiego wymogu warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający sam przyznał w trakcie rozprawy, że żądanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z kwotą 1 mln zł było nadmierne. Stwierdził nadto, że warunki powinny być adekwatne do przedmiotu zamówienia. Ze stwierdzenia tego wynika, że Zamawiający pośrednio uznał postawiony zarzut za zasadny i przyznał, że warunek był nazbyt wygórowany i istniała potrzeba, aby go poprawić.

Zamawiający przed rozprawą przesłał do Izby pismo, w którym oświadczył, że zmniejszenie kwoty wymaganej w treści warunku zwiększy konkurencyjność postępowania. W tym samym piśmie Zamawiający oświadczył, że dokonał modyfikacji treści SIWZ w ten sposób, że kwotę 1 milion złotych w treści warunku zmienił na kwotę 400 000 złotych.

Na wstępie należy zauważyć, że Zamawiający nie dokonał modyfikacji w treści ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zatem zmiana treści warunku nie nastąpiła w sposób, jakiego wymagają zasady postępowania przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych. W dalszej kolejności należy zauważyć, że nawet w sytuacji, gdyby uznać, że dokonanie zmiany treści warunku jest skuteczne, to Zamawiający wprowadził zmniejszył wysokość progu w treści warunku z 1 miliona złotych do 400 000 złotych, jednak zmiana ta nie czyni zadość wymaganiom ustawy, aby treść warunku była proporcjonalna do opisu przedmiotu zamówienia. Wartość prac, jaką należałoby się wykazać, aby spełnić warunek udziału w niniejszym postępowaniu (po zmianie treści SIWZ) to 400 000 złotych. Kwota ta w dalszym ciągu znacząco przewyższa kwotę szacunkową przedmiotu zamówienia (160 000 złotych). Nie można zatem uznać, aby w jakikolwiek sposób postawiony warunek był proporcjonalny do zadania wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego, Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych [chodzi o art. 22 ust. 4 ustawy *Prawo zamówień publicznych – przyp. red.*], który stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Art. 22 ust. 1 pkt 3**16. Sygn. akt: KIO 280/15, KIO 297/15, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2015 r.**

Zgodnie z treścią warunku w celu wykazania posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności wykonawca zobowiązany był złożyć aktualny odpis z właściwego rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą potwierdzający posiadanie uprawnień do wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 217 ze zm.), tj. posiadaniem zarejestrowanego zespołu ratownictwa medycznego i taki dokument wykonawca X niewątpliwie złożył. Z dokumentu tego (odpisu z rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą nr (...)) jednoznacznie wynika, iż wykonawca ten posiadał na dzień składania ofert zarejestrowany zespół ratownictwa medycznego. Przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na części, a warunek dotyczący posiadania uprawnień był identyczny dla każdej z tych części. Wykonawcy zobowiązani byli wykazać się posiadaniem określonych, wskazanych w warunku uprawnień, tj. posiadaniem zarejestrowanego zespołu ratownictwa medycznego. Tak więc, w świetle jednoznacznego brzmienia warunku, dla jego spełnienia wystarczającym było przedstawienie wypisu z rejestru potwierdzającego zarejestrowanie zespołu ratownictwa medycznego. Zamawiający nie wskazał bowiem w SIWZ, że w przypadku składania ofert na więcej niż jedną część (w tym przypadku na dwie części – zadanie nr 3 i 4) koniecznym jest posiadanie na dzień składania ofert tylu zarejestrowanych zespołów ratownictwa medycznego na ile zadań ofertę się składa, w tym przypadku dwa zespoły. Izba nie kwestionuje tego, że każdy zespół ratownictwa medycznego, jako komórka organizacyjna, musi być wpisany do rejestru podmiotów leczniczych i dopiero ten wpis pozwala na świadczenie tego typu usługi, jak również i tego, że rozpoczęcie usługi nie może nastąpić bez odpowiedniego wpisu, tym niemniej z treści postawionego warunku taki wymóg – na jaki wskazuje obecnie zamawiający – absolutnie nie wynikał. Zamawiający w treści SIWZ nie postawił żadnych dodatkowych warunków odnoszących się do poszczególnych części zamówienia. To dopiero w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 3 i 4, uzasadniając wykluczenie odwołującego X z postępowania, podał, iż wykonawca ten „składał ofertę na dwa zadania, a w każdym z nich podstawowym warunkiem technicznym było posiadanie zarejestrowanego zespołu ratownictwa medycznego podstawowego, jako sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia”. Treść SIWZ, w tym warunki udziału oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków należy – jak słusznie podniósł odwołujący X – interpretować literalnie i nie domniemywać czegoś, co z niej nie wynika. Z SIWZ nie wynika, aby zamawiający wymagał dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazania się posiadaniem przez wykonawcę odrębnych uprawnień na każde zadanie, tj. w tym stanie faktycznym, zarejestrowaniem dwóch zespołów ratownictwa medycznego – po jednym na każde zadanie. Z treści SIWZ wynika jedynie konieczność posiadania zarejestrowanego zespołu ratownictwa medycznego.

Zważyć przy tym należy, iż wykonawca X złożył ofertę na zadanie nr 3 i nr 4, a ocena ofert częściowych przeprowadzana jest oddzielnie dla każdej części zamówienia. Postępowanie z możliwością składania ofert częściowych charakteryzuje się bowiem autonomicznością każdej części. Każda część zamówienia jest oceniana odrębnie na podstawie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert właściwych dla danej części. Warunek dotyczący posiadania uprawnień był identyczny dla każdej części postępowania. Wykonawca miał się wykazać jedynie posiadaniem uprawnień do wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, tj. zarejestrowanym zespołem ratownictwa medycznego. I posiadaniem wymaganych uprawnień odwołujący X niewątpliwie się wykazał.

17. Sygn. akt: KIO 540/15, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2015 r.

Oczywistym jest, że nawet warunki udziału w postępowaniu określone przez tego samego Zamawiającego, co do tego samego nawet zadania, ale realizowanego we wcześniejszych latach, nie mogą być podstawą do czynienia zarzutu Zamawiającemu, że określił wygórowane warunki w bieżącym postępowaniu, z uwagi na nieustannie zmieniające się uwarunkowania, np. w zakresie liczby mieszkańców, czy rodzaju i ilości wytwarzanych odpadów. Niemniej, jednak skoro Odwołujący odwołał się do poprzednio prowadzonego postępowania, to wskazać należy, że w jego ramach Zamawiający wymagał wykazania dysponowania przez wykonawcę łącznie 9 pojazdami, w tym 4 pojazdami przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych. Natomiast w obecnie prowadzonym postępowaniu postawił wymóg dysponowania łącznie 10 pojazdami, w tym min. 6 pojazdami przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych. Zatem, nawet powołanie się na poprzednie postępowanie, nie wskazuje na to, że warunek został opisany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wprawdzie poprzednio wymagał pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych o ładowności min. 4 Mg, a obecnie 6 Mg, co jednak nie stanowi w ocenie Izby o tym, że warunek został określony w sposób nieproporcjonalny, a nadto nie podnosił tej okoliczności Odwołujący. Odwołujący też nie kwestionował wymagania Zamawiającego dotyczącego ładowności pojazdów, a jedynie ich liczby.

Niezależnie od tego, że, jak już wcześniej zostało wspomniane, potrzeby i warunki określone przez innych zamawiających, nie mogą mieć wpływu na rozstrzygnięcie kwestii czy Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w sposób prawidłowy określił warunki udziału w postępowaniu, to zauważyć należy, że nawet w tym względzie argumentacja Odwołującego jest chybiona, gdyż z przedłożonych przez Odwołującego kopii SIWZ dotyczących postępowań w pozostałych gminach wynika, że poszczególni zamawiający żądali wykazania się dysponowaniem: łącznie co najmniej 10 pojazdami, w tym co najmniej 4 samochodami (śmieciarami) przystosowanymi do opróżniania pojemników o pojemnościach od 120 l do 1100 l (gmina J.); łącznie co najmniej 9 pojazdami, w tym co najmniej 4 pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych (gmina S.); łącznie 8 pojazdami, w tym co najmniej 4 samochodami specjalnymi (śmieciarami) przystosowanymi do opróżniania pojemników o pojemnościach od 120 l do 1100 l (gmina Ł. – część I).

Tymczasem Odwołujący żądał modyfikacji warunku poprzez określenie, że warunek ubiegania się o zamówienie w zakresie wymogu wykazania się odpowiednim potencjałem technicznym zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże, że dysponuje minimalnie trzema pojazdami przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych: śmieciarki bezpyłne o ładowności min 6 Mg, spełniające normę emisji spalin min. EURO IV. Żądanie Odwołującego co do ograniczenia warunku do 3 pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych zmieszanych nie znajduje potwierdzenia w powołanych przez niego dowodach, ani twierdzeniach. Jedyne uzasadnienie może wynikać z obliczeń przedstawionych przez Odwołującego, na które jednak nie przedstawił żadnych dowodów.

Art. 22 ust. 1 pkt 4**18. Sygn. akt: KIO 179/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.**

Ustabilizowany w orzecznictwie jest pogląd o tym, że wymaganie polisy OC w postępowaniu nie jest równoznaczne z wymaganiem posiadania ubezpieczenia na etapie realizacji zamówienia, ubezpieczeniem danego kontraktu [przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 16 lipca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 229/09]. W orzecznictwie akcentuje się, że nieuprawnione jest utożsamianie rodzaju działalności objętej ubezpieczeniem z opisem przedmiotu zamówienia, bowiem: „dokument ubezpieczenia służy potwierdzeniu spełnie-

nia warunku udziału w postępowaniu, a nie stanowi dowodu ubezpieczenia danego przedmiotu zamówienia. Tym samym nie jest uprawnione utożsamianie rodzaju działalności objętej ubezpieczeniem z opisem przedmiotu zamówienia, albowiem działalność objęta ubezpieczeniem ma być jedynie związana z przedmiotem zamówienia, a nie pokrywać się z nim w całej rozciągłości." [wyroki KIO z 8 lutego 2013 r. KIO 165/13, z 14 kwietnia 2014 w spr. KIO 564/14], „słusznie Zamawiający wskazuje w odpowiedzi na odwołanie, że wymóg, aby wykonawca posiadał ubezpieczenie OC w zakresie przedmiotu zamówienia jest zbyt daleko idący, dlatego w treści SIWZ sformułował wymóg „posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Niewątpliwie polisa OC powinna swym zakresem obejmować przedmiot pozostający w związku z przedmiotem zamówienia, co nie oznacza, że powinny być one tożsame.” [wyrok KIO z 8 maja 2014 r. w spr. KIO 797/14], „Polisa OC na potwierdzenie spełniania warunku nie musi być zgodna z przedmiotem zamówienia – identyczna z opisem poczynionym przez zamawiającego, ale powinna przynajmniej w minimalnym zakresie być związana z tym przedmiotem zamówienia”. [wyrok KIO 2 lipca 2013 r., w spr. KIO 1515/13], „Trzeba bowiem zauważyć, że nie było celem ustawodawcy zabezpieczanie interesów Zamawiającego na etapie konstruowania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zapewnienie mu możliwości wyboru wykonawcy, który będzie już wówczas posiadał ubezpieczenie kontraktu.” [wyrok KIO z 26 maja 2014 r. w spr. KIO 883/14 KIO 900/14, KIO 904/14, KIO 905/14].

19. Sygn. akt: KIO 407/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje dowolność w wyborze wykonawcy, co do tego za pomocą jakiego dokumentu zamierza dowieść tego, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Ustawodawca bowiem ograniczył zamawiającego w uprawnieniu do żądania oświadczeń czy dokumentów wskazując, w art. 25 ust. 1 ustawy, jakich rodzajów dokumentów wolno zamawiającemu żądać od wykonawców oraz formułując w ust. 2 tegoż przepisu delegację ustawową do wydania aktu wykonawczego wskazującego na istnienie zamkniętego kręgu dowodów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, a w konsekwencji zamkniętego kręgu dowodów, jakie ci wykonawcy mogą zamawiającemu przedkładać. Ustawodawca jednocześnie wskazał na kolejność przedstawiania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku ekonomicznego. W art. 26 ust. 2c bowiem wskazał, że posłużenie się innym dokumentem niż wymagany przez zamawiającego jest możliwe dopiero, gdy wykonawca jednocześnie wykaże uzasadnioną przyczynę braku możliwości przedłożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu. Tym samym w pierwszej kolejności zawsze powinna być przedstawiana opłacona polisa. Izba stoi na stanowisku, że wymaganie ustawodawcy, aby wykonawca legitymował się opłaconą w całości polisą lub polisą opłaconą co najmniej w zakresie I raty składki wyraźnie koresponduje z treścią art. 814 §1 kc, zgodnie z którym w typowym nazwanym stosunku cywilnoprawnym umowy ubezpieczenia odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. (Przy czym ustawodawca w innych przepisach prawa wprowadził ustawowe odstępstwa od zasady przewidzianej w art. 814 § 1 kc i wynikają one z ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz. U. Nr 124, poz. 1152 z późn. zm.). W przypadku obowiązkowych ubezpieczeń regulowanych zastosowanie ma zasada określona odpowiednio w art. 39, 54 i 74 u.u.ob. Zgodnie z tymi przepisami, odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń rozpoczyna się z chwilą zawarcia umowy i zapłacenia składki ubezpieczeniowej lub jej pierwszej raty. Jeśli natomiast w umowie ubezpieczenia zakład ubezpieczeń wskazał późniejszy termin płatności składki lub jej pierwszej

raty, odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń rozpoczyna się z chwilą zawarcia umowy.) Tym samym w typowym stosunku ubezpieczenia ochrona ubezpieczeniowa w przypadku odroczonej płatności składki lub I raty składki rozpocznie się w dniu następnym po zapłaceniu tej składki lub jej pierwszej raty. Ustawodawca w art. 814 § 1 kc przewidział także możliwość kształtowania woli stron postanowień umowy ubezpieczenia dotyczących momentu powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela, tak z mocy prawa, jak i w drodze woli stron. W ocenie Izby naprzeciw takiej możliwości prawnej wychodzi właśnie brzmienie § 1 pkt 11 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. poz. 231), dopuszczając możliwość złożenia innego dokumentu w przypadku braku opłaconej polisy. Takim dokumentem może być polisa z klauzulą wcześniejszego powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela niż dzień następujący po dniu opłacenia składki, oświadczenie ubezpieczyciela o przyjęciu na siebie odpowiedzialności za zdarzenia zaistniałe w okresie przed opłaceniem składki i mimo jej nieopłacenia z uwagi na nienadejście terminu wymagalności składki lub jej raty, może być to także inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej np. certyfikat. Zarówno polisa opłacona, jak i inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, są dokumentami wymaganymi przez zamawiającego w oparciu o treść § 1 cyt. rozporządzenia, zatem zgodnie z art. 26 ust. 2c ustawy dopiero gdy wykonawca takimi dokumentami z uzasadnionej przyczyny nie dysponuje może przedłożyć inny dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności do wykonania zamówienia opisanej w pkt 5.1.4. a siwz. Zgodnie z art. 26 ust. 2a, art. 26 ust. 3 i art. 44 ustawy wykonawca zobowiązany jest wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc powyższe wywody do zaistniałego w sprawie stanu faktycznego Izba oceniła powołane przez odwołującego okoliczności, tj. fakt wskazania okresu ubezpieczenia w polisie oraz treść § 16 i § 17 OWU [*Ogólne Warunki Ubezpieczenia – przyp. red.*], do których się odwołujący odnosił. Zdaniem Izby, wbrew stanowisku zamawiającego, z postanowień § 16 i § 17 OWU wynika, że zakład ubezpieczeń przyjął na siebie odpowiedzialność przed terminem płatności pierwszej składki. Należy zauważyć, że zakład ubezpieczeń wskazał czym jest początek okresu ubezpieczenia – jest to uzgodniona przez strony data (§ 16 ust. 2 OWU). Od tego początku okresu ubezpieczenia wskazanego w polisie z daty i godziny rozpoczyna się odpowiedzialność ubezpieczyciela – § 17 ust. 1 OWU, co w ocenie Izby wyznacza zasadę, że początkiem odpowiedzialności ubezpieczyciela jest początek okresu ubezpieczenia wskazany w polisie. Natomiast warunkiem tej odpowiedzialności jest opłacenie składki w dniu zawarcia umowy lub najpóźniej na dzień przed rozpoczęciem okresu ubezpieczenia. Dalsza część § 17 ust. 1 nie odnosi się do odpowiedzialności ubezpieczyciela, ale do możliwości określenia innego terminu zapłaty składki. W ocenie Izby zatem w sytuacji, gdy ubezpieczyciel wyznaczył w polisie inny termin zapłaty składki, np. późniejszy niż termin zawarcia umowy, to odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się do początku okresu ubezpieczenia, z tym że konsekwencje nieopłacenia składki w tym wyznaczonym terminie regulują postanowienia § 17 ust. 2 – 7 OWU. W ocenie Izby zatem odwołujący w dacie składania ofert był objęty ochroną ubezpieczeniową, co wykazał nieopłaconą polisą i innym dokumentem potwierdzającym fakt, że odwołujący w dacie składania ofert był objęty ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia – postanowieniami OWU. Dodatkowo dowody przedstawione na rozprawie w postaci certyfikatu (...) jak i pisma (...) z dnia 17 lutego 2015r. prawidłowość rozumowania odwołującego, co do okresu odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń potwierdziły. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że zamawiający nieprawidłowo zastosował treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 814 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 ustawy i art. 24 ust. 4 ustawy.

Art. 22 ust. 4**20. Sygn. akt: KIO 412/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że dokonanie opisu sposobu oceny spełniania warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez ustanowienie wymogu legitymowania się zrealizowaniem usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia (wykonaniem zarówno uruchomienia, jak i utrzymania usług sieci WAN w technologii MPLS), spełnia pierwszą z przesłanek określonych art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, tj. jest związane z przedmiotem zamówienia. Zamawiający żąda bowiem doświadczenia w realizacji takich samych rodzajowo usług, jakie zamierza zlecić w wyniku przeprowadzenia przetargu. Głębszej analizy wymaga natomiast kwestia proporcjonalności postanowionych w SIWZ wymogów do przedmiotu zamówienia. Rozstrzygając sprawę Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Problemem, jaki powstaje na gruncie określania wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz ich adekwatności do przedmiotu zamówienia, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji.

W ocenie Izby nieproporcjonalność taka ma miejsce w przypadku kwestionowanego postanowienia rozdziału VII pkt 4 SIWZ (oraz punktu III.2.1 ppkt 5 Ogłoszenia o zamówieniu). Nie polega ona jednak na samym ustanowieniu wymogu legitymowania się zarówno uruchomieniem, jak i utrzymaniem sieci, ale na konstrukcji tego wymogu w aspekcie czasowym. Izba dopatrzyła się nieproporcjonalności w fakcie, że Zamawiający odnosi wymóg wykonania każdego z elementów usługi (tj. zarówno uruchomienia, jak i utrzymania sieci) do trzyletniego okresu poprzedzającego składanie ofert. Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, w świetle kwestionowanego postanowienia SIWZ wykonawcy muszą wykazać, że zarówno utrzymanie sieci przez 24 miesiące, jak i zakończenie uruchamiania tejże sieci musi mieścić się w trzyletnim okresie przed składaniem ofert. Istotna przy ocenie tak skonstruowanego wymogu jest okoliczność, że Zamawiający wymaga wykazania się usługami utrzymania sieci przez 24 miesiące, co oznacza, że uruchomienie usługi musiało zakończyć się w okresie między 36 a 24 miesiące przed terminem składania ofert. Zamawiający bezzasadnie ograniczył więc usługi, których wykonaniem można się wykazać, do takich, których uruchomienie nastąpiło nie wcześniej niż trzy lata przed terminem składania ofert. W ocenie Izby brak jest jakichkolwiek obiektywnych podstaw do twierdzenia, że wykonawca, który zrealizował duże zamówienie, trwające dłużej niż 36 miesięcy, ma doświadczenie mniejsze, niż wykonawca, który wykonał zamówienie mniej rozłożone w czasie i tym samym może wykazać, że oba elementy tego zamówienia (uruchomienie sieci oraz jej utrzymanie) mieszczą się w wymaganym okresie. Taka konstrukcja warunku w sposób nieuprawniony ogranicza krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, uniemożliwiając uzyskanie zamówienia wykonawcom mającym doświadczenie w realizacji dużych projektów odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Dodatkowo wskazać należy, że podstaw do uznania stanowiska Zamawiającego nie sposób wywieść z przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 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. poz. 231 – *przyp. red.*]. Zgodnie z przywołanym przepisem, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonanie dostawy czy usługi należy natomiast rozumieć jako wywiązanie się przez strony ze swoich zobowiązań, znaczenie ma więc moment zakończenia realizacji zamówienia i właśnie ten moment powinien być odniesiony do trzyletniego okresu poprzedzającego termin składania ofert. Zatem jeśli zamówienie obejmowało element uruchomienia sieci oraz element jej utrzymania, nie jest istotny termin zakończenia realizacji każdego z tych elementów z osobna, ale termin zakończenia wykonywania zamówienia jako całości.

21. Sygn. akt: KIO 399/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.

W zakresie dokonanego opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał konieczność wykazania się doświadczeniem na terenie miasta. Nie sposób w tym miejscu mówić o nieproporcjonalności wymagania określonego przez Zamawiającego do przedmiotu zamówienia. Zasadnym były twierdzenia Zamawiającego, że realizacja zamówienia na terenie miasta, w terenie zurbanizowanym, wymaga odpowiedniego przygotowania oraz doświadczenia ze strony wykonawcy realizującego zamówienie. Niewątpliwie odmienna jest specyfika realizacji rac na terenach miejskich a inna na terenach pozamiejskich. Tym samym w zakresie części opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącej wykazania się doświadczeniem w realizacji oznakowania poziomego ulic w mieście nie może być mowy o nieproporcjonalności warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 23 ust. 1

22. Sygn. akt: KIO 2637/14, KIO 2641/14, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r.

Nie ulega wątpliwości, że – odnosząc się do zarzutu wadliwie złożonych pełnomocnictw przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz Y Sp. z o.o., z siedzibą w T. – oferta została złożona przez podmiot wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: tj. przez wykonawców Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz Y Sp. z o.o., z siedzibą w T.

Z całokształtu okoliczności wynika, iż oferta w niniejszym postępowaniu została złożona przez konsorcjum – tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz Y Sp. z o.o., z siedzibą w T. Owszem – w złożonej ofercie, w miejscu – pieczęć wykonawcy – znajduje się pieczęć wykonawcy Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., jednak po dalszej lekturze złożonej oferty, można – bez większych wątpliwości – odczytać zamiar wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz Y Sp. z o.o., z siedzibą w T. występowania wspólnie w postępowaniu na „Dostawę materiałów biurowych na rzecz (...)” w oparciu o dyspozycję art. 23 ustawy Pzp.

Na powyższe wskazuje konsekwentnie m. in. pełnomocnictwo z dnia 30 października 2014 r., – z którego wynika wola wykonawców: Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz

Y Sp. z o.o., z siedzibą w T. występowania wspólnie. Dodatkowo wykonawcy ci złożyli również wraz z ofertą oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu (zarówno: Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., jak również Y Sp. z o.o., z siedzibą w T.), inne dokumenty podmiotowe oraz dokumenty rejestrowe, wskazujące na właściwe znaczenie złożonego oświadczenia woli – jakim było złożenie oferty wspólnie w konsorcjum, składającego się z dwóch wykonawców: tj. Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz Y Sp. z o.o., z siedzibą w T.

Jednak wadliwość złożonej oferty polega na tym, iż ofertę podpisała Pani Aneta N., w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne z dnia 30 października 2014 r., nie upoważniające lidera tego konsorcjum (tj. wykonawcy Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł.) do udzielania dalszych pełnomocnictw. Ponadto umocowanie Pani Anety N. do podpisania i złożenia oferty nie wynika również z załączonych przez spółkę dokumentów rejestrowych. Należy zauważyć, iż zgodnie z art. 106 Kodeksu cywilnego, pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa.

Art. 24 ust. 1 pkt 4–8 i 10–11

23. Sygn. akt: KIO 243/15, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2015 r.

Stosownie do § 12 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 maja 2014 roku w sprawie udzielania informacji o osobach oraz podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2014 roku, poz. 660), jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy wniosek, są zgromadzone w Rejestrze, informacji o osobie udziela się na formularzu, o którym mowa w § 11 pkt 3 rozporządzenia. Do tej informacji załącza się nadesłane zapytanie lub wnioski. Jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy wniosek nie są zgromadzone w Rejestrze, zapytanie lub wnioski zwraca się wnioskodawcy z adnotacją „Nie figuruje”. W takiej sytuacji, w każdym przypadku, gdy dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wnioski, nie są zgromadzone w rejestrze, informacji udziela się w sposób określony w § 12 ust. 2 rozporządzenia poprzez zwrot wniosku lub zapytania z adnotacją „Nie figuruje”. Informacja z Rejestru potwierdza, że osoba, której dotyczy zapytanie, nie figuruje w Rejestrze z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo.

W rozpoznawanej sprawie wykonawcy załączyli do wniosków informacje z Krajowego Rejestru Karnego w postaci formularza „Zapytania o udzielenie informacji o osobie” z adnotacją „Nie figuruje w Kartotece Karnej Krajowego Rejestru Karnego”. Oznacza to, że osoby, których dotyczą informacje nie figurują w Rejestrze z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo, w tym również z powodu okoliczności wskazanych w art. 131e ust. 1 ustawy Pzp.

24. Sygn. akt: KIO 522/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.

Należy jednoznacznie stwierdzić, że dokumentem wykazującym brak podstaw do wykluczenia wykonawcy jest informacja z Krajowego Rejestru Karnego, tylko i wyłącznie ten dokument w realiach rozpoznawanej sprawy potwierdza w sposób należyty brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania – ustawodawca nie przewidział możliwości wykazania okoliczności stwierdzanych informacją z Rejestru jakimikolwiek innymi dokumentami, w tym oświadczeniem. Informacja z Krajowego Rejestru Karnego przedstawiona w postępowaniu zaświadcza okoliczności wynikające z treści wpisów do Rejestru według stanu na dzień, w którym informacja jest udzielona. Dokumenty składane w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania powinny być wystawione najpóźniej w dniu, w którym upływa termin składania ofert (w rozpoznawanym przypadku 9 lutego 2015 rok) jednocześnie zgodnie z rozporządzeniem [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonaw-

cy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.] (§ 3 ust. 1 pkt 5) przedstawiona informacja z rejestru ma być aktualna, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący składając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumenty, do uzupełnienia których został wezwany, powinien być złożyć w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania informację z Krajowego Rejestru Karnego dla Pani Anety J. wystawioną najpóźniej na dzień 9 lutego 2015 roku, bowiem to był dzień składania ofert. Odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu, tym samym nie wykazał braku podstaw do wykluczenia go z postępowania – działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszało art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 25 ust. 2 ustawy.

Art. 24 ust. 2 pkt 1

25. Sygn. akt: KIO 418/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący: (...) wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, a także nie udowodnił posłużenia się przez niego w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Okoliczności skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, który pośrednio uczestniczył w przygotowaniu przetargu nie przesądza o możliwości przypisania Przystępującemu (...) przymiotu wykonywania bezpośrednio czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Nadto Odwołujący nie wskazał i nie wykazał żadnej osoby imiennie, którą Odwołujący posłużył się przy przygotowaniu oferty, a która brałaby udział w przygotowaniu przetargu.

26. Sygn. akt: KIO 525/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.

Bezspornym jest, że Pan Marek A. do dnia 31 grudnia 2014 r. zatrudniony był w (...) w P. na stanowisku Dyrektora tej jednostki, a obecnie jest zatrudniony w firmie X Sp. z o.o. z siedzibą we W. – lidera konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą we W. i Y Sp. z o.o. z siedzibą w C. Pan Marek A. – jak wynika z przedłożonej przez odwołującego umowy o pracę – został zatrudniony w firmie X Sp. z o.o. z siedzibą we W. w dniu 20 lutego 2015 r., a więc następnego dnia po złożeniu oferty przez odwołującego (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. X Sp. z o.o. z siedzibą we W. i Y Sp. z o.o. z siedzibą w C., tj. firmy X Sp. z o.o. z siedzibą we W.). Natomiast brak jest jakichkolwiek dowodów stwierdzających jednoznacznie, że w okresie przygotowania oferty (otwarcie ofert odbyło się w dniu 19 lutego 2015 r.) był on zatrudniony w firmie X Sp. z o.o. z siedzibą we W. Przeciwnie ze złożonej przez odwołującego do akt sprawy umowy wynika, że Pan Marek A. został zatrudniony w firmie X Sp. z o.o. z siedzibą we W. dopiero po złożeniu oferty przez odwołującego. Nie mógł więc, nie będąc pracownikiem w firmie X Sp. z o.o. z siedzibą we W. (lidera konsorcjum), brać udziału w przygotowaniu oferty w tym postępowaniu. Trudno uznać, wobec określonej treści umowy o pracę, iż dowód udziału Pana Marka A. w przygotowaniu oferty złożonej przez odwołującego miałoby stanowić zeznanie świadka – przedstawiciela konkurującej firmy. Dowodem takim nie mogą być także niesprawdzone i niczym niepotwierdzone, a jedynie zasłyszane informacje. Zamawiający nie przedstawiał żadnego dowodu wskazującego na uczestnictwo tego wykonawcy (konsorcjum firm X Sp. z o.o. z siedzibą we W. i Y Sp. z o.o. z siedzibą w C.) w czynnościach związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania. Wykazał jedynie, iż Pan Marek A., będąc Dyrektorem zamawiającego do 31 grudnia 2014 r., brał udział w pewnych czynnościach, mających na celu przygotowanie tego konkretnego postępowania, jak np. zaplanowanie tego zamówienia w danym roku budżetowym, czy też pozyskanie środków finansowych na realizację tego zamówienia, gdyż tego typu czynności w okresie jego zatrudnienia były podejmowane przez zamawiającego.

Niemniej jednak nie można utożsamiać osoby Pana Marka A. z wykonawcą. Pan Marek A. jest bowiem pracownikiem odwołującego dopiero od dnia 20 lutego 2015 r. Tymczasem o bezpośrednim udziale w przygotowaniu postępowania można mówić tylko wtedy, gdy to dany wykonawca wykonywał czynności powiązane przedmiotowo z przygotowywanym postępowaniem. Takich czynności odwołujący nie wykonywał. Określone czynności związane z zaplanowaniem realizacji tego zamówienia wykonywał natomiast Pan Marek A.

W tym przypadku nie można więc mówić o wykonawcy, gdyż faktycznie udziału wykonawcy w przygotowaniu tego postępowania nie było. Nie zachodzi tu tożsamość wykonawcy. Brak jest więc podstaw do wykluczenia wykonawcy, gdy w przygotowaniu postępowania przygotowawczego brał udział podmiot inny niż sam wykonawca. Nie było również udziału osoby (Pana Marka A.) w sporządzeniu oferty odwołującego. Tego typu sytuacja nie została wykazana. Art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wyraźnie bowiem wskazuje, aby to czynności wykonawcy były związane z przygotowaniem tego konkretnego postępowania lub też wykonawca posługiwał się w celu przy sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Tymczasem w tym stanie faktycznym wykonawca nie brał udziału w przygotowaniu postępowania, ani też Pan Marek A. nie brał udziału w przygotowaniu oferty złożonej przez wykonawcę w tym postępowaniu. Szereg przedstawionych przez zamawiającego okoliczności, w tym m.in. cena oferty odwołującego mieszcząca się w kwocie, która zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, znajomość uwarunkowań glebowych czy też znajomość zarządzeń Prezydenta Miasta P., nie są okolicznościami potwierdzającymi udział Pana Marka A. w przygotowaniu oferty odwołującego. Tego typu informacje mógł bowiem pozyskać przy dołożeniu należytej staranności każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie tego zamówienia. Również fakt skalkulowania ceny oferty na takim poziomie jaki przewidział zamawiający, szacując wartość zamówienia, nie może jeszcze stanowić dowodu na udział określonej osoby (Marka A.) w przygotowaniu oferty odwołującego. Oznacza to zatem, iż nie zaistniała przesłanka warunkująca wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a zarazem i warunkująca ocenę, czy udział tego wykonawcy utrudni uczciwą konkurencję. Podkreślić bowiem należy, iż ze względu na dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wykładnia tego przepisu winna mieć charakter ścisły i opierać się tylko i wyłącznie na jego literalnym brzmieniu. Zamawiający wykluczając wykonawcę na podstawie tego przepisu nie może opierać się na przypuszczeniach i niczym nieopartych twierdzeniach, a taka sytuacja w tym stanie faktycznym niewątpliwie miała miejsce. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Art. 24 ust. 2 pkt 2

27. Sygn. akt: KIO 62/15, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2015 r.

W ocenie składu orzekającego Izby wystarczającym powodem uznania, że odwołujący nie wniósł do upływu terminu składania ofert wadium jest to, iż treść złożonej przez odwołującego wraz z ofertą gwarancji ubezpieczeniowej nie zapewnia zatrzymania przez zamawiającego wadium w przypadku, gdy odwołujący odmówiłby podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, ponieważ wskazany w treści gwarancji warunek – pkt 2.1. – referuje do warunków dokumentacji konkursu (warunków SIWZ), nie zaś do warunków określonych w ofercie, którego najistotniejszym elementem jest skalkulowana przez odwołującego, na podstawie warunków (wymogów) opisanych w dokumentacji przetargowej (SIWZ), cena za realizację przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że treść złożonej przez odwołującego wraz z ofertą gwarancji ubezpieczeniowej nie zapewnia zatrzymania przez zamawiającego wadium w żadnym z przypadków, o których mowa w przepisie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp (w pkt 14 Części VII SIWZ) – tj. przypadków odnoszących się do terminu przed wyborem oferty odwo-

lującego jako najkorzystniejszej, ponieważ w treści gwarancji jedynym przypadkiem odnoszącym się do terminu przed wyborem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (użyto sformułowania „przyjęcie jego Propozycji ze strony Beneficjenta”), uprawniającym zamawiającego do zatrzymania wadium jest wycofanie albo zmiana oferty w terminie jej ważności wskazanym w ofercie (pkt 1).

Na marginesie skład orzekający Izby wskazuje na nieadekwatność tego warunku gwarancji, biorąc pod uwagę przepis art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, dopuszczający możliwość zmiany lub wycofania oferty przez wykonawcę jedynie przed upływem terminu składania ofert. Nie sposób także doszukać się w treści złożonej przez odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej możliwości zatrzymania przez zamawiającego wadium w przypadku, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp, pkt 15 Części VII SIWZ).

Reasumując, złożona przez odwołującego się wykonawcę wraz z ofertą gwarancja ubezpieczeniowa, jako nie zapewniająca możliwości zaspokojenia się przez zamawiającego w przypadku zaistnienia wszystkich okoliczności ustawowych (powielonych w treści SIWZ), nie mogła zostać uznana przez zamawiającego za wadium i dlatego zasadnie zamawiający nie dopuścił tej oferty do badania i oceny jako oferty złożonej przez wykonawcę, którego należało wykluczyć (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego co do tego, iż „Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wadium nie stanowi treści oferty, a jedynie jej zabezpieczenie” (t. 4 odwołania, pkt 2.2. zdanie pierwsze), jednak podnosi, że wskazanie przez zamawiającego błędnej podstawy prawnej odrzucenia oferty odwołującego pozostaje bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), ponieważ ofertę odwołującego należało odrzucić (uznać ją za odrzuconą – art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) w następstwie wykluczenia odwołującego (art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

28. Sygn. akt: KIO 311/15, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że gwarancja bankowa złożona przez przystępującego X tytułem wadium nie obejmowała wszystkich przesłanek zatrzymania wadium wynikających z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Przewidywała prawo zamawiającego do zatrzymania wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złoży wymaganych oświadczeń lub dokumentów. Tymczasem w myśl art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przesłanki zatrzymania wadium określono szerzej. W szczególności zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium także wtedy, gdy wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Izby, przywołana okoliczność obligowała zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał. Wbrew stanowisku zamawiającego, przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku wykluczenia fakt, że po złożeniu oferty, w toku postępowania, nie zaktualizowała się przesłanka zatrzymania wadium w postaci odmowy wyrażenia przez przystępującego zgody na poprawienie omyłki. Uszło uwadze zamawiającego, że zgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Powyższe oznacza, że wadium powinno zabezpieczać ofertę od upływu terminu składania ofert, to jest w tym przypadku od 19 stycznia 2015 r., g. 11.00. Od tego też momentu zamawiający powinien być uprawniony do zatrzymania wadium, również na wypadek gdy wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z analogicznych powodów nie mógł sanować omawianego uchybienia fakt złożenia w trakcie posiedzenia Izby aneksu nr 1 do gwarancji wadialnej datowany na 25 lutego 2015 r., uprawniającego zamawiającego do zatrzymania wadium na wypadek gdy wykonawca nie

wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przystępujący X złożył w trakcie posiedzenia Izby wskazany aneks, co jednak nie zmienia sytuacji, iż oferta przystępującego nie była w sposób prawidłowy zabezpieczona wadium od momentu upływu terminu składania ofert. Aneks ten dowodził jednocześnie, że gwarancja bankowa złożona wraz z ofertą nie była prawidłowa, a dokument wolny od uchybień złożono dopiero na posiedzeniu Izby 6 marca 2015 r.

Nie stanowił również usprawiedliwienia dla zaniechania czynności wykluczenia fakt, że zamawiający przywołał w SIWZ przesłanki zatrzymania wadium w sposób, który nie uwzględnił zmian art. 46 ust. 4a ustawy Pzp wynikających z wejścia w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Wzięto pod uwagę, że zamawiający mają prawo doprecyzowywania wymogów dotyczących wadium w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wynika z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jednakże uprawnienie do kształtowania tych wymagań nie może dotyczyć kwestii regulowanych przez ustawę. Przykładowo zamawiający na tej podstawie mogą określać nr rachunku bankowego, na jaki należy wpłacać wadium, wysokość wymaganego wadium, szczególnie odnośnie miejsca jego złożenia itp. Kompetencja zamawiającego wynikająca z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie rozciąga się jednak z pewnością na prawo do modyfikowania ustawowych przesłanek zatrzymania wadium wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie wniósł wadium. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe. Skoro zatem gwarancja bankowa nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. W związku z powyższym, przystępujący X podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zaś jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W konsekwencji decyzję zamawiającego co do zaproszenia tego wykonawcy do aukcji elektronicznej w kwestionowanych przez odwołującego częściach 9, 10 i 11 zamówienia należało uznać za nieprawidłową. W świetle art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp do aukcji elektronicznej zaprasza się bowiem jedynie tych wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

29. Sygn. akt: KIO 368/15, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2015 r.

Nie ulega wątpliwości, że wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożony został przez konsorcjum złożone z czterech ubezpieczycieli (A S.A., B S.A., C S.A., D S.A.). Zostało ono również zaproszone do złożenia oferty wstępnej, do negocjacji i wreszcie – do złożenia oferty. W przededniu upływu termin składania ofert (9 lutego 2015 r.) doszło do wypowiedzenia pełnomocnictwa przez jednego z członków konsorcjum (D S.A.), o czym lider konsorcjum (A S.A.) poinformował Zamawiającego, stwierdzając że konsorcjum zamierza złożyć ofertę w składzie pozostałych członków. Następnie, w dniu 10 lutego 2015 r. Odwołujący złożył ofertę załączając do niej gwarancję bankową wystawioną na konsorcjum w pierwotnym składzie. W konsekwencji Zamawiający wykluczył go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, a jego ofertę uznał za odrzuconą (art. 24 ust. 4 Pzp). W powyższych okolicznościach Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że wadium pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doniosłą rolę – stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Z uwagi na powyższe kwestia oceny skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywana rygorystycznie, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań. Nie wolno również zapominać, że z uwagi na fakt, iż wadium nie stanowi ani treści oferty wykonawcy, ani dokumentu, o którym mowa w przepisach 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.2013.231) zamawiający jest pozbawiony zarówno możliwości wyjaśniania treści tego dokumentu, czy to w oparciu o przepis art. 26 ust. 4, czy art. 87 ust. 1 Pzp, jak i wzywania o jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i wreszcie poprawiania w nim jakichkolwiek omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 Pzp. Należy zatem przychylić się do stanowiska, że w praktyce z samego dokumentu składanego w charakterze wadium musi jasno wynikać możliwość zrealizowania celu, jakiemu służy złożenie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a który zdefiniowany został powyżej.

Izba – analizując treść Gwarancji – doszła do wniosku, że nie zabezpieczała ona należycie interesów Zamawiającego. Trzeba mieć bowiem na względzie, że efekt taki mógłby zostać osiągnięty wyłącznie przez złożenie wadium przez podmiot, który został przez Zamawiającego zweryfikowany na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w negocjacjach. *Ad casum*, zdaniem składu orzekającego, nigdy nie mogłoby dojść do spełnienia warunków wypłaty określonego w treści Gwarancji świadczenia, za czym przemawia argument, że w dokumencie tym *expressis verbis* oznaczono wykonawcę, jako konsorcjum składające się z czterech podmiotów. W konsekwencji nie mogłaby ziszczyć się przesłanka odpowiedzialności gwaranta, bowiem żadna z okoliczności warunkujących wypłatę świadczenia na rzecz gwarantariusza nie byłaby udziałem podmiotu określonego w Gwarancji mianem wykonawcy, jako że nie bierze on już udziału w Postępowaniu i to nie z nim miałaby zostać zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić przy tym wypada, że – jak trafnie argumentował Przystępujący – orzecznictwo przytoczone w treści odwołania nie było adekwatne do stanu faktycznego w rozpoznawanej sprawie. Przedstawionego powyżej zapatrywania nie mogło zmienić, w ocenie składu orzekającego, oświadczenie gwaranta z dnia 9 lutego 2015 r., przy pomocy którego Odwołujący dowodził skuteczności wniesionego wadium pomimo dokonanej zmiany w składzie konsorcjum. Abstrahując od możliwości faktycznego zapewnienia beneficjentowi gwarancji możliwości zaspokojenia się na jego podstawie należy zauważyć, że treścią wspomnianego oświadczenia gwarant dokonał w istocie modyfikacji Gwarancji polegającej na przyjęciu odpowiedzialności za nowy podmiot – Odwołującego. Nie sposób inaczej tłumaczyć skutków omawianego oświadczenia, ponieważ Odwołujący nie był wskazany w treści Gwarancji i nie występował o jej udzielenie. W powyższym zakresie nie mniej istotna jest również okoliczność, że Zamawiający otrzymał oświadczenie gwaranta już po upływie terminu składania ofert (12 lutego 2015 r.), wobec czego nasuwają się dwa wnioski. Po pierwsze – w dacie upływu wspomnianego terminu, stanowiącego nieprzekraczalny termin wniesienia wadium (argument z art. 45 ust. 3 Pzp), Zamawiający – zestawiając treść oferty Odwołującego z treścią Gwarancji – nie mógł mieć pewności, czy prawidłowo zabezpiecza jego interesy. Po drugie – jak trafnie zauważył Zamawiający w treści zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania – po upływie terminu składania ofert nie ma możliwości dokonywania jakichkolwiek modyfikacji w zakresie złożonej gwarancji wadialnej. Stąd, w ocenie Izby, w zaistniałym stanie faktycznym jedynym sposobem uchylecia się przez Odwołującego od konsekwencji w postaci wykluczenia go z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą byłoby załączenie do oferty gwarancji bankowej obejmującej zmieniony w dniu 9 lutego 2015 r. skład podmiotowy konsorcjum, ewentualnie – wniesienie wadium w innej, przepisanej prawem, formie (por. przepis art. 45 ust. 6 Pzp).

30. Sygn. akt: KIO 422/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.

Izba stwierdziła, że brak jest konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy Pzp, dopuszczalne jest odesłanie do konkretnych numerów przepisów ustawy Pzp, ale również możliwe jest odwołanie się do innego dokumentu, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium, jednakże odesłanie to musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13).

W przedmiotowej sprawie w treści gwarancji nie powołano się na konkretne przepisy ustawy Pzp, nie odwołano się też do innego dokumentu określającego przesłanki zatrzymania wadium. W pkt 5 gwarancji wymieniono przesłanki, które wyczerpują katalog określony art. 45 ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie, brak jest możliwości wywiedzenia z treści gwarancji podstawy do zatrzymania przez zamawiającego wadium w sytuacji opisanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Nieobjęcie zakresem gwarancji okoliczności wskazanej w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp pociąga za sobą skutek w postaci uznania, że gwarancja nie stanowi prawidłowo ustanowionego zabezpieczenia uzyskania wadium, nie zabezpiecza w pełni interesów zamawiającego, co z kolei skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Na powyższe nie może mieć wpływu okoliczność, iż odwołujący w dniu 16 lutego 2015 r. przekazał zamawiającemu uzupełnioną gwarancję bankową wystawioną z datą 5 lutego 2015 r., bowiem została ona przekazana zamawiającemu po terminie składania ofert wyznaczonym na dzień 6 lutego 2015 r. godz. 9:00 (pkt 12.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zgodnie zaś z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Z tego samego powodu skutku nie może odnieść złożone przez odwołującego na rozprawie pismo (...) Bank (...) z dnia 16 marca 2015 r.

Art. 24 ust. 2 pkt 3**31. Sygn. akt: KIO 177/15, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2015 r.**

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji. Na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właści-

wego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02}. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

32. Sygn. akt: KIO 289/15, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 r.

(...) Izba nie uznała jednak działania tego wykonawcy za złożenie nieprawdziwych informacji. Wyjaśnienie dotyczące zaistnienia błędu przy przepisywaniu jest o tyle przekonujące, że wykonawca ten podał symbol dysku nieistniejącego, co byłoby nielogiczne w połączeniu z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd co do konfiguracji testowanego komputera.

33. Sygn. akt: KIO 491/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

Zarzut zaniechania wykluczenia X Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp znalazł potwierdzenie w części dotyczącej doświadczenia wykonawcy. Powołany przepis nakazuje wykluczenie wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Informacje nieprawdziwe to takie, które prezentują stan rzeczy niezgodny z rzeczywistością (szerzej na ten temat w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99; Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna, 2003, Nr 3, poz. 42). Przesłanka wpływu na wynik postępowania zostaje spełniona, gdy dana informacja ma znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy zatem przyjąć, że każda informacja, od której zależy pozytywna ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia (spełniania warunków udziału w postępowaniu) oraz stwierdzenie podlegania wykluczeniu z innych podstaw wskazanych w art. 24 ust. 1 i 2 Pzp, a także dotycząca treści oferty w zakresie warunkującym ustalenie, że dana oferta nie podlega odrzuceniu oraz możliwości uzyskania przez nią najwyższej oceny, w zależności, czy dane postępowanie prowadzone jest w trybie jedno, czy wieloetapowym, ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

W wyrokach Sądów Okręgowych wydanych w latach 2012 i 2013 podnoszono, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie jest wystarczające złożenie informacji niezgodnych z rzeczywistością mających bezpośredni lub potencjalny wpływ na wynik postępowania. Z powołaniem się na wykładnię tego przepisu z uwzględnieniem brzmienia przepisów art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.) dalej jako „dyrektywa klasyczna” podnoszono, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy złożenie nieprawdziwych informacji mających znaczenie dla wyniku postępowania nastąpi w warunkach winy umyślnej z zamiarem uzyskania zamówienia (*vide*: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z 19 lipca 2012 r. sygn. akt: IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 6 grudnia 2012 r. sygn. akt VI Ga 134/12,

www.uzp.gov.pl). Istotnie, art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE inaczej niż stanowi literalnie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Jednak, o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej oraz zamiaru bezpośredniego i ewentualnego (wyrok KIO z 11 lutego 2015 r., KIO 177/15, www.uzp.gov.pl). (...)

W odniesieniu już bezpośrednio do dyrektywy klasycznej podobne stanowisko zajęła Komisja Europejska w stanowisku w związku z pytaniami prejudycjalnymi zadanymi w sprawie C-387-14 (niepubl.), gdzie stwierdziła, że oceniając zachowanie podmiotu oświadczającego nieprawdę należy uwzględnić również poważne niedbalstwo z jego strony. Komisja stwierdziła jednocześnie, że wykluczenie wykonawcy nie może być automatyczne, gdyż powinno podlegać badaniu, czy wykonawca składający takie informacje ma powody przypuszczać, że są one zgodne z prawdą.

Odnosząc przywołane zasady wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp do okoliczności sporu, Izba stwierdziła przede wszystkim, że informacje dotyczące klasy drogi, której projekt wykonał Y Sp. z o.o. okazały się niezgodne z rzeczywistością. Dostrzeżono bowiem, że źródłem informacji o klasie tej drogi było wyłącznie oświadczenie X Sp. z o.o. Spółki Komandytowo-Akcyjnej zawarte w wykazie złożonym wraz z ofertą. Twierdzenie, że droga wojewódzka nr 296 relacji Iłowa – Ruszów jest drogą klasy Z, a nie drogą klasy G lub wyższej, której wymagał zamawiający zostało wykazane przez odwołującego.

Izba za wiarygodne uznała dwa dokumenty złożone przez odwołującego, referencje dla Pana Radosława S. oraz Istotnych Warunków Zamówienia, potwierdzające, że droga wojewódzka nr 296 relacji Iłowa – Ruszów jest drogą klasy Z. Uwagi podnoszone przez zamawiającego i przystępującego X Sp. z o.o. Spółki Komandytowo-Akcyjnej dotyczące rozbieżnych terminów wykonania umowy oraz nazwy nadanej temu zamówieniu nie odnoszą się do dowodzonej okoliczności klasy drogi i nie podważają spójnie wynikającego z nich faktu, że droga ta ma klasę Z. Zamawiający i przystępujący nie powołali dowodów na twierdzenie przeciwne. Zamawiający podnosił formalną zgodność dokumentów złożonych wraz z ofertą a przystępujący wskazywał, że działał w dobrej wierze w zaufaniu do podmiotu udostępniającego zasoby. Zachowanie przystępującego stanowi w ocenie Izby poważne niedbalstwo. Powaga niedołożenia należytej staranności przez X Sp. z o.o. Spółkę Komandytowo-Akcyjną wynika przede wszystkim z tego, że informacja dotycząca klasy drogi ma znaczenie dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia i gdyby nieprawdziwa informacja nie została złożona zamawiającemu, oferta przystępującego nie zostałaby dopuszczona do oceny. Wykonawca zostałby on wezwany do uzupełnienia dokumentów, a w razie nieuzupełnienia wykluczony z postępowania. Po drugie, informacje dotyczące klasy drogi są publicznie dostępne i prawdziwość twierdzeń Y Sp. z o.o. przystępujący mógł zweryfikować bez trudu przed złożeniem oferty. Dobra wiara wykonawcy i ochrona zaufania między wykonawcą a podmiotem z nim współpracującym oraz między zamawiającym a wykonawcą musi ustąpić przed ochroną interesu publicznego, który wyraża się w dopuszczeniu do wykonania zamówienia wyłącznie podmiotów zdolnych do jego prawidłowego wykonania, czyli spełniających warunki udziału w postępowaniu. Skoro podstawową zasadą zamówień publicznych jest równe traktowanie wykonawców i uczciwa konkurencja między nimi, o czym stanowi art. 7 ust. 1 Pzp, nie można faworyzować, udzielając zamówienia, wykonawców, którzy działając w sposób niedbały, bez należytej staranności, oświadczając nieprawdę wprowadzili w błąd zamawiającego, kosztem tych wykonawców, którzy wymagania zamawiającego rzeczywiście spełniają. Złożenie zamawiającemu nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu ma charakter poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, gdyż ich skutkiem jest nie tylko błędna ocena

zdolności wykonawcy oraz również groźba nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości. Oferta złożona przez X Sp. z o.o. Spółkę Komandytowo-Akcyjną została uznana za najkorzystniejszą, nieprawdziwe informacje złożone przez przystępującego mają więc wpływ na wynik postępowania. Przesłanki zawarte w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zostały spełnione, a X Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna podlega wykluczeniu bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Art. 24 ust. 2 pkt 4

34. Sygn. akt: KIO 123/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w części 8, punkt 1 lit. b) SIWZ wykonawca zobowiązany był się wykazać realizacją jednej usługi z zakresu gospodarki leśnej (w tym wykonać prace z zakresu pozyskania drewna, zrywki drewna, hodowli lasu, w tym przygotowanie gleby pod odnowienia / zalesienia, rozdrabnianie pozostałości pozrębowych, odnowienia/zalesienia), ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej lasu a więc zawierającej wszystkie elementy wskazane w postawionym przez zamawiającego warunku o wartości co najmniej 250.000,00 zł netto, bądź też, co jest bezsporne pomiędzy stronami, wykazać się realizacją kilku usług, obejmujących swym zakresem całkowity zakres wskazany przez zamawiającego w postawionym warunku. Kwestią sporną pomiędzy stronami jest więc jedynie to czy w przypadku wykazywania się przez wykonawcę realizacją kilku usług obejmujących pełny zakres wymagany przez zamawiającego wartość wskazaną w warunku odnieść należy do każdej z tych usług, czy też wartość ta – niezależnie od wartości poszczególnych prac – ma stanowić wartość wymaganą jedynie dla danej części zamówienia.

Zdaniem Izby w sytuacji, gdy wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazuje posiadane doświadczenie usługą z zakresu gospodarki leśnej składającą z kilku prac (czy też usług) obejmujących pełen wymagany przez zamawiającego zakres i wartość tych prac (czy też usług) łącznie stanowi co najmniej 250.000,00 zł netto oznacza to, że wykonawca wykazał spełnienie tego warunku. Usługi z zakresu gospodarki leśnej obejmują bowiem – na co zwracał uwagę zamawiający – szeroki zakres prac i każda z czynności tego zakresu może być zlecana oddzielnie. Tym samym właściwym jest takie właśnie rozumienie postawionego przez zamawiającego warunku. Nie może mieć bowiem miejsca sytuacja, w której wykonawca wykazujący się realizacją całego zakresu prac wymaganego przez zamawiającego w warunku w ramach kilku prac (czy też usług) musiałby wykazać wartość usługi kilkakrotnie wyższą niż w sytuacji gdyby wykazywał się doświadczeniem w realizacji jednej usługi obejmującej pełen zakres wymaganych prac. To w takiej właśnie sytuacji doszłoby dopiero do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Art. 24 ust. 2 pkt 5

35. Sygn. akt: KIO 491/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu złożenia oświadczenia dotyczącego grupy kapitałowej. W tej mierze Izba zważyła, że ciężar dowodu w zakresie istnienia podstaw wykluczenia spoczywa na odwołującym (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp), a odwołujący nie sprostął powinności dowodowej. Z odpisów z KRS A Sp. z o.o., B Sp. z o.o., C Spółka jawna, D Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna złożonych w charakterze dowodu istotnie wynika, że między [nimi – *przyp. red.*] istnieją powiązania kapitałowe i personalne. Jest to jednak niewystarczające dla stwierdzenia,

że wszyscy przedsiębiorcy Ci tworzą grupę kapitałową. Pojęcie grupy kapitałowej na gruncie ustawy jest rozumiane w znaczeniu nadanym mu przez ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm), co wynika z art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. Art. 6 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazuje, że pod pojęciem grupy kapitałowej rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Odwołujący nie dowiódł tymczasem, że wymienione podmioty są kontrolowane przez jednego przedsiębiorcę, nie wskazał nawet, który podmiot należy uznać za sprawującą kontrolę nad pozostałymi.

Nawet gdyby kwestia ta została należycie wywieńczona przez odwołującego, to dla ustalenia, że przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przesadzające znaczenie ma fakt, że żaden z podmiotów wchodzących w skład hipotetycznej grupy kapitałowej nie ubiega się o udzielenie zamówienia w badanym postępowaniu, nie zaszła więc niezbędna przesłanka wpływu na wynik postępowania. Dostrzec też trzeba, że art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawców należących do grupy kapitałowej, którzy złożyli wnioski lub oferty w tym samym postępowaniu, jeśli nie wykażą, że istniejące między nimi postępowania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu, zatem nawet sam fakt konkurencji podmiotów z jednej grupy kapitałowej o zamówienia nie uzasadnia automatycznego wykluczenia ich z postępowania.

Art. 24 ust. 2a

36. Sygn. akt: KIO 142/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.

Podnieść w dalszej kolejności należy, że wskazaną przez ustawodawcę przesłanką wykluczenia jest to, że wykonawca „w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, (...)”, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych”. Powyższe oznacza tyle, że tylko ta przesłanka ustawowa stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, nie zaś inna, wykreowana samodzielnie przez zamawiającego w szczególności poprzez modyfikacje przesłanki ustawowej. „Elementami” przesłanki ustawowej są:

- trzyletni okres wstecz przed wszczęciem danego postępowania, w którym doszło do naruszenia obowiązków zawodowych,
- zawinione w stopniu poważnym naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę (przykładowo niewykonanie / nienależyte wykonanie zamówienia),
- zdolność zamawiającego do wykazania, za pomocą dowolnych środków dowodowych, zawinonego w stopniu poważnym naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę we wskazanym okresie.

Tymczasem zamawiający, przewidując w Rozdziale VII pkt 3.3. SIWZ przesłankę wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu nie wskazał takiej przesłanki, jaką wskazał ustawodawca, ale wykreował własną, co więcej – bardziej rygorystyczną w stosunku do przesłanki ustawowej, której rygoryzm przejawia się w pominięciu przez zamawiającego ograniczonego czasu (3 lata), w którym zamawiający może badać wystąpienie naruszenia zawodowego, a także w pominięciu sposobu tego naruszenia (w sposób zawiniony) i jego stopnia (poważnie). Wobec powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że zamawiający, wskazując w SIWZ odmienną od ustawowej przesłankę wykluczenia wykonawcy, nie miał możliwości zastosować art. 24 ust. 2a ustawy Pzp jako podstawy wykluczenia odwołującego w postępowaniu – nie przewidział bowiem takiej przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

37. Sygn. akt: KIO 145/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.

Należało się natomiast zastanowić jak należy rozumieć zwrot użyty przez ustawodawcę w art. 24 ust. 2a Pzp „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych”. Wskazówkę stanowi art. 45 ust. 2 [akapit pierwszy] lit. d dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w następującym brzmieniu: „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który (...) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”. Udowodnienie, inaczej mówiąc przedstawienie wykonawcy dowodów, iż zachodzą podstawy opisane w tej normie do wykluczenia wykonawcy z postępowania musi nastąpić nie później niż w dacie powiadomienia o wykluczeniu. Niesłuszne, nieracjonalne i sprzeciwiające się treści cytowanego powyżej przepisu dyrektywy – byłoby założenie, że udowodnienie faktu, iż wykonawca podlega wykluczeniu z przyczyn oznaczonych w art. 24 ust. 2a Pzp ma następować dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zdaniem Izby, w okolicznościach rozpatrywanego przypadku, zamawiający winien był zgromadzić dostępne mu dowody (te same, które przedstawia w ewentualnym postępowaniu odwoławczym) już w momencie wezwania wykonawcy do określenia się, że podjął on konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszania obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia i do przedłożenia dowodów to potwierdzających. (...)

W wymienionym przypadku ciężar dowodu po stronie zamawiającego jest dalej idący, niż tylko wykazanie, że przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań kontraktowych i realnie nie zapewnia takiego wyniku odwadniania osadu jak zakładany w dokumentacji przetargowej, co jest podstawą odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania określonego w umowie na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego – art. 471 K.c. Okoliczność taka, która obiektywnie zaistniała – nie stanowi tym samym automatycznego spełnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. (...)

W pewnej mierze wyczerpujące uzasadnienie dla swoich działań zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie i w trakcie rozprawy, co nie jest prawidłowym wypełnieniem obowiązku nałożonego przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp. Izba nie podziela poglądów zamawiającego, że przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nie nakłada na niego obowiązku udowodnienia wykonawcy ziszczenia się przesłanek wymienionych w tej normie, a jedynie wymaga tego, aby zamawiający miał „możliwość wykazania” naruszeń popełnionych przez wykonawcę. Ciężar dowodu obciąża zamawiającego, a w ramach tego obowiązku zamawiający był zobligowany przedstawić wykonawcy wszelkie dostępne środki dowodowe, które w ocenie zamawiającego potwierdzają podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wręcz kuriozalne byłoby założenie, że zamawiający wykluczając wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp mógłby jedynie oświadczać, że posiada na to odpowiednie dowody – pozostawiając je jednak do swojej dyskrecjonalnej wiadomości. Zamawiający najwyraźniej zapomniał, że wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej, z których prawidłowe korzystanie jest uzależnione od wyczerpującego uzasadnienia podjętej przez zamawiającego czynności. W tym przypadku wykluczenia odwołującego z postępowania, uznania oferty za odrzuconą, z jednoczesnym uwzględnieniem faktu, że podstawę wykluczenia stanowił przepis art. 24 ust. 2a Pzp, który nie ogranicza się jedynie do podania uzasadnienia, ale wymaga przedstawienia dowodów dla wykazania, że wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, którego następstwem było niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego.

Art. 24 ust. 4**38. Sygn. akt: KIO 142/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.**

Reasumując, zamawiający nie był uprawniony do zastosowania art. 24 ust. 2a ustawy Pzp jako podstawy wykluczenia odwołującego, a w konsekwencji nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego (skład orzekający Izby na marginesie wskazuje, że zamawiający błędnie wskazał podstawę odrzucenia oferty odwołującego, tj. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, która może mieć zastosowania w tzw. postępowaniach dwuetapowych; podstawą odrzucenia oferty w następstwie wykluczenia jest art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Art. 25 ust. 1 pkt 1**39. Sygn. akt: KIO 130/15, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2015 r.**

Izba analizując podany wyżej stan prawny stwierdziła, że zamawiający w pierwszej kolejności nie był uprawniony do żądania od wykonawców złożenia tych dokumentów. Przede wszystkim przepisy § 1 rozporządzenia [*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. poz. 231) – przyp. red.*] stanowią zamknięty katalog dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dla warunku posiadania potencjału kadrowego są to:

- oświadczenie na temat wielkości średniego zatrudnienia oraz liczebności personelu kierowniczego,
- wykaz osób, w którym zamawiający może żądać podania informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, zakresu wykonywanych czynności i podstawie dysponowania tymi osobami.
- oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia, o ile ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Skoro katalog jest zamknięty i oparty wyłącznie o oświadczenia wykonawcy, bo wykaz osób jest także oświadczeniem wiedzy wykonawcy, co do tego jakimi osobami, o jakich walorach dysponuje, to zamawiającemu nie wolno jest nakładać na wykonawców obowiązku przedkładania innych dokumentów, niedopuszczonych przez rozporządzenie. W tym także niedopuszczalne jest żądanie składania certyfikatów, zamawiający może natomiast oczekiwać podania informacji, jaki certyfikat dana osoba posiada, o jakim numerze, przez kogo wydany, z jakiej daty i co potwierdzający, gdyż to są informacje na temat kwalifikacji, czy wykształcenia.

O nietrafności tezy zamawiającego, że skoro może żądać informacji od wykonawcy, to może żądać informacji od innych podmiotów, tj. wystawców certyfikatu, świadczy choćby to, że ustawodawca zezwalając zamawiającemu na żądanie oświadczenia o uprawnieniach posiadanych przez kadre, także nie zezwolił na składania odpisów dyplomów, czy kserokopii zaświadczeń o uprawnieniach, np. budowlanych, uznając za wystarczające dla potrzeb postępowania o zamówienie publiczne jedynie oświadczenia wykonawcy w tym zakresie i to ograniczonego do tylko takich uprawnień zawodowych, które wynikają z przepisów prawa. Nie można zatem zgodzić się z zamawiającym, że prawnie dopuszczalne jest żądanie dokumentów w miejsce oświadczeń wykonawcy. O tym, że przepis § 1 rozporządzenia stanowi katalog zamknięty świadczy jednoznacznie delegacja ustawowa do wydania tego przepisu wykonawczego zawarta w art. 25 ust. 2 ustawy. Tym samym, już choćby z tego powodu odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Jednakże Izba stwierdziła, że również wymaganie zamawiającego wykazania szkoleń przeprowadzonych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego jest niezgodne z § 1 rozporządzenia, gdyż w tym katalogu dokumentów nie określono dla

zamawiającego prawa do żądania tego typu dokumentu, czy oświadczenia. Jedynie zamawiającym składającym zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa wolno zgodnie z § pkt 2 lit. d) i e) żądać od wykonawców dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie wymagań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa informacji lub dostaw, lub dokumentów potwierdzających zdolność wykonawcy do ochrony informacji niejawnych i ich przetwarzania. Tym samym również i to wymaganie zamawiającego wykraczało poza katalog dokumentów, jakich mógł żądać, zgodnie z rozporządzeniem.

40. Sygn. akt: KIO 179/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [rozporządzenie z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. poz. 231) – *przyp. red.*], w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zamawiający może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W świetle powołanego przepisu, tę zdolność wyraża uzyskanie przez wykonawcę ubezpieczenia OC, udokumentowanego właściwym dokumentem ubezpieczeniowym – dokumenty składane w ramach tego warunku mają potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Bez znaczenia, w świetle obowiązujących przepisów pozostaje przy tym, na jakiej podstawie, za pomocą jakich stosowanych przez siebie instrumentów, ubezpieczyciel dokonał oceny zdolności ubezpieczeniowej. Istota zdolności ekonomicznej i finansowej sprowadza się więc tym wypadku do udzielenia ochrony ubezpieczeniowej danemu podmiotowi [uzyskania ważnego ubezpieczenia jego działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia]. W ramach tak rozumianej zdolności mieści się więc posiadanie przez wykonawcę dodatkowego aktywu, jakim jest posiadanie obietnicy spełnienia świadczenia z ubezpieczenia w razie wystąpienia określonego, negatywnego dla wykonawcy, pociągającego szkodę zdarzenia. Ten element gwarancyjny ubezpieczenia, dający wykonawcy zabezpieczenie wypłaty świadczenia w razie wystąpienia określonego zdarzenia, a tym samym – zapewnienie przysporzenia w razie wystąpienia określonego, negatywnego zdarzenia, stanowi istotę zdolności ekonomicznej i finansowej wynikającej z posiadania przez wykonawcę polisy OC. Ta gwarancja kompensaty doznanej szkody wynikająca z posiadania polisy OC stanowi z jednej strony zabezpieczenie, że wykonawca będzie dysponował możliwością zminimalizowania negatywnych skutków ewentualnego zdarzenia, dając większą pewność i bezpieczeństwo zawieranych z nim kontraktów [np. przez zamawiającego], z drugiej zaś – zakłada uprawdopodobnienie, że w razie szkody sytuacja zamawiającego w ramach zawartej umowy będzie o tyle bezpieczna, że wykonawca posiada zapewnienie naprawienia szkody w wymaganej w postępowaniu wysokości.

W świetle powyższego, istotą ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest zatem z jednej strony zbadanie przez ubezpieczyciela – na podstawie stosowanych przez niego metod badania – zdolności danego podmiotu do objęcia go ochroną ubezpieczeniową, z drugiej zaś – zapewnienie na zasadach wymaganych w postępowaniu gwarancji świadczenia przez ubezpieczyciela w razie zaistnienia szkody. Na uwagę zasługuje w tym miejscu zawarte w przepisie zastrzeżenie dotyczące ubezpieczenia, odnoszące obowiązek posiadania takiego ubezpieczenia nie w jakimkolwiek zakresie, ale w zakresie tej działalności gospodarczej wykonawcy, która jest związana z przedmiotem zamówienia. Z powyższego zdaje się wynikać intencja ustawodawcy powiązania tego ubezpieczenia z realną możliwością realizacji uprawnień również w ramach szkód zaistniałych na tle danego zamówienia [niezależnie od dodatkowej możliwości wymagania w samej umowie o zamówienie publiczne ubezpieczenia danego kontraktu]. (...)

Po drugie, w warunkach posiadania przez danego wykonawcę ubezpieczenia grupowego, obejmującego zakresem ochrony ubezpieczeniowej więcej niż jeden podmiot a zawieranego przez ubezpieczającego w imieniu i za powiązane z nim podmioty oraz na ich rzecz, typowa jest sytuacja, że tylko ten podmiot posiada polisę, pozostałe zaś podmioty korzystają w takim wypadku z dowodów wtórnych potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia takich jak certyfikat lub potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia. Sam fakt, że wykonawca posługuje się zamiast polisą certyfikatem, zaświadczeniem albo innym dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie w ramach grupy podmiotów, nie dyskwalifikuje ubezpieczenia oraz składanego dla jego potwierdzenia dokumentu. Podzielono w powyższej mierze pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach z 17 października 2014 r. w spr. VII Ga 179/14, w uzasadnieniu którego uznano, że jeśli w polisie jako ubezpieczony wskazany jest wykonawca i nie istnieją polisy zawierane dla każdej spółki wchodzącej w skład grupy, to taka sytuacja odpowiada hipotezie zawartej w § 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów, to jest „braku polisy” i że taka sytuacja upoważniała wykonawcę do przedstawienia innego dokumentu potwierdzającego dostatecznie spełnienie wymagań w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Nie stanowi powodu dla nieuznania polisy jako dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganej zdolności finansowej i ekonomicznej fakt, że wykonawca występuje w charakterze współubezpieczonego w danej polisie. Pewność, że kwota odpowiadająca sumie ubezpieczenia będzie odnosiła się tylko do zdarzeń, które odnoszą się do przedmiotu zamówienia zamawiający w konkretnej sytuacji może uzyskać nie poprzez uprawnienia z polisy OC wymaganej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, ale w ramach żądania ubezpieczenia danego kontraktu, co zresztą Zamawiający przewidział w umowie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana. (...)

Każdorazowo w ubezpieczenie na określoną kwotę [sumę gwarancyjną] wpisane jest jej pomniejszenie z tego tytułu. Stąd, Zamawiający wymagając ubezpieczenia na określoną kwotę musi liczyć się, że w umowie ubezpieczenia znajdują się tego rodzaju zastrzeżenia. Jeśli więc Zamawiający w SIWZ nie precyzuje szczegółowo warunku w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, wymagając efektywnego, pozbawionego określonych ograniczeń ubezpieczenia, takich jak przedmiotowe franszyzy redukcyjne, czy wymaganie możliwości skorzystania z całej sumy ubezpieczenia na zasadzie wyłączności przez dany podmiot, nie sposób czynić zastrzeżeń, jeśli w postępowaniu złożone zostają polisy czyniące zadość opisowi wymagań zawartemu w SIWZ, a w każdym razie z nim niesprzeczne.

41. Sygn. akt: KIO 342/15, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 r.

Odnosnie zarzutu dotyczącego złożenia oświadczeń zamiast poświadczeń stwierdzić należy, iż konsorcjum X złożyło wykaz oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wskazanych w wykazie usług. Dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług były oświadczenia w treści, których wskazano, że z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia wobec czego przedkłada inne dokumenty, w tym m.in. listy referencje od podmiotów, na rzecz których dany wykonawca usługę wykonywał, część wniosków o płatność dokumentującą wykonanie doprowadzenia do zatrudnienia wraz z pismem Instytucji Pośredniczącej akceptującej wnioski o płatność. Wykonawca złożył także inne dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług.

Usługi będące przedmiotem tego zamówienia, to specyficzne usługi choćby z uwagi na to, że dotychczas nie były one zlecane, poza pilotażowymi wyjątkami, w trybie ustawy Pzp. Do tej pory były zlecane wyłącznie w drodze konkursu przeprowadzanego w trybie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy [ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. (Dz. U. t.j. z 2015 r. poz. 149 ze zm. – *przyp. red.*)]. Nie zachodzą więc tu takie relacje jakie mają miejsce w przypadku realizacji zamówienia publicznego. Dlatego też w tym stanie faktycznym zachodzi obiektywna i uzasadniona przyczyna uniemożliwiająca, z powodu braku konkretnego

zamawiającego, uzyskanie wymaganego poświadczenia. Przyczyna ta ma charakter obiektywny. Tego typu zadania były bowiem zlecane poza ustawą Pzp, a projekt był realizowany przez danego wykonawcę na rzecz uczestnika projektu z udziałem Instytucji Pośredniczącej na podstawie umowy zawartej czy to z Wojewódzkim Urzędem Pracy, czy to Urzędem Marszałkowskim. Nie ma więc możliwości uzyskania poświadczenia. Dlatego też Izba uznała, iż w tym konkretnym przypadku, oświadczenie i te inne dokumenty składane w postępowaniu na potwierdzenie należytego wykonania usług – projektów potwierdzają fakt ich należytego wykonania i w tym stanie faktycznym mogły być złożone.

Art. 25 ust. 1 pkt 2

42. Sygn. akt: KIO 424/15, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2015 r.

Zamawiający nałożył wyraźne i czytelne wymaganie złożenia pełnego raportu z badań, to jest obejmującego wszystkie załączniki z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1:2009. Z postanowień tych wynika szczególności, że wymaganie dotyczące notyfikowanych przez Komisję Europejską laboratoriów odnosi się nie jedynie do wystawienia raportu, ale do przeprowadzenia badań w takich laboratoriach. W obu postanowieniach konsekwentnie mówi się „przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską”, co oznacza, że badania mają być przeprowadzone w takich laboratoriach, które posiadają notyfikację Komisji Europejskiej. Treść zawarta w pkt 3 Opisu przedmiotu zamówienia, precyzująca szczegółowo zakres tych badań [efektywność oczyszczania, wytrzymałość konstrukcyjną zbiorników, wod szczelność, trwałość materiału] także została odniesiona do badań przeprowadzonych w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską. Gdyby inna miała być intencja Zamawiającego w zakresie spornych postanowień, to mówiłyby one wystawieniu raportu z badań przez laboratorium notyfikowane a nie o przeprowadzeniu badań przez laboratorium notyfikowane. Konstrukcja postanowień SIWZ nie akcentuje więc przeprowadzenia badań zgodnie z przywołaną w nich normą, ale wymaga przeprowadzenia badań w laboratorium notyfikowanym według procedur wynikających z normy. (...)

Na rozprawie, Odwołujący zobowiązany do wypowiedzenia się w przedmiocie tego, czy jednostka notyfikowana dokonała samodzielnie badań w zakresie sprawności oczyszczania czy też opierała się na odpowiednich protokołach opracowanych przez inne podmioty podał, że: z brzmienia raportu badawczego wynika, że jednostka notyfikowana opierała się m.in. na protokołach z badań i analiz przeprowadzonych przez różne laboratoria akredytowane stwierdzając na t. 126 raportu badawczego w podsumowaniu, że „przy badaniu nie stwierdzono nieusuwalnych niezgodności”. Taki wniosek wynika także z lektury raportu badawczego, który wskazuje, że laboratorium notyfikowane posiłkowało się analizami i badaniami wykonanymi przez inne laboratoria, bezpośrednio nie przeprowadzając wszystkich badań. Dotyczy to wskazanych w raporcie źródeł, które posłużyły do jego wydania i które wskazano w raporcie badawczym. Ustalonym jest więc, że w analizowanej sytuacji nie wszystkie badania wykonało laboratorium notyfikowane, a zatem nie zostało spełnione wymaganie postawione w SIWZ, zgodnie z którym należało złożyć „pełne raporty [wraz z wszystkimi załącznikami] z przeprowadzonych badań w laboratoriach notyfikowanych przez Komisję Europejską wg procedur określonych w normie PN-EN 12566-3+A1: 2009”. W konsekwencji, trafnym jest wniosek, że skutkiem niezłożenia wymaganych przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających zgodność robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego jest obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, po uprzednim wezwaniu do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ponieważ pomimo prawidłowego wezwania wykonawca nie uzupełnił wymaganego dokumentu, Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ.

Art. 26 ust. 2b**43. Sygn. akt: KIO 166/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.**

Skoro zamawiający nie oczekiwał uczestnictwa takiego podmiotu w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy, to – w okolicznościach badanej sprawy, w przypadku usługi sprzątnięcia szpitala, która wprawdzie ma charakter specjalistyczny, ale jednocześnie jest usługą powszechnie dostępną – samo doradztwo podmiotu udostępniającego swe zasoby na rzecz wykonawcy, który usługę tę będzie realizował, należy uznać za wystarczające. Uwzględnić bowiem należy, że wiedza i doświadczenie udostępniane są przez (...) Sp. z o.o. na rzecz wykonawcy, który wykonuje usługi stanowiące przedmiot zamówienia i posiada własne doświadczenie w tym zakresie, co jest okolicznością znaną i bezsporną. W tym stanie rzeczy udostępnienie zasobów polegające na doradztwie w zakresie optymalizacji metod i technik sprzątnięcia oraz efektywnego wyboru środków czyszczących należy uznać za wystarczające, natomiast żądanie odwołującego, aby z treści zobowiązania już na tym etapie wynikała liczba, miejsce i daty szkoleń, za nadmierne i nie mające oparcia w treści SIWZ.

Odwołujący wykazał spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia zgodnie z opisanymi w SIWZ wymaganiami. Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

44. Sygn. akt: KIO 247/15, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2015 r.

Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż powyższe uregulowania wskazują na zasadność oceny przez zamawiającego realności udostępniania potencjału podmiotu trzeciego. Niezbędne jest zatem wykazanie przez wykonawcę rzeczywistej możliwości wykorzystania potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, brak jest we wskazanych powyżej przepisach obowiązku udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa. Nie ulega wątpliwości, iż podwykonawstwo jest najpełniejszą formą udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, jednak nie może być traktowane jako forma bezwzględnie obowiązująca. Oceny realności udostępnianych zasobów należy dokonać każdorazowo, biorąc pod uwagę uwarunkowania danego zamówienia. Izba zważyła, że przedmiotem zamówienia jest pełnienie nadzoru nad kontynuacją projektowania i realizacją robót oraz zarządzanie trzema kontraktami i uznała, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez uczestnictwo w realizacji zamówienia przez świadczenie usług doradczych, szkoleniowych, czy też udostępnienie dokumentów stanowi realną możliwość skorzystania z udostępnianych zasobów.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż wykonawca X nie wykazał realnego dostępu do zasobów potencjału ekonomicznego spółki Y Sp. z o.o. w postaci przychodu na określonym poziomie (Tom I Rozdział 1 pkt 7.2. ppkt 4) lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Przewidziana w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp możliwość polegania na potencjale ekonomicznym podmiotu trzeciego nie zwalnia wykonawcy z wykazania, że zasoby te będą mu faktycznie dostępne, że pomimo nie spełniania warunku przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego wykonawca ten znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał. O rzeczywistej możliwości skorzystania z tego rodzaju zasobów nie można mówić wobec zadeklarowanego przez Y Sp. z o.o. w treści zobowiązania świadczenia usług doradczych, szkoleniowych, udostępnienia dokumentów czy gotowości do wsparcia finansowego w formie ewentualnego udzielenia pożyczki i w innych formach właściwych dla spółek funkcjonujących dla tej samej grupy kapitałowej. Dopuszczenie możliwości wsparcia wykonawcy X w przedmiotowym zakresie w sposób opisany w zobowiązaniu stanowiłoby fikcję służącą jedynie formalnemu wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie przesądzając, iż jest to jedyna możliwa forma udziału podmiotu trzeciego, Izba stwierdziła, że przy udostępnianiu potencjału ekonomicznego, z uwagi na charakter tych zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem, którego doty-

czą, najbardziej właściwą formą udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, zapewniającą rzeczywiste skorzystanie z zasobów, jest podwykonawstwo. Na ocenę wykazania przez wykonawcę X spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału ekonomicznego nie mogą mieć wpływu złożone na rozprawie dokumenty w postaci opinii bankowej i rachunku zysków i strat za 2014 r. dotyczące wykonawcy X, bowiem nie stanowiły one przedmiotu oceny w toku badania ofert przez zamawiającego. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że niezbędne jest wezwanie wykonawcy X na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania potencjału ekonomicznego na poziomie określonym przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Tom I Rozdział 1 pkt 7.2. ppkt 4) lit. a).

45. Sygn. akt: KIO 336/15, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r.

W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż wskazany pług leśny stanowi potencjał osoby trzeciej, udostępniającej swe zasoby na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Załączona do oferty umowa użyczenia nie jest dokumentem potwierdzającym oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Umowa użyczenia jest umową nazwaną kodeksu cywilnego, który w art. 710 stanowi, iż przez umowę użyczenia użyczający zobowiązuje się zezwolić biorącemu, na czas oznaczony lub nieoznaczony, na bezpłatne używanie oddanej mu w tym celu rzeczy. Oznacza to, że biorącemu przysługuje tytuł prawny do używania rzeczy, jedynym zaś ograniczeniem w używaniu jest korzystanie z niej zgodnie z jej przeznaczeniem. Bez znaczenia dla zawartej umowy jest, czy wykonawca wykorzysta rzecz przy realizacji umowy objętej przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego, czy też przy wykonywaniu innych usług w zakresie prowadzonej działalności.

46. Sygn. akt: KIO 435/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.

Uwzględniając – jako konieczny – realny udział podmiotów udostępniających przystępującemu swoje zasoby wiedzy i doświadczenia w celu wykazania spełnienia warunku, skład orzekający Izby uznał, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku co do żądanej przez zamawiającego wiedzy i oświadczenia, co w konsekwencji oznacza, że zamawiający nie był uprawniony do wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie składu orzekającego Izby udostępnienie przystępującemu zasobów wiedzy i doświadczenia przez podmioty trzecie, tj. X S.A. i Y s.r.o. nie może zostać zakwalifikowane jako realne ze względu na ujętą treścią oferty przystępującego formułę realizacji przedmiotu zamówienia. Z zestawienia oświadczeń zawartych w pkt 7 i w pkt 8 Formularza ofertowego przystępującego wynika, że przewidziana przez przystępującego formuła realizacji przedmiotu zamówienia opiera się na wykonaniu zamówienia w części „nadzór inwestorski” oraz „działania promocyjne” przez podwykonawców, którymi nie będą jednak udostępniające przystępującemu zasoby wiedzy i doświadczenia podmioty, tj. X S.A. i Y s.r.o.

Abstrahując od tego, czy „usługi nadzoru” i „działania promocyjne” wyczerpują zakres koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia czynności (przedmiot zamówienia został określony przez zamawiającego jako zarządzanie kontraktem i pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót dla wskazanych kontraktów), czy też stanowią „jedynie” jego części, to niewątpliwie „nadzór inwestorski” stanowi kluczową część zamówienia (choć zamawiający posługując się w postanowieniu 5.5. SIWZ sformułowaniem „kluczowych części zamówienia” części tych nie zdefiniował) – wskazuje na to zarówno struktura Formularza cenowego, w ramach której wynagrodzenie ekspertów kluczowych to wynagrodzenie głównych inspektorów nadzoru, jak i – przede wszystkim – sformułowany przez zamawiającego w pkt 7.2.2) [zadanie 2] – wymóg wykazanie się przez wykonawcę ubiegającego się o to zamówienie publiczne wiedzą i doświadczeniem w postaci wykonania usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją kilku zadań/robót.

Wobec przyjęcia przez przystępującego formuły realizacji zamówienia w kluczowej części – nadzoru inwestorskiego przez podwykonawców, koniecznym było wykazanie przez przystępującego realnego charakteru udostępnienia przez podmioty trzecie ich zasobów wiedzy i doświadczenia w takiej właśnie formule. Podnieść należy, że oba podmioty trzecie – X S.A. i Y s.r.o. – zobowiązały się oddać niezbędne zasoby wiedzy i doświadczenia do dyspozycji Z sp. z o.o., tj. członka konsorcjum przystępującego wykonawcy. W sytuacji, gdy to nie sam wykonawca miałby sprawować nadzór inwestorski, ale miałby nadzór ten sprawować poprzez podwykonawców (których wiedzy i doświadczenia zamawiający nawet nie zna) to – w ocenie składu orzekającego Izby – dla wykazania realnego charakteru udostępnienia przez podmioty trzecie ich zasobów wiedzy i doświadczenia koniecznym było wykazanie przez przystępującego, jak wymagał tego zamawiający postanowieniem pkt 8.2.2.2) lit. b oraz lit. d SIWZ, sposobu wykorzystania zasobów tych podmiotów oraz zakresu ich udziału przez pryzmat udziału podwykonawców, czego w złożonych przez przystępującego dokumentach wraz z ofertą, a nawet składanych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach nie sposób się doszukać – nie nawiązują one do udziału innych podmiotów – podwykonawców. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że podmioty trzecie zobowiązały się do oddania niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia względem członka konsorcjum wykonawcy przystępującego, nie zaś względem innych podmiotów w tym podwykonawców przystępującego wobec czego wykazanie zamawiającemu sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów jest niemniej nieodzowne, jak wykazanie samego sposobu udostępnienia tych zasobów przez podmioty trzecie.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że ewentualne zwracanie się przez przystępującego do podmiotów trzecich, na podstawie złożonych przez nie wraz z ofertą przystępującego zobowiązań, o udzielenie konsultacji w sytuacji, gdy przystępujący uzna to za stosowne i w takim zakresie, jaki uzna za stosowny (co miałyby miejsce, jak należałoby domniemywać ze względu na udział podwykonawców, w sytuacji uznania potrzeby skorzystania z konsultacji przez podwykonawcę lub podwykonawców), tj. przez wykonawcę, który nie wykazał w zakresie nadzoru żadnego znaczącego własnego doświadczenia (jedynie składową żądaną przez zamawiającego usługi) oznacza w istocie, że przystępujący nie jest w stanie realnie skorzystać z zasobu wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich. Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, toteż wybór złożonej przez przystępującego oferty jako najkorzystniejszej był niedopuszczalny.

47. Sygn. akt: KIO 454/15, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2015 r.

Przed wszystkim zgodzić należy się z Zamawiającym, że wykonawca nie udowodnił realnego dysponowania środkami finansowymi w określonej wysokości. Samo wskazanie wysokości kwoty w zaświadczeniu z banku podmiotu trzeciego o przysługującej podmiotowi trzeciemu linii kredytowej nie jest wystarczające do udowodnienia, że wykonawca będzie mógł takimi środkami dysponować. Niewątpliwie środkami tymi dysponować może podmiot trzeci, natomiast nie sposób stwierdzić, czy, a jeżeli tak, to jaką kwotą środków finansowych, dysponować może Odwołujący, czy jest to cała ta kwota (co wydaje się bardzo wątpliwe, czy jest to jakaś określona część tej kwoty, a jeżeli tak, to jaka). Na podstawie złożonego oświadczenia nie można twierdzić, czy rzeczywista wysokość środków finansowych odpowiada co najmniej minimalnej wysokości wyznaczonej przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Jeżeli zatem złożone przez podmiot trzeci zobowiązanie o udostępnieniu zasobów nie udowadnia i nie gwarantuje Wykonawcy, a tym samym Zamawiającemu dostępu do co najmniej minimalnej kwoty środków, to brak było podstaw, że Wykonawca – Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej zdolności finansowej. Zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, wyraźnie zaznaczał, że konieczne jest podanie w oświadczeniu podmiotu trzeciego wysokości środków, która

będzie znajdowała się w dyspozycji Odwołującego. Trudno wyobrazić sobie tymczasem, że podmiot trzeci przekazuje możliwość dysponowania swoją linią kredytową innemu przedsiębiorcy w całej możliwej wysokości. Tym bardziej, że przedmiotowe zamówienie nie wymaga ponoszenia nakładów finansowych aż w takiej wysokości. Warto zauważyć również, że podmiot trzeci nie określił w oświadczeniu sposobu wykorzystywania środków finansowych przez Odwołującego. W tym miejscu podkreślić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wymagał, aby przekazanie środków odbywało się na zasadzie pożyczki, darowizny, czy udzielenia kredytu. Wyliczenie znajdujące się w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów miało raczej charakter przykładowy, a podmiotowi trzeciemu i wykonawcy pozostawiono wolną rękę do określenia sposobu, na podstawie którego odbywało się będzie korzystanie z zasobów finansowych podmiotu udostępniającego swoje zasoby. Należało jednakże w sposób nie budzący wątpliwości określić możliwość wykorzystywania przedmiotowych zasobów przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, tak aby przy uwzględnieniu tych reguł nie było wątpliwości co do realności udostępnienia określonego zasobu. Podmiot trzeci w złożonym zobowiązaniu dosyć szczegółowo opisał zasady współpracy z wykonawcą, pokazał rozkład ponoszonych kosztów przez poszczególne strony związane umową przedstawicielską, ale zasady te nie odnoszą się do dysponowania linią kredytową, ale raczej do rzeczywistego wykonywania zamówienia przez podmiot trzeci i pośredniczenia w przekazaniu zamawianego towaru przez Odwołującego. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający zawiera umowę z Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia i to ten podmiot gwarantować ma stronie Zamawiającej wykonanie kontraktu. Na podstawie złożonego zobowiązania Zamawiający nie był w stanie ustalić, w jaki sposób sfera finansowa kontraktu (np. w przypadku niedotrzymania zobowiązań przez podmiot trzeci) jest zabezpieczona. Takiego zabezpieczenia nie gwarantuje zasada, że zobowiązania finansowe powstałe po stronie Odwołującego związane z realizacją zamówienia, będą uregulowane dopiero, gdy Zamawiający dokona płatności na ustalony pomiędzy stronami rachunek bankowy. Taka zasada gwarantuje jedynie Odwołującemu, że nie będzie on musiał wcześniej niż otrzyma zapłatę od Zamawiającego, płacić podmiotowi trzeciemu za zakupiony u niego towar. Zasada ta w żaden sposób jednak nie odnosi się już do sytuacji, w której to podmiot trzeci nie dotrzyma zobowiązania i nie określa, jak w takiej sytuacji Odwołujący rozwiąże ciążące na nim zobowiązania finansowe w stosunku do Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby, Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie w sposób realny dysponował zasobami podmiotu trzeciego, tj. (...) Ltd. w zakresie zdolności finansowej. Samo odwołanie się do wysokości linii kredytowej, bez wskazania konkretnej kwoty, nie świadczy o realności udostępnienia. W zobowiązaniu nie określono również zasad, czy też sposobu wykorzystywania określonych zasobów podmiotu trzeciego. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że to na wykonawcach spoczywa obowiązek udowodnienia realności dysponowania zasobami, na które się powołują (tak Krajowa Izba Odwoławcza: w wyroku z 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13; w wyroku z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt KIO 1833/14; w wyroku z dnia 18 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1840/14). W przedmiotowym postępowaniu trudno domyślać się na czym miałyby polegać rola podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia swojej linii kredytowej bez szczegółowego określenia zasad i wysokości tego udostępnienia.

Słuszne okazały się również wątpliwości Zamawiającego co do formy samego dokumentu zobowiązania. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów w oryginalnej wersji językowej zostało podpisane przez Pana R.C. (...) (Prezesa), jednakże podpis wymienionej osoby znajdujący się na 7 stronie dokumentu jest w kopii. Na pozostałych stronach zobowiązania umieszczono własnoręczne parafy bliżej niezidentyfikowanej osoby. Niewątpliwie Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o udostępnieniu zasobów w oryginale lub poświadczonej notarialnie za zgodność z oryginałem kopii. Złożone więc zobowiązanie, na którym przedstawiono jedynie podpis w kopii uznać należało za nieprawidłowe co do formy. Aby zobowią-

zanie mogło zostać uznane za złożone w oryginale, konieczne jest jego przedstawienie z własnoręcznym podpisem osoby umocowanej do składania wiążących oświadczeń woli w imieniu podmiotu trzeciego. Złożenie dokumentu z podpisem w kopii nie wyczerpuje i nie zastępuje własnoręcznego podpisu, aby dokument można było uznać za złożony w oryginale. Taki dokumentu nie świadczy również o przedstawieniu kopii notarialnie poświadczonej za zgodność z oryginałem. Żadna więc z wymaganych form nie została w przedmiotowym postępowaniu przez Odwołującego dochowana. O skuteczności oświadczenia i prawidłowości jego złożenia nie mogą świadczyć znajdujące się na pozostałych stronach zobowiązania parafy, albowiem nie identyfikują one osoby składającej oświadczenie woli, nie można więc było uznać, że mogły one zastąpić własnoręczny podpis.

48. Sygn. akt: KIO 491/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

Nie jest więc zgodne z przepisami ustawy dopuszczenie do oceny i wyboru oferty wykonawcy, który jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu składa zobowiązanie podmiotu, którego potencjał jest mu niezbędny na etapie procedury przetargowej, natomiast na etapie realizacji zamówienia zamierza zdać się na własne siły, które z punktu widzenia wymagań zamawiającego nie byłyby wystarczającymi dla uzyskania zamówienia (tak w wyroku KIO z 18 listopada 2014 r., KIO 2285/14 KIO 2328/14, www.uzp.gov.pl) Treść zobowiązania podlega zatem ocenie w kontekście realności, rzeczywistości udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci, zwłaszcza w sytuacji, gdy owo zobowiązanie jest jedynym dokumentem, z którego wynika dostępność powołanych zasobów dla wykonawcy w czasie wykonania zamówienia.

Zamawiający zobowiązany jest więc do ustalenia, czy pomimo braku własnego doświadczenia i wiedzy wykonawca posiłkujący się potencjałem podmiotu trzeciego, rzeczywiście uzyska jego wsparcie na etapie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Po stronie wykonawcy leży ciężar udowodnienia zamawiającemu rzeczywistego sposobu wykorzystania potencjału przy wykonaniu zamówienia, a więc z uwzględnieniem zakresu udostępnionego zasobu i specyfiki konkretnego zamówienia, co należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia (wyrok KIO z 29 listopada 2013 r. KIO 2654/13, z dnia 29.11.2013 r. www.uzp.gov.pl).

Art. 26 ust. 3

49. Sygn. akt: KIO 2637/14, KIO 2641/14, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r.

Wobec powyższego przedstawione dokumenty przemawiają za tym, że w tak zaistniałym stanie faktycznym, gdzie ofertę złożyło konsorcjum (składające się z dwóch wykonawców: tj. Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz Y Sp. z o.o., z siedzibą w T.), co potwierdza pełnomocnictwo z dnia 30 października 2014 r., a Lider tego konsorcjum (tj. Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł.) ustanowił dalszego pełnomocnika bez wyraźnego do tego umocowania. W konsekwencji należało nakazać Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictw upoważniających do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum X Sp. z o.o. z siedzibą w Ł., oraz Y Sp. z o.o., z siedzibą w T. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż m. in. złożone pełnomocnictwo z dnia 30 października 2014 r. nie zawierało upoważnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw.

50. Sygn. akt: KIO 61/15, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2015 r.

Zamawiający, w świetle jednoznacznego brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest władny odstąpić od wezwania wykonawcy do uzupełnienia takich dokumentów lub oświadczeń. A to, w przypadku akceptacji możliwości samo uzupełniania przez wykonawcę

brakujących lub źle pierwotnie złożonych dokumentów lub oświadczeń, doprowadzić musiałoby do prób wielokrotnego uzupełniania (wpierw samodzielnie, a następnie na wezwanie Zamawiającego) takich dokumentów lub oświadczeń na tę samą okoliczność, co w świetle dotychczasowego orzecznictwa jest niedopuszczalne. Możliwym, w takim przypadku byłoby również samodzielne, bez wezwania ze strony Zamawiającego, uzupełnianie dokumentów lub oświadczeń „na próbę” tak, aby sprawdzić czy te uzupełnione spełnią oczekiwania Zamawiającego. Dlatego też koniecznym jest uznanie, że wyłączone na gruncie ustawy Pzp jest samodzielne uzupełnianie przez wykonawców dokumentów lub oświadczeń mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

51. Sygn. akt: KIO 103/15, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2015 r.

(...) odnośnie obowiązku wystosowania wezwania na podstawie ww. przepisu [art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – *przyp. red.*], Izba wskazuje, iż zachodzi on zarówno w przypadku fizycznego braku przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedstawienia dokumentów zawierających błędy, jak też dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych przez Zamawiającego. Przedstawienie dokumentów, które nie potwierdzają spełniania warunków w postępowaniu lub są dokumentami innymi niż dokumenty wymagane i opisane przez Zamawiającego, jest równoważne z brakiem przedstawienia dokumentów wymaganych i skutkuje koniecznością wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

52. Sygn. akt: KIO 155/15, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2015 r.

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że Odwołujący nie uzupełnił – tak jak słusznie wskazał Przystępujący wykonawca – żądanych dokumentów w terminie określonym w wezwaniu z dnia 18 grudnia 2014 r. Jak podano wyżej Zamawiający, zgodnie z tym wezwaniem, wymagał, aby uzupełniane dokumenty zostały złożone w formie pisemnej do dnia 31 grudnia 2014 r. w (...) [pod adresem (...)]. Tak jak przyznał w odwołaniu Odwołujący, żądane w uzupełnieniu dokumenty nadał w placówce pocztowej w dniu 31 grudnia 2014 r., co nie jest równoznaczne z ich przedłożeniem Zamawiającemu w wymaganej formie, a przede wszystkim w terminie wymaganym w tym wezwaniu. Tak jak udowodnił Zamawiający [a wykonawca nie przedłożył dowodu przeciwnego] przesyłka nadana w dniu 31 grudnia 2014 r. została doręczona do jego siedziby w dniu 2 stycznia 2015 r. To oznacza, że wykonawca wobec nie potwierdzenia w określonym terminie wymagań objętych wezwaniem podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (...)

53. Sygn. akt: KIO 174/15, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2015 r.

W sprawie bezsporną okolicznością jest, że dopiero na wezwanie zamawiającego z dnia 19 stycznia 2015 r., to jest po uprzednim unieważnieniu pierwszego wyboru oferty (pierwszy wybór miał miejsce w dniu 9 stycznia 2015 r.), zamawiający wezwał do doręczenia załącznika Nr 9 Tabela zgodności. Na rozprawie ani zamawiający, ani przystępujący tej okoliczności nie zaprzeczyli, a wprost przyznali ją jako okoliczność bezsporną w sprawie. Niemniej zarówno zamawiający, jak i przystępujący, twierdzili, że wezwanie jest pod względem prawnym skuteczne również po złożeniu ofert, a złożenie ofert nastąpiło już w dniu 12 grudnia 2014 r. Zamawiający wezwanie do uzupełnienia oferty o Załącznik Nr 9 Tabela zgodności uczynił na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dodatkowo należy nadmienić, że obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty byli wzywani do uzupełnienia kart katalogowych oferowanych urządzeń.

Izba w oparciu o przepisy ustawy Pzp. w związku z wezwaniem o uzupełnienie oferty o Zał. Nr 9 Tabela zgodności, uznaje taką praktykę zamawiającego jako niedopuszczalną. Bowiem po złożeniu ofert wykonawca nie może być wzywany do uzupełnienia oferty o wykaz oferowanych urządzeń, których parametry minimalne opisał zamawiający w tym przypad-

ku w Programie Funkcjonalno-Użytkowym SIWZ. W ocenie Izby oferowany przedmiot zamówienia jest istotnym elementem oferty składanej, tak jak istotnym elementem jest cena i termin wykonania. Brak w tym przypadku Tabeli zgodności, w której zgodnie z zał. Nr 9 miał być przedstawiony opis oferowanego przedmiotu zamówienia, jest elementem koniecznym oferty, którego nie można ani poprawiać, ani uzupełniać po złożeniu oferty. Na tę okoliczność ustawodawca przewidział sankcje w postaci odrzucenia oferty, co wynika z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z nim zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ. W tym wypadku sprzecznością jest nie zaferowanie zamawiającemu na dzień składania ofert przedmiotu zamówienia, w sytuacji gdy zamawiający przewidział jego przedstawienie w formie wypełnionej Tabeli zgodności.

Tym samym Izba nie podziela stanowiska zamawiającego czy przystępującego, że można dokonać uzupełnienia w tym wypadku Tabeli zgodności w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentu brakującego. Taka procedura może mieć miejsce w stosunku do kart katalogowych jako dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania zamawiającego. Powyższe stanowisko Izby oparte jest o treść art. 25 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 6 pkt 1) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [*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. poz. 231)*].

54. Sygn. akt: KIO 177/15, Wyrok KIO z dnia 11 lutego 2015 r.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdzywym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa Pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach przesłanki wpływu na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłoby to do takiej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którą nie podlega wykluczeniu wykonawca, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jeżeli uczynił to po raz pierwszy, tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnianie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnianie tego warunku.

55. Sygn. akt: KIO 242/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.

Izba podziela w tym miejscu stanowisko, zgodnie z którym nie jest dopuszczalne uznawanie – w celu przyznania odpowiedniej punktacji umożliwiającej wyłonienie grona pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty – doświadczenia uzupełnionego z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w warunkach gdy wykonawca, na podstawie złożonych we wniosku w celu wykazania spełnienia stawianego warunku udziału w postępowaniu dokumentów wykazał spełnienie warunku. Nie jest także dopuszczalne wzywanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3

ustawy, w zakresie innym, aniżeli dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest w celu uczestnictwa w postępowaniu, a nie dla uzyskania punktacji umożliwiającej zaproszenie do złożenia oferty – jeśli wnioski złożyła większa liczba wykonawców, aniżeli Zamawiający w ogłoszeniu przewidział zaproszenie do złożenia oferty.

Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawny, kompletny, opatrzony wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w SIWZ i ogłoszeniu dokumentami wniosek, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania wniosków.

Ustawodawca przewidział przy tym odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień ich składania i umożliwił wykazanie spełniania warunków z zastosowaniem instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. *Ratio legis* przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre wnioski, ale w wyniku niedopatrzania, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, choć na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Wskazuje się przy tym, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywiania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument służący innym celom, aniżeli wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, względnie uzupełnienie brakującego pełnomocnictwa. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle; traktowane jako wyjątek od zasady, nie pozwalający na szersze, aniżeli wynikające z jego zakresu, zastosowanie.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający ma każdorazowo obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeśli wykonawca nie złożył dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictw, albo złożył dokumenty zawierające wady formalne, a także każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dyspozycja tego przepisu odnosi się zatem wyłącznie do dokumentów składanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, potwierdzenia, że oferowany przedmiot spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego, a także pełnomocnictw. Nie obejmuje to natomiast dokumentów, jakie wykonawca składa w celu uzyskania odpowiedniej punktacji, służącej zakwalifikowaniu go w postępowaniach dwuetapowych do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania oferty.

Dostrzeżenia wymaga, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, inną sprawą jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu [tego dotyczą regulacje zawarte w art. 22, 25 oraz 26 ustawy Prawo zamówień publicznych], inną zaś ocena w celu wyłonienia grupy wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania ofert [co wynika z art. 51 ust. 1–3 ustawy w odniesieniu do przetargu ograniczonego, art. 60 d ust. 1–4 ustawy w odniesieniu do dialogu konkurencyjnego]. Tylko do pierwszego zakresu, to jest do badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu znajduje zastosowanie regulacja art. 26 ust. 3 ustawy. Oznacza to tyle, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, o którym stanowi powołany przepis [a w konsekwencji – uwzględnienia przy ocenie dokumentów], dotyczy jedynie dokumentów składanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu [„warunków minimalnych”, umożliwiających udział w postępowaniu], nie zaś po to, by uzyskać taką lub inną punktację warunkującą zaproszenie do składania oferty. (...) Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby umożliwienie, następczo, już po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i po rozpoczęciu przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu konkurowania o uzyskanie zaproszenia do składania oferty na zmianę, w wyniku uzupełnienia dokumentów, sytuacji tych wykonawców. Powyższe stanowiłoby naruszenie reguł uczciwej, opartej na równych zasadach konkurencji pomiędzy wykonawcami – ta konkurencja przecież sprowadza się nie tylko do złożenia jak najlepszego wniosku, w jak najwyższym stopniu wykazującego spełnienie punktowanego

warunku udziału w postępowaniu, ale elementem tej konkurencji jest uczynienie tego w czasie, jaki wykonawca ma – zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu – na złożeniu wniosku. Czas jest więc tutaj także elementem, który wpisany jest w mechanizm konkurowania – w innej sytuacji jest bowiem wykonawca, który w określonym w ogłoszeniu terminie złożył określone dokumenty i na ich podstawie uzyskał odpowiednią punktację, w innej zaś – w sposób oczywisty korzystniejszej – ten, który uzyskał dodatkowy czas na dopełnienie swego wniosku odpowiednimi dokumentami. W przetargu ograniczonym wykonawcy konkurują najwyższym stopniem spełnienia stawianego warunku, co muszą wykazać wobec zamawiającego w czasie, jaki został wyznaczony na składanie wniosków. Zasadą jest bowiem składanie wniosków opatrzonej dokumentami znacznie przekraczającymi potrzebę wykazania warunku udziału w postępowaniu na poziomie minimum – a zdecydowanie większym, by uzyskać zaproszenie do składania oferty. Uczynienie tego w terminie wyznaczonym w ogłoszeniu na składanie wniosków jest tu więc elementem niezwykle istotnym w zakresie tego konkurowania: inne możliwości zgromadzenia dokumentów potwierdzających spełnienie punktowanego warunku, w tym dłuższy czas na ich uzyskanie stawiają wyraźnie w dogodniejszej pozycji tego wykonawcę, który nie złożył dokumentów licząc na wezwanie go w tym zakresie przez Zamawiającego, aniżeli tych wykonawców, którzy dołożyli takich starań w celu skompletowania dokumentów, jakie były możliwe do upływu terminu na składanie wniosków.

Gdyby inaczej rozumieć regulacje dotyczące przetargu ograniczonego oraz obowiązek wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – zamawiający być może musiałby każdorazowo, gdy wykonawca nie uzyskał wystarczającej punktacji dla zaproszenia go do złożenia oferty, dawać szansę na podniesienie uzyskanego wyniku umożliwiającego zaproszenie do złożenia oferty, wzywając do uzupełnienia dokumentów. Nie sposób ustalić granic takiej praktyki, ale w takim wypadku zamawiający musiałby wypaczyć reguły konkurowania przez wykonawców, w sposób nie zasługujący na akceptację.

56. Sygn. akt: KIO 277/15, Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r.

Izba uznała, że wykluczenie odwołującego z postępowania było przedwczesne, zaś zamawiający dokonując tej czynności naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp musi być bowiem poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dostrzec należy, że z obowiązku wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wywodzi się konieczność dochowania precyzji i jednoznaczności w stosownym wezwaniu. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwala bowiem na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu, zaś skutek nieuzupełnienia dokumentów w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest daleko idący. Konieczność precyzyjnego i jednoznacznego żądania obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy (tak m.in. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10). Podnieść należy, że szczegółowość wezwania uzależniona jest od okoliczności danego stanu faktycznego. Przykładowo, w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą nie składa żadnych wymaganych dokumentów, wystarczającym może okazać się żądanie ich złożenia w określonym terminie. Jednakże w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą składa dokumenty w celu spełnienia wymogów określonych w SIWZ, zwłaszcza w sytuacji gdy warunek udziału w postępowaniu jest rozbudowany i składa się na niego wiele przesłanek, takie postępowanie zamawiającego może naruszać przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w takim przypadku zamawiający winien wskazać, które elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane, jakie są powody ta-

kiej oceny zamawiającego. W przeciwnym wypadku wezwanie do złożenia dokumentów może mieć charakter iluzoryczny.

Izba stwierdziła, że o wypełnieniu obowiązku wezwania do uzupełniania dokumentów nie świadczyło wezwanie, jakie zamawiający skierował do odwołującego 22 stycznia 2015 r. W wezwaniu tym zamawiający, celem potwierdzenia omawianego warunku, wezwał odwołującego do uzupełnienia m.in.:

- 1) kserokopii umowy o współpracę zawartej między odwołującym a X,
- 2) kserokopii pisma skierowanego przez odwołującego do firmy X o wydanie referencji,
- 3) informacji czy odwołujący był wymieniony jako podwykonawca w umowach zawartych przez X ze zleceniodawcami usług.

Jak wynikało z powyższego, zamawiający nie skierował do odwołującego prawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spornego warunku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przypomnienia wymaga, że dokumentami na potwierdzenie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, jakich w świetle rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów [*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. poz. 231) – przyp. red.*] zamawiający może żądać od wykonawcy, są wykaz i poświadczenie, względnie oświadczenie własne wykonawcy. Obowiązek złożenia tylko takich dokumentów wynikał z części III pkt 3 ppkt 5 SIWZ. Tymczasem zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, których nie mógł zażądać i których nie wymagano w SIWZ. Wobec powyższego należało stwierdzić, że zamawiający nie wykonał czynności wezwania odwołującego do uzupełniania dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje użyte w tym przepisie sformułowanie „wzywa”. Nakazane przez Izbę wezwanie będzie więc pierwszym wezwaniem w tym zakresie i nie naruszy zasady jednokrotnego korzystania z procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

57. Sygn. akt: KIO 298/15, Wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r.

W ofercie odwołujący złożył: 1) zaświadczenie z 7 maja 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w M., 2) zaświadczenie z 12 lipca 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w S., 3) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Burmistrza S. z 4 maja 2012 r.

Jednak, jak stwierdził zamawiający, w zaświadczeniach tych nie wskazano na kody 15 01 01, 15 01 02 i 15 01 07. Nie było to sporne pomiędzy stronami. W związku z powyższym zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę do uzupełnienia zaświadczeń. W wyznaczonym terminie wykonawca przedstawił:

- 1) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy S.), dotyczące rozszerzenia działalności o wymagane kody odpadów, tj. 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07,
- 2) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy S. wskazujące na dodanie kodów odpadów komunalnych 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07,
- 3) zaświadczenie z 4 lutego 2015 r. o dokonaniu zmiany w rejestrze działalności regulowanej poprzez dodanie kodów odpadów 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07 na teren gminy M.

Zamawiający uznał, że z przedstawionych w ramach uzupełnienia dokumentów zaświadczeń wynika, że na dzień składania ofert, tj. 27 stycznia 2015 r., wykonawca nie spełniał wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie było sporne mię-

dzy stronami, że wpisy do ewidencji zostały zmienione – i objęły kody 15 01 01, 15 01 02 i 15 01 07 – dopiero po otrzymaniu przez odwołującego wezwania do uzupełniania dokumentów, a więc po upływie terminu składania ofert.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub, którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.” Tym samym z powyższego przepisu wynika jednoznacznie, że chociaż dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być uzupełniane po terminie składania ofert, to muszą potwierdzać spełnianie przez wykonawcę tych warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołujący natomiast co prawda przedłożył zamawiającemu zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej dla kodów 15 01 01, 15 01 02 i 15 01 07, ale wskazujące na to, że stosownych wpisów dokonano dopiero po terminie składania ofert.

58. Sygn. akt: KIO 245/15, KIO 305/15, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r.

To Zamawiający z pełną transparentą powinien dokonać oceny oferty i zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawcę (Przystępującego) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na tego typu wezwanie określające dokładny obszar wymaganego uzupełnienia, wykonawca będzie mógł przedstawić dokumenty, które uznaje za potwierdzające spełnianie warunków na datę składania ofert, i którymi może dysponować. Zamawiający zaś będzie mógł takie uzupełnienie ocenić, a pozostali wykonawcy będą świadomymi wszystkich elementów procedury dotyczącej badania i weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, będą mogli zadecydować o zakwestionowaniu jej prawidłowości w ramach środków ochrony prawnej.

Procedura uzupełniania dokumentów na wezwanie zamawiającego wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy i wszelkie odstępstwa i modyfikacje jej stosowania powinny być jak najbardziej ograniczone. W szczególności nie mogą prowadzić do naruszenia zasad ogólnych ustawy dotyczących równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Nie mogą, np. prowadzić do niejasności po stronie innych wykonawców, jakie czynności w postępowaniu zostały w rzeczywistości podjęte przez zamawiającego oraz, na jakich czynnościach i dokumentach zamawiający opierał się w trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Samodzielne uzupełnianie dokumentów nie może również prowadzić do *de facto* wielokrotnych uzupełnień dokumentów przez niektórych wykonawców (najpierw samodzielnie, a potem na wezwanie zamawiającego, w przypadku gdy pierwsze uzupełnienie zostałoby przyjęte, ocenione i uznane z niepotwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Z opisanych wyżej powodów, samodzielne uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dokonane przez Przystępującego zostało pominięte przez Izbę i nie powinno być również brane pod uwagę przez Zamawiającego – winno zostać uznane za niebyłe czy raczej za niewywierające żadnych skutków pranych dla postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym oraz z uwagi na brak potwier-

dzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. klasyfikatora powietrznego wraz z ofertą, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp uznano za zasadny i nakazano wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie. Sprawę Przystępującego pozostaje, w jaki sposób na ww. wezwanie Zamawiającego odpowie i jak wymagane warunki udziału w postępowaniu potwierdzi (czy będą to okoliczności i dokumenty zupełnie nowe, czy takie, którymi już usiłował się posługiwać).

59. Sygn. akt: KIO 422/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.

Jednocześnie, brak jest możliwości wezwania odwołującego do uzupełnienia wadium na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, to oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzające przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Katalog tych dokumentów został określony 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 (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Katalog ten nie obejmuje dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium.

60. Sygn. akt: KIO 438/15, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2015 r.

Dostrzeżenia następnie wymaga, że dorobkiem orzecznictwa jest spostrzeżenie, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego, jakie dokumenty zamawiający uzna za właściwe. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, zamawiający musiałby stać się rzecznikiem wykonawcy. Powyższe powoduje, że brak było podstaw do ponownego wezwania do uzupełnienia prawidłowego dokumentu pełnomocnictwa do złożenia oferty.

Art. 29 ust. 1 i 2

61. Sygn. akt: KIO 496/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

Przechodząc do oceny zasadności podniesionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez wprowadzenie do dokumentacji postępowania wymagań niejednoznacznych, niedokładnych i niedostatecznie zrozumiałych utrudniających konkurencję i nie znajdujących odzwierciedlenia w obiektywnie uzasadnionych potrzebach Zamawiającego stwierdzić należy, że podniesiony zarzut jest zasadny. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić

w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia. W ocenie Izby miejsce realizacji przedmiotu zamówienia mieści się w zakresie dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, a więc podlega m. in. dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który wyraża normę prawną stanowiącą doprecyzowanie i uszczegółowienie norm prawnych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – jednakże tylko w odniesieniu do czynności zamawiającego obejmujących dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Norma prawna wyrażona w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zawiera się niejako w wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadach udzielania zamówień publicznych. Natomiast stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 listopada 2006 r., sygn. akt III Ca 1019/06 opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia winny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 roku sygn. akt CSK 626/13, że w przepisach Pzp ustanowiono wymóg rzetelnego określenia przedmiotu zamówienia w SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonując drugiej zmiany treści SIWZ w zakresie ustalenia, gdzie ma się znajdować biuro, w którym będą wykonywane czynności związane z realizacją tego zamówienia, ustalił parametr graniczny, iż lokal przeznaczony na biuro ma znajdować się w promieniu 1200 m od siedziby X w C. Zamawiający na rozprawie stwierdził, że za takim ustaleniem przemawiał ważny uzasadniony argument. Wynikał przede wszystkim z tego, że odległość 1200 m jest odległością, którą pracownik X może pokonać do tego biura pieszo (nie korzystając z dodatkowych środków komunikacji).

Odnosząc się do tej kwestii Izba stwierdza, że w SIWZ nie mogą być postawione wymogi tylko po to, aby ograniczyć dostęp do zamówienia większej liczbie odbiorców, lecz muszą zawsze wynikać z obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego zmierzających do umożliwienia mu wyboru wykonawcy, który najlepiej i najpewniej wykona zamówienie. Zgodzić się należy ze stanowiskiem odwołującego, iż brak jest uzasadnienia, aby umiejscowienie biura tylko w odległości promienia koła o długości maksymalnie 1200 m miało jakkolwiek związek z możliwością wykonania zamówienia. Postawienie takiego wymagania należy raczej oceniać w kategorii „typowego wygodnictwa” Zamawiającego niż potrzeb związanych z możliwością wykonania zamówienia. Ponadto argument, iż odległość max. 1200 metrów jest odległością, którą może pokonać na piechotę pracownik X jest zbudowany tylko na potrzebę obrony postawionego w SIWZ warunku. Biorąc pod uwagę, że odległość w linii prostej jest z reguły odległością krótszą niż odległość pokonywana drogą ze środka koła do linii jego obwodu, to stwierdzić należy, że lokal znajdujący się w pobliżu linii obwodu koła będzie zawsze w większej odległości niż wskazana długość promienia koła. W tej sprawie bez prowadzenia dokładnych analiz przedłożonej przez Zamawiającego mapy, (gdzie zakreślono koło, wewnątrz którego winien znajdować się najęty przez wykonawcę lokal) stwierdzić można, że żadna z dróg od siedziby X w kierunku

ku obwodu koła nie przebiega w linii prostej. Tym samym każda odległość drogowa będzie dłuższa niż wskazana długość promienia. Poza tym niewątpliwie jest, że poprzez zaznaczoną powierzchnię koła, niemal w jego środku przebiega wielotorowa linia PKP, co powoduje iż te dwie części koła są słabo skomunikowane i droga dojścia czy dojazdu od siedziby X do niektórych ewentualnych lokali znajdujących po drugiej stronie torów będzie większa nawet o kilkaset metrów. Tak więc odległość 1200 m od siedziby X nie będzie zachowana, co wskazuje, iż podawana argumentacja Zamawiającego została wykazana tylko na potrzeby tego postępowania odwoławczego.

Wskazać należy także, że nie ulega wątpliwości, iż sposób opisu miejsca położenia biura ogranicza krąg potencjalnych wykonawców mogących wykonać zamówienie, jak również wpływa na sposób wyceny oferty. Zamawiający powinien skutecznie udowodnić, że tylko takie położenie biura zapewnia właściwe wykonanie zamówienia, lub chociaż ma wpływ na możliwość wykonania. Biorąc pod uwagę powyższe terytorialne ograniczenie miejsca realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez ścisłe określenie terenu, gdzie może znajdować się biuro wykonywania zamówienia, w ocenie Izby w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. Izba w niniejszym składzie co do zasady nie kwestionuje prawa podmiotów zamawiających do określenia miejsca realizacji usługi, jednakże powyższa okoliczność winna uwzględniać specyfikę jej wykonywania i winna być raczej kryterium ocenianym, a nie parametrem granicznym. Nie było żadnych przeszkód, aby Zamawiający opisał wymaganie w tym zakresie i punktował położenie lokalu w zależności od odległości od siedziby X, przyjmując np. że za każde 100 czy 200 m większej odległości biura od siedziby Straży liczba przyznawanych punktów ulega zmniejszeniu. Ograniczenie miejsca realizacji tego typu usług winno być działaniem uzasadnionym. W ocenie Izby, jeżeli Zamawiający zakładane cele może osiągnąć poprzez nie wskazywanie parametrów granicznych w opisie przedmiotu zamówienia to stawianie wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które ograniczają krąg potencjalnych wykonawców należy uznać za pozbawione uzasadnienia.

62. Sygn. akt: KIO 513/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust. 1 Pzp nie został przez Odwołującego uzasadniony. Zgodnie z treścią powołanego przepisu przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z treści odwołania nie wynika jednak, które z postanowień SIWZ odnoszących się do przedmiotu zamówienia Odwołujący uważa za niespełniające powyższych wymogów. Przeciwnie, Odwołujący musiał kwestionowane postanowienia SIWZ zrozumieć w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, skoro dopatrywał się niedozwolonego zbiegu wymagań technicznych stanowiących przejaw tzw. dyskryminacji pośredniej, tj. takiego opisu przedmiotu zamówienia, które nie wprost (czyli pośrednio) wskazuje na konkretny produkt. W konsekwencji zarzut ten nie mógł odnieść skutku.

Chybiony był również, zdaniem składu orzekającego, zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 Pzp. Izba podziela zapatrywanie, że przypisanie zamawiającemu działania sprzeczne z powołaną regulacją wymaga od odwołującego li tylko uprawdopodobnienia możliwości utrudniania uczciwej konkurencji i nie podlega, co do zasady, rygorom postępowania dowodowego. Nie zwalnia to jednak Izby z konieczności dokonania oceny, czy odwołujący sprostał obowiązkowi uprawdopodobnienia okoliczności, na które się powołuje. W tym zakresie, jedynie na marginesie, zauważyć należy, że zasadność omawianego zarzutu oparta została w przeważającej mierze na sporządzonym przez Odwołującego zestawieniu warunków technicznych systemów oferowanych przez Odwołującego, Przystępującego i X. Nie kwestionując możliwości uprawdopodobnienia określonych okoliczności we wskazany

powyżej sposób należy zwrócić uwagę, że informacje zawarte we wspomnianym zestawieniu nie zostały w żaden sposób uwiarygodnione, chociażby przez przedstawienie specyfikacji technicznych urządzeń, do których odnosi się zestawienie. (...) W konsekwencji Izba stwierdziła, że dla odparcia postawionego w odwołaniu zarzutu dotyczącego tzw. dyskryminacji pośredniej wystarczające było udowodnienie, że na rynku dostępne są urządzenia, które łącznie spełniają wszystkie zakwestionowane kryteria techniczne, co też Zamawiający uczynił. Z kolei twierdzenie Odwołującego, że zidentyfikowane przez Zamawiającego urządzenia spełniające wymagania opisane w OPZ nie posiadają (bądź nie wiadomo czy posiadają) wymaganych postanowieniami SIWZ opinii technicznych, nie zostało w żaden sposób wykazane. Poza tym, zdaniem składu orzekającego, do sfery ryzyka kontraktowego wykonawcy należy oferowanie urządzeń, które nie są z reguły wykorzystywane w określonych warunkach, ponieważ w takim przypadku będzie on dodatkowo zmuszony uzyskać oczekiwane dokumenty i ewentualnie ponieść związane z tym dodatkowe nakłady finansowe, czasowe, itp., narażając się – w przypadku ich braku – na złożenie oferty, która nie będzie spełniała wymagań SIWZ, a zatem obciążonej wadą mogącą nawet doprowadzić do jej odrzucenia.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący objął omawianym zarzutem również kwestię sformułowania przez Zamawiającego wymagań wygórowanych, czy nieuzasadnionych (z czym, z podanych powyżej przyczyn, zgodzić się nie sposób), to nie przedstawił on żadnych dowodów lub chociażby twierdzeń na odparcie stanowiska Zamawiającego. Ograniczył się bowiem do wyrażenia zapatrywania, że argumentacja Zamawiającego jest gołosłowna i konstatacji, że została stworzona na potrzeby postępowania odwoławczego oraz do generalnego zaprzeczania stanowisku Zamawiającego. W tym miejscu ubocznie należy zasygnalizować, że nie jest powszechnie stosowaną praktyką tłumaczenie w treści SIWZ powodów postawienia określonych wymagań przedmiotowi zamówienia, co *de facto* zarzucone zostało Zamawiającemu na rozprawie, ponieważ obowiązek taki nie wynika z przepisów Pzp.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający – dokonując opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie na kombinację zaskarżonych odwołaniem parametrów technicznych urządzeń – nie naruszył zakazu wynikającego z przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, bowiem wymagania SIWZ spełniają urządzenia innych, obok wskazanego w uzasadnieniu odwołania, producentów. Dodatkowo, w odniesieniu do zadania nr 3, nie uszło uwadze Izby złożone przez Przystępującego oświadczenie, że oferowane przez niego urządzenia spełniają wymagania zawarte w OPZ (protokół, t. 6), co stanowiło dodatkowy argument przemawiający za oddaleniem odwołania w zakresie omówionego zarzutu.

Art. 30 ust. 5

63. Sygn. akt: KIO 254/15, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2015 r.

Jednocześnie Izba doszła do przekonania, że skoro Odwołujący nie zadał sobie trudu wyjaśnienia wymagań SIWZ, co do których obecnie twierdzi, że są nieprecyzyjne, a także oświadczył, że nie zna szczegółów rozwiązania projektowego (...), to trudno potraktować jego cały wywód o równoważności za wiarygodny. Według zapatrywania Izby Odwołujący zaproponował własny produkt o zbliżonych parametrach, jednak zawierający inne rozwiązania niż te oczekiwane przez Zamawiającego.

Stosownie do przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Izba stwierdziła, że Odwołujący w swojej ofercie nie podjął się takiej próby i zaproponował wprost własne rozwiązanie (str. 15–26), abstrahując od oczekiwań Zamawia-

jącego w zakresie objętym sporem. (...) Zdaniem Izby Odwołujący przyznając, że nie zapoznał się dokładnie z rozwiązaniami referencyjnymi opisanymi w SIWZ, nie dołożył również należytej staranności przy sporządzaniu oferty, a także, jeżeli był zainteresowany promowaniem własnego produktu, to powinien to czynić na etapie przygotowania treści SIWZ.

Jeżeli nie dochował powyższych aktów staranności, to należy przyjąć, że jest związany brzmieniem SIWZ i nie jest dopuszczalna taka interpretacja tego dokumentu, która w istocie umożliwia złożenie oferty z jakimkolwiek produktem podobnym, w oderwaniu od jego specyfikacji technicznej i projektu technicznego.

Ostatecznie Izba nie uwzględniła dowodów złożonych przez Odwołującego przy odwołaniu i na rozprawie opierając się na treści SIWZ, jako mającej charakter zobiektywizowany, nie negując przy tym właściwości produktu Odwołującego, jednak uznając go za nieopowiadającą treści SIWZ.

Art. 32 ust. 1

64. Sygn. akt: KIO 458/15, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2015 r.

Kwota odczytana bezpośrednio przed otwarciem ofert – w niniejszym stanie faktycznym to wartość 27.545.337,00 zł brutto – kwota wynikająca z szacowania wartości zamówienia powiększona o podatek VAT, zaś wartość szacunkowa zamówienia to kwota ustalona przez Zamawiającego z należytą starannością – w przypadku robót w oparciu o kosztorys inwestorski – obejmująca całkowite wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp).

Wobec powyższego Ustawodawca wyraźnie określił mechanizm szacowania i ustalania wartości zamówienia, a który to mechanizm nie obejmuje ustaleń na podstawie doniesień prasowych czy medialnych. Nie może być również podstawą szacowania wartości zamówienia stwierdzenie posła na posiedzeniu sejmku z dnia 16 grudnia 2014 r., gdyż to Zamawiający poprzez osoby do tego powołane – w tym przypadku Powiat (...) – dokonuje czynności niezbędnych do przygotowania i przeprowadzenia postępowania, nie zaś inne osoby zaufania publicznego. Powyższe również potwierdził Zamawiający na rozprawie wskazując, iż kwota 32,5 mln podawana w mediach była kwotą pierwotnie przyjmowaną przed wszczęciem postępowania, jednak były to tylko wstępne założenia.

Art. 38

65. Sygn. akt: KIO 424/15, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2015 r.

Przywołane postanowienia SIWZ stały się ostateczne, gdyż przed upływem terminu składania ofert nie zostały z SIWZ wyeliminowane, aktualnie więc wiążą uczestników postępowania, jak i Zamawiającego dokonującego oceny ofert. Modyfikacja SIWZ możliwa jest zaś wyłącznie do upływu terminu składania ofert [art. 38 ust. 4 ustawy]. W tej sytuacji wykonawcy składając oferty zobowiązani byli się do nich zastosować, gdyż w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, oferta podlega badaniu pod względem zgodności właśnie z SIWZ. Jeśli Odwołujący uważał, że wymaganie jest niezgodne z prawem mógł – za pomocą dostępnych środków prawnych – podjąć starania zmierzające do wyeliminowania spornych postanowień. Wprawdzie z uwagi na wartość szacunkową postępowania w świetle art. 180 ust. 2 ustawy w tym wypadku nie przysługiwało prawo do wniesienia odwołania wobec tych postanowień, jednakże możliwe było skorzystanie z instytucji zawiadomienia zamawiającego o czynności niezgodnej z prawem uregulowanej w art. 181 ustawy, bądź wniosek do Zamawiającego o dobrowolną modyfikację SIWZ, co jednak nie miało miejsca. Na obecnym etapie kwestionowanie zasadności postanowień SIWZ, które stały się ostateczne jest niedopuszczalne jako spóźnione [art. 181 ust. 1 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy].

Art. 45 ust. 6 pkt 5**66. Sygn. akt: KIO 431/15, KIO 434/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.**

Ustawa Pzp w art. 45 ust. 6 pkt 5 dopuszcza wniesienie wadium w formie poręczenia udzielonego przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Dla oceny prawidłowości wniesienia wadium w formie poręczenia będą miały zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego (KC) zawarte w tytule XXXII (tj. przepisy od art. 876 do art. 887 KC). Zgodnie z art. 876 § 1 KC poręczenie stanowi umowę cywilnoprawną, w której poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał. Regulacja zawarta w § 2 tego przepisu określa formę zawarcia takiej umowy, wskazując, że oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie. Do zawarcia umowy poręczenia istotnym zatem jest, aby oświadczenie poręczyciela zostało złożone w formie pisemnej wierzycielowi (Zamawiającemu). Umowa poręczenia jest bowiem co do zasady umową jednostronnie zobowiązującą, dla której zawarcia wystarczającym jest złożenie oświadczenia woli przez poręczyciela wierzycielowi. Oświadczenie to pod rygorem nieważności powinno być jednak złożone w formie pisemnej. Zgodnie z art. 78 § 1 KC do zachowania formy pisemnej wystarczającym jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Dla ustalenia chwili złożenia oświadczenia woli przez poręczyciela wierzycielowi istotnym jest dyspozycja art. 61 § 1 KC, zgodnie z którym to przepisem oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Biorąc pod uwagę wskazane przepisy KC umowa poręczenia będzie skutecznie zawarta jeśli oświadczenie woli poręczyciela w tym przedmiocie zostanie w formie pisemnej przekazane wierzycielowi (Zamawiającemu). Oświadczenie dłużnika (Przystępującego X) nie jest w tym przypadku wymagane; nie jest też wymagane złożenie oświadczenia woli przez wierzyciela (Zamawiającego).

W stanie faktycznym niniejszej sprawy w ocenie Izby do upływu terminu składania ofert (do czasu, w którym wadium zabezpieczające ofertę wykonawcy powinno się znaleźć u Zamawiającego) nie doszło do złożenia przez poręczyciela takiego pisemnego oświadczenia woli. Przekazanie wraz z ofertą Przystępującego X oświadczenia poręczyciela w formie kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (Przystępującego X) nie spełnia wymogów formy pisemnej takiego oświadczenia woli, zastrzeżonej przez obowiązujące przepisy prawa pod rygorem nieważności. Tym samym zatem należy uznać, że w tym przypadku nie doszło do zawarcia umowy poręczenia, w której Przystępujący X miał wnieść wadium w niniejszym postępowaniu. W tym zakresie późniejsze oświadczenie poręczyciela – złożone w trakcie rozprawy przed Izbą oświadczenie poręczyciela z dnia 11 marca 2015 r., potwierdzające poręczenie zapłaty wadium na rzecz Zamawiającego przez wskazanego poręczyciela, nie może konwalidować wadium złożonego do upływu terminu składania ofert wadliwie. Tym samym zatem – w ocenie Izby – brak złożenia przez Przystępującego X wadium co do ocenianej przez Izbę części I i II zamówienia powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania, czego Zamawiający niesłusznie zaniechał.

Jednocześnie też – w ocenie Izby – postanowienia zawarte w § 4 oświadczenia poręczyciela nie mają charakteru warunkowych, na co wskazywał Odwołujący Y. Są to jedynie wymogi techniczne związane z rozpoczęciem i przeprowadzeniem procedury wypłaty zabezpieczenia wadialnego, które w żaden sposób nie czynią dokumentu wadialnego warunkowym. Niemniej jednak rozważania te pozostają bez znaczenia wobec uznania przez Izbę, że dokumenty oświadczenia poręczyciela nie spełniają wymogów skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że nie doszło w tym przypadku w ogóle do zawarcia umowy poręczenia.

Art. 46 ust. 1**67. Sygn. akt: KIO 267/15, Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2015 r.**

Za zasługujący na uwzględnienie Izba uznała zarzut bezzasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na nie zabezpieczenie oferty wadium. W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, iż pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w dniu 16 grudnia 2014 r., kiedy to jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Konsorcjum X, wadium wniesione przez odwołującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej było ważne do dnia 13 stycznia 2015 r., zaś odwołujący w dniu 21 stycznia 2015 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 28 lutego 2015 r. Uzasadniając wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wskazał na okoliczność, iż odwołujący nie wypełnił przesłanki z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp o konieczności przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium.

Stanowisko zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach ustawy Pzp. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest zwrócić wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający ma prawo żądać ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza (art. 46 ust. 3 ustawy Pzp). Wskazywana przez zamawiającego zasada przedłużania terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium nie znajduje zastosowania w stosunku do odwołującego, bowiem nie dotyczy ona sytuacji, gdy do przedłużenia terminu związania ofertą dochodzi po wyborze oferty najkorzystniejszej, na co wskazuje art. 85 ust. 4 zd. 2 ustawy Pzp. W takich okolicznościach obowiązek ten obciąża jedynie wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego, przesłankę wykluczenia wskazaną w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy interpretować w sposób, który uwzględni opisany powyżej wyjątek. Tym samym, potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 1 w zw. z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp.

Art. 59 ust. 2**68. Sygn. akt: KIO 176/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.**

Przechodząc do zarzucanego Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 59 ust. 1 Pzp przez zmianę postanowień SIWZ w zakresie wykraczającym poza przedmiot negocjacji Izba stwierdziła, że zarzut był chybiony. Omówiony wcześniej materiał dowodowy wskazywał na okoliczność, że – po pierwsze – Zamawiający dopuszczał poddanie zagadnienia systemów operacyjnych stacji roboczych negocjacjom z wykonawcami, po drugie – kwestia ta faktycznie była przedmiotem negocjacji pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą X i po trzecie – dokonana w tym zakresie zmiana treści SIWZ była jej następstwem. Co więcej, w ocenie Izby, wspomniana powyżej regulacja odnosząca się do trybu udzielenia zamówienia publicznego jakim są negocjacje z ogłoszeniem nie wyłącza możliwości skorzystania, w uzasadnionych przypadkach, z dobrodziejstwa art. 38 ust. 4 Pzp, wobec czego Izba nie uwzględniła podniesionych z ostrożności procesowej twierdzeń Odwołującego dotyczących dopuszczalnego momentu wprowadzania zmian w treści SIWZ.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 59 ust. 2 Pzp Izba stwierdziła, że Odwołujący – wbrew ciężącemu na nim obowiązkowi dowodzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne (por. przepis art. 190 ust. 1 Pzp) – nie przedstawił żadnego dowodu pozwalającego stwierdzić, że zaskarżona zmiana treści SIWZ prowadziła do istotnej zmiany przedmiotu za-

mówienia. W niniejszym postępowaniu odwoławczym zaistniała sytuacja wręcz odwrotna – to Zamawiający przedstawił dowód mający świadczyć o nieistotności tej zmiany.

Niezależnie od powyższego zauważyć wypada, że przepisy Pzp nie zawierają legalnej definicji „istotnej zmiany przedmiotu zamówienia”. W świetle art. 58 ust. 2 Pzp nie może ulegać wątpliwości, że ustawodawca dopuścił w toku udzielania zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem dokonywanie zmian w zakresie przedmiotu zamówienia. Mogą one wynikać z jego doprecyzowania lub uzupełnienia w wyniku negocjacji z wykonawcami dopuszczonymi do udziału w procedurze. Z powyższego wyłączone zostało dokonywanie zmian istotnych, przy czym – w odniesieniu do przepisu art. 59 ust. 2 Pzp – nie zdecydowano się na zamieszczenie przykładowych wytycznych pozwalających na ustalenie zakresu pojęcia istotności, jak to ma chociażby miejsce w przypadku art. 12a ust. 2 *in principio* Pzp, stanowiącym o tym jakie zmiany ogłoszenia o zamówieniu uznać należy za istotne. Nadmienić należy, że słowo „istotny” znaczy tyle, co „podstawowy”, „zasadniczy”, czy „znaczący” (internetowy słownik języka polskiego dostępny na stronie internetowej www.sjp.pl). W konsekwencji istotna zmiana przedmiotu zamówienia, o której mowa w art. 59 ust. 2 Pzp, to taka, w następstwie której dochodzi do znaczącej zmiany świadczenia, do którego realizacji zobowiązany będzie wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Wspomniana zmiana dotykać może zarówno cech przedmiotu zamówienia, jak i sposobu jego wykonania.

Art. 80 ust. 2

69. Sygn. akt: KIO 140/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty między innymi o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie wskazać należy na art. 80 ust. 2, mający zastosowanie do aukcji elektronicznej na podstawie art. 91c ust. 5 ustawy Pzp. Stosownie do art. 80 ust. 2 ustawy Pzp bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. W postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej w odróżnieniu od trybu licytacji elektronicznej, którego dotyczy art. 80 ust. 2 ustawy Pzp, zakończenie aukcji elektronicznej nie stanowi jeszcze o formalnym wyborze oferty najkorzystniejszej. Art. 80 ust. 2 ustawy Pzp stosuje się w tym przypadku odpowiednio, co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wysłania do wykonawców niezwłocznie informacji o wynikach aukcji, zaś informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej powinna być w tym przypadku skierowana do wykonawców odrębnie, w trybie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. Pomiędzy momentem zakończenia aukcji a formalnym dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej mamy w tym przypadku jeszcze do czynienia z formalną czynnością badania i oceny ofert. Niezależnie od powyższego okolicznością bezsporną pomiędzy stronami jest fakt, iż aukcja elektroniczna została zakończona w dniu 12 grudnia 2014 roku, zatem od tej daty należało liczyć termin na zaniechanie zamawiającego powiadomienia wykonawców o wyborze oferty. Podniesienie zarzutu w odwołaniu wniesionym w dniu 23 stycznia 2015 roku należy uznać za spóźnione.

Art. 85 ust. 2

70. Sygn. akt: KIO 140/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na

3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Odwołujący wywodził, iż dyspozycja art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek podjęcia działań mających na celu przedłużenie przez wykonawców terminu związania ofertą. Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. Analiza wskazanego artykułu pozwala na wniosek, iż wezwanie do przedłużenia terminu związania ofertą, jest uprawnieniem, nie zaś obowiązkiem zamawiającego. Ustawodawca w treści przepisu posłużył się sformulowaniem „zamawiający może”, co w ocenie Izby nie pozostawia wątpliwości co do tego, że zamawiającemu pozostawiony jest wybór w zakresie tego, czy ma podjąć inicjatywę w kwestii doprowadzenia do przedłużenia terminu związania ofertą przez wykonawców. Konsekwencją takiego rozumowania jest z kolei stwierdzenie, że nieskorzystanie przez zamawiającego z możliwości, do której nie jest on zobowiązany, nie może być przedmiotem skutecznego zarzutu.

71. Sygn. akt: KIO 456/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.

Przepisy odnoszące się do składania oświadczeń o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie dopuszczają, aby oświadczenia te składane były pod jakimkolwiek warunkiem, czy z zastrzeżeniem. Złożone przez Odwołującego oświadczenie, w ocenie składu orzekającego Izby, miało charakter warunkowy. Odwołujący uzależnił bowiem wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, jeżeli Zamawiający zgodzi się na przedłużenie terminu wykonania zamówienia o ilość dni, która upłynęła od pierwotnego terminu związania ofertą do ostatecznego wyboru oferty. Oświadczenie to nie było zatem jednoznaczne i bezwarunkowe. Odwołujący chciał wyrazić zgodę w określonych warunkach, tylko w przypadku pozytywnej reakcji Zamawiającego na wydłużenie terminu realizacji zamówienia. Prawdopodobnie więc Zamawiający uznał, że Odwołujący przez sposób sformułowania własnego oświadczenia woli *de facto* nie złożył oświadczenia, w którym zgodziłby się na przedłużenie terminu związania swoją ofertą.

Art. 87 ust. 1

72. Sygn. akt: KIO 2776/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.

Prosząc o wyjaśnienia zamawiający pokazuje wykonawcy, które kwestie związane z ofertą lub innymi dołączonymi do niej dokumentami budzą jego wątpliwości. Sama procedura wzywania do wyjaśnień i ich udzielania nie jest tak sformalizowana, jak wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Wyjaśnienia mają na celu rozwianie owych wątpliwości zamawiającego, a w jaki sposób zrobi to wykonawca, w dużej mierze zależy od jego wyboru. Im bardziej przekonujące są wyjaśnienia, tym lepiej i dla tego wykonawcy, i dla zamawiającego. Nie ma zakazu, by wyjaśnienia były rozszerzone, czy poparte dodatkowymi dokumentami czy dowodami na to, że fakty wskazane przez wykonawcę są zgodne ze stanem faktycznym. Jest to bardzo częsta praktyka wykonawców, która nie jest uznawana za niedopuszczalną.

73. Sygn. akt: KIO 184/15, Wyrok KIO z dnia 10 lutego 2015 r.

Załączone na rozprawie przez Odwołującego wyciągi z kart katalogowych z opisami tam zawartymi, a także złożone na rozprawie produkty producenta A CCCW25 i producenta B AB0040 wskazują na to, że wymiary tych produktów i ich zawartość (brak aloesu), a także ich inne braki (myjka nie posiada warstwy termoizolacyjnej) nie odpowiadają powyższym parametrom treści SIWZ. Zamawiający wprawdzie nie żądał w SIWZ załączenia kart katalogowych do oferty, jednak taka sytuacja nakłada na niego obowiązek posiadania wiedzy o dostarczanej produkcie, której jak sam przyznał nie posiadał. Jeżeli Zamawiający

w SIWZ nie zadbał w sposób dostateczny o własny interes, to w takim wypadku powinien szczególnie starannie zbadać zaofferowany przedmiot zamówienia, a przede wszystkim wyjaśnić z X Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czy ten zaofferował przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami w spornym zakresie.

W ocenie Izby niedopuszczalne jest zachowanie, gdy Zamawiający powziął prawdopodobną wiadomość o możliwości wystąpienia sytuacji podania przez wykonawcę oświadczenia woli nieodpowiadającego stanowi rzeczywistości, o treści kolidującej z treścią SIWZ, gdzie Zamawiający nie zmierzał do wyjaśnienia tego stanu rzeczy. Nie jest również dla Izby przekonująca argumentacja Zamawiającego, że przedmiot zamówienia będzie badany na etapie jego odbioru, biorąc pod uwagę prawdopodobieństwo wystąpienia kolizji treści oferty z treścią SIWZ, a także zważywszy na obecny brak wiedzy Zamawiającego o spornych produktach. Ostatecznie za bezpodstawne należy uznać twierdzenie Zamawiającego, że oferta zaproponowana przez X jest tylko ofertą przykładową, ponieważ oferta złożona w przetargu nieograniczonym nie jest negocjowana i nie podlega zmianom.

74. Sygn. akt: KIO 147/15, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2015 r.

Izba wskazuje, że w art. 87 ustawy ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo i nałożył na Zamawiającego obowiązek. 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 bezwzględnym obowiązku wzywania 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 uprawnień 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 wezwał do złożenia wyjaśnień, niemniej na innej podstawie prawnej i w odpowiedzi otrzymał wyjaśnienia. Należy zaznaczyć, że w zakresie uprawnienia Zamawiającego nie mieści się dokonanie jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2. Istotnym i znamionym jest również fakt, iż wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta.

75. Sygn. akt: KIO 353/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.

Należy zaznaczyć, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany oświadczenia, oferty. Koncepcja realizacji zamówienia to dokument, który jest wytworem Odwołującego, ma bardzo indywidualny charakter i nie sposób dokonywać wyjaśnień poszczególnych postanowień tej koncepcji, bowiem każde z nich w efekcie może prowadzić do zmiany koncepcji realizacji zamówienia. Słusznie zauważył Zamawiający, że koncepcja podlegała ocenie w poszcze-

gólnych podkryteriach zgodnie z informacjami zawartymi w jej treści i w zależności jakie zawiera informacje takie zostały ocenione przez poszczególnych członków komisji dokonujących oceny ofert.

76. Sygn. akt: KIO 421/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.

Wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w tym przedmiocie w istocie prowadziłyby do uzupełnienia treści oferty i sanowania określonego braku oferty co jest niedopuszczalne w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że rolą wykonawcy jest potwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ za pomocą instrumentów wskazanych przez Zamawiającego już na etapie jej składania, a nie oczekiwanie dopuszczenia jej uzupełnienia po terminie składania ofert.

77. Sygn. akt: KIO 456/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.

Zamawiający skorzystał z przysługujących mu ustawowych uprawnień. Prośba o potwierdzenie przez wykonawców, że nadal chcą oni realizować umowę na warunkach zadeklarowanych przez nich w ofertach, nie była związana z możliwością wprowadzania jakichkolwiek zmian w przyszłej umowie. Tym bardziej należałoby takie zachowanie uznać za niedopuszczalne, ponieważ Zamawiający w SIWZ nie przewidział możliwości zmian w umowie co do terminu realizacji zamówienia. Zamawiający zgadzając się na taką zmianę naruszyłby art. 144 Pzp.

Co do argumentacji Odwołującego o niemożliwości świadczenia, to skład orzekający Izby, w pełni podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w piśmie procesowym przez Przystępującego. W przedmiotowym postępowaniu nie może być mowy o niemożliwości świadczenia w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, w szczególności art. 387 KC. Ze świadczeniem niemożliwym do spełnienia mamy do czynienia w przypadku, kiedy świadczenia obiektywnie nie może spełnić żaden wykonawca, a niemożliwość realizacji świadczenia ma charakter pierwotny. W danym postępowaniu można jedynie mówić do niemożliwości dotrzymania warunków wykonania świadczenia, które samodzielnie określił dany podmiot ubiegający się o uzyskanie zamówienia. Jest to zatem niemożliwość o charakterze subiektywnym i wtórnym do zadeklarowanego w ofercie.

Dostrzeżenia wymaga, że złożenie oświadczenia w takiej formie stanowiło niedopuszczalną zmianę treści oferty złożonej przez Odwołującego. Zmiany takie, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, są niedopuszczalne. Odwołujący zmierzał do negocjowania z Zamawiającym warunków, na których chciałby zrealizować zamówienie, w tym przede wszystkim odnoszących się do terminu wykonania zamówienia. Tymczasem art. 87 ustawy Pzp nie zezwala na złożenie wyjaśnień, które w swej treści doprowadziłyby do zmiany pierwotnej treści oferty, w tym przypadku do zmiany zadeklarowanego terminu realizacji zamówienia, który dodatkowo w przedmiotowym postępowaniu stanowił kryterium oceny ofert. Odwołujący zaś był jedynym wykonawcą, który zdecydował się na skrócenie terminu realizacji, co niewątpliwie miało wpływ na pozycję oferty w rankingu. Zgoda Zamawiającego na wydłużenie terminu wykonania zamówienia doprowadziłaby do zmiany treści oferty i do wyboru oferty, w której zmianie uległy pierwotnie określone warunki wykonania zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy przy wezwaniu do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest stanowcze i jednoznaczne oświadczenie, że wykonawca jest nadal związany treścią swojej oferty, a zakres świadczenia wykonawcy wynikający z oferty będzie tożsamy z zakresem określonym w późniejszej umowie. Trybunał Sprawiedliwości w dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym możliwości wyjaśniania oferty zwrócił uwagę, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacji między instytucją zamawiającą a wykonawcą, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani przez Zamawiającego, ani przez wykonawcę (tak wyrok SAG ELV Slovensko, C-599/10, EU:C:2012:191 pkt 36-37; także wyrok Manova C-336/12, EU:C:2013:647 pkt 32).

Art. 87 ust. 2 pkt 1**78. Sygn. akt: KIO 289/15, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 r.**

Izba stwierdziła też, że nie jest możliwe poprawienie zaistniałego w tekście dokumentu błędu jako oczywistej omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezależnie bowiem od stwierdzenia, czy jest to omyłka oczywista, niedopuszczalne byłoby poprawienie treści dokumentu pochodzącego od innego podmiotu. Podobnie zresztą jak zamawiający nie mógłby poprawić pomyłek w tekście zaświadczenia z urzędu skarbowego czy certyfikatu.

Art. 87 ust. 2 pkt 2**79. Sygn. akt: KIO 153/15, KIO 154/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.**

Na marginesie jedynie wskazać należy, że nawet w sytuacji, gdyby stawka 8% była prawidłowa, możliwość poprawienia wartości brutto w ofercie Odwołujących, w świetle art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, wydaje się dalece wątpliwa. Wskazany przepis pozwala jedynie na poprawienie omyłek, które mają charakter oczywisty, wynikający z błędnego przeprowadzenia działania matematycznego. W niniejszej sprawie trudno byłoby, na podstawie danych zawartych w formularzu ofertowym, stwierdzić, które z danych obarczone są błędem (stawka, przez którą przemnożono wartość netto czy też wynik tego przemnożenia), co stawiałoby pod znakiem zapytania oczywistość owej omyłki i narażałoby na dopuszczenie manipulowania przez wykonawców ceną oferty. Kwestia ta jednak, wobec ustalenia, że Odwołujący przyjęli w ofercie niewłaściwą stawkę podatku VAT, pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy.

80. Sygn. akt: KIO 431/15, KIO 434/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał w trybie – jak wskazał sam Zamawiający – art. 87 ust. 3 ustawy Pzp, poprawienia oferty Przystępującego X w części I, II III i V zamówienia, wskazując jednocześnie, że dokonał poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych. O powyższym Zamawiający poinformował tego wykonawcę w piśmie z dnia 17 lutego 2015 r. Poprawienie oferty Przystępującego X polegało na właściwym przeliczeniu – według poprawnego działania matematycznego – poszczególnych pozycji zawartych w formularzu nr 5a do SIWZ. Poprawienie to sprowadzało się do przemnożenia poszczególnych danych zawartych w trzech kolumnach, tj. wartości liczby elementów, częstotliwości prac w okresie 1 roku i jednostkowego kosztu czynności obsługiwanej w zł netto (kolumna $A \times B \times C$) co dawało właściwy wynik w kolumnie określonej jako: „Koszt całkowity”. Wartości w tej kolumnie w ofercie Przystępującego X były nieprawidłowe. Zamawiający poprawił też jako konsekwencję dokonanych poprawek rachunkowych właściwego zsumowania poszczególnych pozycji jednostkowych cen oraz łącznej ceny ofertowej. Identyczną procedurę Zamawiający przeprowadził wobec oferty Odwołującego Y (pismo z dnia 20 lutego 2015 r. co do części I zamówienia) i Odwołującego Z (pismo z dnia 17 lutego 2015 r. dotyczące części I zamówienia)

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, zachowanie Zamawiającego w odniesieniu do oferty Przystępującego X było prawidłowe. Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie wykonawcy oraz konsekwencji tych poprawek. Za takie omyłki niewątpliwie należy uznać nieprawidłowe działanie matematyczne polegające na nieprawidłowym przemnożeniu poszczególnych stałych wartości w ofercie wykonawcy, które to działanie matematyczne w ofercie wykonawcy dawało nieprawidłowy wynik. Nie można zgodzić się z Odwołującymi, że w tym przypadku doszło do zmiany oświadczenia woli wykonawcy. Były to wyłączenie nieprawidłowe przeliczenia dokonane przez wykonawcę, które w świetle dyspozycji wskazanego

przepisu, niezależnie od źródeł takiej omyłki, czy też ilości poprawek, należało poprawić. Nie ma też – zdaniem Izby – żadnego znaczenia z punktu widzenia oceny poprawności działania Zamawiającego, omyłkowe wskazanie przez Zamawiającego w piśmie informującym o dokonanych poprawkach, podstawy prawnej działania Zamawiającego. Zamawiający omyłkowo wskazał art. 87 ust. 3 ustawy Pzp, podczas gdy – jak wynikało to wprost z treści pisma – dokonał on poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych, co wskazuje na dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

81. Sygn. akt: KIO 194/15, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2015 r.

Zdaniem Izby sytuacja niezastosowania się do treści s.i.w.z. w zakresie sprecyzowania treści oferty stwarza dużo większe zagrożenie naruszenia zasad z art. 7 ust. 1 Pzp oraz naruszenia zakazu z art. 87 ust. 1 Pzp niż stany faktyczne dotyczące wystąpienia niezgodności pomiędzy sprecyzowanym już przedmiotem oferty, a parametrami opisu przedmiotu zamówienia, gdyż takie niezgodności podlegają ocenie w płaszczyźnie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ilekroć wykonawcy zaniedbali konkretyzacji oferowanego przedmiotu oferty w zakresie wymaganym przez zamawiającego, a nie jest ona możliwa do otworzenia na podstawie innych dokumentów złożonych wraz z ofertą, taką ofertę należy uznać za niezgodną z s.i.w.z. w sposób definitywny.

82. Sygn. akt: KIO 319/15, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2. Obowiązek zamawiającego istnieje zatem w sytuacji, gdy łącznie zaszły dwie przesłanki – złożona oferta jest niezgodna z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, a popełnione uchybienia nie jest możliwe do poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Należy zwrócić przy tym uwagę, że dokonanie poprawy omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych niezgodności o charakterze nieistotnym na podstawie powołanego przepisu nie jest pozostawione uznaniu zamawiającego, lecz ma charakter obligatoryjny. Omawiane przepisy nie pozwalają zatem na dokonanie odrzucenia oferty wyłącznie z przyczyn błahych, o charakterze formalnym. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna wynikać z wymagań zamawiającego zapisanych w sposób jednoznaczny. Odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy uchybienia w niej popełnione są na tyle znaczące, że wywierają wpływ na wykonanie umowy i to wpływ tego rodzaju, iż wykonanie umowy zgodnie z opisanymi wymaganiami zamawiającego jest niemożliwe. Przeniesienie omawianych zasad na grunt okoliczności sprawy prowadzi do oceny, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem prawa.

Po pierwsze: postanowienia SIWZ nie nakazywały jednoznacznie wskazania w ofercie czasu dostawy wyłącznie w godzinach. Wprawdzie można by wnioskować o tym pośrednio z opisu kryteriów oceny ofert oraz wzoru umowy, jednak wymagania zamawiającego, których niespełnienie pociąga za sobą odrzucenie oferty, nie mogą podlegać ustaleniu na zasadzie domyślności.

Po drugie: Omyłka we wskazaniu jednostki czasu nie jest oczywistą omyłką pisarską, ani oczywistą omyłką o charakterze rachunkowym, lecz jest inną omyłką, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Sanacja uchybienia odwołującego nie rodzi specjalnych trudności. Zgodnie z powszechnym rozumieniem 1 dzień kalendarzowy to doba, czyli 24 godziny, zatem dwa dni wskazane przez odwołującego to 48 godzin. Usunięcie omyłki w ofercie odwołującego jest możliwe do dokonania bez udziału odwołującego.

83. Sygn. akt: KIO 369/15, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2015 r.

Błędy popełniane przez wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne nie są bowiem rzadkością. Przeciwnie, w postępowaniu rządzącym się sformalizowanymi regułami jakim jest postępowanie o zamówienie publiczne wszelkiego rodzaju błędy są relatywnie często spotykane. Dostrzegł to także ustawodawca ujmując w przepisy zawarte w art. 87 ust. 2 ustawy możliwość poprawienia błędów w ofercie a także wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Intencją ustawodawcy było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu art. 87 ust. 2 ustawy wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. (...) W konsekwencji, nie można przyjąć, że odstępstwo od sposobu wypełnienia formularza oferty, wskazującego na trzy możliwe opcje – okresy gwarancji, z których wykonawca miał dokonać wyboru jednej i zaznaczyć w sposób określony przez Zamawiającego, to jest przez skreślenie dwóch niewłaściwych okresów gwarancji, tak by pozostał ten, który wykonawca gotów jest zaoferować, winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, jeśli możliwe jest ustalenie zamiaru wykonawcy co do treści oferty.

W analizowanej sprawie Zamawiający odrzucił dwie oferty, w których okres gwarancji określono w sposób inny niż poprzez skreślenie nieodpowiadających wykonawcy opcji okresów gwarancji, choć był w stanie wyczytać z nich zaoferowany okres. Jednocześnie Zamawiający nie odrzucił tej oferty, w której wykonawca nie skreślił żadnej wartości, ale podkreślił tę właściwą oraz dodatkowo dopisał słownie „36 miesięcy” [oferta nr 10], co dowodzi, że to nie kwestia niezastosowania się do instrukcji wypełnienia formularza [obowiązku wykreślenia zbędnych informacji] była powodem odrzucenia ofert [choć literalnie z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, a także oferty nr 7 wynika, że właśnie to było powodem odrzucenia obu ofert]. Powodem odrzucenia tych ofert nie była więc niejasność ich treści i niepewność, który z możliwych trzech okresów gwarancji miał zostać zaoferowany skoro w przypadku oferty nr 7 [tej, w której wykonawca nie wykreślił żadnej możliwości, ale zakreślił „obwódka” tę wybraną] dokonany wybór okresu gwarancji przez wykonawcę nie budzi wątpliwości. Powyższe czyni ocenę Zamawiającego uznaniową i w istocie opartą na sferze formalnej – sprowadzającej się do niewykreślenia nieodpowiadających wykonawcy okresów oferowanej gwarancji. Do takiego wniosku prowadzi lektura uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Poddając następnie analizie treść oferty Odwołującego w spornym, wyznaczonym podniesionymi zarzutami oraz czynnością Zamawiającego zakresie, dostrzeżenia wymaga, że z treści formularza ofertowego Odwołującego wynika – wbrew stanowisku Zamawiającego – intencja wykonawcy. Oczywistym jest, że wykonawca mógł zaoferować jeden tylko okres gwarancji spośród trzech możliwych opcji wskazanych przez Zamawiającego, dokonując wyboru między 36, 48 i 60 miesięcy. Nie jest bowiem możliwym, z logicznego punktu widzenia, zastosowanie do roboty budowlanej będącej przedmiotem oferty jednocześnie dwóch różnych okresów gwarancji. Odwołujący spośród tych trzech opcji zaznaczył jedną, to jest tę, gdzie podano 60 miesięcy. Sposób tego zaznaczenia: skreślenie niewłaściwych z punktu widzenia oświadczenia wykonawcy okresów, zaznaczenie „kółeczkiem” albo w inny sposób tego właściwego okresu, czy podanie go samodzielnie jest bez znaczenia. Istotne jest, by z zawartego w treści oferty komunikatu Zamawiający był w stanie wyczytać intencję wykonawcy, niezależnie od formalnego aspektu, w jaki sposób to oświadczenie zostanie wyartykułowane. Zaznaczenie – tak jak uczynił to Odwołujący – krzyżykiem „x” jednej z komórek, w warunkach

gdy każdorazowo intencją wykonawcy zamierzającego złożyć podlegającą ocenie ofertę w tym postępowaniu musiało być zaoferowanie jednego z trzech możliwych okresów gwarancji nie może być odczytywane inaczej, niż zaoferowanie właśnie okresu gwarancji podanego w zaznaczonej komórce tabeli. W okolicznościach analizowanej sprawy, nie sposób tego traktować jako skreślenia jednej z opcji. Za taką oceną przemawia możliwość wyboru jednej tylko opcji spośród trzech; fakt, że mamy do czynienia nie z oczywistym skreśleniem [przekreśleniem komórki, czy zamieszczonego w niej tekstu], ale raczej postawieniem znaku „x” pod zapisem „60 miesięcy” aniżeli na nim [co można byłoby rozważyć przez pryzmat skreślenia]; zwyczajem i funkcjonowaniem w obrocie [przykładowo, w systemie wyborczym] możliwości zaznaczenia wybranej, właściwej opcji określonym znakiem [„x” czy „√”]. Powyższe przemawiało za tym, że w świetle okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie o zaoferowaniu przez Odwołującego okresu gwarancji, należało je odczytywać nie jako skreślenie opcji „gwarancja 60 miesięcy”, bez jednoznacznego wskazania oferowanego okresu gwarancji, ale jako zaznaczenie gwarancji 60 miesięcy. Powyższe – jeżeli pozostawiało po stronie Zamawiającego niedosyt informacyjny i jakiegokolwiek wątpliwości, mogło i powinno było być w toku postępowania o zamówienie publiczne przedmiotem wyjaśnienia tej kwestii na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Jednoznaczne stanowisko, wyartykułowane przez osoby reprezentujące wykonawcę, potwierdzające zawartość oferty pozwoliłoby Zamawiającemu na wyeliminowanie ewentualnego ryzyka uchylania się przez wykonawcę od treści złożonego oświadczenia. Aktualnie, wobec pewności co do tego oświadczenia oraz co do intencji wykonawcy w tej mierze, wynikających z treści i faktu złożenia odwołania i wyartykułowanych w nim oświadczeń, tego rodzaju wystąpienie do wykonawcy jest zbędne.

Podzielając zatem stanowisko Odwołującego co do braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z tego powodu, że wykonawca nie skreślił pozostałych dwóch, nie odpowiadających jego oświadczeniu okresów oferowanej gwarancji, orzeczono o nakazaniu Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Dalsze czynności zmierzające do ustalenia treści oferty w spornym zakresie [związanym z okresem oferowanej gwarancji], takie jak wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy albo jej poprawienie w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy są zbędne, skoro ustalone zostało, że okres oferowanej przez tego wykonawcę gwarancji wynosi 60 miesięcy.

84. Sygn. akt: KIO 420/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.

Odwołujący błędnie przy tym wywodzi konieczność uznania jego oferty za prawidłową z faktu, że jest w stanie wykonać pominięte pozycje przedmiaru w zaoferowanej cenie oferty. Pominięcie tych pozycji można jedynie rozpatrywać w kategorii omyłki, co czyni koniecznym rozważenie możliwości jej poprawienia na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, do którego wprost odsyła przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby w tym przypadku tryb ten nie znajdzie zastosowania, gdyż uzupełnienie braków oferty oznaczałoby *de facto* konieczność uzupełnienia po terminie składania ofert kosztorysu ofertowego o wycenę dwóch pominiętych pozycji. Zamawiający musiałby dokonać poprawienia oferty wyłącznie na podstawie informacji udzielonych odrębnie i po raz pierwszy przez Odwołującego. Stanowiłoby to niedopuszczalne z mocy przepisu art. 87 ust. 1 Pzp prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz zmianę jej treści po terminie składania ofert.

85. Sygn. akt: KIO 441/15, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.

Dopuszczona przez ustawodawcę ingerencja zamawiającego w treść oświadczenia woli wykonawcy nie może zatem polegać wcielaniu się zamawiającego w rolę wykonawcy, zastępowaniu go przy ustaleniu, co chce zaoferować w danym postępowaniu. Aby działanie zama-

wiąjącego prowadziło do przywrócenia zamierzonej treści zniekształconemu oświadczeniu wykonawcy treść oferty powinna dać zamawiającemu podstawy do dokonania poprawy. Tymczasem oferta X nie zawierała żadnych informacji pozwalających zamawiającemu na dokonanie poprawienia oferty.

W konsekwencji nie sposób uznać, że działanie zamawiającego polegało na usunięciu omyłek, które X popełnił w swojej ofercie. Zamawiający skreślił wskazane w ofercie X nazwy produktu i numeru katalogowego i wpisał w sposób arbitralny nazwy produktów i numerów katalogowych, spełniających wymagania SIWZ i przez siebie oczekiwanych. Całkowicie dowolne wpisanie przez zamawiającego produktu innego, niż faktycznie zaoferował wykonawca nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nawet jeśli wartość „poprawionych” pozycji jest nieznaczną, a zmiana dotyczy 5 z 220 pozycji. Zmiana zakresu oferowanego asortymentu w taki sposób, że będzie on obejmował całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie jest zawsze zmianą istotną.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

86. Sygn. akt: KIO 2670/14, Wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2015 r.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Oceniając ustalony w postępowaniu stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż zapisy SIWZ obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednoznacznie zdaniem składu orzekającego Izby potwierdzają, że Zamawiający tak skonstruował formularz ofertowy, że nie zawarł w żadnym miejscu wymagania, aby wykonawcy zobowiązaniu byli podać kwotę i stawkę należnego podatku VAT. Takich wymogów nie dopatrzono się również w rozdziale 12 SIWZ, przywoływanym zarówno przez Zamawiającego, jak też Odwołującego. Punkt 12. 1.4. stanowił, iż w ofercie należało podać całkowitą cenę oferty brutto obejmującą należny podatek VAT zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Natomiast do formularza ofertowego trzeba było wpisać cenę całkowitą oferty brutto z należnym podatkiem. Skoro więc Zamawiający nie wymagał wyodrębnienia ani kwoty, ani też stawki należnego podatku od towarów i usług, to na etapie badania i oceny ofert, Zamawiający nie mógł tych informacji wymagać od wykonawców, tylko z tego powodu, że jeden z uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdecydował się na podanie kwot i stawek podatku. Co więcej, nieuprawnione było odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, która tych informacji nie przedstawiała, skoro zawierać ich nie musiała. Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, było w ocenie składu orzekającego Izby nieuprawnione. Aby można było mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, musi istnieć możliwości przyporządkowania treści SIWZ (jej wymagań merytorycznych co do zawartości oferty), która winna znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu warstwa merytoryczna SIWZ nie zawierała żadnych wymagań, aby wykonawca musiał, przedstawiając cenę,

której żąda za realizację usługi, przedstawić w jaki sposób daną cenę uzyskał. Wykonawca zobowiązany był jedynie do złożenia oświadczenia, że należy podatek od towarów i usług w żądanej cenie uwzględnił. Nie był natomiast zobowiązany do pokazania i wymienienia w formularzu oferty kwoty, czy też stawek podatku, które na daną cenę się składały. Tym samym, Odwołujący złożył ofertę, która zarówno co do treści, jak też formy przedstawienia powyższej treści odpowiada zapisom i wymaganiom SIWZ.

Okoliczność, że wzór umowy zawiera wymagania odnośnie konieczności wpisania zarówno kwoty, jak też stawki podatki, nie mogła być powodem odrzucenia oferty Odwołującego. Jak słusznie zauważył na rozprawie Odwołujący, wykonawcy nie byli zobowiązani w momencie składania ofert, do wypełnienia druku wzoru umowy. Mieli zapoznać się z treścią tego wzoru i złożyć oświadczenie, że ta treść jest im znana i zgadzają się na zwanie umowy na ustanowionych warunkach. Takie oświadczenie znajduje się w treści oferty Odwołującego. Wykonawcy nie mogą natomiast odpowiadać i przede wszystkim nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji za przeoczenie Zamawiającego przy konstruowaniu treści SIWZ, że informacje o stawce i kwocie podatku mogą być mu potrzebne do wzoru umowy. Zamawiający na rozprawie twierdził, że jego intencją było, aby wykonawcy wspomniane informacje przedstawili w ofercie. Być może taka była intencja Zamawiającego przy tworzeniu SIWZ, ale w ostatecznym kształcie tego dokumentu, intencja ta w treści dokumentu nie została wyartykułowana, przynajmniej biorąc pod uwagę treść i konstrukcję formularza ofertowego. Tym niemniej powyższe, w ocenie Izby nie może wpłynąć na ważność samej umowy, która zostanie zawarta w postępowaniu. Gdyby Zamawiający dokonał wyboru oferty, która informacji o kwocie i stawce podatku nie posiada, to wypełni wzór umowy dostępnymi mu informacjami.

87. Sygn. akt: KIO 2700/14, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2015 r.

Nie było sporne, że do oferty należało załączyć „oświadczenia producenta oprogramowania, iż będzie on pełnił wsparcie techniczne dla oprogramowania do analizy kryminalnej (...)”. „Odwołujący do oferty załączył oświadczenia producenta oprogramowania, iż „X Sp. z o.o. jest uprawniona do pełnienia wsparcia technicznego dla oprogramowania do analizy kryminalnej (...), na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczących postępowania o zamówienie nr (...), ogłoszonego przez Y”.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego (i w konsekwencji, ponieważ odrzucił także drugą spośród dwóch ofert złożonych w postępowaniu, unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia) uznając, że jest niezgodna z SIWZ, ponieważ oczekiwał (jak wynika z jego wyjaśnień na rozprawie), że producent oprogramowania będzie pełnił wsparcie osobiście, a nie za pomocą wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu. Zamiarem Zamawiającego, było, jak podnosił, nie zakup usługi polegającej na pełnieniu wsparcia technicznego, ale nabycie pakietu wsparcia technicznego (dostawa). Zdaniem Zamawiającego, pakiet wsparcia technicznego może pochodzić wyłącznie od producenta oprogramowania, a wykonawca składający ofertę w postępowaniu może być jedynie pośrednikiem w jego nabyciu.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że oczekiwania Zamawiającego nie wynikały w sposób jasny i jednoznaczny z SIWZ (pomijając nawet kwestię, czy oczekiwanie rzeczywistego świadczenia przez wyłącznie jeden podmiot – producenta oprogramowania – jest możliwe do uzyskania w drodze przetargu nieograniczonego w sposób zgodny z przepisami Prawa zamówień publicznych). Trudno dopatrzeć się w żądaniu „oświadczenia producenta oprogramowania, iż będzie on pełnił wsparcie techniczne dla oprogramowania do analizy kryminalnej (...)” wyłączenie możliwości upoważnienia przez producenta podmiotu trzeciego do zrealizowania takiego świadczenia (rację miał również Odwołujący, że biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ, powyższy wymóg można było również rozumieć w ten sposób, że Zamawiając wymaga oświadczenia producenta, że to wykonawca będzie pełnił wsparcie techniczne). Trudno też z takiego oświadczenia wyinterpretować, że jeżeli wyko-

nawca będzie pełnił wsparcie techniczne, będzie to usługa, a jeżeli producent oprogramowania – będzie to dostawa. Sposób wykonywania świadczenia został uregulowany w projekcie umowy załączonym do SIWZ, i nie można się dopatrzeć w oświadczeniu producenta załączonym do oferty wykonawcy elementów stojących w sprzeczności z postanowieniami przyszłej umowy – z oświadczenia można jedynie wywieść, że producent oprogramowania nie zamierza pełnić wsparcia technicznego osobiście, ale upoważnia do tego Odwołującego. Zatem w ocenie Izby nie można uznać, że ze względu na treść oświadczenia producenta oprogramowania treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W konsekwencji Izba stwierdziła, że konieczne jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia unieważnienia postępowania i powtórzenie badania i oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności, że w ofercie Odwołującego brak podstawy wynikającej z oświadczenia producenta (doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych), wskazującej na niezgodność tej oferty z treścią SIWZ, dlatego orzeczono jak w sentencji.

88. Sygn. akt: KIO 103/15, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2015 r.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo 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; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie (nawet przy jego materialnej zgodności z wymaganiami zamawiającego). Elementem sporządzonej i przedstawianej przez wykonawcę oferty są w tym kontekście również tzw. dokumenty przedmiotowe potwierdzające zgodność oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Konsekwentnie ich nieprzedstawienie albo przedstawienie dokumentów nieprawidłowych spowoduje niezgodność treści oferty z SIWZ. Częścią oferty w powyższym rozumieniu nie są natomiast tzw. dokumenty podmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1, a potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Dokumenty tego typu odnoszą się do podmiotowych cech wykonawcy, badanych na potrzeby jego dopuszczenia do ubiegania się o udzielenie zamówienia i możliwości przyjęcia jego oferty. Dokumenty te nie są więc częścią oświadczenia woli wykonawcy zmierzającym do zaciągnięcia zobowiązania w określonym kształcie i zakresie (oferty) – przeważnie nie są elementem oświadczenia to opisującym czy dookreślającym (przypadki szczególne i wyjątki zależą od brzmienia dokumentów przetargowych, które np. mogą nakładać na wykonawcę zobowiązanie do wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia określonego potencjału podmiotowego, który wykazywał w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Brak dokumentów wskazanych w pkt 3.2.1 c SIWZ potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu ewidentnie nie może więc być zakwalifikowany jako niezgodność treści oferty z SIWZ – okoliczności faktyczne podane jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nie mieszczą się w zakresie normowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Należy w tym zakresie w pełni podzielić stanowisko Odwołującego. Zamawiający powoływał i wskazywał na braki w wykazaniu spełniania podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, a nie niezgodność oświadczenia woli wykonawcy, jakim jest oferta, z treścią SIWZ. Tym samym, Zamawiający mógłby ewentualnie wyeliminować wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez jego wykluczenie, a nie odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednakże w takim wypadku – i tu również należy przyznać pełną rację Odwołującemu – wykluczenie wykonawcy mogłoby dokonać się dopiero po obligatoryjnym przeprowadzeniu procedury uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp.

89. Sygn. akt: KIO 158/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.

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. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji, jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego.

90. Sygn. akt: KIO 175/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.

W pierwszeństwie Izba podkreśla, że kosztorys ofertowy, niezależnie od tego, czy jest on sporządzany w formie uproszczonej, czy też szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Trzeba mieć bowiem na względzie, że skoro przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, to – zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 Pzp – opisuje się je za pomocą dokumentacji projektowej i STWiORB. Szczegółowe wyliczenie elementów składowych dokumentacji projektowej zawarte zostało w § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.2013.1129 j.t.), wydanego na podstawie art. 31 ust. 4 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem rozporządzenia w jej skład wchodzi m.in. projekt budowlany w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych oraz przedmiar robót, który *de facto* stanowi podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego. Trzeba mieć przy tym na względzie, że przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB i pełniącym odmienną rolę niż wspomniane dokumenty. Na podstawie § 6 ww. aktu wykonawczego należy przyjąć, że istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu niezbędnych do wykonania prac (ze wskazaniem jednostek przedmiarowych), co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności, a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. *Ergo*, przedmiar robót, a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie mają jedynie pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, bowiem ich głównym celem jest skalkulowanie ceny oferty, nie zaś zobrazowanie jej zakresu.

W świetle poczynionych uwag nie sposób zgodzić się, w ocenie Izby, z argumentacją, że jeżeli wykonawca pominie w złożonym kosztorysie ofertowym, nawet wbrew wyraźnemu oczekiwaniu zamawiającego, określoną pozycję kosztorysową konieczne jest niejako automatyczne

odrzućcenie złożonej przez niego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Nie przekreśla to jednak, zdaniem Izby, zobowiązania wykonawcy do wykonania robót budowlanych zgodnie z projektem, czy zasadami wiedzy technicznej, co wynika z istoty umowy o roboty budowlane (por. przepis art. 647 K.c.), ani takiemu zobowiązaniu nie przeczy. W kontekście kwestionowanej przez Odwołującego możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego należy natomiast zwrócić uwagę na przepis art. 649 K.c., zgodnie z którym w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Ustawodawca nie przesądził co ma być źródłem owych wątpliwości, należy zatem dopuścić sytuację, że ich mogą one wynikać z kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do umowy (pozbawionego *ad casum* istotnego znaczenia także z tego względu, że podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, zgodnie z postanowieniami SIWZ, stanowią będą kosztorysy powykonawcze). W takiej sytuacji trzeba jednak przyjąć, że obowiązkiem wykonawcy jest realizacja umowy na podstawie dokumentacji projektowej, nie zaś kosztorysu sporządzonego w oparciu o jej fragment, bowiem – jak wskazano – to dokumentacja projektowa opisuje przedmiot zamówienia, a kosztorys co najwyżej opisuje wynagrodzenie za jego wykonanie, bądź podstawy ustalenia tego wynagrodzenia. Nie może on zatem zastępować dokumentacji projektowej i być traktowany na równi z nią.

Z opisaną powyżej sytuacją Zamawiający zetknął się w przedmiotowej sprawie. Mając na względzie postanowienia SIWZ (w szczególności pkt 13.4.4) zasadnie wezwał Konsorcjum X do wyjaśnienia treści oferty w zakresie pominiętej w kosztorysie pozycji przedmiaru i prawidłowo ocenił złożone przez Przystępującego wyjaśnienia stwierdzając, że złożona przez niego oferta koresponduje z treścią SIWZ. Nie sposób przy tym podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający w istocie przeprowadził z Przystępującym niedozwolone negocjacje w zakresie treści jego oferty, skutkujące niedopuszczalnym jej uzupełnieniem o element niezbędny do realizacji zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący wskazał jedynie w której części kosztorysu ujął brakującą pozycję przedmiaru, co nie nosi znamion negocjowania treści oferty, rozumianego jako ustalanie warunków, na jakich została ona złożona. Chybione było również zarzucanie Zamawiającemu poprawienia w następstwie wyjaśnień Przystępującego omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ na taki wniosek nie pozwala dokumentacja postępowania, chociażby z uwagi na fakt, że brakuje w niej wymaganego tym przepisem zawiadomienia Konsorcjum X o dokonaniu takiej czynności (*vide* art. 87 ust. 2 pkt 3 *in fine* Pzp). Okoliczności sprawy wskazują natomiast, że Zamawiający – po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Konsorcjum X – uznał jego ofertę za zgodną z SIWZ i Izba taką ocenę podziela.

91. Sygn. akt: KIO 192/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.

Zdaniem Izby, nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że przedłożenie wraz z ofertą kosztorysu miało znaczenie jedynie pomocnicze, a kosztorys nie kształtował treści oferty z uwagi na fakt, że Zamawiający ustalił wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, niezależnie od rzeczywiście wykonanego zakresu i kosztów robót. Rozliczenia stron w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie opierają się na faktycznie wykonanych robotach i ich cenach jednostkowych. Należy jednak zauważyć, że wynagrodzenie określone w przedmiotowym postępowaniu nie posiada wskazanych wyżej cech ryczałtu, lecz jest typowym wynagrodzeniem kosztorysowym, przez które – zgodnie z art. 629 Kodeksu cywilnego – należy rozumieć wynagrodzenie ustalone na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów.

W ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy. Świadczą o tym wprost postanowienia SIWZ, w szczególności wzoru umowy, w którym w § 3 ust. 3 stwierdza się, że Ostateczne rozliczenie za

wykonane roboty nastąpi w oparciu o wyceniony przedmiar robót uwzględniający faktycznie wykonaną ilość jednostek obmiarowych oraz fakturę końcową wystawioną na podstawie protokołu odbioru końcowego robót budowlanych. Z powyższego wynika, że wysokość wynagrodzenia uzależniona będzie od faktycznie wykonanego zakresu robót, co jest sprzeczne z istotą ryczaftu. W żaden sposób nie zmienia tego fakt, że w umowie zostanie określone maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, które nie może zostać przekroczone, Zamawiający bowiem, jako jednostka sektora finansów publicznych ma obowiązek określenia wysokości zaciąganego zobowiązania, w granicach określonych w planie finansowym (art. 261 ustawy z dnia 27 sierpnia 2010 r. o finansach publicznych, t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.). Mimo określenia górnej granicy zobowiązania, jakie zaciągnie Zamawiający zawierając umowę na wykonanie przedmiotu zamówienia, wynagrodzenie za jego wykonanie nie zostało określone z góry, lecz będzie wynagrodzeniem zmiennym, zależnym od robót faktycznie wykonanych.

92. Sygn. akt: KIO 282/15, KIO 295/15, Wyrok KIO z dnia 27 lutego 2015 r.

Dalej wskazać należy, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać lub zakładać na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy wówczas, gdy wymagane jest w treści siwz potwierdzenie szczegółowych wymagań technicznych. Skoro Zamawiający w sposób jasny i precyzyjny określił procedurę weryfikacji istotnych aspektów oferowanego przez wykonawców urządzenia, to wykonawcy byli zobowiązani się do niej zastosować i ponieść wszelkie konsekwencji związane z jej nieprzebraniem. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego domniemywanie zgodności oferowanego produktu z ogólnym oświadczeniem zawartego w treści formularza oferty skoro określił on w jaki sposób wykonawcy ową zgodność winni mu wykazać. To obowiązkiem wykonawcy jest dochowanie należytej staranności i postępowanie zgodnie z procedurą określoną przez Zamawiającego. W ocenie Izby, jeżeli parametry oferowanego sprzętu (urządzeń) nie zostały w ogóle przedstawione w ofercie (brak szczegółowego oświadczenia wykonawcy lub dokumentacji/specyfikacji technicznej), to nie można uznać, że oferta spełnia wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W takim przypadku ogólne oświadczenie wykonawcy o zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami specyfikacji, nie prowadzi do sanowania braków w zakresie wymaganych dokumentów przedmiotowych potwierdzających, że oferowane urządzenia jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Złożenie dokumentów/specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia bądź dodatkowego oświadczenia o spełnieniu danego wymagania nie było celem samym w sobie lecz środkiem zmierzającym do potwierdzenia, że oferowane urządzenia posiadają stosowne parametry, techniczne wymagane przez Zamawiającego.

Ponadto, gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego II za zasadne, bezprzedmiotowym byłoby wymaganie przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych dokumentów czy oświadczeń w treści SIWZ. Skoro bowiem ogólne oświadczenie złożone w formularzu oferty, jak twierdzi Odwołujący, potwierdza, iż wykonawca oferuje produkt zgodny ze SIWZ, to wszelkie dodatkowe oświadczenia należałoby uznać za zbędne. Stałoby to w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, które, jak zostało wskazane powyżej, uprawniają zamawiających do żądania dokumentów przedmiotowych na potwierdzenie, że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone w SIWZ.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego II, iż Zamawiający wymagał dwóch identycznych oświadczeń, a ponieważ Odwołujący II złożył tylko jedno oświadczenie, to oferta jego została odrzucona. Wskazać bowiem należy, że treści oświadczenia co do potwierdzenia danego wymogu technicznego oferowanego urządzenia nie została określona przez Zamawiającego w treści SIWZ. To wykonawcy winni byli ją określić, składając ofertę poprzez wskazanie w treści oświadczenia konkretnych parametrów, które nie znajdują potwierdzenia

w złożonej dokumentacji technicznej. Treść oświadczenia była niejako determinowana zakresem składanej dokumentacji technicznej. Po drugie, prawem Zamawiającego jest żądanie oświadczeń, które w jego ocenie są konieczne do weryfikacji parametrów technicznych oferowanych urządzeń. Zamawiający dał temu wyraz w treści SIWZ, zapisy której nie były kwestionowane przez Odwołującego II oraz nie były przedmiotem zapytań o wyjaśnienia. Należy więc uznać, że Odwołujący II zaakceptował treść SIWZ, zapisy SIWZ, w tym zakres żądanych dokumentów był dla niego jasny i zrozumiały. Kwestionowanie na obecnym etapie postępowania wymagań zawartych w SIWZ jest działaniem spóźnionym.

93. Sygn. akt: KIO 302/15, KIO 303/15, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2015 r.

Odnosnie zasilaczy UPS do punktów dystrybucyjnych poza sporem jest, że wykaz przedłożony wraz z ofertą nie uwzględniał rzeczonych zasilaczy. Należy zwrócić uwagę, że przedmiotowy wykaz został przez Odwołującego zatytułowany „Zestawienie parametrów technicznych oferowanych urządzeń”, co przeczy stanowisku Odwołującego, że zawierał on, zgodnie z intencją Odwołującego, jedynie kluczowe urządzenia. Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że z faktu braku wzoru spornego załącznika, niewiadomym było, w jaki sposób go sporządzić. W pkt 9 ppkt 9.1 lit. D SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazał, że wykaz winien zawierać oferowany sprzęt, z podaniem nazwy, modelu i parametrów technicznych.

Na tym tle, zdaniem Izby, nie można domniemywać, że zaoferowano 9 zasilaczy UPS do punktów dystrybucyjnych i zostały skalkulowane w cenie oferty. Sam Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach tego nie potwierdza, wskazując jedynie, że dostarczy sporne urządzenia i, że ich wartość to około kilkanaście tysięcy złotych.

94. Sygn. akt: KIO 322/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.

(...) oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Oceniając ustalony w postępowaniu stan faktyczny w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż zapisy SIWZ obowiązujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednoznacznie zdaniem składu orzekającego Izby potwierdzają, że Zamawiający wymagał zaoferowania aparatu, którego algorytm rekonstrukcji iteracyjnej będzie automatycznie przetwarzał dane surowe RAW w cyklach iteracyjnych. Zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający nie żądał natomiast, aby algorytm w każdym kolejnym cyklu iteracyjnym wielokrotnie przetwarzał surowe dane. Jak wynika ze stanowiska zaprezentowanego na rozprawie przez Strony, istnieją algorytmy tzw. pierwszej i drugiej generacji. Algorytmy pierwszej generacji wykonują rekonstrukcję obrazów jednokrotnie, a kolejne cykle przetwarzają dane. Algorytmy drugiej generacji wielokrotnie wykonują proces rekonstrukcji danych surowych w każdym cyklu iteracyjnym. Zamawiający ogłoszenie przedmiotowego postępowania poprzedził dialogiem technicznym, znane mu były oba rozwiązania, natomiast z uwagi na zapotrzebowanie i finansowe możliwości Szpitala zdecydował, że wystarczające będzie zakupienie aparatu z pierwszej generacji. Opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w taki sposób, aby możliwe było zastosowanie zarówno aparatu pierwszej, jak i drugiej generacji. Powyższe potwierdzają również pytania zadawane przez wykonawców w toku przedmiotowego postępowania. Z treści kierowanych do Zamawiającego zapytań wynika, że wykonawcy próbowali wprowadzić do SIWZ wymogi dotyczące wielokrotności procesu przetwarzania surowych danych w każdym cyklu iteracyjnym, tak aby możliwe było zaoferowanie typu aparatów dru-

giej generacji. Wykonawcy wskazywali bowiem, że istnieją algorytmy starszego typu, które przetwarzają dane surowe tylko w pierwszej iteracji, a następnie bazujące tylko na obszarze zrekonstruowanych danych obrazowych – bez udziału danych surowych (RAW DATA) w kolejnych iteracjach. Jeżeli byłoby więc tak, jak twierdzi Odwołujący, że Zamawiający od początku prowadzenia postępowania wymagał wielokrotnego przetwarzania surowych danych, zadawanie pytań w tym zakresie byłoby zbędne. Tymczasem w każdym przypadku Zamawiający odpowiadając na pytania odnoszące się do punktu 48 wskazywał, że zapisy SIWZ pozostawia bez zmian, co oznacza, że wymóg wielokrotności nie był parametrem granicznym.

Z dokumentów przedmiotowych załączonych do oferty Przystępującego wynika, że w oferowanym urządzeniu używana jest technologia IRIS, która wykorzystuje dane nieprzetworzone do wytworzenia pierwotnego obrazu, następnie zaś przeprowadzana jest seria iteracyjnych kroków korekcji obrazu w celu jego oczyszczenia. Zdaniem składu orzekającego Izby spełniony został więc wymóg, aby dane surowe były przetwarzane automatycznie w cyklach iteracyjnych. W opinii Izby oferta Przystępującego w swej treści zgodna jest z zapisami SIWZ, wyczerpuje wymagania Zamawiającego oferując mu niezbędne funkcje rekonstrukcji, tym samym nie może być mowy o konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przedłożony przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci formularza ofertowego z innego postępowania, dowodzi jedynie okoliczności, że Przystępujący w tamtym postępowaniu zaferował algorytm drugiej generacji. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający X w Z. wymagał wielokrotnego przetwarzania danych i taki zapis znalazł się w SIWZ. Niemożliwe więc było złożenie oferty z modelem tomografu, który takiej funkcjonalności nie zapewniał. W przedmiotowym postępowaniu wymagany parametr przetwarzania danych do wielokrotności ich przetwarzania nie referował.

95. Sygn. akt: KIO 330/15, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2015 r.

W odpowiedzi na pytanie nr 111 z dnia 5.01.2015 r. Zamawiający wyraźnie określił, iż obowiązkowym elementem oferty jest wypełniona tabela elementów scalonych, stanowiąca załącznik nr 9 do SIWZ. Tabela ta zawiera rozbięcie ceny na poszczególne, zagregowane branże czy części przedmiotu zamówienia. Służy więc do zobrazowania, w jaki sposób poszczególne elementy przedmiotu zamówienia wykonawca wycenia, i w jaki sposób cenę oblicza. Wymaganie jej wypełnienia i podania tego typu danych nie jest więc wymaganiami odnoszącym się do formalnej strony oferty, ale bezpośrednio do prezentacji składowych jej ceny – głównego elementu zobowiązania. Tabela elementów scalonych stanowi więc treść oferty. Tabeli elementów scalonych w ofercie Odwołującego zabrakło, co stanowi przejaw niezgodnego z żądaniami SIWZ sposobu przygotowania i przedstawienia treści oferty – braku podania w ofercie wszystkich informacji od wykonawcy wymaganych.

Na marginesie Izba wskazuje, iż Zamawiający nie potrafił przedstawić przekonujących wyjaśnień do czego rzeczona tabela jest mu w ogóle potrzebna w kontekście wykonywania obowiązków umownych i rozliczania zamówienia. Jednakże Izba nie będzie na tym etapie postępowania ustalać po co Zamawiający żądał danych informacji w ofercie, nie będzie dociekać sensowności wymagań Zamawiającego, a także prowadzić postępowania dowodowego w celu ustalenia ich zgodności z przepisami ustawy. Miejscem i czasem na tego typu ustalenia było zakwestionowanie postanowień SIWZ na etapie postępowania przed otwarciem ofert. Natomiast w przypadku, gdy wykonawca zgodził się na warunki przetargowe Zamawiającego, to powinien się do nich stosować i złożyć ofertę w sposób tam wymagany.

96. Sygn. akt: KIO 335/15, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r.

Rozpoznając to odwołanie w granicach zarzutów podtrzymanych przez wykonawcę, odwołaniu, zgodnie z dyrektywą z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp oraz uwzględniając – zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp – stan rzeczy ustalony w toku postępowania – Izba w niniejszej

sprawie podzieliła pogląd Zamawiającego, jak i Przystępującego wykonawcy, że w tym postępowaniu możliwe było zaoferowanie świadczenia usługi także z użyciem ambulansu typu B. Tak jak wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia – [.....] Zamawiający opisał wymagania dla karetki, powołując się dodatkowo na normę PN-EN 1789 oraz wytyczne Ministra Zdrowia określone w Załączniku nr 3 do Zarządzenia Nr 65/2012/DSM Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 17 października 2012 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju ratownictwo medyczne (wraz ze zmianami) określone dla ambulansu typu B, C, wskazując jednocześnie w specyfikacji [...], że realizacja ma następować z użyciem ambulansu typu B, C, co oznacza możliwość alternatywnego zastosowania typu ambulansu, z zastrzeżeniem, że każdy z nich [zarówno typu B, jak i C] musi spełniać wymagania techniczne podane w opisie przedmiotu zamówienia [OPZ]. Takie stanowisko wynika również z odpowiedzi zawartej w piśmie z dnia 8 stycznia 2015 r., udzielonej na pytanie wnoszącego odwołanie wykonawcy. Tym samym nie można uznać, wobec podnoszonej w odwołaniu argumentacji, że żaden ze środków transportu wykazanych przez wykonawcę X w załączniku 8 do oferty nie spełnia wymogów dla ambulansu, którym powinny być świadczone usługi określone w Pakiecie 1 tylko dlatego, że oferowany środek transportu nie jest ambulansem typu C.

97. Sygn. akt: KIO 344/15, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2015 r.

Należy wskazać, że o ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z SIWZ (tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne (instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 Pzp), a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści SIWZ (instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp). Instrumenty te zostały wykorzystane przez Zamawiającego w sposób właściwy i potwierdziły, że Odwołujący zaoferował urządzenie niezgodnie z wymogami wskazanym w SIWZ, zaś stanowisko prezentowane w odwołaniu i w trakcie rozprawy również skutkowałoby odrzuceniem treści oferty na skutek braku sprecyzowania przedmiotu świadczenia.

98. Sygn. akt: KIO 381/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego przedstawioną na rozprawie, że Zamawiający dokonuje oceny spełnienia wymagań w zakresie przedmiotu zamówienia jedynie na chwilę składania i otwarcia ofert; wręcz należy stwierdzić, że takie stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie prowadziłoby do tego, że co innego wykonawca mógłby zaoferować a co innego faktycznie dostarczać – co oczywiście wypacza sens prowadzenia postępowania, określania przedmiotu zamówienia a następnie jego badania. (...) Izba nie zgodziła się ze stwierdzeniem Odwołującego, że miał pełne prawo posłużyć się normą PN-EN13808:2010 – fakt, że norma ta obowiązuje nie powoduje automatycznego uprawnienia do zaoferowania przedmiotu zgodnie z tą normą w sytuacji, gdy Zamawiający wymaga zgodności z inną normą, oraz określa dodatkowe wymagania, który ma spełniać oferowany przedmiot. Oferowany przedmiot w ofercie następnie będzie dostarczony w ramach realizacji zamówienia, tym samym jego niezgodność na etapie ofertowym nie może być sanowana na etapie realizacji.

99. Sygn. akt: KIO 421/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.

Zdaniem Izby, z faktu, że w Szczegółowym opisie tematu zamówienia wymogi sformułowane przez Zamawiającego zostały określone terminem parametry nie można wywodzić, że skoro sporny wymóg nie jest parametrem to jego znaczenie dla oceny treści oferty pod kątem niezgodności z SIWZ nie ma żadnego znaczenia. Przyjęcie bowiem stanowiska Odwoływającego prowadziłoby do wniosku, że co nie stanowi desygnatu parametru jest nieistotne dla oceny oferty, a więc nie musi być spełnione. Twierdzenie to z pewnością jest zbyt daleko idące, bowiem treść oferty nie jest ograniczona jedynie do cech przedmiotu zamówienia.

Analiza treści spornego pkt 4.1 prowadzi do wniosku, że wykonawca winien na etapie składania ofert wykazać, że oferowany przedmiot zamówienia może być objęty ubezpieczeniem od zniszczenia i kradzieży. Sformułowanie wymogu wobec przedmiotu dostawy w postaci podania nazwy ubezpieczyciela, oferty ubezpieczenia i danych kontaktowych do firmy oferującej ubezpieczenie nie inaczej może być odczytywane jak oczekiwanie Zamawiającego, że oferowane urządzenie taką cechą posiada. Natomiast, w ocenie Izby, twierdzenia Zamawiającego, że wykonawca winien legitymować się ubezpieczeniem oferowanego urządzenia nie znajduje uzasadnienia. Stąd też wniosek dowodowy Przystępującego w tym zakresie został oddalony. Dla Izby jasne jest na tle spornego postanowienia, że Zamawiający żądając przedmiotowych informacji chciał mieć pewność, iż w przypadku dostawy oferowanego produktu objęcie go ubezpieczeniem będzie możliwe. Zamawiający na rozprawie wskazał powody, dla których sformułował taki wymóg, a więc, że koszty implantu są refundowane przez NFZ jedynie w sytuacji, w której jego procesor jest ubezpieczony. Odwoływający zadając pytania względem treści SIWZ w tym zakresie nie zgłaszał jakichkolwiek wątpliwości ani żądań. Biorąc powyższe pod uwagę, dla profesjonalnego wykonawcy winno być oczywiste, jakie jest oczekiwanie Zamawiającego w tym przedmiocie i w jaki sposób należy je spełnić. Stąd też, w ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwoływającego, sporne postanowienia nie są nieprecyzyjne.

W ocenie Izby, za niewystarczające należy uznać wskazanie na spełnienie wymagań Zamawiającego w sposób formalny, nie dając Zamawiającemu, wbrew wyartykułowanemu obowiązkowi, możliwości weryfikacji oświadczenia wykonawcy. Odwoływający wobec wymogu podania nazwy ubezpieczyciela, jego oferty i danych kontaktowych odpowiada słowem „tak”, po czym żadnych informacji nie podaje, a w miejscu przeznaczonym na opis kopiuje wymóg Zamawiającego. Tym samym uniemożliwia Zamawiającemu sprawdzenie, czy w istocie oferowany przez niego produkt może być ubezpieczony. Zwrócić należy uwagę, że podanie nazwy ubezpieczyciela przez Odwoływającego stanowiłoby jednoznaczne wskazanie, jaki podmiot podjął się ochrony ubezpieczeniowej, a tym samym, że uzyskanie ubezpieczenia jest możliwe. Odwoływający pozbawiając zaś Zamawiającego przedmiotowych informacji w istocie oczekuje, że Zamawiający przyjmie jedynie formalne oświadczenie Odwoływającego, które wbrew twierdzeniom Odwoływającego, nie może być interpretowane jako spełnienie wymogu, skoro na polecenie o podanie konkretnych informacji odpowiada – „tak”. Przebieg rozprawy i brak inicjatywy dowodowej ze strony Odwoływającego zdaje się raczej potwierdzać stanowisko Zamawiającego, że nie ma pewności co do tego, że oferowane urządzenie będzie mogło być ubezpieczone, bo z pewnością w chwili obecnej Odwoływający takiego ubezpieczenia nie posiada. Odwoływający nie wykazał możliwości objęcia ubezpieczeniem oferowanego produktu na moment składania oferty, uchylając od podania Zamawiającemu istotnych dla niego informacji i nie czyni tego również w toku postępowania odwoławczego.

Art. 89 ust. 1 pkt 3**100. Sygn. akt: KIO 2561/14, KIO 2563/14, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2015 r.**

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że (...) działanie odwoływającego polegające na przeliczaniu kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi, które stanowić będą odrębne pod-

stawy do ustalania wynagrodzenia poszczególnych ekspertów, wypełniało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – *przyp. red.*]. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za działanie niezgodne z dobrymi obyczajami należy uznać praktykę polegającą na przenoszeniu kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami dniówek ekspertów, które służyć miały do *de facto* kosztorysowego kształtowania wynagrodzenia należnego wykonawcy. Takie ukształtowanie sposobu wynagrodzenia w ofercie nastąpiło w oderwaniu od rzeczywistości ponoszonych przez wykonawcę kosztów, zaangażowania personelu, w oderwaniu od realiów rynkowych. Prowadziło do wprowadzenia *de facto* ryczałtowego sposobu wynagradzania. Ponadto minimalizowało ryzyko odwołującego, gdyż ryzykiem, np. wcześniejszego zakończenia kontraktu wskutek, np. odstąpienia od umowy wykonawcy nadzorowanych robót budowlanych obciążało klienta. Podkreślenia wymaga, że klientem w omawianym przypadku jest podmiot publiczny, obowiązany do celowego, gospodarnego wydatkowania środków publicznych. Izba podziela stanowisko zamawiającego, że tak ukształtowane stawki dniówki ekspertów mogą prowadzić do sztucznego zawyżania wynagrodzenia w pierwszym etapie i naraża zamawiającego na możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego mogą nie zrekompensować zastrzeżone kary umowne. Zdaniem Izby powyższe jest sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi, którymi odwołujący jako przedsiębiorca winien się kierować zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej [ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz. U. t.j. z 2015 r. poz. 584 ze zm. – *przyp. red.*)]. Działanie takie uderza także w innych uczestników rynku – pozostałych wykonawców. Podmioty te, stosując się do reguł SIWZ oraz dobrych obyczajów brały na siebie ryzyko, iż wynagrodzenia rozliczanego dniówkami w niektórych sytuacjach mogą nie uzyskać. Koszt takiego ryzyka musieli kalkulować w cenie oferty, czego nie czynił odwołujący X. Działanie to zagraża także innym przedsiębiorcom na rynku.

Biorąc powyższe pod uwagę, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego X z powodu złożenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk, nie potwierdził się.

101. Sygn. akt: KIO 2734/14, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2015 r.

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – *przyp. red.*], do której odsyła ustawa Prawo zamówień publicznych, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy [art. 5 do 17 e ustawy]. Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej [ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. (Dz. U. t.j. z 2015 r. poz. 584 ze zm. – *przyp. red.*)], zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów.

102. Sygn. akt: KIO 93/15, KIO 94/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.

Symptomy, które mogą wskazywać na zмовę przetargową, są najczęściej związane z treścią ofert (np. identyczne oferty, jednakowe parametry w ofertach, jednakowy sposób kalkulacji, takie same fragmenty ofert) lub z formą złożonych ofert (np. ten sam charakter pisma w ofertach, jednakowe błędy obliczeniowe, ortograficzne, gramatyczne lub stylistyczne, jednakowy wygląd graficzny). Udowodnienie zaistnienia zмовы przetargowej zasadniczo opiera się na dowodach pośrednich (tzw. poszlakach), które wskazują na większe lub mniejsze prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego porozumienia. Z uwagi na tajność takich porozumień praktycznie niemożliwe jest oparcie się w tym zakresie na dowodach bezpośrednich (por. wyrok SN o sygn. akt III SK 6/06). Oczywistym jest także, że z uwagi na charakter tego rodzaju działania, a także konsekwencje, jakie się z nim wiążą, niespotykaną będzie sytuacja, że uczestnicy tego rodzaju porozumienia dadzą temu formalny wyraz, który pozwoli uchwycić porozumienie. Przeciwnie, tego rodzaju porozumienia jest zazwyczaj starannie ukrywane i zaprzeczane przez zainteresowane podmioty. W konsekwencji, stwierdzenie zмовы przetargowej wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie (por. wyrok KIO z 7 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 2691/14).

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy na wstępie, że istotną kwestią mającą wpływ na ocenę zachowań odwołujących i przystępujących uczestniczących w tym postępowaniu jest fakt, że podmioty te nie ukrywają iż działają w swoistym układzie, gdzie praktycznie wszystkie kwestie związane z uczestniczeniem w postępowaniach są między nimi uzgadniane przed złożeniem oferty. To uzgadnianie jest według tych podmiotów rzeczą normalną i jest uzasadniane „jak zgodnie stwierdzają” specyfiką tego rynku zamówień oraz potrzebą wzajemnej współpracy celem uzyskania zamówienia w danym postępowaniu. Nie zauważają, że takie działania praktycznie uniemożliwiają dostęp do tego rodzaju zamówień innym podmiotom chcącym wejść na ten rynek zamówień. Tak jak stwierdził jeden z pełnomocników na rozprawie, że dotychczasowa sytuacja była akceptowana przez nich wszystkich, a tylko niepotrzebnie w sprawie zostały wniesione odwołania oraz niepotrzebnie niektórzy z wykonawców złożyli swoje oferty, gdyż wybrany wykonawca dawał pozostałym nie składającym ofert do wykonania, części zamówienia jako podwykonawcom.

Opierając się na powyższym Izba stwierdza, że niewątpliwym w sprawie jest fakt niedozwolonego współdziałania wykonawców na etapie przygotowywania i składania ofert. (...) Zdaniem Izby stwierdzić należy, że biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego nie sposób przyjąć, że było to wynikiem przypadku, a nie celowego działania. (...) Izba dodaje, że pomimo tego, że w odwołaniu został sprecyzowany zarzut wobec nieodrzućenia oferty wykonawcy X to jednak Izba biorąc pod uwagę treść żądania Odwołującego oraz dokonane ustalenia stanu faktycznego, które wskazują jednoznacznie na zмовę ww. wykonawców, uznała za niezasadne pozostawianie Zamawiającemu, możliwości odrzućenia oferty wykonawcy Y, jako drugiego uczestnika czynu nieuczciwej konkurencji i nakazała obie oferty odrzuć.

103. Sygn. akt: KIO 165/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzućenia oferty Konsorcjum X z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, w ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się.

Izba uznała, że pomimo potwierdzenia się okoliczności stanowiących podstawę zarzutu zaniechania odrzućenia oferty Konsorcjum X z powodu podania w tej ofercie ceny rażąco niskiej Odwołujący nie wykazał dodatkowych okoliczności związanych z dopuszczeniem się przez wskazanego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Dla wypełniania się przesłan-

ki do odrzucenia oferty wynikającej z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie jednego ze stypizowanych w art. 3 ust. 2 uznk czynów nieuczciwej konkurencji albo przynajmniej wykazanie wszystkich przesłanek wskazujących generalnie na czyn nieuczciwej konkurencji wynikający z art. 3 ust. 1 [uznk – przyp. red.]. Odwołujący poza przywołaniem określonych przepisów uznk i orzecznictwem Izby, nie wykazał w tym zakresie jakiś szczególnych okoliczności wskazujących na działanie Konsorcjum X nakierowane na eliminację z rynku dostaw tego typu produktów innych przedsiębiorców, nie wykazując także żadnych skutków takiego ewentualnego działania wykonawcy.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

104. Sygn. akt: KIO 189/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.

(...) w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, iż wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zdecydowały. Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśniania składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09). W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił dość szczegółowe stwierdzenia i wyliczenia, ale były to jedynie własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy), nie poparte żadnymi dowodami. Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materialne” dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia, ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie bę-

dzie ponosił strat. W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności takich w swoich wyjaśnieniach wykonawca Odwołujący nie przedstawił.

105. Sygn. akt: KIO 291/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum X nie było sporne między stronami, że w świetle znowelizowanego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający zasadnie wszczął procedurę zmierzającą do wyjaśnienia, czy nie ma do czynienia z ofertą, której cena została określona nierzetelnie, w sposób nienaturalnie odbiegający od realiów rynkowych, czy niedający gwarancji należytej realizacji zamówienia (tak bowiem w orzecznictwie i doktrynie prawa zamówień publicznych definiuje się w ogólności cenę rażąco niską). Osią sporu było natomiast zarzucane Przystępującemu błędne skalkulowanie kosztów osobowych realizacji zamówienia, stanowiących – w ocenie Odwołującego – najistotniejszy składnik cenotwórczy. W powyższym zakresie SIWZ nie zawierała postanowień charakteryzujących szczegółowo kadre wykonawcy mającą wziąć udział w realizacji zamówienia, której koszty zaangażowania miałyby przekładać się na cenę oferty. Ich analiza doprowadziła Izbę do wniosku, że Zamawiający pozostawił wykonawcom w tym zakresie znaczną swobodę – nie tylko nie uczynił z potencjału kadrowego warunku udziału w postępowaniu, (por. pkt 7.1, 7.2 i 10.2.1) SIWZ), na potwierdzenie którego składa się wszakże wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (argument z § 1 ust. 1 pkt 7 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.2013.231), ale w istocie sformułował w omawianej kwestii tylko jeden wymóg. W § 9 ust. 9 wzoru umowy wskazał bowiem, że dla celów realizacji kontraktu obowiązkiem wykonawcy będzie wyznaczenie czterech mówiących po polsku pracowników (w tym dwóch do wyłącznej obsługi Zamawiającego), którzy będą odpowiedzialni za bieżące kontakty z Zamawiającym oraz opiekę nad realizacją przedmiotu umowy. O ile zatem Izba nie kwestionuje istotnego wpływu kosztów osobowych na cenę oferty, o tyle stwierdza, że nie sposób na tej podstawie opierać założenia, jakoby istniał jakiś minimalny, nieprzekraczalny poziom kosztów osobowych wynikający z konieczności zatrudnienia do realizacji zamówienia osób zajmujących konkretne stanowiska (a co za tym idzie – posiadających odpowiednie wykształcenie, doświadczenie zawodowe, czy predyspozycje).

Zdaniem Izby, Zamawiający – po zapoznaniu się z treścią złożonych przez Przystępującego wyjaśnień – zasadnie uznał, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp. Konsorcjum X przedstawiło obszerną, popartą dowodami argumentację, w której odniosło się do elementów mających wpływ na cenę oferty w podziale na koszty osobowe, koszty stałe i założony zysk z realizacji zamówienia. W zakresie spornych między stronami kosztów osobowych stwierdziło, że zamówienie zrealizuje za pomocą 4-osobowego zespołu, czyniąc tym samym zadość jedynemu warunkowi postawionemu w tym zakresie przez Zamawiającego. Wskazało również na stanowiska, jakie będą zajmować członkowie zespołu, który będzie realizował umowę (*media assistant* i *account manager*), a co najistotniejsze – przedstawiło kalkulację wynagrodzeń tych osób, z której wynikało, że odpowiadają one przeciętnym wynagrodzeniom zasadniczym w sektorze komunikacji marketingowej (*vide* załącznik nr 1 i 2 do wyjaśnień Konsorcjum X). Zarówno to twierdzenie, jak i przedstawiony na jego poparcie dowód, nie zostały przez Odwołującego zakwestionowane, *de facto* nie odniósł się on w swoich wypowiedziach do tego aspektu wyjaśnień Przystępującego, wobec czego Izba dała im wiarę.

Skład orzekający doszedł do wniosku, że u podstaw zarzutu Odwołującego leżała w istocie forsowana przez niego wizja realizacji zamówienia, różna od założeń poczynionych przez Konsorcjum X w piśmie złożonym na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W konsekwencji Izba uznała, że twierdzenia Odwołującego o niezbędnej minimalnej liczbie zespołu dedykowanego do

realizacji zamówienia, poziomu wykształcenia, umiejętności, doświadczenia zawodowego i zajmowanych przez jego członków stanowisk, czy wreszcie dotyczące stopnia ich zaangażowania w realizację przyszłej umowy nie tyle dawały podstawę do przyjęcia, że Przystępujący skalkulował ofertę na poziomie rażąco niskim, ile stanowiły prezentację jednego z możliwych sposobów realizacji zamówienia. Oceniając argumentację Odwołującego zwrócono uwagę, że nie odnosił on jej do konkretnych postanowień SIWZ, które wskazywałyby na wymagany przez Zamawiającego (czy chociażby sugerowany przez niego) kształt zespołu wyznaczonego do realizacji umowy (liczebność, wykształcenie, doświadczenie, itp.). W konsekwencji nie można było, zdaniem Izby, czynić Przystępującemu zarzutu skalkulowania ceny oferty na podstawie zaniżonych kosztów osobowych, skoro Zamawiający nie formułował w tym zakresie szczegółowych wymagań. Nie sposób bowiem twierdzić, że w takiej sytuacji istnieje jedyny poprawny model kalkulowania ceny oferty, do którego miałby się stosować każdy uczestnik postępowania.

106. Sygn. akt: KIO 500/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp 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 zaofiarowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305 [Dyrektywa Rady Nr 71/305/EWG z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 185 z 16.08.1971, s. 5) – *przyp. red.*], 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 zaofiarowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego X, przystępującego Y ani wykonawcy Z do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

107. Sygn. akt: KIO 153/15, KIO 154/15, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2015 r.

Nie sposób również podzielić stanowiska Odwołującego, że usługi wykaszania traw, chwastów, samosiewów z poboczy rowów i skarp można uznać za czynności towarzyszące usługom podstawowej, która jest objęta stawką 8%. Nie można bowiem stwierdzić, że są to jedynie usługi potrzebne do zrealizowania usługi głównej, przeciwnie – usługi te mogłyby

być wykonywane samodzielnie, w oderwaniu od usług z zakresu gospodarki leśnej, a sam fakt ujęcia ich przedmiotem zamówienia na świadczenie usług leśnych nie uprawnia do odmiennego wniosku.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że oferty Odwołujących, którzy zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami przyjęli do obliczenia ceny za usługi wykaszania traw, chwastów, samosiewów z poboczy rowów i skarp stawkę VAT 8% (a wartość brutto tych elementów obarczona była omyłką rachunkową, którą zdaniem Odwołujących Zamawiający winien poprawić), podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Tym samym oferty wykonawców, którzy w obliczeniu ceny uwzględnili VAT w wysokości 23%, nie zawierały błędów w obliczeniu ceny, a Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy przez zaniechanie odrzucenia tych ofert.

108. Sygn. akt: KIO 304/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.

Przedstawiona w powyższym zakresie kwestia obowiązku samodzielnego ustalania stawek podatku VAT pomiędzy stronami jest bezsporna.

Spór pomiędzy stronami sprowadza się do ustalenia prawidłowej wysokości stawek podatku VAT w związku z interpretacją zaistniałych zjawisk gospodarczych obejmujących przedmiotowe zamówienie. Strony różnią się w tym zakresie interpretacją posługując się na tę okoliczność opiniami prawników specjalizujących się w materii podatku VAT, jak i opiniami Izby Skarbowych czy też sądów administracyjnych.

Różnice interpretacyjne dotyczą traktowania przedmiotu zamówienia przez odwołującego jako odrębnych, niezależnych, żyjących samodzielnym bytem usług niezależnych od siebie, a przede wszystkim z powodu możliwości ich wykonania przez różne podmioty. Chodzi tu o następujące etapy obejmujące przedmiot zamówienia: prace projektowe, wykonanie robót budowlanych – montażowych instalacja solarna, montaż na istniejących instalacjach solarnych modułów radiowych wraz z systemem odczytu oraz serwis i konserwacja. Z kolei w ocenie zamawiającego, jak i wykonawcy wybranego, zarówno prace projektowe, jak i serwis i konserwacja są nierozdzielnie związane w głównym przedmiocie zamówienia jakim jest wykonanie robót budowlanych instalacja solarna i to ta część zamówienia decyduje o stawce podatku VAT. Przy czym w związku z okolicznością montażu instalacji częściowo na budynkach do 300 m², jak i częściowo na budynkach powyżej 300 m² zachodzi konieczność uwzględnienia w obowiązującej stawce podatku VAT 8% jak również wyższej stawki 23 procent. Natomiast prace projektowe, jak i serwis oraz konserwacja, w ocenie zamawiającego i wykonawcy wybranego, stanowią element usługi kompleksowej jakim jest montaż instalacji solarnej przy czym obowiązuje stawka zarówno 8% jak i 23%, ale tylko z powodu różnych wielkości powierzchni budynków mieszkalnych, na których montowane są instalacje solarne. Natomiast co do usługi montażu modułu radiowego wraz systemem odczytu na istniejących już instalacjach solarnych zamawiający, jak i wykonawca wybrany traktuje tę usługę jako ich modernizację, czyli z prawem zastosowania stawki 8 procent, a nie jak odwołujący stawki 23 procent.

Czyli spór między zamawiającym a odwołującym dotyczy przede wszystkim kwestii czy mamy do czynienia z usługą kompleksową czy z odrębnymi usługami. Sam odwołujący w tej materii przedstawił między innymi następujący pogląd: „Odwołujący powoływał się na okoliczność, iż w polskich przepisach podatkowych brak jest szczegółowych uregulowań dotyczących świadczeń złożonych. Nie ma legalnej definicji tego pojęcia, nie ma więc określonych normatywnie kryteriów, czy też innych wyznaczników, które pozwalałyby w sposób precyzyjny wyznaczyć granice pomiędzy przypadkami, gdy mamy do czynienia z kilkoma świadczeniami, które należy opodatkować odrębnie, a sytuacją kiedy związek pomiędzy tymi świadczeniami jest tak ścisły, iż należy już mówić o istnieniu jednego świadczenia o charakterze złożonym (kompleksowym), które powinno być opodatkowane według jed-

nolitych zasad. Dlatego też należy zachować wyjątkową ostrożność w klasyfikowaniu przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej. Każda sytuacja powinna być analizowana indywidualnie z uwzględnieniem charakterystycznych dla niej i istotnych elementów z punktu widzenia rozpatrywania istnienia związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami i w tym kontekście ewentualnego traktowania ich jako jednej gospodarczej całości (jednego świadczenia). Zwrócić należy bowiem uwagę na konieczność przeanalizowania podłoża ekonomicznego dokonywanych czynności, przed przystąpieniem do oceny i analizy sposobu ich opodatkowania (z uzasadnienia wyroku WSA w Warszawie sygn. akt mSA/Wa 2247/09)." (...)

W ocenie Izby już sam odwołujący w taki sposób opisując w odwołaniu elementy istotne do stwierdzenia czy usługa ma czy nie ma charakteru kompleksowego, wskazuje na zasadność argumentacji przeciwnej do jego poglądów (...). Tak więc można w ocenie Izby aspekt ekonomiczny traktowania usługi jako kompleksowej w zakresie co najmniej projektowania, robót budowlanych i montażowych uznać za spełniony ze względów ekonomicznych.

Art. 89 ust. 1 pkt 8

109. Sygn. akt: KIO 511/15, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2015 r.

(...) Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że w okolicznościach tej sprawy nie mógł stanowić podstawy odrzucenia wskazany art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie z dnia 5 marca br. wskazał na brak – pomimo wezwania z dnia 4.03.2015 r. – wymaganych punktem 6 i 10c podpisów [na oryginale lub ich kserokopii] na specyfikacji technicznej i karcie charakterystyki załączonych do oferty, co powodowało w zw. z art. 78 § 1 k.c. niezgodność ze specyfikacją i nieważność całej oferty. Izba przede wszystkim stwierdza, że wobec treści wezwania z dnia 4 marca br. oraz w związku ze wskazanym punktem 6 specyfikacji dokumenty podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zastrzeżenie w stopce dokumentu, że jest on ważny bez podpisu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bez jednoznacznego zezwolenia Zamawiającego w sytuacji braku ustawowej podstawy prawnej, nie jest skuteczne, jednakże nie może to stanowić podstawy do zastosowania z powodu braku wymaganego podpisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, i w konsekwencji uznania nieważności całości oferty, skutkującej jej odrzuceniem. Tak jak podnosił wykonawca specyfikacja techniczna, czy karta charakterystyki oferowanego produktu w okolicznościach tej sprawy nie stanowi oświadczenia woli podmiotu, który je wystawia, tylko oświadczenie wiedzy, które powinno korespondować w całości z treścią oferty zgodnie z wymaganiami danego postępowania. W odniesieniu do czynności potwierdzania kopii dokumentu za zgodność z oryginałem, Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w specyfikacji w punkcie 6 określił jednoznacznie wymagania w tym zakresie. Mianowicie, takie poświadczenie mogło być dokonane przez uprawnionych do składania oświadczeń woli członków władz firmy, lub pełnomocnika, łącznie z ich imiennymi pieczętkami. Wnoszący odwołanie wykonawca, nie wykazał, że umieszczona na załączniku nr 16 i nr 17 oferty parafa przy adnotacji „Za zgodność z oryginałem” pochodzi od osoby upoważnionej do podpisania oferty. W tym miejscu Izba, mając na uwadze chociażby wymagania specyfikacji, ponownie zwraca uwagę, że aby można było mówić o poświadczeniu dokumentu za zgodność z oryginałem na tym dokumencie powinien się znaleźć, co najmniej podpis i to osoby umocowanej do działania w imieniu wykonawcy. Podobne wymaganie, co do podpisu [bez oczywiście adnotacji, że jest to oryginał] dotyczy oryginału dokumentu, jeżeli uprawnionym wystawcą jest oferent. W konkluzji Izba stwierdza, że załączniki nr 16 i nr 17 do oferty nie stanowią wymaganych w tym postępowaniu dokumentów, które to dokumenty podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Art. 90 ust. 1–3**110. Sygn. akt: KIO 2814/14, KIO 2819/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2015 r.**

Biorąc pod uwagę znaczącą rozbieżność istniejącą w ofercie Odwołującego w stosunku do podstawowych wyznaczników oceny, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

- wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT (w niniejszym postępowaniu taka sama wartość została także wskazana przez Zamawiającego jako kwota na sfinansowanie zamówienia, choć standardowo może to być kwota inna wynikająca z aktualnego budżetu zamawiającego),
- wartości ofert złożonych w danym postępowaniu stanowiące wyznacznik rynku określonego rodzaju zamówień i ewentualnie – w przypadku nieporównywalności ofert złożonych w danym postępowaniu –
- rozsznania cen funkcjonujących na rynku danego rodzaju produktów, wykonywanych usług, bądź robót budowlanych,

w ocenie Izby w pełni uzasadnionym było skierowanie przez Zamawiającego do Odwołującego X wezwania do wyjaśnienia, czy jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wycena usług objętych przedmiotem niniejszego zamówienia została dokonana przez samego Zamawiającego w sposób rynkowy, gdyż większość ofert złożonych w postępowaniu – przy łącznej ilości dziewięciu ofert – była wartościowo zbliżona do wartości ustalonej przez Zamawiającego. Jedyne oferta Odwołującego X w sposób znaczący odbiegała wartościowo od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu i wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Tym samym zatem w tym przypadku powstało po stronie Zamawiającego uzasadnione przypuszczenie, że zaoferowana przez Odwołującego X cena jest poniżej kosztów świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, a zatem jest nierealna i nierzeczywista oraz stwarza realne zagrożenie niewykonania zamówienia publicznego przez tego wykonawcę lub jego nienależytego wykonania. Odwołujący X w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach powinien wykazać – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp – określone obiektywne dla niego czynniki, które pozwoliły mu w uzasadniony sposób na obniżenie swojej ceny ofertowej aż do poziomu ok. 9 mln zł brutto, podczas gdy wartość zamówienia kształtowała się na poziomie ok. 40 mln zł brutto. Izba, dokonując oceny wyjaśnień Odwołującego X, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa tego wykonawcy, podzieliła stanowisko Zamawiającego, że wyjaśnienia te potwierdzają jedynie, że cena ofertowa tego wykonawcy nie pozwala na realizację zamówienia bez poniesienia strat przez tego wykonawcę, nawet kosztem nienależytego wykonania w przyszłości niniejszego zamówienia.

W dalszej kolejności Izba odnosiła się argumentu formalnego podniesionego przez Odwołującego X o tym, iż wezwanie skierowane do niego przez Zamawiającego miało charakter ogólny i nie wskazywało na podanie określonych informacji co do sposobu ustalenia ceny ofertowej. W ocenie Izby profesjonalista jakim niewątpliwie jest Odwołujący X, ubiegający się i uzyskujący zamówienia publiczne wedle procedur przewidzianych w ustawie Pzp, co zresztą Odwołujący X wykazywał w ramach postępowania dowodowego w niniejszym postępowaniu odwoławczym, powinien mieć świadomość, iż kierowane do niego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza konieczność wyjaśnienia w jak najszerzy sposób podstaw wyceny i kalkulacji całej ceny ofertowej i wykazania, że cena ta będzie pokrywała co najmniej wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. To na wykonawcy, do którego jest kierowane takie wezwanie spoczywa ciężar wykazania powyższego Zamawiającemu. To wykonawca też ma najlepszą wiedzę, w jaki sposób kalkulował ofertę i z jakich metod korzystał oraz jakie szczególne czynniki zastosował, które wpłynęły czy to na wycenę całej ceny ofertowej, czy też na wycenę poszczególnych cen jednostkowych, czy częściowych zamówienia, co w efekcie miało wpływ na ostateczną cenę ofertową. W przedmiotowej sprawie Odwołu-

jący X miał dodatkowo szczególną sytuację, którą mógł już zaobserwować w trakcie otwarcia ofert, a mianowicie, iż jego cena ofertowa faktycznie znacząco odbiega od cen ofertowych pozostałych 8 wykonawców. W tej sprawie Zamawiający, kierując wezwaniem do Odwołującego X wskazał także w wystarczający sposób na swoje uzasadnione wątpliwości w tej mierze, a wykonawca mając świadomość charakteru wynagrodzenia przyjętego do wykonania w niniejszym postępowaniu, zakresu i rodzaju usług objętych przedmiotem zamówienia, zastosowanej przez siebie metody kalkulacji ceny ofertowej, a wreszcie znając obowiązujące w tej mierze przepisy ustawy Pzp, a także jako profesjonalista na tym rynku – dysponując wiedzą co do orzecznictwa kształtującego interpretację wskazanych przepisów ustawy Pzp, powinien dochować należytej staranności przy formułowaniu swoich wyjaśnień, uwzględniając także okoliczność, iż ich ogólnikowy charakter czy też brak przedstawienia szczególnych, właściwych jemu okoliczności mających wpływ na obniżenie ceny ofertowej, będzie wpływał na uznanie jego ceny ofertowej za nierealną.

Sama treść udzielonych przez Odwołującego X wyjaśnień, w ocenie Izby, nie uzasadnia w sposób obiektywny okoliczności, które pozwalałyby bez szkody dla realizacji zamówienia na obniżenie ceny ofertowej do poziomu zaproponowanego w ofercie Odwołującego X. Treść udzielonych wyjaśnień, z racji objęcia ich przez Odwołującego X zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być ujawniona przez Izbę, stąd też odniesienie się do ich treści w uzasadnieniu niniejszego wyroku ma charakter na tyle ogólny, na ile możliwe było odniesieniu się do ich treści w ramach jawnego wyroku Izby i jego uzasadnienia. W tym zakresie stwierdzić należało, że Odwołujący X w swoich wyjaśnieniach podał przede wszystkim argumenty i okoliczności, które mogą być właściwe dla podmiotów (firm) funkcjonujących na rynku firm informatycznych, które świadczą usługi także na rzecz podmiotów publicznych (udzielających zamówień w trybie ustawy Pzp). Nie są to więc okoliczności właściwe wyłącznie dla Odwołującego X, ale również dla pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, lecz na poziomie znacząco wyższym niż oferta Odwołującego X. Z tych też względów okoliczności te jako takie nie uzasadniają zaniżenia wyceny ofertowej Odwołującego X.

111. Sygn. akt: KIO 2735/14, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2015 r.

Odnosząc powyższe do treści art. 90 ust. 3 Pzp należy stwierdzić, że brak wyjaśnienia przez wykonawcę konkretnych kwestii, o wyjaśnienie których zwrócił się zamawiający stanowi – brak udzielenia wyjaśnień w danym zakresie.

Zauważyć należy, że wezwanie z dnia 3 września 2014 r. miało charakter ogólny, dotyczący sposobu wyceny elementów oferty wskazanych w „Wykazie wycenionych elementów rozliczeniowych”, które mają wpływ na wysokość ceny ofertowej. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawcy mogli przedstawić według swojego uznania stosowne informacje. Natomiast wezwanie z dnia 3 grudnia 2014 r. obejmowało wymóg przedstawienia szczegółowej kalkulacji zaproponowanej ceny, zawierającej nakłady i koszty: robocizny (w tym poszczególnych członków zespołu projektowego – personelu), sprzętu i innych, bardzo szczegółowo opisanych na 4 stronach elementów, dlatego na to wezwanie wykonawcy byli zobowiązani przedstawić konkretne informacje, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Fakt, że w SIWZ Zamawiający nie żądał sporządzenia na etapie składania ofert szczegółowej kalkulacji, kosztorysu czy innego dokumentu podobnego, nie uniemożliwia co do zasady żądania przez Zamawiającego szczegółowej kalkulacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia. Również fakt, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową nie tamuje uprawnienia Zamawiającego do żądania szczegółowych wyjaśnień odnośnie sposobu kalkulacji tej ceny przez wykonawcę, w sytuacji gdy uzasadnione są wątpliwości co do rzetelności ceny oferty. Wobec powyższego, brak udzielenia przez Odwołującego wyjaśnień w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 3 grudnia 2014 r., co nie

było kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu, stanowi podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 Pzp. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z dnia 8 i 10 grudnia 2014 r. nie przedstawiały informacji co do wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, o wyjaśnienie których zwrócił się Zamawiający. W tym zakresie należy uznać, że wyjaśnienia nie zostały złożone.

Jednocześnie nie można przychylić się do twierdzenia Odwołującego, że pytania zawarte w wezwaniu z 3 grudnia 2014 r. nie służyły poznaniu, czy cena oferty jest rażąco niska, ale były tak skonstruowane, by Odwołujący nie był w stanie na nie odpowiedzieć. Jak Izba stwierdziła na podstawie dokumentacji postępowania – inny wykonawca X S.p.A. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp o identycznej treści, jak wezwanie skierowane do Odwołującego, złożył pełne wyjaśnienia, w wyznaczonym przez Zamawiającego takim samym terminie. W tych okolicznościach nie ma też podstaw by uznać, że złożenie wyjaśnień na tak szczegółowe wezwanie nie było możliwe.

112. Sygn. akt: KIO 132/15, Wyrok KIO z dnia 5 lutego 2015 r.

Wykładnia przywołanej normy [art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.] prowadzi do wniosku, iż Zamawiający był uprawniony do wezwania wykonawcy o złożenie wyjaśnień w związku z różnicą ceny zaoferowanej przez Konsorcjum do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert na część I zamówienia, co jednak nie dowodzi, iż cena jest rażąco niska. Powyższa procedura spowodowana jest wyłącznie wątpliwościami zamawiającego i jego podejrzeniem co do realności zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia i ma na celu umożliwienie wykonawcy wyjaśnienie przyczyn, które pozwalają na uzasadnienie wysokości ceny znacznie odbiegającej od cen innych oferentów. Ustawodawca w taki sposób ukształtował ciężar dowodu, że to wykonawca ma za zadanie przekonać zamawiającego o rzetelności kalkulacji pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Służyć temu mają same wyjaśnienia, a także dowody, jeżeli takowe istnieją. W ocenie Izby, z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, iż cena jest rażąco niska, a przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być przedłożony zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla zamawiającego. O tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny (tak jak w niniejszej sprawie), to wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. W takiej sytuacji w zasadzie ustalenie, czy cena ma charakter ceny rażąco niskiej, opierać się będzie na samych wyjaśnieniach wykonawcy.

113. Sygn. akt: KIO 148/15, Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r.

Również co do sposobu obliczenia owej 30-procentowej różnicy pomiędzy ceną oferty a szacunkową wartością zamówienia Izba stwierdziła, że obliczenie zamawiającego było poprawne. Co prawda rzeczywiście szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnosi się do „całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług”, a w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazano, że wartość ta ma być powiększona o ten podatek, jednak nie

można tego przepisu interpretować z całkowitym pominięciem zasad logiki. Tak więc należy porównywać ze sobą rzeczy porównywalne, czyli wartość netto z netto lub brutto z brutto, inaczej już na samym wstępie porównanie to będzie obarczone wadą w istotny sposób fałszującą jego wynik, gdyż przy podstawowej stawce podatku od towarów i usług – 23%, prawie cała wartość 30% zostanie „konsumowana” przez ów podatek i realnie będzie się porównywać pozostałe 7% lub też zsumowane 53%, a nie wskazane w przepisie 30%.

Należy też zwrócić uwagę, że obliczanie szacunkowej wartości zamówienia opisane w art. 32–35 ustawy Prawo zamówień publicznych jest często bardziej skomplikowane niż samo porównanie go z wynagrodzeniem wykonawcy, które może on uzyskać w ramach danego prowadzonego przetargu i złożonej oferty, jak choćby doliczanie zamówień uzupełniających, zamówienia udzielane w częściach, składanie ofert częściowych czy usługi lub dostawy powtarzające się okresowo. Również w takich przypadkach należy porównywać wartości sobie odpowiadające – np. dane części zamówienia do siebie, a nie do wartości całości zamówienia, ofertę na zamówienie podstawowe do wartości zamówienia podstawowego itd. (...) Zatem, skoro zamawiający nie skierował bardziej szczegółowego wezwania, a uważał, że otrzymane wyjaśnienia nie są wystarczające, by można je było poddać ocenie, powinien poprosić wykonawcę o ich uszczegółowienie we wskazanym zakresie i przedstawienie dowodów wskazując, np., które uznałby za najbardziej przekonujące.

114. Sygn. akt: KIO 165/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej rażąco niskiej ceny, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności stwierdzić należało, że Zamawiający – kierując się dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w nowym brzmieniu, mającym zastosowanie do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – słusznie skierował wezwania do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej, tak Przystępującego, jak i Konsorcjum X. Nowa regulacja w tym zakresie zakłada bowiem, że zamawiający powinien zwrócić się do wykonawców o złożenie takich wyjaśnień w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny, identyfikując w sposób rachunkowy kwantyfikatory takiego wezwania, jako wezwania obowiązkowego. Ten matematyczny wyznacznik to w szczególności – jak wskazał ustawodawca – 30 procentowe zniżenie ceny ofertowej konkretnego wykonawcy w stosunku do co najmniej jednej z dwóch okoliczności: wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Jedną ze wskazanych okoliczności znalazła wypełnienie w stanie faktycznym niniejszej sprawy, tj. ponad 30 procentowa różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego (jak też Konsorcjum X), a wartością zamówienia. W przypadku oferty Przystępującego Izba ustaliła, że cena tej oferty jest niższa o ok. 54% od wartości szacunkowej zamówienia, zaś w przypadku oferty Konsorcjum X cena jest niższa o 52%. Powyższe wskazywało na konieczność poproszenia przez Zamawiającego wskazanych wykonawców o złożenie w tym zakresie stosownych wyjaśnień.

Wskazanie w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyznacznika „wartość zamówienia”, w ocenie Izby, biorąc pod uwagę dotychczasową wykładnię tego pojęcia, w kontekście konieczności oceny podejrzenia rażąco niskiej ceny, należy interpretować jako wartość szacunkową danego, konkretnego zamówienia, które będzie określone przedmiotem świadczenia (a więc chodzi o wartość szacunkową z odliczeniem wartości przewidywanych zamówień uzupełniających), jednakże obliczoną z należytą starannością, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp jako wartość netto, do której to wartości w celu porównywalności tej wartości z wartością ofert złożonych w postępowaniu należy doliczyć kwotę podatku VAT, właściwą dla danego przedmiotu zamówienia. Porównanie bowiem wartości szacunkowej netto z wartością ofert – zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) – określanych w kwotach brutto, prowadziłyby

do konieczności oceny nieporównywalnych *de facto* elementów i w konsekwencji niewymierzalnych wyników tej oceny. Tak więc interpretacja pojęcia „wartość zamówienia” literalnie ze znaczeniem tego pojęcia, jakie mu nadaje art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, szczególnie w sytuacji określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, prowadziłyby do nieracjonalnych wniosków, nonsensów (wykładnia *ad absurdum*). Z tych też względów wydaje się zasadnym zastosowanie w tym względzie innych metod wykładni i w efekcie przyjęcie, że dla celów porównawczych i oceny czy konkretna cena ofertowa nie jest rażąco niska zasadnym jest „ubruttowanie” szacunku zamawiającego. Na marginesie tylko – dla zobrazowania w pełnym zakresie tej kwestii – zauważyć należy, że z pewnością nieuzasadnionym jest porównywanie ceny ofertowej wprost do kwoty podawanej przez zamawiającego – zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp – bezpośrednio przed otwarciem ofert, tj. kwoty na sfinansowanie zamówienia. Kwota podawana na otwarciu ofert przez zamawiającego stanowi jedynie odzwierciedlenie jego możliwości finansowych związanych z realizacją zamówienia w danym momencie postępowania i ma służyć zabezpieczeniu interesów wykonawców przed nieuzasadnionym unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu rzekomego braku środków na jego sfinansowanie. Kwota ta nie stanowi wprost – biorąc pod uwagę regulację ustawy Pzp – należytego szacunku przedmiotu zamówienia, jak ma to miejsce w przypadku wartości (szacunkowej) zamówienia obliczonej zgodnie z art. 32 i następne ustawy Pzp. W niektórych przypadkach oczywiście kwota na sfinansowanie zamówienia podawana na otwarciu ofert stanowi wprost odzwierciedlenie szacunku zamawiającego przeprowadzonego zgodnie art. 32 i następne ustawy Pzp, powiększonego jedynie o wartość podatku VAT, jednak nie jest to obowiązkowe działanie zamawiającego. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający właśnie tak postąpił: ustaloną przez niego wartość szacunkową przedmiotu zamówienia (netto) powiększył jedynie o wartość podatku VAT (23%) i podał tę właśnie kwotę bezpośrednio przed otwarciem ofert. Nie jest to jednak – jak wskazano – wymagany od zamawiającego przepisami ustawy Pzp sposób postępowania. Z tych też względów przyjmowanie wprost kwoty na sfinansowanie zamówienia podawanej przed otwarciem ofert nie jest – w ocenie Izby – zasadne dla porównania cen ofertowych w kontekście podejścia rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, Izba uznała, że wykonawca ten – zgodnie ze spoczywającym na nim ciężarze dowodowym (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) – wykazał Zamawiającemu, że jego cena za realizację przedmiotu zamówienia jest realna. Wyjaśnienia te nie są lakoniczne, jak twierdził Odwołujący. Są to wyjaśnienia szczegółowe, w pełni wykazujące realne koszty związane z realizacją niniejszego zamówienia jakie poniesie Przystępujący, wskazujące też na konkretne okoliczności, które są właściwe dla Przystępującego, a które w sposób znaczący wpływają na możliwości ustalenia ceny ofertowej (łącznie, ale też stanowiącej punkt wyjścia dla niej – ceny za jedną dawkę FDG) na określonym poziomie. Izba – biorąc pod uwagę okoliczność, że Przystępujący treść swoich wyjaśnień objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa – nie może w sposób szczegółowy zaprezentować w treści niniejszego uzasadnienia wyroku szczegółowych okoliczności przywołanych w wyjaśnieniach Przystępującego. Niemniej jednak – zdaniem Izby – te okoliczności są wiarygodne, w pełni uzasadnione i na tyle szczegółowe, że dawały Izbie możliwość podjęcia ustalenia, że Przystępujący nie będzie realizował zamówienia z jakimikolwiek stratami dla swojego przedsiębiorstwa.

115. Sygn. akt: KIO 166/15, Wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.

Mimo nowelizacji przepisów ustawy dotyczących badania ceny oferty, w dalszym ciągu jest aktualny ugruntowany pogląd, że odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę nie może nastąpić wyłącznie na podstawie oceny zamawiającego dokonanej *a priori*, lecz musi być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym, w ramach którego wykonawca może wykazać,

że cenę oferty obliczył w sposób rzetelny i może za nią należycie wykonać umowę. Odwołujący tymczasem nie żądał przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego cenę oferty Konsorcjum X, lecz domagał się wyłącznie odrzucenia oferty, co *ex promptu* czyni zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp chybionym. Wprawdzie odwołujący wskazuje w katalogu naruszonych przez zamawiającego przepisów ustawy art. 90 ust. 1 Pzp, lecz samo podanie podstawy prawnej nie tworzy zarzutu. Zarzut, którego sformułowanie pozostaje w wyłącznej dyspozycji wykonawcy, powinien zawierać wskazanie kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego oraz związane z nimi okoliczności faktyczne i prawne (art. 180 ust. 3 Pzp). (...)

Izba nie podzieliła również poglądu odwołującego, że zgodnie z obecnym brzmieniem przepisów ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę niezależnie od etapu postępowania. Dostrzec bowiem trzeba, że znowelizowane przepisy ustawy modyfikują ogólną regułę w zakresie obowiązku dowodowego co do ceny oferty i nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Ustawodawca w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia unormował wyłącznie sytuację, w której wykonawca został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w ślad za ugruntowaną praktyką stwierdzając w art. 90 ust. 2 Pzp, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Taka sama reguła ustalona została w postępowaniu odwoławczym w art. 190 ust. 1 a pkt 1 Pzp stanowiącym, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Dostrzec jednak należy, że sytuacja, w której zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia ceny oferty nie została objęta powołanymi regulacjami. W art. 90 ust. 1 Pzp ustawodawca wskazał jedynie taksatywnie, kiedy zamawiający powinien zwrócić się o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę. W takiej sytuacji, przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym może być to jedynie, czy istnieją wątpliwości co do rzetelności ceny oferty, a ciężar dowodu co do okoliczności wskazujących, że zamawiający powinien dokonać czynności wezwania do wyjaśnień spoczywa na wykonawcy, który dokonania tej czynności się domaga, w okolicznościach sprawy na odwołującym. Zastosowanie znajdzie bowiem nie regulacja szczególna ustalona w art. 190 ust. 1a Pzp, lecz klasyczna zasada rozkładu ciężaru dowodu wskazana w art. 190 ust. 1 Pzp w ślad za art. 6 k.c. Art. 190 ust. 1a Pzp odnosi się przedmiotowo do sytuacji, gdy badanie ceny oferty zostało już dokonane i kwestionowane są wyłącznie jej wyniki.

116. Sygn. akt: KIO 343/15, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zachodziły również okoliczności przemawiające za koniecznością ponownego wzywania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Uzyskanie kolejnych wyjaśnień byłoby uzasadnione, gdyby Zamawiający miał wątpliwości co do złożonych pierwotnie wyjaśnień. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie miał wątpliwości odnośnie treści złożonych wyjaśnień. Zamawiający nie zgadzał się po prostu z założeniami wykonawcy przyjętymi do kalkulacji i w decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej przeprowadził polemikę ze stanowiskiem i argumentacją Odwołującego.

Reasumując tę część stanowiska Izby, Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił szczególnych okoliczności, które mogłyby spowodować, że znajduje się on w sytuacji korzystniejszej od innych wykonawców. Decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp uznano za prawidłową.

117. Sygn. akt: KIO 439/15, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.

Izba stwierdziła, że przystępujący w złożonym zamawiającemu piśmie nie tylko nie uzasadnił, ale i nawet nie ujawnił ani jednego z elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zdaniem Izby, użyte w wezwaniu sformułowanie „elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny”, czy „rodzaje i wysokość kosztów realizacji poszczególnych elementów” jed-

noznacznie wskazywały na to, że wyjaśnienia miały zawierać element kalkulacyjny. Jest to oczywiste dlatego, że celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Oświadczenie tego rodzaju znajdowało się już bowiem już w pkt 2 formularza oferty i nie było potrzeby go powielać.

Tymczasem przystępujący ograniczył się *de facto* jedynie do wskazania cen po jakich wykonał dostawę i instalację zestawów pieców dla wymienionych przez siebie trzech odbiorców, co jednak nie może być uznane za ujawnienie i uzasadnienie elementów kalkulacyjnych. W trakcie rozprawy przystępujący wyjaśniał, że nie przedstawił zamawiającemu żadnych elementów kalkulacyjnych, gdyż uważał, że zamawiający nie będzie w stanie zweryfikować tego rodzaju danych. Podniósł także, że ewentualnie ujawnione dane miałyby charakter wrażliwy i stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego. Zdaniem Izby żadna z okoliczności przywołanych przez przystępującego nie zwalniała go od obowiązku zastosowania się do wezwania.

118. Sygn. akt: KIO 499/15, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2015 r.

W związku z wystąpieniem tego typu okoliczności, tj. znacznym bo 25–30% zniżeniem ceny ofertowej względem powyższych wyznaczników rynkowej wartości zamówienia, Zamawiający był uprawniony do powzięcia wątpliwości, co do legalności ceny oferowanej przez Wykonawcę i tym samym, przed odrzuceniem oferty z tego tytułu, był zobowiązany do umożliwienia wykonawcy wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z wycenieniem jego świadczenia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Za nieprzekonywujące i niewystarczające dla zmiany przyjętego stanowiska nt. realnej wartości przedmiotu zamówienia, Izba uznała dowody, czy raczej wynikające z nich okoliczności, powoływane przez Odwołującego: stawki za przewozy medyczne kontraktowane przez NFZ oraz poziom ceny zakontraktowanej w ramach zamówienia w Szpitalu Powiatowym w C. W pierwszym wypadku stawka powoływana przez Odwołującego dotyczy przewozów dalekich (ponad 400 km), które stanowią jedynie niewielką część przedmiotowego zamówienia. Natomiast jaka średnia długości tras wynika z przedmiotowej specyfikacji i tym samym jaka właściwa stawka kontraktowana przez NFZ będzie miała tu zastosowanie, żadna ze stron nie wykazała. Zamówienie udzielone przez Szpital Powiatowy w C. pn. „Świadczenie usług transportowych dowozu i odwozu pacjentów stacji dializ”, po pierwsze stanowi jednostkowy przykład cen występujących na rynku, który trudno uogólnić na potrzeby niniejszego postępowania. Po drugie jego przedmiot – co wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia załączonej do odwołania – jest inny niż przedmiot niniejszego postępowania. Warunki transportu osób na terenie C. i okolic są z pewnością inne niż warunki transportu krwi na terenie K. i okolic. Ponadto inny jest zakres wymagań umownych. W związku z powyższym trudno przyjmować porównywalność obu przedmiotów zamówienia i ich wartości.

Izba nie uznała również wyjaśnień składanych przez Odwołującego Zamawiającemu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, a konkretnie informacji tam podawanych w zakresie szczególnych oszczędności dostępnych Odwołującemu – za wystarczające udowodnienie możliwości takiego skalkulowania ceny ofertowej. W tym zakresie należy wskazać, iż informacje niepełne i wybiórcze, odnoszące się li tylko do części kosztów wykonania zamówienia, których wykonawca nie poniesie, a pomijające kalkulację zasadniczych kosztów wykonania zamówienia, które poniesie – stanowią w tym przypadku niewystarczającą podstawę do oceny realności kalkulacji całości kosztów wykonania zamówienia i weryfikacji braku zniżenia wyceny oferowanych usług. Odwołujący w tym przypadku – jak słusznie wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty – nie przedstawił informacji na temat wyceny zasadniczych elementów kosztotwórczych składających się na wykonanie tego zamówienia, np. takich jak: koszty paliwa, siły roboczej, koszty serwisu samochodów, ubezpieczeń,

etc. Informacje tego typu należało w tym przypadku podać Zamawiającemu w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, aby umożliwić mu ich ocenę i weryfikację. Przedstawianie tego typu okoliczności, a następnie ich dowodzenie przed Izłą, należało uznać za spóźnione.

119. Sygn. akt: KIO 500/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

Zdaniem Izby zasadnym okazał się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego X, przystępującego Y i wykonawcy Z do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z przytoczonego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika obowiązek wezwania wykonawcy do uruchomienia procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy cena „wydaje się” rażąco niska i gdy jej wysokość „budzi wątpliwości”. W dalszej zaś części przepisu, ustawodawca przesądził, że wątpliwości takie należy powziąć zawsze, gdy cena oferty pozostaje w określonym, 30% stosunku do średniej arytmetycznej ofert lub wartości zamówienia.

Izba stwierdziła, że w przypadku oferty przystępującego X różnica pomiędzy ceną ofertową, a wartością zamówienia przewyższała ustawowy wskaźnik 30% obligujący zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Cena tej oferty wynosiła netto 6.495.946,20 zł, zaś po powiększeniu o podatek VAT w wysokości 8% – 7.015.621,90 zł brutto. Z kolei wartość zamówienia netto została przez zamawiającego obliczona na kwotę 9.324.758,88, co po powiększeniu o podatek VAT w wysokości 8% – dawało kwotę 10.070.739,59 zł brutto. Porównanie tych wartości prowadziło do wniosku, że cena oferty przystępującego X stanowiła jedynie 69,66 % wartości zamówienia. Ponieważ różnica pomiędzy nimi okazała się większa aniżeli 30%, zamawiający miał obowiązek wezwać przystępującego X do złożenia wyjaśnień, czego jednak zaniechał. Nie podzielono stanowiska zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jakoby w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należało porównywać cenę ofertową brutto, a więc z podatkiem VAT do wartości zamówienia bez powiększenia jej o wysokość tego podatku. Zdaniem Izby przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w którym rzeczywiście nie wspomniano o tym, że do wartości zamówienia należy dodać kwotę podatku, nie można interpretować w sposób zakładający nieracjonalność ustawodawcy (wykładnia *ad absurdum*). Taki bowiem skutek przyniosłoby bowiem bezkrytyczne przenoszenie siatki pojęciowej z art. 32 ustawy Pzp i porównywanie wartości całkowicie nieporównywalnych (np. ceny oferty brutto do wartości zamówienia netto i odwrotnie, czy też ceny oferty za część zamówienia w zamówieniu udzielanym w częściach do wartości zamówienia ustalonej w trybie art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, a więc obejmującej wszystkie zamówienia udzielane w częściach). Przyjęcie wykładni przepisu proponowanej przez zamawiającego prowadziłoby do skutków sprzecznych z celem regulacji. Oznaczałoby w niektórych przypadkach konieczność wszczynania postępowania wyjaśniającego nawet wtedy, gdy cena ofertowa byłaby wygórowana i nie budziłaby najmniejszych wątpliwości. Taka sytuacja występowałaby z reguły przy porównaniu ceny ofertowej za część zamówienia udzielanego w częściach do wartości zamówienia obejmującej wszystkie zamówienia publiczne udzielane w częściach. Z kolei w innych przypadkach proponowana wykładnia prowadziłaby do niewszczyniania procedury wyjaśniającej, pomimo istnienia znacznej różnicy, jednakże konsumowanej przez podatek VAT. Sytuacja taka miałaby miejsce, gdyby porównać cenę ofertową brutto do wartości zamówienia bez podatku VAT. Wykładnię taką należy odrzucić. Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 Pzp, jest ustalenie czy cena oferty jest rażąco niska w „stosunku do przedmiotu zamówienia”. Badany jest zatem stosunek ceny ofertowej do danej dostawy, usługi czy roboty, której opis zamieszczono w SIWZ i którą wykonawcy mają wykonać za zaoferowaną cenę. Skoro zgodnie z obowiązującymi przepisami dana dostawa, usługa czy robota obłożona jest podatkiem VAT, to badanie ceny ofertowej brutto musi odnosić się do szacowanego wynagrodzenia wykonawcy także obejmującego ten podatek.

(...) Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający zobowiązany był do wezwania przystępującego X do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czego jednak zaniechał. Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący słusznie zarzucił, iż ceny ofertowe przystępującego X, Y oraz Z powinny skłonić zamawiającego do uruchomienia procedury wyjaśniającej. Podkreślenia wymagało, że odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie miał obowiązku udowodnienia, że cena oferty przystępującego X, Y czy Z jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Musiał wykazać jedynie zaistnienie możliwości (podejrzenia) zaoferowania ceny rażąco niskiej, które to podejrzenie (możliwość) obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Z przepisu art. 90 ustawy Pzp wynika, że w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, należy zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero zaś skutkiem oceny złożonych wyjaśnień jest ustalenie lub nieustalenie zaoferowania ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem procedurę wyjaśnień dotyczących cen oferty należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy ceny w oczywisty sposób są zaniżone, ale także kiedy wydaje się czy też istnieje podejrzenie, że przedstawiają rażąco niskie ceny. Stanowisko takie przedstawił Europejski Trybunał Sprawiedliwości. „Państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone”. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C – 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”).

Art. 91 ust. 1–2a

120. Sygn. akt: KIO 337/15, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r.

Z treści przedstawionego powyżej uzasadnienia rozstrzygnięcia wynika jednocześnie, iż w ocenie składu orzekającego, w świetle treści postanowień siwz, opis dotyczący wartości wskaźnika za wykonanie napraw awaryjnych jest nieprzejrzysty. O ile bowiem, jak wyżej wskazano, istnieją podstawy do uznania go jako elementu o charakterze ceny, to jak zasadnie wskazuje zamawiający, nie jest to wartość zamówienia, a jedynie wartość stanowiąca wskaźnik do porównania ofert. Jednocześnie wartość tego wskaźnika nazwana sumą ogólną, a wyrażona w złotych, przedstawiona została w siwz jako drugie obok ceny kryterium oceny ofert. Potwierdzając, że taki opis kryteriów jest nieprzejrzysty, a przy założeniu, że drugie kryterium również jest kryterium cenowych, należy potwierdzić, że zamawiający naruszył art. 91 ust. 2 i 2a ustawy Pzp.

121. Sygn. akt: KIO 353/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że dokonane oceny przez poszczególnych członków komisji w poszczególnych podkryteriach są oparte o inne przesłanki niż wskazane w danych podkryteriach. Jak już wcześniej zostało wykazane podkryteria zawierały w swej treści określenia wartościujące, co pozwala dokonywać oceny ofert w kryterium oraz przyznawać różnorodną ilość punktów. Pamiętać należy, że ocena jest indywidualna i indywidualny jest również opis zawierający uzasadnienie przyznanych punktów, który to opis nie jest warunkowany żadnymi przepisami – być nie może bo traciłby wtedy przymiot indywidualizmu. Poszczególni członkowie komisji dokonujący oceny ofert w poszczególnych podkryteriach dokonując indywidualnej oceny w sposób indywidualny odnosi się również do dokonanej oceny w uzasadnieniu przyznanych punktów.

122. Sygn. akt: KIO 398/15, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.

W zakresie tego zarzutu Izba stwierdziła, że zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, iż zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert nie powinien być premiować ofert zawiera-

jących termin zapłaty dłuższy niż 60-dniowy (tzn. nie powinien być w taki sposób konstruować specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W związku zaś z tym, że termin 60-dniowy jest jednocześnie terminem ustawowym, za który zamawiający nie ma powodów przyznawać dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert, a tym samym potencjalnie „dopłacać” wykonawcy w cenie oferty za zaoferowanie tego terminu, należy uznać, że kryterium to zostało przez zamawiającego niefortunnie dobrane i opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do tego rzeczywiście przekroczenie 60-dniowego terminu płatności może powodować po stronie zamawiającego naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Jednak, zdaniem Izby, nie można jednocześnie pominąć podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada przejrzystości postępowania (wskazana w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi) oraz zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. ocenić ofert w inny sposób, niż zostało to przewidziane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zasada przejrzystości co prawda nie została *expressis verbis* wymieniona w ustawie Prawo zamówień publicznych – faktycznie mieści się ona w zasadzie zachowania uczciwej konkurencji – jednak znajduje swój wyraz w szeregu przepisów tej ustawy, jak choćby art. 25, art. 36 czy art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z zasad tych (zasady przejrzystości oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) wynika m.in., że wszystkie istotne warunki prowadzenia przetargu i wyboru oferty najkorzystniejszej muszą być wskazane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym także kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej oraz sposób oceny ofert według tych kryteriów (art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych), a także – przede wszystkim – to, że zasady te nie mogą się zmieniać w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (poza dozwolonymi zmianami specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Niedopuszczalna jest jednak zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc i zasad prowadzenia przetargu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, po upływie terminu składania ofert. Tym samym zamawiający nie może zmienić zasad przyznawania punktów w kryterium terminu płatności, a także treści oferty wykonawcy, musi więc przyznać wykonawcy tyle punktów, ile wynika z wprowadzonych przez niego zasad.

W opisie oceny według tego kryterium (rozdział XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia) zamawiający wskazał, że przyzna punkty według poniższego wzoru: $Pt = (To:Tn) \times 100 \text{ pkt} \times 100\%$, gdzie Pt to wartość punktowa za kryterium okres utrzymania terminu płatności, To – termin płatności wykonawcy ocenianego, Tn – zaoferowany najkorzystniejszy termin płatności. Maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania przez ofertę według kryterium: 5 pkt.

Zdaniem Izby, w braku zakazu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca ze swojej strony mógł zaproponować ustalony przez siebie termin płatności (należy pamiętać, że ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych [ustawa z dnia 8 marca 2013 r. (Dz. U. poz. 403) – *przyp. red.*] została wprowadzona w celu ochrony wierzycieli będących często w słabszej pozycji w stosunku do dłużnika). Oczywiście, może to mieć dla zamawiającego negatywne skutki w postaci ewentualnego zapłacenia odsetek wraz z kosztami ich dochodzenia oraz konsekwencji dyscyplinarnych – albo też niepotrzebnie przyzna on dodatkowe punkty za dłuższy okres płatności, której będzie dokonywał w krótszym, ustawowym okresie, lecz nie jest to okoliczność, która była nieznaną zamawiającemu w momencie sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem to zamawiający powinien ponieść negatywne skutki swojego niedbalstwa w ustalaniu warunków przetargu oraz w sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (ewentualne konsekwencje dyscyplinarne), a – jak wskazano powyżej – wbrew zasadzie przejrzystości byłoby przyznanie wykonawcy innej liczby punktów, niż ta, która wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 91c ust. 1**123. Sygn. akt: KIO 234/15, KIO 235/15, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2015 r.**

Odwołujący składał postąpienia za pomocą przeglądarki Google Chrome (w wersji 40) czyli innej niż zalecana przez administratora, który jednocześnie w regulaminie wskazał, że nie będzie ponosił odpowiedzialności za nieprawidłowości w korzystaniu z portalu, w przypadku gdy wykonawcy będą stosować inne niż zalecane oprogramowanie. Odwołujący korzystając z innej przeglądarki internetowej nie spełnił wymagań technicznych związanych z korzystaniem z portalu, tym samym nie można obciążać odpowiedzialnością za brak poprawnego korzystania z portalu jego administratora lub Zamawiającego.

Zgodnie z przedstawionym raportem z przebiegu aukcji elektronicznej z dnia 4 lutego 2015 roku (dowód nr 1), który potwierdza stanowisko reprezentowane przez Zamawiającego, wykonawcy, którzy korzystali z zalecanej przeglądarki internetowej, nie mieli problemów w składaniu postąpień, jak również podpisów elektronicznych. Z przedstawionego (dowód nr 1) raportu wynika również, że Odwołujący z adresu IP, z którego brał udział w aukcji elektronicznej, nie zakończył powodzeniem żadnego testu podpisu. W zestawieniu prób wykonania podpisu wskazana została tylko jedna pomyślna próba wykonania testu podpisu, jednakże z innego adresu IP niż ten, z którego Odwołujący brał udział w aukcji elektronicznej 4 lutego 2015 roku – zaznaczyć należy, że kolejna próba wykonania testu podpisu z tego samego adresu IP zakończyła się niepowodzeniem. Z przedstawionego w raporcie (dowód nr 1) opisu przebiegu aukcji wynika jednoznacznie, że wszystkie oferty utworzone przez Odwołującego nie zostały prawidłowo podpisane przy użyciu podpisu elektronicznego (za pomocą komponentu Platformy, służącego podpisywaniu ofert). Z opisu przebiegu aukcji wynika również, że w czasie trwania aukcji Odwołujący wykonał kolejną próbę złożenia podpisu testowego zakończoną niepowodzeniem. Związane to było z uruchomieniem komponentu do podpisu w niezgodnym z regulaminem środowisku uruchomieniowym – uruchomiono w przeglądarce Google Chrome a nie w przeglądarce Internet Explorer. Załączone do Odwołania rzuty z ekranów potwierdzają korzystanie przez Odwołującego z przeglądarki Google Chrome – co zostało wykazane w raporcie (dowód nr 1). Uwzględniając stanowisko Odwołującego przedstawione na rozprawie, że stosował on inną przeglądarkę niż wskazana w dokumentacji postępowania i Regulaminie, załączone do odwołania dokumenty potwierdzają nieprawidłowość w działaniu Odwołującego przez nie zastosowanie rozwiązań technicznych gwarantujących prawidłowość udziału w aukcji, co w konsekwencji przekłada się na brak zasadności podnoszenia zarzutów w stosunku do nieprawidłowego działania platformy. Z Raportu wynika również, że aukcja elektroniczna, w której brał udział Odwołujący na platformie autorstwa X S.A. była pierwszą aukcją, w której brał on udział. Odwołujący nie kwestionował tego stanowiska.

Nie potwierdziła się również argumentacja Odwołującego oparta na wykazywaniu, że problemy techniczne w funkcjonowaniu platformy występowały również u innego wykonawcy, tj. u Jana P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Y. W oświadczeniu złożonym przez Jana P. i załączonym do Odpowiedzi na odwołanie wskazał on, że stanowczo zaprzecza, jakoby podczas korzystania z platformy aukcyjnej przez jego firmę wystąpiły błędy techniczne w funkcjonowaniu platformy aukcyjnej, które miałyby zgłaszać telefonicznie organizatorowi aukcji. Jan P. oświadczył, że podczas uczestnictwa w aplikacji testowej zgłosił pytanie do administratora i po uzyskaniu odpowiedzi pomyślnie zakończył test. Natomiast w trakcie aukcji elektronicznej nie stwierdził żadnych błędów ani uchybień w funkcjonowaniu platformy aukcyjnej. W stanowisku przedstawionym w Raporcie administrator dodatkowo wyjaśnił, że w przypadku Jana P. niezbędna była aktualizacja sterowników do czytania podpisu elektronicznego na komputerze lokalnym wykonawcy, co jest elementem niezależnym od platformy aukcyjnej (X S.A.) i za co odpowiada zgodnie z Regulaminem wykonawca biorący udział w aukcji. Tym samym problemy w trakcie aplikacji testowej związane były tylko i wyłącznie z problemami technicznymi na komputerze wykonawcy, które usunął on i pomyślnie zakończył test.

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe, prawidłowo wykonawcy zostali poinformowani o koniecznych do spełnienia wymaganiach technicznych gwarantujących poprawność udziału w aukcji elektronicznej, a Odwołujący nie zastosował się do wyartykułowanych wymagań, mimo że akceptując Regulamin miał świadomość tego, że administrator aukcji nie ponosi odpowiedzialności za korzystanie przez uczestników z oprogramowania innego niż zalecane w Regulaminie. Nie doszło zatem do naruszenia art. 91c ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

124. Sygn. akt KIO 172/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.

W ocenie Izby zatem nielogiczne byłoby przyjęcie, że można prowadzić postępowanie na roboty budowlane, usługi czy dostawy, których realizacja wiąże się z dostępem do informacji niejawniej bez możliwości zapewnienia sobie przez zamawiającego rzeczywistej ochrony tej informacji, a taka rzeczywista ochrona możliwa jest jedynie przy stosowaniu procedury z rozdziału 4a. W ocenie Izby brak jest podstaw prawnych do przyjęcia, że postępowanie wszczęte w trybie niezgodnym z ustawą może być konwalidowane w drodze zmiany ogłoszenia o zamówieniu, czy modyfikacji treści siwz w rozumieniu art. 38 ustawy. W ocenie Izby prowadzenie postępowania w trybie niewłaściwym prowadzi do braku możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co narusza art. 7 ust. 3 ustawy. W konsekwencji jedyną możliwą czynnością naprawczą w rozumieniu ustawy jest zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, tj. unieważnienie przedmiotowego postępowania przez zamawiającego i jego ponowne wszczęcie we właściwym trybie postępowania.

Art. 101 ust. 3

125. Sygn. akt: KIO 517/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą {Pzp}. Art. 101 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. {W art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp chodzi o zaproszenie kierowane w celu udzielenia zamówienia do wykonawców, z którymi zamawiający zawarł umowę ramową.}. Z ofertą niezgodną z ustawą Pzp – jak słusznie wskazuje doktryna prawa zamówień publicznych – mamy do czynienia przede wszystkim wówczas, gdy narusza ona przepisy ustawy Pzp adresowane do wykonawców, nie zaś do zamawiających. Niewątpliwie adresatem normy art. 101 ust. 3 Pzp jest wykonawca, gdyż to on składa ofertę w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego Izby punktem wyjścia dla interpretacji art. 101 ust. 3 Pzp jest zawarta w art. 2 pkt 9a Pzp definicja umowy ramowej. Zgodnie z nią przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Wynika z tego, że ustalone w umowie ramowej warunki realizacji zamówień, które mają być udzielone w przyszłości, takie jak np. cena, należą do przedmiotowo istotnych przedmiotowo elementów treści tej umowy. Dalsze przepisy ustawy Pzp dotyczące umowy ramowej wprowadzają regułę, że raz ustalone w niej warunki realizacji przyszłych zamówień nie mogą ulec pogorszeniu na etapie udzielania konkretnych zamówień. I tak w odniesieniu do umowy ramowej zawartej z jednym wykonawcą w art. 101 ust. 1 pkt 1 Pzp wprost wskazano, że zamówienie nie może być udzielone na warunkach mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej. Z kolei przy umowie ramowej zawartej

z wieloma wykonawcami art. 101 ust. 3 Pzp zastrzega, że oferta składana przez wykonawcę nie może być mniej korzystna od oferty złożonej przez niego uprzednio w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Zdaniem składu orzekającego Izby również w tym drugim przypadku celem zakazu jest uniemożliwienie udzielenia zamówienia na mniej korzystnych warunkach niż ustalone uprzednio w umowie ramowej.

Przenosząc powyższe na grunt tej sprawy należy stwierdzić, że na mocy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym umowy ramowej określone w ofercie pierwotnej ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych rodzajów badań i interpretacji, czyli stawki podane w formularzu cenowym nie mogły ulec podwyższeniu na etapie składania oferty ostatecznej. Zamawiający wprowadził w s.i.w.z. na zawarcie umowy ramowej taki warunek dla zamówień udzielanych w okresie jej obowiązywania, co nie zostało zakwestionowane przez żadnego z wykonawców. Warunek ten został wielokrotnie wyrażony w s.i.w.z. na zawarcie umowy ramowej, a następnie potwierdzony w s.i.w.z. na zawarcie umowy wykonawczej. Z kolei Odwołujący składając ofertę wstępną, a następnie podpisując umowę ramową, zgodził się na to, aby ceny jednostkowe nie ulegały podwyższeniu przy udzielaniu konkretnych zamówień (tzw. zamówień cząstkowych). Skoro Odwołujący w ofercie ostatecznej podwyższył cenę jednostkową za interpretację telewizora akustycznego w stosunku do uprzednio złożonej oferty, zaoferował w tym zakresie mniej korzystne warunki niż ustalone w umowie ramowej, a tym samym naruszył art. 101 ust. 3 Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, że powyższa reguła znajduje uzasadnienie w przyjętych przez Zamawiającego założeniach. Zamawiający nie był w stanie na etapie umowy ramowej precyzyjnie przewidzieć zakresu ilościowego poszczególnych rodzajów badań i interpretacji. Stąd mogło mu zależeć, aby niezależnie od korekt przedmiotu zamówienia na etapie udzielania zamówienia, zagwarantować sobie w umowie ramowej nieprzekraczalną wysokość stawek za każdy rodzaj badań i interpretacji. Konsekwentnie Zamawiający przewidział już na etapie postępowania na zawarcie umowy ramowej kosztorysowe wynagrodzenie za realizację udzielonych zamówień, czyli za faktycznie wykonane badania i interpretacje według cen jednostkowych, które nie mogły być wyższe niż w umowie ramowej.

Zdaniem składu orzekającego w okolicznościach sprawy nie znajduje uzasadnienia stanowisko Odwołującego, jakoby podwyższenie jednej ceny jednostkowej nie miało znaczenia, gdyż dla całego zadania oferta finalna jest korzystniejsza od oferty pierwotnej w świetle obowiązującego na obu etapach procedury kryterium cenowego. Odwołujący sam na rozprawie dowiódł, że zaprezentowane w odwołaniu zestawienie cen jego ofert złożonych na różnych etapach, acz efektowne, jest zupełnie nieadekwatne, gdyż umowa ramowa i udzielane zamówienie nie dotyczą tożsamesgo zadania. Na rozprawie okazało się, że wykazanie tego, co według odwołania miało być oczywiste, wymaga przeprowadzenia symulacji, przy czym możliwe są tu różne warianty. W przekonaniu składu orzekającego Izby nie ma znaczenia, że w każdym z nich sprowadzone do takiego samego zakresu rzeczowego hipotetyczne zadanie okazuje się być łącznie tańsze według cen jednostkowych z oferty wykonawczej. Odwołujący wykazał nieporównywalność ofert, skoro ich korzystność można stwierdzić jedynie przez pryzmat podanych w nich cen jednostkowych. Natomiast podwyższenie choćby jednej ceny jednostkowej oznaczało zaoferowanie realizacji usługi na mniej korzystnych warunkach niż ustalone wiążąco w umowie ramowej.

Art. 142 ust. 5

126. Sygn. akt: KIO 346/15, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2015 r.

Istotą postępowania jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający jest uprawniony do decydowania o wysokości zmian wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. W myśl art. 142 ust. 5

ustawy Pzp umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany:

1. stawki podatku od towarów i usług,
2. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
3. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

– jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Wskazany przepis został dodany do ustawy Pzp w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2014 r., poz. 1232).

Sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego jest rozumienie określenia „odpowiednie zmiany wysokości wynagrodzenia”. W ocenie odwołującego wyrażenie „odpowiednie” należy rozumieć jako „równe”, „odpowiadające” zmianom wprowadzonym przez właściwe regulacje prawne. Z kolei zamawiający twierdzi, iż z przepisu nie wynika, by wprowadzane zmiany wynagrodzenia wykonawcy były równe wysokościami zmian wskazanych stawek. W ocenie Izby słuszność należy przyznać odwołującemu. Wskazać należy, że wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp stawki podatku VAT, kwoty minimalnego wynagrodzenia oraz zasady i stawki obowiązujące w ubezpieczeniach społecznych i zdrowotnych są regulowane przez odpowiednie akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględnić również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych.

Wniosek taki wynika z uzasadnienia projektu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 roku, gdzie wskazano, że: w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana, np. podatku od towarów i usług (VAT), powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnoszą się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy są zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach. W świetle powyższego proponuje się uzupełnić przepis art. 142 ustawy Pzp o nowy ust. 5 poprzez wprowadzenie obowiązku zawierania w umowach trwających powyższej 12 miesięcy zapisów dotyczących zmiany w odpowiedniej wysokości wynagrodzenia, w ściśle określonych przypadkach. Zgodnie z treścią proponowanego przepisu art. 142 ust. 5 ustawy, umowa musiałaby zawierać postanowienie o odpowiedniej zmianie wysokości wynagrodzenia w razie zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług,

- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalanego na podstawie odrębnych przepisów,
- wysokości stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że wynagrodzenie wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Powyższe argumenty uzasadniają również konieczność dokonania zmiany wynagrodzenia wykonawcy od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa.

Izba nie uwzględniła pozostałych żądań odwołania. W szczególności Izba nie widzi podstaw do nakazania zamawiającemu dokonywania zmian umowy we wskazanym wyżej zakresie jedynie na podstawie oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa powyżej. Zgodnie z art. 142 ust. 5 *in fine* ustawy Pzp odpowiednie zmiany wysokości wynagrodzenia mogą mieć miejsce jedynie wówczas, gdy zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zasadnym zatem jest zobowiązanie wykonawcy do wykazania wpływu zmiany wskazanych regulacji na koszty wykonania zamówienia. Wprowadzenie zapisu o waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jedynie na podstawie jego oświadczenia mogłoby prowadzić do bezpodstawnego podnoszenia wynagrodzenia wykonawcy.

127. Sygn. akt: KIO 413/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.

Przechodząc do analizy § 11 ust. 4 wzoru umowy Izba, mając na względzie poczynione dotychczas uwagi, uznała, że w zakresie okoliczności wymienionych w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp Zamawiający uchybił obowiązkowi określenia zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Ograniczył się do przepisania treści ww. przepisu, ze wskazaniem, że ciężar wykazania wpływu zmian na koszt wykonania zamówienia spoczywa na wykonawcy, co – jak uprzednio stwierdzono – wynika z prawidłowej interpretacji przepisu oraz, że zmiana umowy może dotyczyć tylko wynagrodzenia na przyszłość, co z kolei wynika z samej idei waloryzacji. Jakkolwiek można twierdzić, że powyższe stanowi sformułowanie jakichś zasad wprowadzania odpowiednich zmian wynagrodzenia, tym niemniej, zdaniem Izby, intencją ustawodawcy było zobligowanie zamawiających do takiego uregulowania w umowach kwestii waloryzacji, aby w razie wystąpienia okoliczności uzasadniających uruchomienie mechanizmu waloryzacji strony nie toczyły sporów co do przebiegu tej procedury. Celu tego nie da się osiągnąć odwołując się li tylko do treści samego przepisu, ponieważ – jak wspomniano – przewiduje on swobodę w uregulowaniu kwestii mechanizmu zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Także „zasady” odnoszące się do innych przepisów Pzp, jak chociażby stwierdzenie, że zmiany umowy wymagają formy pisemnej *ad solemnitatem*, nie będą realizowały obowiązku wynikającego z art. 142 ust. 5 Pzp, ponieważ odwołują się do przepisów prawa powszechnie odwołującego i nie wymagają dalszego powielania (art. 77 § 1 K.c. w zw. z art. 139 ust. 2 Pzp).

W konsekwencji, w odniesieniu do przypadków określonych w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp, Izba uznała, że Zamawiający winien wprowadzić do wzoru umowy postanowienia określające zasady dokonywania odpowiednich zmian wynagrodzenia wykonawcy, odnoszące się chociażby do terminu i sposobu ich wprowadzenia, a także obowiązków dowodowych wykonawcy, tj. od kiedy wykonawcy należne będzie wynagrodzenie w zmienionej wysokości (w tym zakresie Izba nie uwzględniła wyrażonego na rozprawie stanowiska Zamawiającego, że zmiana będzie obowiązywać od dnia podpisania aneksu, bowiem we wzorze umowy nie zawarto postanowienia o terminie na dokonanie tej czynności), czy konieczne będzie zawieranie w tym przedmiocie aneksu, czy wystarczająca będzie akceptacja dowodów potwierdzających wzrost kosztów realizacji zamówienia przedstawionych przez wykonawcę oraz jakie dokumenty Zamawiający uzna za spełniające wymóg wynikający z przepisu art. 142 ust. 5 *in fine* Pzp.

Izba wskazuje, że nie uwzględniła w powyższym zakresie żądań Odwołującego, nie tylko z uwagi na brak związania tym elementem odwołania, ale ze względu na to, że były one zbyt daleko idące i nieuzasadnione. W szczególności nie było zasadne przyjęcie, że zmiany, o których mowa w art. 142 ust. 5 Pzp, miałyby obowiązywać od dnia wejścia w życie zmian podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom, czy wysokości składek ponoszonych z tego tytułu. Postanowienie takie pomijałoby przesłankę wpływu na koszty realizacji zamówienia, uniezależniając od niej obowiązek Zamawiającego odpowiedniej zmiany wynagrodzenia za realizację zamówienia, z czym zgodzić się nie sposób. Ponadto nie jest, w ocenie Izby, wystarczające li tylko złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających ze zmian objętych dyspozycją przepisu art. 142 ust. 5 Pzp, ponieważ stawiałoby wykonawcę w uprzywilejowanej względem Zamawiającego sytuacji, faktycznie uniemożliwiając mu weryfikację prawdziwości twierdzeń wykonawcy. Wymaga również zauważenia, że żądania Odwołującego pozostawały ze sobą w sprzeczności, bowiem w odniesieniu do okoliczności wskazanych w art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 Pzp – z jednej strony – domagał się wprowadzenia do wzoru umowy postanowień uzależniających waloryzację wynagrodzenia od wykazania przez wykonawcę zwiększonych kosztów realizacji zamówienia (odwołanie, t. 10–11), a z drugiej – sformułował postulat, zgodnie z którym konieczne będzie wyłącznie złożenie oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów (odwołanie, t. 13). Z kolei w zakresie zmian stawki VAT wywodził, że są to zmiany nieistotne, których nie trzeba przewidywać w umowie w sprawie zamówienia publicznego (wywody zawarte na t. 8–9 odwołania), a zarazem oczekiwał uregulowania tej kwestii w precyzyjnie wskazany przez siebie sposób (odwołanie, t. 12–13). (...)

Reasumując, Zamawiający naruszył przepis art. 142 ust. 5 Pzp uchylając obowiązkowi zawarcia we wzorze umowy postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadkach, o których mowa w pkt 2 i 3 powołanego przepisu. Odmienne zapatrywanie należało wyrazić na gruncie przewidzianych przez Zamawiającego we wzorze umowy zasad dotyczących zmian wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług (art. 142 ust. 5 pkt 1 Pzp). W tym zakresie Zamawiający trafnie wskazywał, że omawianą kwestię należy oceniać nie tylko przez pryzmat § 11 ust. 4, ale także § 5 wzoru umowy. Postanowienia ust. 1 pkt 1 oraz ust. 2 § 5 wzoru umowy wskazują na okoliczność, że Zamawiający uniezależnił zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany stawki VAT od dokonywania dodatkowych czynności przez którąkolwiek ze stron umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z ww. postanowień umowy wynika bowiem, że w razie zmiany obowiązującej stawki podatku wynagrodzenie umowne netto nie ulegnie zmianie, a jedynie zostanie do niego doliczony podatek w zmienionej wysokości. Mechanizm taki, zdaniem Izby, czyni zadość idei przyświecającej wprowadzeniu do Pzp przepisu art. 142 ust. 5 pkt 1 Pzp, ponieważ chroni wykonawcę przed negatywnymi konsekwencjami zmiany stawki podatku dotyczącej przedmiotu umowy.

128. Sygn. akt: KIO 443/15, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2015 r.

Zamawiający w dniu 26 lutego 2015 r. dokonał zmian treści SIWZ na skutek uwzględnienia odwołania Odwołującego z dnia 10 lutego 2015 r. Zamawiający przewidział możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy w oparciu o wartość roboczogodziny pracowników zatrudnionych wyłącznie na podstawie umowy o pracę w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, że możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy przewidział wyłącznie w przypadku wzrostu kosztów realizacji zamówienia związanych ze wzrostem kosztów ZUS osób zatrudnionych na podstawie umów o pracę. Umowy cywilnoprawne nie zostały objęte zakresem powyższej zmiany. Zamawiający wskazał zarówno w treści odpowiedzi na odwołanie, jak i podczas roz-

prawy, że dokonując powyższej zmiany SIWZ kierował się interesem publicznym wyrażającym się w promowaniu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Art. 142 ust. 5 ustawy Pzp statuuje obowiązek wprowadzenia przez zamawiających do umów o udzielenie zamówienia publicznego zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień określających zasady zmian wynagrodzenia wykonawcy m.in. w sytuacji zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, ubezpieczeniu zdrowotnemu, a także wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne bądź zdrowotne. Ustawodawca nie określił w omawianym przepisie szczegółowych zasad zmiany wynagrodzenia, uprawniających zamawiających do określenia i sprecyzowania takich zasadach w SIWZ. Ustawodawca wskazał wyłącznie, iż dopuszcza się zmianę wynagrodzenia w określonych sytuacjach oraz powiązał zmianę wynagrodzenia z koniecznością wykazania, że będzie ona miała wpływ na koszty realizacji zamówienia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zasady zmiany wynagrodzenia mogą odmiennie kształtować się w konkretnych zamówieniach publicznych. Przełożenie zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, ubezpieczeniu zdrowotnemu, a także wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne bądź zdrowotne na warunki konkretnych umów o udzielenie zamówienia publicznego jest różne i zależne od wielu czynników w tym m.in. treści SIWZ, podstawy prawnej dysponowania osobami realizującymi zamówienie, czy też chęci zapewnienia przez zamawiających określonego poziomu ochrony socjalnej.

Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, że w SIWZ wprowadził zasadę odnoszącą się do zmiany wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianą kosztów ubezpieczeń społecznych, ubezpieczenia zdrowotnego osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, która to zasada stanowi, iż Zamawiający żadnej zmiany wynagrodzenia wykonawcy nie dopuszcza i ogranicza możliwość zmiany wynagrodzenia wyłącznie w przypadku wzrostu kosztów obciążeń publicznoprawnych w omawianym zakresie związanych z umowami o pracę. W ocenie Izby powyższa zasada nie jest właściwa i nie realizuje celu, jaki ustawodawca chciał osiągnąć wprowadzając do ustawy Pzp art. 142 ust. 5. Wskazać należy, że w uzasadnieniu nowelizacji przywołanego przepisu ustawodawca wskazał, że w dzisiejszej praktyce zamawiających właściwie nieobecne jest włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwala na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powoduje utratę marży, a w konsekwencji prowadzi do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadzi do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. (...) Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach.

Ustawodawca uzasadniając wprowadzenie omawianej regulacji odwołał się do tzw. umownych klauzul waloryzacyjnych oraz do zmiany kosztów realizacji zamówienia związanych ze zmianą wysokości obciążeń publicznoprawnych, nie rozróżniając w żaden sposób wzrostu kosztów realizacji zamówienia w związku ze zmianą obciążeń publicznoprawnych wynikających z umów o pracę czy z umów cywilnoprawnych. Zasadne jest więc przyjęcie, że klauzule waloryzacyjne winny mieć zastosowanie zarówno w przypadku wzrostu kosztów wykonania zamówienia związanych ze zmianą zasad lub stawek ubezpieczeń społecznych lub zdrowotnego mających zastosowanie zarówno do umów o pracę, jak i umów cywilnoprawnych. Podkreślenia bowiem wymaga, iż wykonawca realizujący zamówienia z pomocą osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych, w tym umów zlecenia ponosi, co do zasady, koszty ubezpieczeń społecznych oraz ubezpieczenia zdrowotnego. W konsekwencji ewentualna zamiana zasad rozliczenia należnych obciążeń publicznoprawnych z tytułu ubezpieczeń społecznych i ubezpieczenia zdrowotnego może mieć wpływ na koszt realizacji zamówienia przez wykonawcę.

W ocenie Izby obecne brzmienie SIWZ dopuszczające możliwość podwyższenia wynagrodzenia wykonawcy wyłączne w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu w zakresie wzrostu kosztów osób zatrudnionych na umowę o pracę, z wyłączeniem kosztów osób zatrudnionych na podstawie umów cywilnoprawnych stanowi naruszenie art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. Ustawodawca bowiem objął dyspozycją przywołanego przepisu zarówno wzrostu obciążeń publicznoprawnych związanych z umowami o pracę, jak i z umowami cywilnoprawnymi. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż przysługuje mu prawo określenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawców, jednakże zasady te winny być zgodne z art. 142 ust. 5 i celem, jaki przyświecał ustawodawcy wprowadzając omawianą regulację. Podkreślić również wymaga, że Zamawiający dopuścił możliwość wykonania zamówienia przy pomocy personelu zatrudnionego na podstawie innego stosunku prawnego niż umowa o pracę, dopuszczając tym samym umowy cywilnoprawne. W konsekwencji za niezasadne należy uznać jednoczesne zamykanie wykonawcom drogi do skorzystania z powyższego prawa poprzez wprowadzenie braku możliwości zmiany wynagrodzenia w przypadku wzrostu obciążeń publicznoprawnych związanych z umowami cywilnoprawnymi. Skoro celem Zamawiającego jest realizacja zamówienia przez wykonawcę, którego personel jest w 100% zatrudniony na podstawie umowy o pracę, to winien dać temu jednoznaczny wyraz w SIWZ, korzystając z przysługującego mu prawa z art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu wprowadzenie zmian w SIWZ i wprowadzenie postanowień przewidujących zmianę wynagrodzenia wykonawcy, w tym dopuszczenia możliwości jego podwyższenia, w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne mających zastosowanie do umów cywilnoprawnych wraz z określeniem zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy. Izba nakazała również określenie przez Zamawiającego zasad dokonywania powyższych zmian wynagrodzenia wykonawcy. Izba nie widzi podstaw do nakazania Zamawiającemu dokonywania zmian umowy we wskazanym wyżej zakresie jedynie na podstawie oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa powyżej. Zgodnie z art. 142 ust. 5 *in fine* ustawy Pzp odpowiednie zmiany wysokości wynagrodzenia mogą mieć miejsce jedynie wówczas, gdy zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zasadnym zatem jest zobowiązanie wykonawcy do wykazania wpływu zmiany wskazanych regulacji na koszty wykonania zamówienia. Wprowadzenie zapisu o waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy jedynie na podstawie jego oświadczenia mogłoby prowadzić do bezpodstawnego podnoszenia wynagrodzenia wykonawcy.

Art. 144 ust. 1

129. Sygn. akt: KIO 114/15, KIO 120/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.

(...) przepis art. 144 Pzp nie formułuje obowiązków zamawiającego na etapie treści siwz, a jedynie jego uprawnienie do ustalenia w specyfikacji [jej załączniku] warunków zmiany istotnych postanowień umowy, a nieprawidłowe skorzystanie z tego uprawnienia nie skutkuje bezpośrednio naruszeniem tego przepisu, lecz ewentualnym brakiem możliwości wprowadzenia zakładanych zmian do zawartej umowy.

Art. 179 ust. 1

130. Sygn. akt: KIO 2814/14, KIO 2819/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2015 r.

Izba ustaliła również, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia obydwu odwołań, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący X ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ złożył w postępowaniu ofertę z najniższą ceną, przy cenie

jako jedynym kryterium oceny ofert ustalonym przez Zamawiającego w SIWZ i kwestionuje czynność odrzucenia jego oferty w postępowaniu. Zatem w wystarczający sposób wykazał się on możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy.

Odwołujący Y zdaniem Izby również wykazał interes we wniesieniu odwołania kwestionując zaniechania udostępniania mu sklasyfikowanych w rankingu oceny ofert powyżej oferty Odwołującego Y ofert wykonawców, co uniemożliwiało mu weryfikację tych ofert i wykonawców pod kątem oceny spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu, a ponadto w efekcie uniemożliwiło wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Zatem Odwołujący Y w wystarczający sposób wykazał się możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z udzieleniem niniejszego zamówienia innemu wykonawcy. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, który powołując się na dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykazywał na brak podstaw do rozpoznania niniejszego odwołania. Przy takim założeniu zarzuty dotyczące nieudostępniania wykonawcom zgodnie z zasadą jawności postępowania dokumentacji z postępowania nie zasługiwałyby w ogóle na ochronę w ramach środków ochrony prawnej. Uznanie, że wykonawca nie posiada interesu we wniesieniu odwołania w trybie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiąc przesłankę materialnoprawną wniesienia odwołania, skutkowałoby oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznania zarzutów w nim podnoszonych. Taka ocena zarzutów związanych z naruszeniem jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, prowadząca do ograniczenia wnoszenia środków ochrony prawnej co do każdej czynności czy zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, byłaby zdaniem Izby nieuprawniona i prowadząca do naruszeń w zakresie prawa europejskiego.

131. Sygn. akt: KIO 245/15, 305/15, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Przedmiotowe odwołanie dotyczy oferty sklasyfikowanej jako mniej korzystna od oferty Odwołującego. Pozostawanie tej oferty w postępowaniu nie stoi więc na przeszkodzie i nie zagraża możliwościom uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Po stronie Odwołującego nie występuje więc żadna ewentualna szkoda związana z naruszeniem przepisów, które w odwołaniu jest podnoszone. Innymi słowy, to nie tego typu, ewentualne naruszenie przepisów przez Zamawiającego prowadzi do strat materialnych po stronie Odwołującego polegających na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał więc żadnej konkretnej szkody materialnej, którą może ponieść w wyniku zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty droższej od oferty Odwołującego.

132. Sygn. akt: KIO 385/15, Wyrok KIO z dnia 12 marca 2015 r.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Wykonawca wnoszący odwołanie winien zatem wykazać istnienie obu wskazanych przesłanek. Z powyższego wynika, że odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty

możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Odwołujący jest zobligowany wykazać, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu ma potrzebę uzyskania zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania. Ponadto odwołujący winien wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Ponadto szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach niniejszej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (*damnum emergens*), oznaczające pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego (*lucrum cessans*), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono. A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy Pzp albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w istotny sposób je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie zaszyły przesłanki uzasadniającej uprawnienie odwołującego do skutecznego wniesienia odwołania. Odwołujący poprzez złożenie oferty wykazał, że chciał uzyskać przedmiotowe zamówienie publiczne. W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący w treści odwołania wskazał, że może ponieść szkodę, polegającą na naruszeniu jego pozycji na rynku zamówień publicznych, co utrudni lub uniemożliwi mu ubieganie się o udzielanie i uzyskiwanie zamówień. Tego rodzaju szkoda nie mieści się w zakresie pojęciowym zarówno straty polegającej na pogorszeniu się sytuacji majątkowej odwołującego, jak i straty tego, co odwołujący mógłby uzyskać, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Szkoda, na którą powołuje się odwołujący, może być uznana za szkodę ewentualną, która nie jest ani szkodą w postaci *damnum emergens* ani *lucrum cessans*. *Damnum emergens* to szkoda rzeczywista. Podkreślić należy, że odwołujący w ogóle nie podnosił okoliczności, uzasadniających twierdzenie, iż zamawiający swym postępowaniem doprowadził do zaistnienia takiej szkody w majątku odwołującego. Wykazanie szkody w postaci *lucrum cessans* z natury rzeczy ma z kolei charakter hipotetyczny. Nie sprzeciwia się to przyjęciu, że szkoda rzeczywiście powstała lub może powstać, jeżeli zostanie udowodnione tak duże prawdopodobieństwo osiągnięcia korzyści majątkowej przez poszkodowanego, że rozsądnie rzecz oceniając można stwierdzić, iż poszkodowany na pewno uzyskałby korzyść, gdyby nie wystąpiło zdarzenie, w związku z którym ten skutek był niemożliwy (wyrok SN z dnia 26 stycznia 2005 roku sygn. akt: 426/04). W przypadku przedstawianym przez odwołującego chodzi jedynie o utratę pewnej szansy uzyskania korzyści. W założeniu samym przyjmuje się więc w wypadku szkody ewentualnej brak pewności co do konsekwencji przewidywanego przebiegu zdarzeń. Na gruncie polskiego prawa cywilnego przyjmuje się, że szkoda ewentualna, w odróżnieniu od szkody hipotetycznej, nie podlega naprawieniu. Brak również do uznania jej za przesłankę korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

133. Sygn. akt: KIO 408/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.

Reasumując okoliczność nie zaskarżenia odrzucenia oferty z powodu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. jak również nie zaskarżenia odrzucenia na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp stanowi brak uniemożliwiający powoływanie się na interes w uzyskaniu zamówienia, co wią-

że się brakiem możliwości składania odwołania. Skoro odwołujący nie zaskarżył czynności odrzucenia oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji oraz złożonych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny to znaczy, że zgadza się z zamawiającym w tym zakresie.

W związku z tym bezprzedmiotowe jest rozstrzygnięcie o pozostałych zarzutach odwołania to jest co do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, czy też zarzutach co do nie wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy wybranego X. Bowiem odwołujący nie zaskarżając w pełnym zakresie czynności odrzucenia jego oferty pozbawił się prawa do wniesienia odwołania, które przysługuje tylko tym, którzy mają interes w uzyskaniu zamówienia w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem prawo do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, który wskutek naruszeń przepisów ustawy Pzp utracił prawo do uzyskania zamówienia, co naraża go na szkodę. Skoro odwołujący nie zaskarżył faktu odrzucenia jego oferty w związku z czynem nieuczciwej konkurencji oraz oceną wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, to oferta jego pozostaje skutecznie odrzucona, po upływie terminu na wniesienie odwołania, a co już nastąpiło w tej sprawie. Tylko zaskarżenie wszystkich okoliczności, czyli naruszeń ustawy Pzp, w związku z odrzuceniem oferty, uprawnia odwołującego do rozpoznania zarzutów jego odwołania.

Art. 179 ust. 2

134. Sygn. akt: KIO 229/15, Wyrok KIO z dnia 16 lutego 2015 r.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący, jako organizacja wpisana na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, jest uprawniona do wniesienia odwołania. Przy tym, jako organizacja, o której mowa w art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie jest zobowiązana wykazywać spełnienia przesłanek dotyczących interesu we wniesieniu odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odnoszących się do interesu w uzyskaniu zamówienia i poniesionej szkody. Zgodnie z art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej przysługują jedynie wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wniesione odwołanie nie dotyczy samej treści ogłoszenia o zamówieniu ani kwestii związanych z jego publikacją, uregulowanych w art. 40 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale czynności poprzedzającej ogłoszenie, tj. obowiązku publikacji ogłoszenia o zamiarze przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy o publicznym transporcie zbiorowym [ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1440 ze zm.) – przyp. red.]. Należy jednak zwrócić uwagę, że art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie odnosi się wyłącznie do treści ogłoszenia o zamówieniu (choć standardowo to owa treść, a nie sam fakt zamieszczenia ogłoszenia bywa kwestionowany w postępowaniach odwoławczych), natomiast odwołujący odniósł się do „kwestii związanych z jego publikacją”, czyli samego faktu jego publikacji, wskazując w treści odwołania na naruszenie art. 40 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem z treści samego art. 179 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika zupełny brak możliwości wniesienia takiego odwołania.

Art. 180 ust. 3

135. Sygn. akt: KIO 242/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.

Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartyku-

łowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 Pzp stanowi, że odwołanie, które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 Pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego; powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Mając na względzie powyższe wytyczne stawiane przez orzecznictwo sądowe uznano, że nie można przyjąć, by Odwołujący postawił zarzut niewłaściwego nieprzyznania przez Zamawiającego punktów za jakiegokolwiek roboty [poza poz. 33, ale w tej mierze finalnie cofnął zarzut wobec ustalenia, że punkty zostały jednak przyznane], co do których z samych dokumentów, bez potrzeby wzywania do ich wyjaśnienia lub uzupełnienia wynikałoby spełnienie wymagań stawianych przez Zamawiającego.

Art. 182 ust. 1 pkt 1

136. Sygn. akt: KIO 407/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że zarzuty zostały postawione z uchybieniem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy. W ocenie Izby czynnością zamawiającego, wobec której możliwe było postawienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 24 ust. 4 ustawy była informacja o wyniku postępowania – o jego unieważnieniu. Dopiero wówczas bowiem odwołujący dowiedział się, że zamawiający inaczej niż odwołujący interpretuje § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [*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. poz. 231) – przyp. red.*], jak i to, że dla zamawiającego § 17 ust. 1 OWU [*Ogólne Warunki Umowy – przyp. red.*] nie świadczy o tym, że odwołujący był objęty ochroną ubezpieczeniową przed zapłatą pierwszej raty składki. Nadto odwołujący w dacie wezwania do uzupełnienia nie

wiedział także, czy podstawą jego ewentualnego wykluczenia będzie brak opłacenia składki w terminie składania ofert, czy brak wykazania w ofercie, że ubezpieczyciel zobowiązał się do ochrony ubezpieczeniowej przed opłaceniem pierwszej składki. Z tych okoliczności w ocenie Izby wynika, że postawienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 814 § 1 i 2 kc w związku z art. 14 ustawy i w związku z art. 24 ust. 4 ustawy nie było spóźnione i prawidłowo odwołujący obliczył ten termin od daty poinformowania go o unieważnieniu postępowania. Analogicznie w przypadku zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z art. 26 ust. 2c ustawy, to w dacie wezwania odwołujący wiedział jedynie o stosunku zamawiającego do załączonych do oferty polis ubezpieczeniowych, ale na wezwanie przedłożył także inne dokumenty, które zamawiający mógł oceniać przez pryzmat art. 26 ust. 2c ustawy, a o wyniku tej oceny odwołujący dowiedział się dopiero z informacji o unieważnieniu postępowania i stąd zarzutu nie można uznać za spóźniony.

Art. 182 ust. 3 pkt 1

137. Sygn. akt: KIO 91/15, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2015 r.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku przystępującego X, przedstawionym w sprzecznie, odwołanie nie podlegało oddaleniu jako przedwczesne. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 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.

Odwołanie w analizowanej sprawie zostało wniesione w dniu 16 stycznia 2015 r. wobec zaniechania dokonania przez zamawiającego w dniu 7 stycznia 2015 r. czynności odtajnienia oferty złożonej przez przystępującego X. Oczywistym jest przy tym, że aby uczynić zadość wymaganiom wynikającym z uchwały SN [uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt: III CZP 75/05) – przyp. red.], to jest, aby zbadać skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający potrzebował odpowiedniego czasu. Obowiązujące przepisy nie regulują terminu na badanie skuteczności zastrzeżenia, jednakże powinno ono następować bez zbędnej zwłoki, zaś granicznym terminem jest chwila dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie ulegało wątpliwości, że odwołanie zostało wniesione przed dokonaniem przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego odwołujący, wobec przysługującego mu z mocy art. 96 ust. 3 ustawy Pzp prawa wglądu w oferty innych wykonawców, w dniu 30 grudnia 2014 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o dokonanie wglądu m.in. do oferty przystępującego X. Jednakże, jak wynika z treści wniosku odwołującego, odwołujący poprosił zamawiającego o umożliwienie wglądu do tej oferty w terminie do 7 stycznia 2015 r. Skoro zatem do zamawiającego wpłynął wniosek o tej treści, to powinien się on do niego odnieść. Zdaniem Izby, jeżeli zamawiający do dnia 7 stycznia 2015 r. nie był w stanie zbadać skuteczności zastrzeżenia, to winien poinformować odwołującego o tym, że oferty nie udostępni w tym terminie z tego powodu, że jeszcze bada skuteczność zastrzeżenia. Brak informacji zwrotnej, przy jednoznacznym brzmieniu wniosku odwołującego, mógł być przez tego ostatniego poczytany jako odmowa odtajnienia oferty przystępującego X. Zaniechanie wyjaśnienia przez zamawiającego na piśmie przyczyn odmowy udostępnienia oferty w wyznaczonym terminie nie może obciążać odwołującego. Zdaniem Izby nie musiał się on domyślać powodów nieudostępnienia oferty konkurencyjnego wykonawcy. Powyższe jest o tyle istotne, że termin z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego, którego upływ powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania. Skutkiem uchybienia terminu jest zaś odrzucenie odwołania spóźnionego na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc powyższe Izba uznała, że odwołanie wniesione w dniu 16 stycznia 2014 r. nie jest odwołaniem przedwczesnym.

Art. 183 ust. 1**138. Sygn. akt: KIO 169/15, KIO 170/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.**

Ponieważ ustawa Pzp *de lege lata* w związku z wniesieniem odwołania nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonywaniem w prowadzonym postępowaniu dalszych czynności, zamawiający może ich dokonywać zgodnie z żądaniami odpowiadającymi części zarzutów odwołania, których zasadność uznał. Zamawiający nie może jedynie do czasu wydania orzeczenia przez Izbę zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika wprost z art. 183 ust. 1 Pzp.

Art. 183 ust. 2–6**139. Sygn. akt: KIO/W 1/13, Postanowienie KIO z dnia 8 stycznia 2013 r.**

W dniu 4 stycznia 2013 r. Gmina K. w K., działając na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.], złożyła wniosek do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu, którego przedmiotem jest „zimowe utrzymanie dróg gminnych Gminy K. w roku 2013”.

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w przedmiotowym postępowaniu odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Spółdzielni X w S. oraz Y w C. Odwołujący w dniu 2 stycznia 2013 r. wycofali złożone odwołanie. W tych okolicznościach rozpoznanie wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe, co uzasadnia umorzenie postępowania na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

140. Sygn. akt: KIO/W 2/13, Postanowienie KIO z dnia 21 stycznia 2013 r.

W dniu 16 stycznia 2013 r. Ośrodek Pomocy Społecznej w B., działając na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), złożył wniosek do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze w postępowaniu, którego przedmiotem jest „wykonanie usługi cateringowej, polegającej na przygotowywaniu i dostarczaniu jednodaniowych, ciepłych posiłków dla uczniów Zespołu Szkół w W. w ramach rządowego programu – Posiłki dla Potrzebujących”. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w przedmiotowym postępowaniu odwołanie wykonawcy X w L. Postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 21 stycznia 2013 r. w spr. KIO 52/13, odwołanie zostało zwrócone.

W tych okolicznościach rozpoznanie wniosku Zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe, co uzasadnia umorzenie postępowania na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

141. Sygn. akt: KIO/W 5/13, Postanowienie KIO z dnia 1 lutego 2013 r.

W ocenie Izby, Zamawiający wykazał, że niezawarcie umowy z wybranym wykonawcą może wywołać, lub wywoła znaczące, negatywne skutki dla interesu publicznego. Podkreślenia wymaga specyfika przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, którym jest przygotowanie i wdrożenie rozwiązania informatycznego (Systemu) niezbędnego dla transformacji administracji podatkowej. Celem jaki ma być osiągnięty w wyniku wykonania

umowy o zamówienie publiczne jest kompleksowa poprawa funkcjonowania administracji podatkowej, budowa systemu podatkowego przyjaznego obywatelowi, a także poprawa ściągальności podatków i zwiększenie wpływów do budżetu. Powyższe generować będzie oszczędności, które umożliwią zaspokojenie większej liczby potrzeb o charakterze powszechnym. Zatem niewątpliwie realizacja tego celu ma istotne znaczenie z punktu widzenia interesu publicznego, a nie partykularnego interesu samego Zamawiającego. W ocenie Izby jest to bowiem cel doniosły tak społecznie, jak i gospodarczo, dotyczący określonej i szerokiej grupy (społeczeństwa), niemieszczący się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych.

Według Izby, realizacja opisanego przez Zamawiającego celu jest istotnie zagrożona. Warunkiem jego osiągnięcia w akceptowalnym terminie jest bowiem skorzystanie z zewnętrznych środków pomocowych. Jednakże te dostępne są w ograniczonej perspektywie czasowej. Jak wynika z załączonych do wniosków harmonogramów wynikających z porozumień o dofinansowanie projektów umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna być zawarta do dnia 31 stycznia 2013 r., zaś projekty i tak mają ponad rok opóźnienia. Drugiego zagrożenia należy upatrywać w tym, że odsunięcie w czasie zawarcia umowy stawia pod znakiem zapytania w ogóle możliwość wykonania umowy. Jeden z głównych produktów umowy (Pełne Wdrożenie Architektury Pośredniej TA3) musi zostać wytworzony przez wykonawcę w terminie 36 miesięcy od dnia zawarcia umowy, lecz nie później niż 31 marca 2015 r. W świetle powyższego, nawet gdyby podpisanie umowy odbyło się w zakładanym przez Zamawiającego terminie, tj. 31 stycznia 2013 r. wykonawca dysponuje okresem o prawie 1/3 krótszym.

W ocenie Izby istniejące zagrożenia dla interesu publicznego znacząco przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony tych interesów, co do których istnieje możliwość doznania uszczerbku w wyniku czynności i zaniechań Zamawiającego. Jako podstawowy interes, jaki może doznać uszczerbku w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, jawi się utrata korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia przez odwołującego X S.A., które wykonawca ten gotowy był wykonać za kwotę 267.181.589,40 zł. Niewątpliwie z punktu widzenia tego wykonawcy zysk, jak również niematerialne korzyści, jakie wiązać się będą z realizacją jednego z większych projektów informatycznych, są znaczące. Dostrzeżenia wymaga jednak, iż prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w interesie tego wykonawcy nie jest duże. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 grudnia 2012 r. (sygn. akt. KIO 2593/12, KIO 2599/12, KIO 2600/12, KIO 2601/12) oddalając odwołania, wypowiedziała się bowiem o legalności czynności i zaniechań zamawiającego, które wykazują związek z czynnościami i zaniechaniami kwestionowanymi w odwołaniu wniesionym przez X S.A. w dniu 30 stycznia 2013 r.

142. Sygn. akt: KIO/W 6/13, Postanowienie KIO z dnia 6 lutego 2013 r.

Z przepisu art. 183 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp wynika, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wyjątkiem od ogólnej reguły, zgodnie z którą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawiera się dopiero po ogłoszeniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Wyjątek ten uzasadnia wyłącznie sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez zamawiającego czynności. Na etapie oceny zasadności złożonego wniosku Izba nie bada ani prawidłowości, skuteczności, ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałoby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie wykonawcy). Zamawiający we wniosku winien należyście sprecyzować na czym

polega ten interes publiczny, a także uzasadnić dlaczego ma on tak dużą wagę, że należy przedłożyć go nad ochronę interesu odwołującego i innych wchodzących w grę interesów. Zamawiający musi także wykazać, że w konkretnych okolicznościach istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby, które zakończy postępowanie odwoławcze.

Izba zważyła, że z lakonicznego uzasadnienia wniosku nie wynika nawet na czym polega interes publiczny, który miałby uzasadniać uchylenie zakazu zawarcia umowy. Zamawiający poprzestał na przywołaniu treści art. 34 ust. 7 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych [ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. (Dz. U. t.j. z 2012 r. poz. 361 ze zm.) – przyp. red.], podaniu liczby adresatów, do których jest zobowiązany na mocy tego przepisu przesłać roczne obliczenie podatku dochodowego od osób fizycznych, a także wyliczeniu liczby dni roboczych, które są niezbędne na wydruk i zakopertowanie tej korespondencji. Zamawiającemu udało się jedynie wykazać, że niezawarcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego do 5 lutego 2013 r. spowoduje, że przy zakładanym dwuzmianowym systemie pracy w dni robocze nie będzie w stanie wykonać tzw. akcji PIT w terminie wynikającym z przywołanego przepisu ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, to jest do końca lutego. Nie wiadomo na jakiej podstawie Izba ma stwierdzić, że niedopełnienie w terminie tego obowiązku przez X, niesie ze sobą negatywne skutki dla interesu publicznego. W ocenie Izby okoliczność, że do podstawowego zakresu działania X należy realizacja przepisów o ubezpieczeniach społecznych, nie przesądza o tym, że zagrożenie terminowej realizacji związanych z tym zadań należy automatycznie ocenić jako godzące w interes publiczny.

W konsekwencji braku sprecyzowania na czym polega interes publiczny, zagrożony przez zakaz zawarcia umowy, Zamawiający nie odniósł się również do kwestii konieczności uchylenia ochrony innych zbiegających się interesów, w szczególności interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie. Izba zważyła, że z uwagi na wymagany termin wykonania powyższego obowiązku, wszczęcie postępowania 6 grudnia 2012 r., z terminem składania ofert przypadającym 16 stycznia 2013 r., Zamawiający w ogóle nie uwzględnił możliwości korzystania przez wykonawców z przysługujących im środków ochrony prawnej. Możliwość wnioskowania o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem o zasadności wniesionego odwołania nie powinna służyć jako remedium na skutki zbyt późno wszczętego postępowania, niezależnie od tego czy udzielenie zamówienia służy wykonaniu określonych obowiązków nałożonych na zamawiających na mocy ustaw. Również okoliczność, że w przypadku opóźnienia realizacji akcji PIT 2012 ucierpi wizerunek X, nie stanowi wystarczającego powodu dla uchylenia możliwości udzielenia skutecznej ochrony wykonawcy wnoszącego odwołanie. Niewątpliwie dla takiego wykonawcy niebagatelne znaczenie ma, czy w wyniku wydanego wyroku będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia czy też będzie musiał zamiast tego zadowolić się stwierdzeniem przez Izbę, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp.

143. Sygn. akt: KIO/W 7/13, Postanowienie KIO z dnia 11 lutego 2013 r.

Wniosek został złożony wobec wniesienia w dniu 1 lutego 2013 r. odwołania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Katarzynę R., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą X Katarzyna R. w M., Grzegorza R., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Y Grzegorz R., Beatę J. i Pawła J., prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Z s.c. w G.

Dnia 11 lutego 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego wydała Postanowienie, którym odrzuciła odwołanie (sygn. akt KIO 223/13). Wobec tego rozpoznanie wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy stało się bezprzedmiotowe. W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, umorzyła postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku, orzekając w formie postanowienia.

144. Sygn. akt: KIO/W 10/13, Postanowienie KIO z dnia 20 lutego 2013 r.

Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego na potrzeby stosowania art. 182 ust. 3 Pzp, przyjmuje się rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Należy zwrócić uwagę, że chodzi w tym przypadku o realizację przedsięwzięć służących ogółowi, co trudno odnieść do wskazanej przez zamawiającego grupy 180 uczestników organizowanych przez niego spotkań i szkoleń.

Wobec nie wykazania bezpodstawności ochrony interesu wykonawcy składającego odwołanie i nie wykazania przewagi ewentualnych negatywnych skutków dla interesu publicznego, przewyższającego korzyści związane z ewentualną koniecznością ochrony interesów, do których może zachodzić prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, w wyniku czynności zamawiającego, na skutek utrzymania zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, KIO odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy.

145. Sygn. akt: KIO/W 12/13, Postanowienie KIO z dnia 22 lutego 2013 r.

(...) zaznaczyć należy, że ewentualna okoliczność, iż dane odwołanie zostanie odrzucone, nie jest powiązana z przesłanką negatywnych skutków dla interesu publicznego i ich rozmiarów związanych z opóźnieniem zawarcia umowy w sprawie zamówienia. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, a nawet nie wskazał okoliczności, na które się generalnie powołuje, a których ocena warunkuje możliwość uwzględnienia wniosku. Nie opisał w szczególności i nie wykazał w jaki sposób i w jakim konkretnie wymiarze, miałyby powstawać realne zagrożenie interesu publicznego związane z kilkudniowym opóźnieniem zawarcia przedmiotowej umowy (do czasu spodziewanego rozpatrzenia odwołania przez Izbę). Nie przedłożył ogólnikowych twierdzeń o swoich zadaniach i domniemanej niemożliwości ich wykonywania, na konkretne okoliczności danej sprawy. Nie wskazał nawet w jakich najwcześniejszych/najpóźniejszych terminach planowana przezeń umowa powinna być zawarta.

146. Sygn. akt: KIO/W 17/13, Postanowienie KIO z dnia 3 kwietnia 2013 r.

Z uzasadnienia wniosku nie wynikają więc żadne konkretne informacje, które pozwoliłyby na dokonanie oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego. Tymczasem Izba uchylając zakaz zawarcia umowy nie może opierać się na ogólnikach. Natomiast Zamawiający nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż okoliczności te spowodują negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Izba, rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności wniesionego odwołania, w tym także podstaw jego odrzucenia.

147. Sygn. akt: KIO/W 1/14, Postanowienie KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.

Izba nie ma możliwości poszukiwania z urzędu faktów mających przemawiać na korzyść zamawiającego, gdyż jej obowiązkiem jest jedynie wyczerpująco ocenić te, które zostały wskazane we wniosku.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera regulacji specjalnych dotyczących uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia koń-

czącego postępowanie odwoławcze nawet, jeśli przedmiotem zamówienia jest priorytetowa usługa w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności. Dlatego też, zamawiający składając wniosek winien był w sposób szczegółowy i za pomocą jasnych określeń wykazać znaczenie zawarcia umowy dla ochrony interesu publicznego, który przekracza potrzebę ochrony praw uczestników postępowania odwoławczego, w tym odwołującego się wykonawcy i samego zamawiającego.

Uchylenie umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest instytucją o wyjątkowym charakterze. Sam upływ czasu, na który została zawarta poprzednia umowa, na podstawie której były chronione osoby i mienie zamawiającego, nie stanowi wystarczającej podstawy do jej zastosowania. Zamawiający, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien przyjąć odpowiedni czas trwania procedury i uwzględnić możliwość wnoszenia przez wykonawców środków ochrony prawnej na poszczególnych etapach postępowania.

148. Sygn. akt: KIO/W 2/14, Postanowienie KIO z dnia 23 stycznia 2014 r.

Zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp Izba umarza, w formie postanowienia, postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, jeżeli jego rozpoznanie stało się bezprzedmiotowe, w szczególności z powodu: ogłoszenia przez Izbę orzeczenia przed rozpoznanieniem wniosku; cofnięcia wniosku. Wobec ogłoszenia w dniu wczorajszym, tj. 22.01.2014 r., w sprawie odwołania o sygn. akt: KIO 52/14 postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego z uwagi na cofnięcie odwołania przez umocowanego pełnomocnika Odwołującego, Izba postanowiła, jak w sentencji.

149. Sygn. akt: KIO/W 8/14, Postanowienie KIO z dnia 26 lutego 2014 r.

Ponadto, powołanie się Zamawiającego na bezzasadność wniesionego odwołania, w niniejszym postępowaniu – o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozpatrzeniem odwołania przez Izbę – jest bezprzedmiotowe, gdyż Izba przy rozpatrywaniu tego wniosku nie bada zasadności odwołania, lecz zasadność wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Reasumując, podkreślenia wymaga, że samo wskazanie możliwości wystąpienia negatywnych skutków, bez ich szczegółowego wykazania i uprawdopodobnienia wystąpienia, nie jest wystarczającą przesłanką do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

150. Sygn. akt: KIO/W 10/14, Postanowienie KIO z dnia 24 lutego 2014 r.

Odnosząc się do treści wniosku, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy z wybranym wykonawcą może wywołać lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego.

Wbrew stanowisku zamawiającego, zawarcie umowy z wybranym wykonawcą nie jest warunkiem zapewnienia ciągłości i prawidłowego funkcjonowania infrastruktury wodociągo-wo-kanalizacyjnej. Jak zamawiający wskazywał we wniosku, przewidywał zawarcie umowy do końca lutego 2014 r., jednak wskutek poprzedniego postępowania odwoławczego zmuszony był zawrzeć umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki z dotychczasowym wykonawcą – X sp. z o.o. na okres jednego miesiąca. Tym samym zamawiający wskazał na istnienie sposobu zapewnienia sobie ciągłości usługi w zakresie eksploatacji i konserwacji infrastruktury wodociągo-wo-kanalizacyjnej do czasu zawarcia umowy z wykonawcą, który zostanie wyłoniony w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym.

151. Sygn. akt: KIO/W 11/14, Postanowienie KIO z dnia 28 lutego 2014 r.

Zgodnie z art. 183 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których

zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wynika także, że zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie, tj. takim, aby przy uwzględnieniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, możliwe było zawarcie umowy w terminie przez zamawiającego oczekiwanym.

W kontekście powyższego, niezrozumiałym jest postępowanie zamawiającego, który mając na uwadze fakt, że dotychczasowa umowa z wykonawcą wygasa dnia 31 marca 2014 roku dopiero w dniu 6 marca 2014 roku ogłasza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zwłoka ze strony zamawiającego w rozpoczęciu procedury z odpowiednim wyprzedzeniem, tj. takim, które będzie gwarantowało możliwość rzetelnej oceny ofert oraz skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, nie może uzasadniać wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem.

152. Sygn. akt: KIO/W 14/14, Postanowienie KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r.

Dnia 3 kwietnia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego wydała Postanowienie, w którym odrzuciła odwołanie (sygn. akt KIO 630/14). Wobec powyższego, rozpoznanie wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy stało się bezprzedmiotowe.

153. Sygn. akt: KIO/W 15/14, Postanowienie KIO z dnia 14 kwietnia 2014 r.

Przywołany przepis [art. 183 ust. 2 ustawy Pzp – *przyp. red.*] stanowi, że Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli jej niezawarcie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, w szczególności w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazana przesłanka ustawowa pozwalająca Izbie na uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego związanego z wniesieniem odwołania w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zakazu wynikającego z normy art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, odwołuje się w swej dyspozycji do dwóch okoliczności, które winny być wykazane przez Zamawiającego we wniosku składanym do Izby.

Pierwszą z tych okoliczności jest konieczność wykazania zagrożenia interesu publicznego. Zagrożenie to jest wynikiem złożonego odwołania i ma znaczenie dla terminu zawarcia umowy, a tym samym również realizacji określonego przedsięwzięcia objętego danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby wskazana okoliczność znalazła wypełnienie w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy. Zamawiający wykazał, że przedsięwzięcie związane z przygotowaniem materiałów szkoleniowych i edukacyjnych (filmów) związanych z testowaniem zadań do części ustnej egzaminu maturalnego z języka polskiego mieści się w sferze zadań służących ogółowi, a związanych z ochroną oświaty, na które wskazywał Trybunał Konstytucyjny w swojej uchwale z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt: W 8/96), dokonując interpretacji pojęcia: „interes publiczny”. Niewątpliwie realizacja tego przedsięwzięcia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy jest poważnie zagrożona. Jak wykazał Zamawiający wykonanie przedmiotowego zamówienia powinno nastąpić do dnia 25 kwietnia 2014 r., tj. do zakończenia zajęć klas maturalnych przez uczniów tych klas, którzy – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego – muszą wziąć udział w nagraniach tych filmów. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (pkt II.2)) maksymalny termin wykonania tego zamówienia został przewidziany

co prawda do dnia 9 maja 2014 r., jednakże, niezależnie od tego czy weźmiemy pod uwagę sam termin wskazywany we wniosku przez Zamawiającego, czy też maksymalny określony przez niego w treści ogłoszenia o zamówieniu, wykonanie przedmiotu zamówienia (nakręcenie filmów szkoleniowych i edukacyjnych) z udziałem uczniów aktualnych klas maturalnych, jest sprawą niezwykle pilną z uwagi na terminy egzaminów maturalnych i zaangażowanie uczniów w powyższe, a także z uwagi na przypadający w tym czasie okres dni wolnych od pracy, w czasie których zaangażowanie tych uczniów w realizację przedsięwzięcia będzie niezwykle ograniczone. Mając powyższe na uwadze również należy wskazać, że zakończenie postępowania odwoławczego we wskazanym terminie, a w szczególności do dnia 25 kwietnia 2014 r. jest nader wątpliwe, a to z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący złożył do Izby odwołanie z istotnymi brakami formalnymi, w szczególności z brakiem uiszczenia wpisu odwołania. Istotną okolicznością w sprawie jest także i to, że Odwołujący został wezwany do uzupełnienia braków formalnych odwołania drogą pocztową ze względu na brak wskazania w treści odwołania kontaktu faksowego i podanie adresu poczty elektronicznej, co uniemożliwiło dostarczenie mu przesyłki z wezwaniem do uzupełniania braków formalnych odwołania w szybkim terminie, uwzględniając przy tym zasadę szybkości postępowania odwoławczego. Z tych też względów Izba stwierdza, że zagrożenie terminu wykonania umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego jest realne i może powodować negatywne skutki dla interesu publicznego, tj. w efekcie może wpływać na nieprawidłowe (bez użycia wskazanych materiałów filmowych, które objęte są przedmiotem zamówienia) przeszkolenie ponad 9 000 polonistów, nauczycieli-egzaminatorów oceniających wypowiedzi zdających egzamin maturalny z języka polskiego w części ustnej. Tym samym realizacja określonego przedsięwzięcia o charakterze oświatowym, które w efekcie ma służyć określonej społeczności uczniów klas maturalnych w całej Polsce, jest w sposób istotny zagrożone, co – zdaniem Izby – wypełnia wskazaną przesłankę interesu publicznego.

Drugą z okoliczności wynikających z art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp jest ochrona wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego, a więc interesów wykonawców wykazywanych w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym, w tym w szczególności interesu odwołującego się wykonawcy. Przywołany przepis ustawy Pzp zakłada konieczność zważenia interesu publicznego z uszczerbkiem w interesie wykonawcy (wykonawców) ubiegającego się o dane zamówienie publiczne, który zaskarża w postępowaniu o zamówienie publiczne dane czynności czy zaniechania zamawiającego (ewentualnie broni swoich interesów postępowaniu odwoławczym jako wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego). Izba dokonała owego zważenia tych dwóch okoliczności i stwierdziła, że zabezpieczenie interesu wykonawcy składającego odwołanie w postępowaniu o zamówienie publiczne w niniejszej sprawie nie przewyższa interesu publicznego, uwzględniając przy tym dodatkowo okoliczność, iż to Odwołujący swoim działaniem przyczynił się do uniemożliwienia Izbie szybkiego – tj. w terminie instrukcyjnym wynikającym z przepisów ustawy Pzp – rozpoznania sprawy wniesionego w tej sprawie odwołania.

154. Sygn. akt: KIO/W 17/14, Postanowienie KIO z dnia 23 kwietnia 2014 r.

Zamawiający w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które warunkują możliwość uwzględnienia wniosku, tj. nie wykazał, jakie to negatywne skutki dla interesu publicznego mają wystąpić z powodu niezawarcia w miesiącu maju br. umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane związane z przebudową, nadbudową, rozbudową i remontem budynku bloku „VA” Szpitala Specjalistycznego nr (...) w B.

Izba podkreśla, że nie jest notoryjną wiedza na temat, jakie skutki dla interesu publicznego będzie miał brak zawarcia przedmiotowej umowy. Nie wskazano również, jakie skutki dla interesu publicznego będzie miało domniemane, (bo niewskazane wprost przez zamawiającego) opóźnienie w zawarciu umowy. Wreszcie nie wskazano, w jakim nieprzekraczalnym terminie przedmiotowa umowa winna być zawarta, gdy tymczasem termin rozpoznania niniejszego wniosku tylko o dwa dni wyprzedza wyznaczoną datę rozprawy w sprawie wniesionego odwołania.

Izba stwierdza także, że takie okoliczności, jak nie rozpoczęcie robót z początkiem maja br i hipotetyczny brak możliwości zrealizowania zadania w 2014 r. oraz hipotetyczna utrata środków pochodzących z dofinansowania nie mogą – w świetle argumentacji tego wniosku oraz przesłanek z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp – stanowić podstawy do pozytywnego rozpatrzenia tego wniosku.

155. Sygn. akt: KIO/W 18/14, Postanowienie KIO z dnia 2 maja 2014 r.

Na etapie oceny zasadności złożonego wniosku Izba bada jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałyby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie). Zamawiający we wniosku winien należycie sprecyzować na czym polega ten interes publiczny, a także uzasadnić dlaczego ma on tak dużą wagę, że należy przedłożyć go nad ochronę interesu odwołującego i innych wchodzących w grę interesów. Zamawiający musi także wykazać, że w konkretnych okolicznościach istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby, które zakończy postępowanie odwoławcze.

156. Sygn. akt: KIO/W 19/14, Postanowienie KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.

Stosownie do art. 187 ust. 6 zd. 2 ustawy odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby. Sytuację tę należy zrównać zatem z sytuacją braku odwołania *ex nunc*. Z chwilą wydania przez Prezesa Izby postanowienia o zwrocie odwołania ustał także zakaz zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Tym samym wydanie postanowienia w przedmiocie uchylecia zakazu zawarcia umowy stało się bezprzedmiotowe. Mając na uwadze powyższe Izba postanowiła umorzyć postępowanie na podstawie art. 183 ust. 5 ustawy.

157. Sygn. akt: KIO/W 24/14, Postanowienie KIO z dnia 7 lipca 2014 r.

Biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający wskazał, iż został zmuszony do podjęcia decyzji o zawieszeniu prowadzenia planowej diagnostyki nowotworów metodą PET/CT od 3 lipca 2014 r., co zagraża zdrowiu pacjentów oraz zarzuty odwołania, Izba stwierdziła, że w niniejszym przypadku niezawarcie umowy przed rozstrzygnięciem przez Izbę odwołania będzie godzić w interes publiczny, który w niniejszym przypadku przejawia się jako interes pacjentów, w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony interesów odwołującego się wykonawcy.

158. Sygn. akt: KIO/W 26/14, Postanowienie KIO z dnia 1 sierpnia 2014 r.

W ocenie Izby nie wykazano także samej przesłanki interesu publicznego, na którą wskazuje się w tym przepisie. Za wypełnienie tej przesłanki nie można bowiem uznać zagrożenia przepadku (zwrotu) określonych, publicznych środków finansowych, w tym utraty określonej kwoty dofinansowania z funduszy europejskich. Powyższa okoliczność sama w sobie nie może być uznana za zagrożenie interesu publicznego. Interes publicznych należy postrzegać – zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem w tym przede wszystkim zgodnie z treścią uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96 – przez pryzmat korzyści uzyskiwanych w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświatą, kulturą, porządku publicznego.

159. Sygn. akt: KIO/W 29/14, Postanowienie KIO z dnia 27 września 2014 r.

Zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych okoliczności, które uzasadniałyby jego wniosek. Zamawiający w sposób szczególny podkreślał, że konieczność oczekiwania na rozstrzygnięcie odwołania, uniemożliwi Zamawiającemu terminowe wywiązanie się z obowiązków przewidzianych w zawartych przez Zamawiającego umowach, w szczególności w umowie z Ministerstwem Zdrowia na udzielenie dotacji celowej. Jednakże okoliczności tych Zamawiający w żaden sposób nie wykazał. Zamawiający nie załączył do wniosku umów, na które się powołuje (wniosek Zamawiającego nie zawiera żadnych załączników), a które mogłyby potwierdzać podnoszone przez Zamawiającego okoliczności. Co więcej, Zamawiający nie wskazał nawet dat zawarcia tych umów, dokładnego ich przedmiotu, terminów wykonania oraz konsekwencji związanych z niedotrzymaniem terminów wykonania umów przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że uchylenie zakazu zawarcia umowy jest instytucją wyjątkową, która może zostać zastosowana w szczególnych przypadkach, a przesłanki jej zastosowania nie mogą być traktowane rozszerzająco. Oznacza to, że na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że występują przesłanki zastosowania tej instytucji, a uchylenie zakazu zawarcia umowy może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy istnienie tych przesłanek zostanie w sposób nie budzący wątpliwości wykazane.

Tymczasem podnoszone przez Zamawiającego okoliczności są na tyle ogólnikowe, że mógłby je podnieść każdy zamawiający. W żaden sposób nie mogą one zostać uznane za wystarczające do uznania, że możliwe jest uchylenie zakazu zawarcia umowy w niniejszej sprawie. Samo powołanie się na pilność udzielenia zamówienia, wynikającą z zobowiązań umownych, nie jest wystarczające do uznania wniosku Zamawiającego za uzasadniony.

160. Sygn. akt: KIO/W 32/14, Postanowienie KIO z dnia 2 października 2014 r.

Zamawiający we wniosku winien należycie sprecyzować na czym polega interes publiczny, a także uzasadnić dlaczego ma on tak dużą wagę, że należy przedłożyć go nad ochronę interesu odwołującego – w szczególności interesu ekonomicznego. Zamawiający musi także wykazać, że w konkretnych okolicznościach, wystąpiły szczególne okoliczności, których nie mógł on przewidzieć na etapie wszczęcia postępowania, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby, które zakończy postępowanie odwoławcze.

161. Sygn. akt: KIO/W 34/14, Postanowienie KIO z dnia 13 października 2014 r.

Zamawiający w złożonym wniosku nie wskazał żadnych negatywnych skutków dla interesu publicznego, które mogłyby zaistnieć na skutek niezawarcia umowy w zakładanym terminie i które przewyższałyby korzyści związane z ochroną wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Za negatywny skutek dla interesu publicznego nie może być uznany zły stan techniczny komputerów i brak możliwości prowadzenia zajęć z informatyki dla uczniów z terenu gminy. Stan ten był znany zamawiającemu jeszcze przed wszczęciem postępowania, a zatem zamawiający mógł z odpowiednim wyprzedzeniem przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia, uwzględniając przy tym czas niezbędny na wyczerpanie procedury odwoławczej.

162. Sygn. akt: KIO/W 35/14, Postanowienie KIO z dnia 13 października 2014 r.

Zamawiający w odniesieniu do przesłanek zastosowania instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy oparł się na istotnych okolicznościach mających znaczenie dla uchylenia zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu. Wskazał datę 15 października 2014 r., jako termin zawarcia umowy, który musi być dotrzymany ze względu na warunki

umowy przewidujące zapewnienie dla wykonawcy 75 dni na czynności obejmujące wykonanie niezbędnych prac związanych z przygotowaniem infrastruktury wykonawcy do świadczenia usług telekomunikacyjnych wraz z ewentualną dostawą systemu telekomunikacyjnego, jego zainstalowaniem, uruchomieniem i przeprowadzeniem testów. Niemożność zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w powyższym terminie niewątpliwie doprowadzi do sytuacji, w której nastąpi zakłócenie prawidłowego funkcjonowania tak wielu ważnych dla państwa i obywateli – instytucji państwowych. Nie ma wątpliwości, iż taka sytuacja faktycznie mogłaby zaistnieć w przypadku, gdyby umowa nie została zawarta w terminie do 15 października 2014 r., tj. w terminie umożliwiającym zapewnienie usług telefonii stacjonarnej bezpośrednio po zakończeniu obowiązywania umowy trwającej obecnie do 31 grudnia 2014 r.

Z uzasadnienia wniosku wynikają konkretne i rzeczowe informacje, które pozwalają na dokonanie oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego. Izba, uchylając zakaz zawarcia umowy, oparła się na informacjach, które zostały uprawdopodobnione przez zamawiającego w stopniu wystarczającym do stwierdzenia, iż okoliczności te spowodują negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

163. Sygn. akt: KIO/W 37/14, Postanowienie KIO z dnia 10 listopada 2014 r.

Instytucja przewidziana komentowanym przepisem [art. 183 ust. 2 ustawy Pzp – *przypr. red.*] ma charakter wyjątku od zasady statuowanej art. 183 ust. 1 Pzp, co determinuje konieczność ścisłej wykładni przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy. Nie jest przy tym wystarczające ograniczenie się do utożsamiania interesu publicznego z przedmiotem działalności instytucji zamawiającej, bowiem co do zasady kategorię zamawiających na gruncie przepisów Pzp tworzą podmioty, które wykonują działalność mającą charakter publiczny. Takie rozumowanie mogłoby również prowadzić do wniosku, że w każdym przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przedmiot zamówienia wiąże się z tego rodzaju działalnością zawsze będzie wypełniona przesłanka interesu publicznego. Co więcej, uchylenie zakazu zawarcia umowy nie może być uzależnione od wykazania przez zamawiającego jakichkolwiek negatywnych skutków niezawarcia umowy, a jedynie takich, które uzasadniają przesunięcie na plan dalszy potrzeby ochrony m.in. interesu wykonawcy korzystającego ze środka ochrony prawnej.

164. Sygn. akt: KIO/W 38/14, Postanowienie KIO z dnia 18 listopada 2014 r.

Wskazać należy, że Zamawiający w uzasadnieniu wniosku, nie podał dostatecznych argumentów pozwalających Izbie na wnikliwe rozpatrzenie wniosku celem zastosowania instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, która to instytucja ma charakter wyjątkowy. Z uzasadnienia wniosku nie wynikają bowiem żadne konkretne informacje, które pozwoliłyby na dokonanie oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego. Izba uchylając zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania nie może opierać się na ogólnikowych sformułowaniach oraz nie może rozpoznawać wniosków przez pryzmat zasadności czy też niezasadności złożonego przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Przy rozpoznawaniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, argumentacja dotycząca zarzutów wniesionego odwołania nie za żadnego znaczenia prawnego. Rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie dokonuje bowiem oceny zasadności wniesionego odwołania.

165. Sygn. akt: KIO/W 41/14, Postanowienie KIO z dnia 2 grudnia 2014 r.

Natomiast co do istniejącej możliwości utraty środków przeznaczonych na zakup komputerów z uwagi na zbliżający się koniec roku budżetowego wzięto pod uwagę, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania. Jego rolą było zatem określenie z należytą starannością terminów związanych z prowadzonym postępowaniem. W szczególności zamawiający powinien przewidzieć możliwość wniesienia przez wykonawców środków ochrony prawnej i wiążących się z tym opóźnień. Tymczasem postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte przez zamawiającego dopiero w dniu 13 listopada 2014 r., a więc na półtora miesiąca przed końcem roku kalendarzowego.

166. Sygn. akt: KIO/W 45/14, Postanowienie KIO z dnia 12 grudnia 2014 r.

Dla zastosowania powyższego przepisu [art. 183 ust. 2 ustawy Pzp – przyp. red.] koniecznym jest co najmniej uprawdopodobnienie istnienia powołanych przez Zamawiającego we wniosku okoliczności. Tymczasem Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ani w żaden sposób ich nie uprawdopodobnił, w szczególności nie wykazał, że środki na zakup tomografu rezonansu magnetycznego muszą być rozliczone do dnia 19 grudnia 2014 roku, a przedmiot zamówienia winien być dostarczony do dnia 17 grudnia 2014 roku, np. poprzez załączenie do wniosku umowy zawartej z Ministerstwem Zdrowia, z której wynikałyby podane terminy oraz bezwzględny zakaz ich wydłużenia. Co więcej w treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 października 2014 roku pod numerem 2014/S (...) Zamawiający określając czas trwania zamówienia wskazał: „Rozpoczęcie 4.12.2014. Zakończenie 29.12.2014”. Zatem, termin realizacji zamówienia wskazany w ogłoszeniu także nie potwierdza argumentacji Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający jedynie ogólnikowo wskazał, że przedmiotowe zamówienie dotyczy sprzętu (tomografu) niezbędnego dla funkcjonowania szpitala, umożliwiającego terminową diagnostykę pacjentów niejednokrotnie ratującą życie, ale nie podał przy tym w uzasadnieniu wniosku konkretnych informacji, które pozwoliłyby na dokonanie oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego (np. przez wskazanie, że nie dysponuje takim sprzętem lub, że sprzęt, którym dysponuje nie jest wystarczający do zapewnienia prawidłowej diagnostyki pacjentów (...) w W. w stosunku do ich ilości i potrzeb). Ochrona zdrowia mieści się niewątpliwie w interesie publicznym. Niemniej jednak we wniosku Zamawiający powinien był w sposób szczegółowy wykazać negatywny wpływ nie zawarcia umowy na ochronę słusznego interesu publicznego, przekraczającego w sposób ewidentny potrzebę ochrony praw wykonawcy, który złożył odwołanie.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego w przedmiocie bezzasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu złożonym przez wykonawcę X Sp. z o. o. stwierdzić należy, że na etapie oceny zasadności złożonego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie bada prawidłowości, skuteczności, ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałoby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie)

167. Sygn. akt: KIO/W 46/14, Postanowienie KIO z dnia 15 grudnia 2014 r.

Zamawiający wskazał jedynie, że gdyby nie zawarł umowy z wybranym wykonawcą, to skutkowałoby to doznaniem przez niego uszczerbku. Podnieść jednak należy, że ochrona interesu zamawiającego (nawet szpitala publicznego) nie może być automatycznie utożsamiana z interesem publicznym, o którym mowa w przepisie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Nadto zamawiający nie podniósł żadnych argumentów co do zaistnienia przesłanki, której wystąpienie uzasadniałoby uchylenie zakazu, tj. że negatywne skutki dla interesu publicznego, spowodowane nie zawarciem umowy, przewyższałyby korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo ich

naruszenia, w tym interesu składającego odwołanie wykonawcy. Zamawiający jedynie arbitralnie stwierdził, że interes publiczny (utożsamiony przez zamawiającego z interesem samego zamawiającego) przewyższa interes indywidualny wykonawcy. Oznacza to tym samym, że zamawiający nie wykazał, że zachodzą okoliczności nadzwyczajne, których nieuwzględnienie przyniosłoby szczególnie dotkliwe skutki dla interesu publicznego.

168. Sygn. akt: KIO/W 51/14, Postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2014 r.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że na etapie oceny zasadności złożonego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie bada prawidłowości, skuteczności, ani zasadności wniesionego odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałoby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie), dlatego też argumentacja Zamawiającego dotycząca konieczności odrzucenia odwołania, jak i odnosząca się do jego bezzasadności, nie może mieć żadnego wpływu na rozstrzygnięcie kwestii czy zachodzą przesłanki do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Odnosząc się zaś do argumentacji Zamawiającego bezpośrednio dotyczącej przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy, tj. dotyczącej kwestii skutków utrzymania tego zakazu dla interesu publicznego w ramach przedmiotowego postępowania, Izba wskazuje, że przytoczona argumentacja jest bardzo ogólnikowa i nieprecyzyjna. Podnieść należy, że to Zamawiający powinien wykazać, a co najmniej uprawdopodobnić, okoliczności wskazujące na konieczność uchylenia zakazu zawarcia umowy. Tymczasem, Zamawiający stwierdza, że jak najszybsze udzielenie zamówienia jest niezbędne dla Jednostek Administracji Państwowej, objętych zamówieniem, bowiem przesunięcie terminu zawarcia umowy uniemożliwia prawidłową realizację zadań statutowych tych Jednostek, a w żaden sposób nie wykazuje, a nawet nie uprawdopodobnia, że realizacja tych zadań może być zagrożona. Nie wiadomo też w jakim nieprzekraczalnym terminie powinna być zawarta ta umowa. Zamawiający jedynie podaje, że powinna być zawarta w możliwie najszybszym terminie.

Art. 185 ust. 2–4

169. Sygn. akt: KIO 2715/14, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2015 r.

Izba uznała, że wobec otrzymania przez X Sp. z o.o. wezwania do przystąpienia oraz kopii odwołania 19 grudnia 2014 r., termin na zgłoszenie przystąpienia rozpoczął się 20 grudnia 2014 r. i kończył swój bieg 22 grudnia 2014 r. Tymczasem przystąpienie wykonawcy wpłynęło w formie pisemnej 24 grudnia 2014 r., a więc po upływie terminu przewidzianego na zgłoszenie przystąpienia. Terminy przewidziane ustawą w postępowaniu odwoławczym mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu, zatem X Sp. z o.o. nieskutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Wykonawca wywodził, że pismo zamawiającego otrzymał dopiero 22 grudnia 2014 r. na dowód czego złożył do akt wydruk ze swojej poczty elektronicznej, zgodnie z którym do wyświetlenia dokumentu na komputerze odbiorcy doszło 22 grudnia 2014 r. W aktach sprawy znajduje się jednak pozytywny raport potwierdzający, że mail zamawiającego zawierający wezwanie do przystąpienia oraz kopię odwołania X Sp. z o.o. otrzymał 19 grudnia 2014 r.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że datą otrzymania kopii odwołania jest dzień, w którym korespondencja została wyświetlona na komputerze odbiorcy. Stanowisko to zmierza w istocie do tego, by pojęcie otrzymania informacji o wniesieniu odwołania rozumieć jako faktyczne zapoznanie się przez odbiorcę korespondencji z jej treścią. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w padkowym postępowaniu odwoławczym w zakresie dostarczania oświadczeń, co do zasady znajdują zastosowanie reguły ustalanie momentu dostarczania oświadczenia wypracowane na gruncie prawa cywilnego. Izba wyraża pogląd, że datą otrzymania przez wykonawcę oświadczenia zamawiającego przekazywanego za pośrednictwem poczty

elektronicznej jest dzień dotarcia oświadczenia do skrzynki poczty elektronicznej wykonawcy, data wprowadzenia pisma do systemu teleinformatycznego (art. 61 § 2 k.c.). Datą otrzymania wezwania do przystąpienia i kopii odwołania jest dzień, w którym wykonawca ma możliwość zapoznania się z treścią pisma zamawiającego (art. 61 k.c.), a nie data w której wykonawca dokonuje otwarcia korespondencji (por. wyrok SN z 18 kwietnia 2012 r., V CSK 215/11, Lex 1212829). Dla ustalenia daty otrzymania pisma przez wykonawcę nie może mieć zatem przesądzającego znaczenia okoliczność, że korespondencja od zamawiającego została otwarta przez wykonawcę 22 grudnia 2014 r. i dopiero tego dnia X Sp. z o.o. przesłał zamawiającemu potwierdzenie przeczytania wiadomości.

W odniesieniu do oświadczeń przekazywanych drogą elektroniczną w ocenie składu orzekającego, znajduje zastosowanie pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z 2 października 2002 r., III Pzp 17/02 (OSNP 2003, z. 20, poz. 481), w której w odniesieniu do oświadczenia woli przekazanego za pośrednictwem faksu wskazano, że możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia jest potwierdzona za pomocą wydruku potwierdzającego transmisję pisma. Wydruk ten jest bowiem – podobnie jak receptis pocztowy – traktowany w doktrynie jako tzw. dowód *prima facie*, to znaczy dowód, który jest dowodem dojścia oświadczenia woli do adresata, dopóki adresat nie wykaże środkami przewidzianymi w przepisach postępowania cywilnego, że na przykład z powodu zakłóceń pracy aparatu odbiorczego nastąpiło takie zniekształcenie tekstu przesłanego oświadczenia, iż stało się ono niezrozumiałe. Poza jednak takimi sytuacjami, jak przykładowo wskazane, oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata.

Pogląd, że wniesienie przystąpienia po upływie terminu 3 dni, oznacza bezskuteczność oświadczenia o zgłoszeniu przystąpienia, a wykonawca, który uchybił terminowi ustawowemu, nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego jest jednolicie wyrażony w orzecznictwie Izby. Znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Sądów Okręgowych (postanowienie SO w Katowicach z 13 kwietnia 2011 r., XIX Ga 169/11, postanowienie SO w Piotrkowie Trybunalskim z 23 maja 2011 r., II Ca 220/11 – Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze – M. Stręciwilk red. Zeszyt nr 4, str.103 i 104, tezy 185 i 186).

170. Sygn. akt: KIO 237/15, Postanowienie KIO z dnia 12 lutego 2015 r.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie zawiera braki formalne, albowiem osoba, która podpisała zgłoszenie nie wykazała umocowania do działania w imieniu firmy X spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna z siedzibą w B., ani nie wykazała własnego interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, jak również tego, że Kancelaria Radców Prawnych (...) Spółka Partnerska jest wykonawcą w spornym postępowaniu. O ile braki formalne odwołania, w tym brak pełnomocnictwa do działania w imieniu wykonawcy, mogą być naprawione, tak w trybie art. 187 ust. 3–7 ustawy, jak i w trybie odpowiadającemu tym przepisom § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 964), o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci:

- nie posiadania przymiotu wykonawcy (w tym również wykazania umocowania do działania w jego imieniu przy pierwszej czynności w postępowaniu, tj. przy zgłoszeniu przystąpienia)
- braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
- interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także

– nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę, że zgłaszający przystąpienie nie wykazał pierwszego z wymogów formalnych określonego w art. 185 ust. 2 ustawy, Izba nie mogła stwierdzić skuteczności jego przystąpienia i musiała odmówić mu przystąpienia uczestnika postępowania.

171. Sygn. akt: KIO 221/15, Postanowienie KIO z dnia 17 lutego 2015 r.

Izba zważyła w pierwszej kolejności, że zgłoszenie przystąpienia zostało doręczone Prezesowi Izby z przekroczeniem 3-dniowego terminu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp, który upłynął 9 lutego 2015 r. Przystępujący doręczył Prezesowi Izby przystąpienie 11 lutego 2015 r., czyli 5 dnia od uzyskania 6 lutego 2015 r. drogą elektroniczną od Zamawiającego kopii odwołania. Przy czym Przystępujący wprost potwierdził w zgłoszeniu przystąpienia, że kopię odwołania otrzymał w tym terminie.

Przystępujący błędnie uznał, że nadanie zgłoszenia przystąpienia listem poleconym w placówce operatora wyznaczonego 9 lutego 2015 r. stanowi dochowanie terminu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Przepis ten, wprowadzony ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), nie przewiduje, że złożenie pisma w placówce pocztowej operatora wyznaczonego jest równoznaczne ze zgłoszeniem przystąpienia do Prezesa Izby.

172. Sygn. akt: KIO 304/15, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 r.

Izba na etapie posiedzenia z udziałem stron nie dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy wybranego to jest X Sp. z o.o. (...). Wykonawca ten w związku z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu w dniu 17 lutego 2015 r. drogą poczty elektronicznej, dopiero w dniu 23 lutego 2015 r. zgłosił przystąpienie w formie przesłanego drogą elektroniczną skanu pisma datowanego na dzień 18.02.2015 r. W takim stanie faktycznym i prawnym oraz uwzględniając wniosek odwołującego Izba postanowiła nie dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcy wybranego w myśl art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu termin na zgłoszenie przystąpienia wynosi 3 dni od daty wezwania i zgłaszającego obowiązuje forma pisemna albo elektroniczna opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Obowiązujących zasad skutecznego przystąpienia wykonawca wybrany nie dotrzymał składając pismo z przekroczeniem trzy dniowego terminu i w nieodpowiedniej formie, to jest za pomocą e-maila bez bezpiecznego certyfikowanego podpisu elektronicznego.

Art. 186

173. Sygn. akt: KIO 2754/14, KIO 2755/14, KIO 2756/14, KIO 2757/14, KIO 2758/14, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2015 r.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2 Pzp, ponieważ w tym Odwołujący upatrywali samodzielnej podstawy uwzględnienia odwołań. Wobec tego Izba wskazuje, że komentowany przepis ma charakter proceduralny, za czym przemawiają przynajmniej dwa względy. Po pierwsze – został on umiejscowiony w Dziale VI Pzp zawierającym uregulowania dotyczące środków ochrony prawnej, po drugie zaś nie sposób nie zauważyć, że treść art. 186 ust. 2 Pzp skorelowana została z jedną z podstaw odrzucenia odwołania wynikającej z art. 189 ust. 2 pkt 5 *in fine* Pzp. Logiczny jest zatem wniosek, że kwestie związane z naruszeniem przez zamawiającego przepisu art. 186 ust. 2 Pzp rozstrzygane są na etapie formalnej kontroli odwołania, bowiem przesądzają o możliwości (bądź jej braku) merytorycznego rozpoznania go przez Izbę. W sy-

tuacji, w której stwierdzone zostanie, że kolejne odwołanie dotyczy czynności wykonanych, powtórzonych, czy też unieważnionych zgodnie z żądaniami zawartymi w uprzednio uwzględnionym odwołaniu nie ma możliwości poddania ich merytorycznej kontroli w postępowaniu odwoławczym. W takim wypadku postępowanie odwoławcze kończy się na etapie posiedzenia niejawnego wydaniem stosownego postanowienia (argument z przepisu art. 189 ust. 3 Pzp). Z kolei, jeżeli okoliczności sprawy wskazują, że zamawiający nie uczynił zadość żądaniom uwzględnionego przez niego odwołania, a tym samym naruszył przepis art. 186 ust. 2 Pzp, czynności podjęte przez niego po uznaniu zasadności poprzedniego środka ochrony prawnej, choćby były tożsame z czynnościami uprzednio zaskarżonymi, poczytywać należy za nowe czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stanowią mogą podstawę do poddania ich merytorycznej ocenie w postępowaniu odwoławczym.

Jedynie na marginesie można zauważyć, że – wbrew zapatrywaniom Odwoływających – Zamawiający nie był bezwzględnie związany wszystkimi żądaniami zawartymi w uwzględnionych odwołaniach. *Ratio legis* przepisu art. 186 ust. 2 Pzp należy bowiem upatrywać w przywróceniu czynnościom zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodności z przepisami Pzp, nie zaś w kreowaniu kolejnych jego naruszeń będących efektem uwzględnienia żądań nie znajdujących oparcia w ustawie. Trzeba mieć również na względzie, że uwzględnienie odwołania musi być czynnością racjonalną i przemyślaną, co oznacza, że zamawiający decydując się na nią winien przeanalizować żądania zawarte w odwołaniu i poddać je ocenie przez pryzmat Pzp. Zamawiający, który pomimo formalnego uwzględnienia odwołania nie czyni zadość wyrażonym w nim oczekiwaniom wykonawcy naraża się zasadniczo na skutek w postaci przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem działanie sprzeczne ze złożonym wcześniej oświadczeniem w przedmiocie uwzględnienia odwołania otwiera – jak wspomniano – możliwość merytorycznego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W konsekwencji, przepis art. 186 ust. 2 Pzp nie stanowi – wbrew zapatrywaniom Odwoływających – materialnoprawnej podstawy uwzględnienia odwołania.

174. Sygn. akt: KIO 168/15, Postanowienie KIO z dnia 10 lutego 2015 r.

Pismem z dnia 3 lutego 2015 r. przystępujący został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania (doręczenie nastąpiło w dniu 3 lutego 2015 r. – potwierdzenie otrzymania pisma faksem) pod rygorem umorzenia postępowania. Do upływu terminu na wniesienie sprzeciwu oświadczenie w przedmiocie wniesienia sprzeciwu nie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czego uznać należy, że przystępujący sprzeciwu nie złożył.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

175. Sygn. akt: KIO 468/15, Postanowienie KIO z dnia 17 marca 2015 r.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że przywołany powyżej przepis ustawy Pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać czynności w prowadzonym postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

176. Sygn. akt: KIO 443/15, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2015 r.

Co do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp wskazać należy, że przywołana regulacja nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowić mogłoby podstawę do uwzględnienia odwołania. Czynności wykonane przez Zamawiającego w sposób inny niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest Zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izłą, nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwołującego, a skoro tego nie uczynił, to nowe i powtórzone czynności (w części odbiegającej od żądań Odwołującego) podlegają ponownej ocenie przed Izłą, w ramach uprawnień wykonawcy do złożenia nowego środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Izła dokonała rozpoznania nowych czynności Zamawiającego i orzekła jak w sentencji.

Art. 187 ust. 3**177. Sygn. akt: KIO 138/15, Postanowienie KIO z dnia 9 lutego 2015 r.**

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący w wyznaczonym na to trzydniowym terminie, będąc pouczonym o rygorze zwrotu odwołania w przypadku niedołączenia dowodu uiszczenia wpisu, takiego dowodu nie przedstawił. Co więcej, przedstawione przez niego wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 26 stycznia 2015 r., jak i późniejsza korespondencja z Prezesem Izby i BOF UZP [*Biuro Organizacyjno-Finansowe Urzędu Zamówień Publicznych – przyp. red.*], a także prezentowane w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron stanowisko, potwierdzały, że w oznaczonym ustawowo terminie, tj. najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania, Odwołujący nie uiszczył wpisu od wniesionego przez siebie odwołania w wysokości określonej przepisami prawa. Tym samym, zgodnie z art. 187 ust. 7 w zw. z art. 187 ust. 6 ustawy Pzp, odwołanie podlegało zwrotowi. (...) W świetle art. 187 ust. 2 ustawy Pzp, do tego też dnia, tj. do 22 stycznia 2015 r., Odwołujący powinien również uiszczyć wpis od odwołania. Przepis ten stanowi bowiem, że wpis uiszcza się najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania, a dowód jego uiszczenia dołącza się do odwołania. (...) Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 187 ust. 3 ustawy Pzp, odwołujący może, będąc do tego wezwanym, uzupełnić jedynie dowód uiszczenia wpisu, nie zaś brak w postaci nieuiszczenia wpisu w odpowiedniej wysokości lub w nieodpowiednim terminie. Ten bowiem, jak to już wskazano, powinien być uiszczony w całości w terminie, o którym mowa w art. 187 ust. 2 ustawy Pzp.

Izła nie podzieliła poglądu wyrażonego przez Odwołującego, zgodnie z którym możliwe jest uznanie za odpowiadające przepisom art. 187 ustawy Pzp oraz Rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – przyp. red.*], w szczególności § 2 ust. 1 i 3, zaliczenie na poczet wpisu w sprawie KIO 138/15 części wpisu uiszczonego w związku ze sprawą KIO 2518/14. Zdaniem Izby, powołane przepisy nie dopuszczają innej możliwości uiszczenia wpisu od odwołania, niż wpłata odpowiedniej, wymaganej przepisami prawa, kwoty na rachunek bankowy UZP. Wniesiony wpis musi być odpowiednio oznaczony (również poprzez załączony do odwołania dowód jego wniesienia) i uiszczony w związku z konkretną sprawą tak, aby możliwym było rozstrzygnięcie, czy został on uiszczony w terminie określonym w przepisie art. 187 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania. Ten sam przepis zobowiązuje wykonawcę wnoszącego odwołanie do złożenia wraz z odwołaniem dowodu uiszczenia wpisu. Jest to szczególne istotne

w świetle przepisu art. 187 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym rozpoznaniu przez Izbę podlega tylko takie odwołanie, od którego uiszczono wpis. Koniecznym zatem jest to, aby było możliwym rozstrzygnięcie, czy wpis został uiszczony w związku ze sprawą, którą inicjuje odwołanie wniesione przez odwołującego. (...)

W rozpoznawanej sprawie brak było takich działań po stronie Odwołującego. Przedstawił on jedynie pismo z dnia 22 stycznia 2014 r., co istotne jest ono skierowane do Banku (...) S.A. Nie jest wiadomym w jakiej dacie pismo to do banku wpłynęło – pewnym jest jedynie, że nie stało się to przed datą jego sporządzenia, tj. dniem 22 stycznia 2014 r. Nie da się jednak wykluczyć, że nastąpiło to po tej dacie – pracownik banku potwierdził jedynie sam fakt złożenia powołanego pisma w banku, nie określił jednak przy tym daty, w której to się dokonało. (...) Na podstawie wiadomości przesłanej przez pracownika UZP do Odwołującego w dniu 29 stycznia 2015 r., można uznać, że BOF UZP uczyniło zadość wnioskowi Odwołującego dopiero w tej dacie. Zatem nawet, gdyby dopuścić jako zgodną z przepisami Rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu taką drogę uiszczania wpisu od odwołania (w ocenie Izby – niedopuszczalną), to trzeba byłoby przyjąć, że przesunięcie środków na poczet wpisu w rozpoznawanej sprawie dokonane zostało już po upływie terminu na wniesienie odwołania, a to do tego właśnie, co już było podkreślane, terminu winien być uiszczony w odpowiedniej wysokości wpis. Nie jest też możliwym przyjęcie, że BOF UZP samodzielnie, z własnej woli, nie dysponując żadnym wnioskiem ze strony Odwołującego, będzie zaliczał jakiegokolwiek wcześniej dokonane wpłaty na poczet wpisów w innych postępowaniach odwoławczych i to w taki sposób, aby wpis w danej sprawie został wniesiony w odpowiedniej wysokości. W tym kontekście zauważenia wymaga, że w dniu 28 listopada 2014 r. w związku ze sprawą KIO 2518/14 wpłacona została kwota 15 000 zł. Tymczasem dla uznania, że w sprawie KIO 138/15 wpis został uiszczony w odpowiedniej wysokości, koniecznym byłoby doliczenie, do już wpłaconej w tej sprawie kwoty 15 000 zł, kolejnych 5 000 zł. (...)

W świetle przepisów art. 187 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 9 Rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań koniecznym jest, aby uzupełnione dokumenty złożone zostały Prezesowi Izby w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania do uzupełnienia braków formalnych. Niespełnienie tego obowiązku przez wykonawcę w wyznaczonym terminie, pozwala przesądzić, iż termin ten upłynął bezskutecznie, co zgodnie z art. 187 ust. 6 ustawy Pzp stanowi podstawę do zwrotu odwołania.

Art. 187 ust. 8

178. Sygn. akt: KIO 222/15, Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2015 r.

Izba pozostawiła zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum X bez rozpoznania uwzględniając okoliczność, że Odwołujący cofnął na rozprawie zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp uzasadniony wskazanymi okolicznościami faktycznymi. Zwrócić należy uwagę, że Odwołujący na mocy przepisu art. 187 ust. 8 ustawy Pzp uprawniony jest do cofnięcia odwołania, co skutkuje umorzeniem postępowania. Sięgając do reguły wnioskowania *a maiori ad minus* należało dojść do przekonania, że dopuszczalne jest również cofnięcie zarzutu. Skoro cofnięcie odwołania jest czynnością, mocą której odwołujący wycofuje wniesione odwołanie, a więc rezygnuje z rozpoznania w toku postępowania odwoławczego, to złożenie oświadczenia woli w przedmiocie cofnięcia zarzutu w określonym zakresie winno wywoływać skutki, mając na uwadze również przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniające powyższe. Mocą złożonego oświadczenia woli Odwołujący zrezygnował z rozpoznania odwołania przez Izbę we wskazanym zakresie, co przy jednoczesnym braku podstaw do badania przez Izbę dopuszczalności przedmiotowej czynności i braku konieczności uzyskania zgodny strony przeciwnej

na dokonanie rzeczowej czynności, powoduje konieczność pozostawienia przez Izbę przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania (wobec braku instrumentu w postaci uprawnienia do umorzenia postępowania w części).

Art. 189 ust. 2 pkt 3

179. Sygn. akt: KIO 2814/14, KIO 2819/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2015 r.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oddaliła złożony w tym zakresie wniosek Zamawiającego i Przystępującego X o odrzucenie odwołania wykonawcy Y (KIO 2819/14) z uwagi na niedotrzymanie terminu na jego złożenie. Izba uznała, że odwołanie dotyczy zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego związanej z udostępnieniem przez Zamawiającego ofert złożonych w postępowaniu. W przypadku wnoszenia odwołania dotyczącego zaniechania dokonania określonej czynności, do której zobowiązują Zamawiającego przepisy ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania rozpoczyna swój bieg od momentu, w którym wykonawca powziął lub – przy zachowaniu należytej staranności – mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Izba uznała, że Odwołujący Y mógł powziąć wiadomość o okoliczności nie odtajnienia przez Zamawiającego kwestionowanych ofert po zakończeniu, w sposób pewny, procedury badania i oceny ofert przez Zamawiającego w tym zakresie (zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa). O zakończeniu dokonania tych czynności Zamawiający w sposób formalny nie ma obowiązku – w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp – informowania odrębnie wykonawców; z takiej możliwości Zamawiający też nie skorzystał samodzielnie, z własnej inicjatywy w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dopiero zatem informacja o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu stanowiła dla Odwołującego Y uzasadnioną podstawę do powzięcia wiedzy o ostatecznym zakończeniu procesu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w kwestionowanych ofertach.

W ocenie Izby nie można uznać za wystarczającą podstawę do powzięcia takiej informacji przez Odwołującego Y w oparciu o udostępnienie mu w dniu 13 listopada 2014 r. ofert kwestionowanych wykonawców na podstawie pisma Zamawiającego z dnia 5 listopada 2014 r., w którym poinformował on Odwołującego Y o udostępnieniu mu w dniu 13 listopada 2014 r. ofert wykonawców bez zastrzeżonych w nich informacji, które stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak bowiem wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający po udostępnieniu Odwołującemu Y wskazanych ofert w dniu 13 listopada 2014 r. pismami z dnia 21 listopada 2014 r. wezwał tych wykonawców o wyjaśnienie przyczyn, dla których w swoich ofertach określone informacje wykonawcy ci zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa [*sprawa rozpoznawanego odwołania dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem 19 października 2014 r., tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), którą nadano nowe brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nakazującego wykonawcy wykazać zamawiającemu, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert – przyp. red.*]. Zamawiający zatem po udostępnieniu Odwołującemu Y ofert kwestionowanych wykonawców dokonywał jeszcze czynności badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w tych ofertach, zatem ewentualne odwołanie wniesione na nieodtajnienie (zaniechanie) przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji po dacie 13 listopada 2014 r. byłoby przedwcześnie.

Izba uznała również, że istnieje formalnoprawna podstawa zaskarżenia zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego kwestionowanych ofert, nawet pomimo braku formalnego wnio-

sku Odwołującego Y po wyborze oferty najkorzystniejszej o udostępnienie mu przez Zamawiającego złożonych ofert w pełnym zakresie, z uwagi przede wszystkim na fakt, iż – jak ustaliła Izba – Zamawiający faktycznie w toku czynności badania i oceny ofert nie dokonał odtajnienia żadnej z kwestionowanych ofert w zakresie utajnienia przez poszczególnych wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa, uznając w tym zakresie za wystarczające wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na wezwanie Zamawiającego.

180. Sygn. akt: KIO 7/15, Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na posiedzeniu bez udziału stron stwierdziła, że odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej drogą faksową, tj. w formie przewidzianej przepisem art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, dnia 19 grudnia 2014 r., co potwierdza zamawiający w przesłanej informacji. Okoliczność powyższą można także wywnioskować z treści odwołania, gdzie w części końcowej odwołujący stwierdza, iż „odwołanie zostaje wniesione w dniu 29 grudnia 2014 roku, czyli w terminie 10 dni..”. W toku posiedzenia Izba ustaliła, że w rzeczywistości odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby dnia 2 stycznia 2015 r., natomiast data 29 grudnia 2014 r. jest datą nadania przesyłki w urzędzie pocztowym w I., co potwierdzają cztery czytelne pieczęcie na kopercie adresowanej do Prezesa KIO. Jednakże data nadania odwołania nie ma znaczenia dla oceny zachowania terminu przewidzianego dla jego wniesienia. W konsekwencji odwołanie podlega odrzuceniu na wyżej wskazanej podstawie prawnej z uwagi na przekroczenie ustawowego terminu na jego wniesienie, który w przedmiotowym postępowaniu wynosi 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, z uwagi na fakt, że wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wypada przypomnieć, że w obowiązującym stanie prawnym dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych po jej nowelizacji ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) brak jest przepisu, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby (art. 184 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji).

181. Sygn. akt: KIO 73/15, Postanowienie KIO z dnia 21 stycznia 2015 r.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Izba ustaliła, że informacja o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania została przekazana Odwołującemu w dniu 30 grudnia 2014 r. Okoliczność tą Izba uznała za bezsporną. Zarówno Odwołujący w treści odwołania wskazywał na fakt otrzymania w dniu 30 grudnia 2014 r. ww. informacji, jak również potwierdził to Zamawiający w piśmie nadesłanym do Izby w dniu 15 stycznia 2015 r. Jak wynika z dalszych informacji zawartych w piśmie Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2015 r., powyższa informacja została przekazana za pomocą poczty elektronicznej na adres e-mail Odwołującego. Zamawiający przedłożył jednocześnie wydruk potwierdzający przesłanie ww. informacji w dniu 30 grudnia 2014 r., na adres Odwołującego. Zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający dopuścił możliwość składania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji za pomocą faksu

lub za pomocą poczty elektronicznej. W świetle powyższego Izba uznała, że przesłanie Odwołującemu informacji o ocenie wniosków, w tym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nastąpiło skutecznie w dniu 30 grudnia 2014 r., za pomocą dopuszczonego przez Zamawiającego środka komunikacji. Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W niniejszej sprawie informacja Zamawiającego została przesłana w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp, a więc termin na wniesienie odwołania wynosił 10 dni. W związku z powyższym, termin na wniesienie odwołania od ww. czynności Zamawiającego z dnia 30 grudnia 2014 r., upływał Odwołującemu w dniu 9 stycznia 2015 r. Odwołanie zostało zaś wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero w dniu 13 stycznia 2015 r. O zachowaniu terminu na wniesienie odwołania nie może przesądzać w tym przypadku nadanie na Poczcie Polskiej przesyłki opatrzonej stemplem i datą 08 stycznia 2015 r. W przypadku wnoszenia w formie pisemnej odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej o terminie wniesienia odwołania nie decyduje bowiem data złożenia odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe, lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Dla zachowania ustawowego terminu odwołanie musi zostać wniesione do Prezesa KIO, tzn. musi dotrzeć do Izby najpóźniej w ostatnim dniu terminu. Powyższe oznaczają, że jeżeli odwołanie wnoszone jest w formie pisemnej (tak, jak w sprawie niniejszej) to pismo to najpóźniej w ostatnim dniu terminu musi fizycznie wpłynąć do Izby.

182. Sygn. akt: KIO 58/15, Wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2015 r.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oddaliła w tym zakresie wnioski Zamawiającego poparty przez Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3), 4) i 5) ustawy Pzp.

Izba uznała, że w tym przypadku nie mamy do czynienia ani z odwołaniem spóźnionym, ani dotyczącym czynności, które były wykonane w związku z wcześniejszym wyrokiem KIO (KIO 2373/14), nie jest to też kolejne odwołanie wniesione z powołaniem się na te same okoliczności, w tym samym postępowaniu i przez tego samego odwołującego się. We wcześniejszym odwołaniu, rozpoznawanym przez Izbę, podniesione zarzuty związane były z podejrzeniem rażąco niskiej ceny w ofertach Przystępującego i X i pojawił się tam zasadniczy zarzut z tym związany, a mianowicie – zaniechanie podjęcia przez Zamawiającego czynności związanych z wyjaśnieniem rażąco niskiej ceny w ofertach wskazanych wykonawców. Podkreślić bowiem należy, że każda czynność Zamawiającego związana z ewentualnym odrzuceniem oferty wykonawcy z powodu rażąco niskiej ceny, uwzględniając w tym zakresie zarówno przepisy prawa (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1–3 ustawy Pzp), orzecznictwo KIO, sądów okręgowych, jak też TS UE, powinna być poprzedzona przeprowadzeniem przez niego procedury weryfikacji ceny ofertowej poprzez złożenie wyjaśnień przez wykonawcę. Na etapie rozpoznawania sprawy KIO 2373/14 takich wyjaśnień Zamawiający nie zażądał w ogóle od Przystępującego i wykonawcy X. Izba wskazanym wyrokiem nakazała przeprowadzenie takiej procedury. Dopiero efekt tej procedury, tj. ocena wyjaśnień udzielonych przez wskazanych wykonawców, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wystarczające, stanowi przedmiot zaskarżenia aktualnie rozpoznawanego przez Izbę odwołania. Tym samym w tym zakresie nie można mówić, że odwołanie jest wniesione za późno; termin na jego wniesienie liczony bowiem od dokonania czynności badania i oceny ofert wykonawców, po złożeniu

wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, był dotrzymany. Wniesione odwołanie dotyczy też innych okoliczności niż odwołanie wniesione wcześniej w sprawie KIO 2373/14 (dotyczy kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po złożeniu wyjaśnień przez Przystępującego i X). Nie dotyczy ono też z pewnością czynności, które zostały wykonane zgodnie z wcześniejszym wyrokiem KIO. Gdyby bowiem przedmiotem ponownego zaskarżenia była sama zasadność wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny przez Przystępującego i X, w takiej sytuacji moglibyśmy mówić o wypełnieniu się dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie zaś przedmiotem zaskarżenia jest ocena wyjaśnień złożonych przez wskazanych wykonawców, która to ocena (konkretna) nie była nakazana przez KIO w sprawie KIO 2373/14 (KIO nakazała tylko przeprowadzenie takiej procedury).

183. Sygn. akt: KIO 186/15, Postanowienie KIO z dnia 11 lutego 2015 r.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp.

W ocenie Izby kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ funkcjonowały już wcześniej, w momencie opublikowania SIWZ w podstawowej wersji na stronie internetowej. Z tych też względów 10-dniowy termin na zaskarżenia jej postanowień – zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – rozpoczął swój bieg od dnia opublikowania SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 27 grudnia 2014 r. Okoliczności przedmiotowej sprawy ustalone w toku posiedzenia Izby z udziałem stron postępowania, uwzględniając także stanowiska stron postępowania oraz dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której kopię potwierdzoną za zgodność z oryginałem Zamawiający przedłożył do akt sprawy, potwierdzają, że Odwołujący, powołując się na zmianę postanowień SIWZ w dniu 21 stycznia 2015 r. *de facto* kwestionuje wcześniej już funkcjonujące, w pierwotnej treści SIWZ, wymogi Zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia.

184. Sygn. akt: KIO 237/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana odwołującemu w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy w dniu 26 stycznia 2015 r. (to sam odwołujący przyznał w odwołaniu, a także zamawiający był w tym zakresie wzywany do wyjaśnień przez Izbę i załączono jako dowód wydruk korespondencji elektronicznej). Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem dnia 5 lutego 2015 r. (czwartek – zgodnie z ustawą z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy Dz. U. nr 4 poz. 28 ze zm. – nie jest dniem wolnym od pracy). W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 9 lutego 2015 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba wskazuje, że po nowelizacji Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Izby w terminie przewidzianym w ustawie. W przepisach ustawy po nowelizacji ustawy brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że: „złożenie odwo-

łania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie ustawy – przepis wykreślony). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie ustawy), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca celowo odrębnie uregulował obie instytucje, co do sposobu dochowywania terminów ustawowych.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 9 lutego 2015 r., jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy. Odwołujący skorzystał z możliwości złożenia odwołania w formie pisemnej, ale ustawodawca ograniczając możliwość korzystania z teorii wysłania w odniesieniu do odwołania dopuścił drugą alternatywną formę wniesienia odwołania, tj. drogę elektroniczną z bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowalnym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej. Z tej możliwości odwołujący nie skorzystał.

Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. Stwierdzając powyższe Izba w całości podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt III CZP 90/13, zgodnie z którym dla zachowania terminu na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego usługi pocztowe powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej.

Art. 189 ust. 2 pkt 6

185. Sygn. akt: KIO 157/15, Wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r.

Zgodnie zaś z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

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

W przypadku stwierdzenia, że zarzuty odwołania wykraczają poza granice określone w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie nie dysponując instrumentem pozwalającym na odrzucenie odwołania w części, Izba pozostawia poza zakresem rozpoznania zarzuty dotyczące czynności innych niż wymienione w tym przepisie. W niniejszej sprawie tylko i wyłącznie zarzuty Odwołującego odnoszące się do czynności odrzucenia jego oferty mogły stanowić przedmiot rozpoznania Izby. Natomiast pozostałe zarzuty, nie związane bezpośrednio z odrzuceniem oferty Odwołującego, nie mogły zostać rozpoznane przez Izbę.

W tym miejscu należy też zauważyć, że Zamawiający w toku rozprawy, stwierdził ponadto, że Odwołujący nie mógł kwestionować samego wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy jednak stwierdzić, że ograniczenie wynikające z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie uniemożliwia nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, albowiem nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, w którym Odwołujący kwestionuje czynność odrzucenia swojej oferty, bez podważenia samego wyniku postępowania w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej, czyniłoby iluzorycznym ochroną prawną przysługującą Odwołującemu m.in. na podstawie art. 180

ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Dlatego też, należy stwierdzić, że nakaz unieważnienia czynności oferty najkorzystniejszej, jest konsekwencją uwzględnienia zarzutu odnoszącego się do czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, także w postępowaniach, gdzie wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Wybór oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu, jest ściśle związany z odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego, która, pomimo zastosowania przez Odwołującego podstawowej stawki VAT do całego zadania, jest ofertą zawierającą najkorzystniejszą cenę.

186. Sygn. akt: KIO 223/15, Postanowienie KIO z dnia 10 lutego 2015 r.

Zgodnie z treścią art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy wskazano natomiast, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

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

Analiza treści odwołania wyraźnie wskazuje, iż dotyczy ono czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego. Odwołanie dotyczy bowiem czynności zaniechania wykluczenia innego wykonawcy oraz uznania jego oferty za odrzuconą. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu enumeratywnie wymienionych czynności, zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia innej oferty nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie mowa jest wyraźnie o czynności odrzucenia oferty Odwołującego lub jego wykluczenia z postępowania.

Tym samym, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

187. Sygn. akt: KIO 542/15, Postanowienie KIO z dnia 25 marca 2015 r.

Z treści odwołania jednoznacznie wynikało, że dotyczyło ono zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez innego niż Odwołujący wykonawcy, a także czynności wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez brak odrzucenia oferty wykonawcy X Sp. z o.o. z siedzibą w W., podczas gdy oferta ta jako niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia winna zostać odrzucona oraz naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy X Sp. z o.o. z siedzibą w W., podczas gdy najkorzystniejsza oferta niepodlegająca odrzuceniu złożona została przez Odwołującego. Odwołujący nie kwestionował czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, czy też czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania (oferta Odwołującego nie została odrzucona oraz Odwołujący nie został wykluczony z postępowania). W świetle powyższego zachodziła przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynno-

ści niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

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

Analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec zarzucanych Zamawiającemu zaniechań i czynności. Zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia innej, niż pochodzącej od Odwołującego oferty, zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w którym jest mowa o czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołanie nie służy także wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione spostrzeżenia, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje bowiem Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu. Nie przesądzając zatem o zasadności bądź nietrafności przedstawionych w odwołaniu zarzutów i argumentacji odwołującego, odwołanie należało odrzucić w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Na marginesie Izba wskazuje, że jeśli wykonawca kwestionował zasadność zaniechania lub czynności zamawiającego, wobec których nie przysługiwało odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, to służyło mu prawo do poinformowania zamawiającego o tej okoliczności w oparciu o przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 189 ust. 2 pkt 7

188. Sygn. akt: KIO 137/15, Wyrok KIO z dnia 2 lutego 2015 r.

Badając ewentualne przesłanki odrzucenia odwołania, Izba ustaliła, co następuje: do odwołania, wyłącznie do egzemplarza złożonego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, załączono załącznik „Pismo procesowe z wyjaśnieniami niezgodności SIWZ w ofercie Wykonawcy X” (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa firmy Y”). Nie załączono takiego załącznika do kopii odwołania przekazanej Zamawiającemu. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania faksem i pocztą elektroniczną – ale żadna z tych form kopii odwołania nie obejmowała „Pisma procesowego z wyjaśnieniami niezgodności SIWZ w ofercie Wykonawcy X”. Zamawiający na posiedzeniu okazał wydruk faksu i wiadomości e-mail z oryginalnej dokumentacji postępowania. Okazany przez Zamawiającego wydruk wiadomości e-mail, o identycznych załącznikach, jak wydruk wiadomości e-mail załączony przez Odwołującego do odwołania (na potwierdzenie przekazania kopii odwołania Zamawiającemu), nie wymienia „Pisma procesowego...” wśród załączników do wiadomości e-mail. Odwołujący nie przedstawił dowodu, z którego można byłoby wysnuć przeciwne wnioski.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu kopii odwołania, przy czym istotna jest merytoryczna treść odwołania – która może być objęta także załącznikiem. W takiej sytuacji zaniechanie przekazania Zamawiającemu załącznika do odwołania (jeżeli obejmuje on merytoryczną treść odwołania) jest równoznaczne z zaniechaniem przekazania Zamawiającemu kopii odwołania. Celem przepisu jest zapoznanie Zamawiającego z kompletną treścią odwołania do upływu terminu na wniesienie odwołania – dopiero po zapoznaniu się z całością zarzutów, ich podstawami prawnymi i faktycznymi, argumentacją odwołania, Zamawiający może podjąć decyzję o ewentualnym uwzględnieniu odwołania.

Izba ustaliła, że w załączniku opisanym jako „Pismo procesowe z wyjaśnieniami niezgodności SIWZ w ofercie Wykonawcy X” (złożonym przy odwołaniu doręczonym Prezesowi KIO w osobnej kopercie) na 19 stronach, Odwołujący zawarł obszerny opis podstaw faktycznych zarzutów podniesionych w odwołaniu, odnoszących się do przyczyn odrzucenia oferty X jako niezgodnej z SIWZ. W samej treści odwołania Odwołujący podaje przykładowo, że oferta ta jest niezgodna z wymogiem 4.2. OPZ (pkt 5 na stronie 5 odwołania), nie wskazując żadnych podstaw faktycznych odrzucenia. Podstawy faktyczne zarzutu zostały zatem przytoczone dopiero w załączonym do odwołania „Piśmie procesowym z wyjaśnieniami niezgodności SIWZ w ofercie Wykonawcy X” (dotyczy to pozostałych czterech punktów ze strony 5 odwołania). Zresztą sam Odwołujący wskazuje w odwołaniu (strona 5), że „ze względu na rozległość zarzutów (...) stosowne informacje zawiera pismo procesowe, załączone do niniejszego odwołania”. W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że przedmiotowy załącznik stanowi merytoryczną treść odwołania, a nieprzekazanie go Zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych było tożsame z nieprzekazaniem mu kopii odwołania. W tych okolicznościach odwołanie podlega odrzuceniu, zgodnie z wnioskiem Zamawiającego, na podstawie art. 187 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 Prawa zamówień publicznych.

189. Sygn. akt: KIO 491/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp z powodu nie przekazania zamawiającemu wraz z kopią odwołania dokumentów wskazanych jako dowody i załączonych do odwołania, które wpłynęło do Prezesa Izby.

Izba zważyła, że art. 180 ust. 3 Pzp nakazuje powołanie w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Analogiczną regulację zawiera § 4 ust. 2 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964), który ponadto nakazuje odwołującemu wskazanie dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Dokumenty powołane przez odwołującego jako dowody zostały wskazane w treści odwołania. Zamawiający z treści odwołania uzyskał również wiedzę, jakich okoliczności mają dowodzić powołane dokumenty, zatem nie był ograniczony w możliwości przygotowania stanowiska w sprawie oraz powołania dowodów na twierdzenia przeciwne do stanowiska odwołującego. Wymaganie przekazania zamawiającemu kopii odwołania tak, aby mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania wynikające z art. 180 ust. 5 Pzp zostało spełnione. Pogląd, że brak przekazania zamawiającemu dowodów załączonych do odwołania nie uzasadnia odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądów Okręgowych (vide wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r. XIX Ga 179/13 – www.uzp.gov.pl).

Art. 190 ust. 1–7

190. Sygn. akt: KIO 365/15, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2015 r.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że 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, a zatem obowiązkiem dowodowym w rozpoznawanej sprawie obciążony był Odwołujący. Tym samym to on winien udowodnić, że kwestionowane przez niego postanowienia SIWZ zostały sformułowane wbrew przepisom ustawy Pzp przywołanym w odwołaniu. Tymczasem Odwołujący nie wykazał za pomocą odpowiednich dowodów zaistnienia takiego naruszenia. Nie można było bowiem, zdaniem Izby, uznać za przemawiające za uwzględnieniem odwołania dowodów przez Odwołującego przedstawionych, tj. opinii prawnej sporządzonej przez czeskich adwokatów oraz dwóch interpretacji podatkowych.

191. Sygn. akt: KIO 381/15, Wyrok KIO z dnia 16 marca 2015 r.

Izba wskazuje, że z uwagi na kontrydiktoryjny charakter postępowania Izba nie jest zobowiązana do uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw, jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

192. Sygn. akt: KIO 386/15, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone przez niego za zgodność z oryginałem, a także te, które zostały złożone w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego oraz Przystępującego, z tym zastrzeżeniem, iż dokumenty sporządzone w języku obcym zostały uwzględnione tylko w takim zakresie, w jakim złożone zostało ich tłumaczenie na język polski. Zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014, poz. 964), wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, jeśli zaś strona powołuje się na dokumenty sporządzone w języku obcym, jest zobowiązana przedstawić ich tłumaczenie na język polski. Przepis ten nie dopuszcza wyjątków. Dlatego też, jak to już zostało wskazane, strona powołująca się na sporządzone w języku obcym dokumenty, zobowiązana jest złożyć Izbie ich tłumaczenie. Niezałączenie takiego tłumaczenia nie pozwoliło Izbie uwzględnić jako dowodu dokumentu sporządzonego w języku obcym, tj. przedstawionego przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 13 marca 2015 r. wydruku ze strony internetowej.

193. Sygn. akt: KIO 513/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.

Odrębną kwestią jest natomiast wiarygodność takich dowodów, której to ocena – zgodnie z przepisem art. 190 ust. 7 Pzp – należy do Izby. Słusznie podkreśla się, że niejednokrotnie wydruki ze stron internetowych zawierają niekompletne, ogólnikowe informacje, podawane *stricto* w celach marketingowych, wobec czego do kwestii ich wiarygodności należy podchodzić z pewną ostrożnością. Trzeba mieć przy tym na względzie, że dokonanie oceny wiarygodności dowodu nastąpić może wyłącznie po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału dowodowego, przez co należy rozumieć konieczność uwzględniania wyników całego postępowania dowodowego. W tym zakresie Izba stwierdziła, że Odwołujący w żaden sposób nie podważył prawdziwości informacji zawartych w omawianych specyfikacjach, a nadto sam posłużył się tożsamymi rodzajowo dokumentami uzasadniając jeden z zarzutów odwołania. Tym bardziej nie było podstaw, aby – z jednej strony – uznawać dowody przedstawione przez Odwołującego za wiarygodne, z drugiej zaś – odmawiać tego przymiotu dowodom Zamawiającego.

Art. 191 ust. 2

194. Sygn. akt: KIO 513/15, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2015 r.

Tytułem wstępu należy zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 Pzp podstawą wyrokowania jest stan rzeczy ustalony w toku postępowania, przy czym trzeba mieć na względzie, że omawiana regulacja referuje do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynika z niej konieczność uwzględniania przy wyrokowaniu czynności zamawiającego podjętych już po wszczęciu postępowania odwoławczego, wobec czego Izba zobligowana była uwzględnić dokonaną przez Zamawiającego w dniu 23 marca 2015 r. modyfikację SIWZ. Niemniej jednak powyższe nie oznacza jeszcze, że ilekroć zamawiający dokona zmian postanowień SIWZ po wniesieniu odwołania na jej treść konieczne jest uwzględnienie odwołania z uwagi na przyznanie przez zamawiającego zasadności zarzutów. Istotny jest bowiem przedmiot tej zmiany i jej treść w relacji do żądań odwołania i argumentów powoływanych na ich uzasadnienie. *Ad casum* Zamawiający dokonał modyfikacji postanowień SIWZ w sposób nieuwzględniający – jak na to zwrócił uwagę Odwołujący na rozprawie (protokół, t. 3) – oczekiwań zawartych w *petitum* odwołania. W konsekwencji nie mogło być, w ocenie Izby, mowy o przyznaniu zasadności zarzutów związanych z wadliwym brzmieniem SIWZ.

Art. 192 ust. 2

195. Sygn. akt: KIO 2833/14, Wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2015 r.

Z przepisów ustawy nie wynika możliwość wyłączenia z podstaw wyrokowania zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego. Jednak skoro zamawiający dokonał czynności zgodnie z żądaniem odwołującego odwołanie nie może zostać uwzględnione w zakresie uwzględnionych zarzutów. Art. 192 ust. 2 Pzp pozwala na uwzględnienie odwołania wyłącznie w sytuacji, gdy naruszenie przepisów ustawy ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zmiany SIWZ dokonane przez zamawiającego powodują, że obligatoryjna przesłanka uwzględnienia odwołania odpadła i wyłącznie z tego względu (a nie powodu bezprzedmiotowości) odwołanie podlega oddaleniu w tym zakresie.

196. Sygn. akt: KIO 91/15, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2015 r.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołanie nie stało się bezprzedmiotowe wskutek wykonania przez zamawiającego żądań odwołującego po wniesieniu odwołania. Jak wynika z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, zamawiający po wniesieniu odwołania zwrócił się do przystępującego X z prośbą o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami przystępującego, zamawiający przesłał wyłącznie temu wykonawcy pismo z 22 stycznia 2015 r., w którym informuje go, że zdaniem zamawiającego informacje nie posiadają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. W końcowej części pisma zamawiający wskazał zaś, że odtajnia kolumnę 3 załącznika nr 1 do oferty i załącznik nr 2 do oferty przystępującego X. Taka treść pisma zamawiającego rzeczywiście mogłaby sugerować, że zamawiający dokonał w postępowaniu materialnoprawnej czynności odtajnienia oferty przystępującego X w zakresie kwestionowanym przez odwołującego. Jednakże dokonaniu takiej wykładni pisma zamawiającego stanęła na przeszkodzie treść odpowiedzi na odwołanie z 26 stycznia 2014. W odpowiedzi tej zamawiający wprawdzie uwzględnił odwołanie w całości, wskazując jednak wyraźnie, że oferty przystępującego X nie zamierza ujawnić do czasu rozstrzygnięcia Izby w tej sprawie. Stanowisko takie zamawiający przedstawił także na rozprawie.

Zdaniem Izby wykonanie żądań odwołania przed merytorycznym rozpoznaniem sprawy przez Izbę skutkuje koniecznością oddalenia odwołania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario). Ewentualne naruszenia ustawy Pzp, które na moment wyrokowania zostały usunięte zgodnie z żądaniami odwołującego, nie mogą mieć już wpływu na wynik postępowania. Fakt

wykonania żądań odwołującego przed wdaniem się w merytoryczny spór przez Izbą, jako niewątpliwie doniosła okoliczność, powinien być bezsporny i nie może podlegać domysłom czy interpretacjom. Niewątpliwie zaś w analizowanej sprawie istniała konieczność dokonania wykładni sprzecznych oświadczeń zamawiającego. Warto również podkreślić, że w trakcie rozprawy przed Izbą pełnomocnik zamawiającego na pytanie Izby, jak należy interpretować powołane oświadczenia, podtrzymał stanowisko z odpowiedzi, że zamawiający nie zamierza ujawnić odwołującemu oferty przystępującego X przed merytorycznym rozstrzygnięciem Izby. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający – na moment wyrokowania – nie wykonał żądań odwołującego zgodnie z treścią odwołania.

197. Sygn. akt: KIO 169/15, KIO 170/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.

Uznanie przez zamawiającego zasadności niektórych zarzutów ma znaczenie procesowe w zakresie dowodzenia ich zasadności. Stanowi potwierdzenie przez zamawiającego, że prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia niezgodnie z zarzucanymi przepisami, czyli przyznanie faktów leżących u podstaw uznanych zarzutów w rozumieniu art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp. Izba bierze je pod uwagę przy orzekaniu, o ile nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy i nie prowadzi do naruszenia przepisów prawa. Natomiast merytoryczna zasadność zarzutów, a nie ich uznanie przez zamawiającego, przesądza bezpośrednio o wyniku sprawy odwoławczej, co wynika z przywołanego powyżej art. 192 ust. 2 Pzp.

Art. 192 ust. 7

198. Sygn. akt: KIO 2506/14, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2015 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, której 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 formułowanych 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 (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.), 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 miałoby 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 słuszością 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.

**199. Sygn. akt: KIO 2798/14, KIO 2799/14, KIO 2803/14,
Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2015 r.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący wnosił o m.in. „ewentualnie wykluczenie Wykonawcy X z postępowania (przy czym, jeżeli Wykonawca X nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wezwanie go do ich przedstawienia)”. Na rozprawie przed Izbą okazało się, że Zamawiający wzywał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, do ich wyjaśnień oraz do wyjaśnienia wysokości ceny, jednak Odwołujący, składając odwołanie, o tym nie wiedział. Odwołujący na rozprawie oświadczył, że „na dzień sporządzania przez niego dokumentacji fotograficznej nie było żadnego uzupełnienia oferty, a pracownik zamawiającego na pytanie, czy jest to kompletna oferta udzielił odpowiedzi twierdzącej. Wobec tego, że nie było w ofercie żadnego jej uzupełnienia – odwołujący wskazuje, że ewentualne uzupełnienia dokumentów mogłoby być bądź zatajone, bądź dołączone później, dlatego nie mógł się z nimi zapoznać przed złożeniem odwołania. O tym, że takie dokumenty istnieją dowiedział się dopiero z odpowiedzi na odwołanie i pisma przystępującego z dnia 15 stycznia 2015 r.”

Izba stwierdziła, że to na Odwołującym ciąży obowiązek zapoznania się z dokumentacją postępowania w taki sposób, aby móc w odwołaniu postawić zarzuty mające na celu doprowadzenie do uzyskania przez niego zamówienia. Zamawiający nie ma natomiast obowiązku przechowywania wszelkich wezwań do wyjaśnień i uzupełnień „w ofercie”, jak tego oczekiwał Odwołujący. Trudno się dziwić Zamawiającemu, że na pytanie o „kompletną ofertę” udostępnił właśnie taką ofertę. Odwołujący nie wnosil o udostępnienie pozostałej dokumentacji postępowania, choć na swoją prośbę uzyskał protokół – druk ZP-PN, gdzie w pkt 10 zaznaczono, że było zastosowane wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący

próbował na rozprawie sugerować, że być może dokumentację uzupełniono później, niż w dniu kiedy zapoznawał się on z oryginalną ofertą, jednak Izba nie uznała tego za wiarygodne – z dokonanego przez Odwołującego opisu sposobu zapoznawania się z dokumentacją postępowania wynikało w ocenie Izby, że to raczej dość niefortunne sformułowanie prośby skierowanej do Zamawiającego o udostępnienie „kompletnej oferty” spowodowało, że Odwołujący nie zapoznał się z treścią wezwań i wyjaśnień. W konsekwencji zarzuty dotyczące zaniechania wezwań do złożenia wyjaśnień Izba oddaliła jako bezprzedmiotowe (odnosi się to do zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami I, II, III, V, VIII). Izba jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych) i nie może orzekać poza ich granice. Odwołujący zarzucał jedynie, że Zamawiający zaniechał obowiązkowych wezwań – co jest niezgodne z dokumentacją postępowania prowadzoną przez Zamawiającego. Ponieważ ocena udzielonych wyjaśnień i uzupełnień nie mieściła się w granicach podnoszonych zarzutów, Izba nie badała ich treści, jako nieistotnych dla rozstrzygnięcia. Odnośnie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący również nie kwestionował udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień, ich kompleksowości czy korelacji z wezwaniem Zamawiającego.

200. Sygn. akt: KIO 116/15, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2015 r.

W istocie bowiem Odwołujący domagając się oceny rzeczonych wzorów przez biegłego dąży do zakwestionowania przyjętego przez Zamawiającego sposobu oceny próbek. Tymczasem Odwołujący nie wnosząc środków ochrony prawnej wobec postanowień SIWZ tym samym zaaprobował przyjęte przez Zamawiającego rozwiązania i nie ma żadnych podstaw, aby na etapie postępowania odwoławczego domagać się zmiany w tym zakresie. (...) Podstaw do powołania dowodu z opinii biegłego nie sposób dostrzec również i z tej przyczyny, że Odwołujący nie wskazał żadnych wiarygodnych okoliczności, które świadczyłyby o błędach popełnionych w procesie badania wzorów. Odwołujący co prawda wskazuje na rzekome błędy, ale oprócz twierdzeń Odwołującego w tym przedmiocie nie powołano żadnych dowodów, które chociażby prowadziłyby do uprawdopodobnienia twierdzeń Odwołującego i wzbudzenia wątpliwości co do poprawności kwestionowanych badań.

Dyskredytowanie badań akredytowanego laboratorium nie może się opierać jedynie na przywołaniu wyników badań innego akredytowanego laboratorium skoro po pierwsze, powoływane przez Odwołującego badania zostały wykonane na jego zlecenie, po drugie, nie ma żadnego dowodu na to, że badania przeprowadzono na kontra-wzorach. Z pewnością nie świadczą o tym certyfikaty złożone na rozprawie. Wynika z nich jedynie tyle, że w 2015 r. poddano badaniom tkaninę zewnętrzną koloru granatowego Navy s/c kompletu Arctex 235 i tkaninę zewnętrzną koloru niebieskiego Royal s/c kompletu Arctex 235, ale powyższe nie potwierdza, że badano tę samą tkaninę pochodzącą z kontra-wzoru. Co więcej, nie sposób uznać, że wyniki przedmiotowych badań są wiarygodne, przynajmniej w odniesieniu do tkaniny koloru niebieskiego, skoro w raporcie z badania znajduje się adnotacja, że „ze względu na brak odpowiedniej ilości wzoru dostarczonego przez Klienta, ograniczono liczbę próbek do czterech, nie do pięciu, jak wskazuje norma.” Zdaniem Izby, brak wystarczającej ilości tkaniny do przeprowadzenia badań na wymaganej ilości próbek świadczy o tym, że Odwołujący nie mógł do badań przedstawić kontra-wzorów. Zaś, powoływanie się przez Odwołującego na raporty z badań z 2013 r. jest o tyle niezasadnione, że po pierwsze brak informacji, jaką tkaninę poddano badaniom, mowa tam jedynie o komplecie Arctex 235, zważywszy zaś na fakt, że niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte we wrześniu 2014 r. a więc niemalże rok po przeprowadzeniu badań nie sposób przyjąć, że badania zostały przeprowadzone na kontra-wzorach. Oznaczałoby to bowiem, że odzież poddana badaniom i zło-

żona Zamawiającemu została wyprodukowana zanim Odwołujący uzyskał wiedzę, że przedmiotowe postępowanie będzie prowadzone.

Wątpliwości Odwołującego budził również sposób pobrania próbek. Jednakże oprócz wskazania, jakie okoliczności mają znaczenie dla określenia gramatury tkaniny, Odwołujący nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że w tym zakresie popełniono błędy. Nadto, Odwołujący na etapie SIWZ nie zgłaszał żadnych uwag co do przechowywania czy też transportu próbek. W tym miejscu ponownie należy zwrócić uwagę, że oceny dokonywało akredytowane Laboratorium i w tej sytuacji trudno uznać za uzasadnione twierdzenie, że Laboratorium przyjęło do badania próbki, które nie spełniały podstawowych wymogów, albo pobrało próbki w sposób niezgodny z normą PN-EN 12127 (w szczególności pkt 5.1 i 5.2.). Zatem, wniosek Odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego na okoliczność stanu technicznego próbek oraz sposobu pobrania próbek nie mógł spotkać się z aprobatą. (...)

Nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego, że Przystępujący zaferował tkaninę, w której wytrzymałość wątku na rozciąganie jest mniejsza niż wymagał Zamawiający. Twierdzenia powyższe Odwołujący opiera jedynie na treści karty katalogowej produktu, dołączonej do oferty. Jednakże Odwołujący nie dostrzega, że przy wartości 1050, określającej sporny parametr znajduje się przypis, że chodzi o wartość modalną, po drugie, nie uwzględnia okoliczności, że karta katalogowa stanowi uniwersalny dokument informacyjny o produkcie, nie jest przygotowywana (opracowywana) na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu potwierdzenia określonych parametrów. Słusznie więc Zamawiający (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) wezwał Przystępującego do wyjaśnień wobec niejasności rodzących się na tle spornej karty katalogowej. Przystępujący rozwiął wątpliwości Zamawiającego w tym przedmiocie i potwierdził, że zaferowana tkanina spełnia wymagania Zamawiającego odnośnie wytrzymałości. Dodatkowo, przedłożył Sprawozdanie z badań nr 560/2014/G/A, ale dokument ten nie ma rozstrzygającego znaczenia, a stanowi jedynie dowód, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego odpowiadają prawdzie.

201. Sygn. akt: KIO 169/15, KIO 170/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym powszechnie przyjmuje się, że przez te zarzuty należy rozumieć zawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp. O ile wskazanie zarzucanych przepisów nie jest bez znaczenia, o tyle dla skuteczności zarzutu kluczowe znaczenie ma sprecyzowanie, na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga dostatecznie szczegółowego opisanie działania lub zaniechania zamawiającego. Jest to istotne, gdyż choć dowody można przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy (co wynika z art. 190 ust. 1 Pzp), dotyczyć one mogą jedynie zarzutów sprecyzowanych uprzednio w odwołaniu.

202. Sygn. akt: KIO 176/15, Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r.

Na wstępie Izba wskazuje, że nie podziela zapatrywań Zamawiającego dotyczących błędnej konstrukcji zarzutów odwołania, która uniemożliwiać miała jego uwzględnienie. Przeszkody dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania nie można było upatrywać w przepisie art. 192 ust. 7 Pzp wyznaczającym zakres kognicji Izby, ponieważ wymagałoby to wykazania, że zarzut w ogóle nie został podniesiony, z czym zgodzić się nie sposób.

Jakkolwiek przepisy Pzp nie zawierają legalnej definicji zarzutu odwołania, to jego mianem można określić zespół okoliczności faktycznych i prawnych, tj. czynność lub zaniechanie Zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Nie sposób przy tym

twierdzić, że ze względu na wymogi konstrukcyjne odwołania, wynikające z przepisu art. 180 ust. 3 Pzp, treść zarzutu ogranicza się wyłącznie do twierdzeń zawartych w *petitum* odwołania, pomijając chociażby argumentację sformułowaną na jego poparcie w części poświęconej uzasadnieniu zarzutów odwołania. Podejście takie, jako skrajnie formalistyczne, należy odrzucić. Uzasadnienia takiego poglądu nie można przy tym poszukiwać, jak tłumaczył Zamawiający, w przepisie art. 355 § 2 K.c. Jakkolwiek profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego powinni wykazywać się ponadprzeciętnym poziomem staranności, to jednak zasady tej nie należy absolutyzować, wyłączając możliwość popełnienia jakichkolwiek uchybień. Podejście takie obce jest przepisom Pzp, czego przykładem jest chociażby odnoszący się do wymogów formalnych art. 187 ust. 3 zd. drugie Pzp, zgodnie z którym mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę.

Reasumując, co prawda w treści zarzutów odwołania przytoczono mylnie opis zaskarżonego punktu SIWZ, ponieważ Odwołujący wskazał na systemy operacyjne serwerów baz danych archiwalnych, podczas gdy zmodyfikowany pkt 7.1.2.1.1. Części II Umowy – Specyfikacje Techniczne Dostaw i Usług, do którego się odnosił, dotyczył systemów operacyjnych stacji roboczych – operatorskich, tym niemniej nie uzasadniało to wniosku, że zarzut był wadliwie sformułowany lub nie został postawiony w ogóle. Odwołujący przytoczył szereg okoliczności faktycznych wskazujących na postanowienie SIWZ, którego modyfikację skarży, odwołując się chociażby do wcześniejszej próby jego zmiany (*vide* pytanie nr 16 zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2014 r.), czy wreszcie do czynności, która stanowiła podstawę wniesienia odwołania, tj. do modyfikacji SIWZ z dnia 19 stycznia 2015 r. dotyczącej wyłącznie systemu operacyjnego dla stacji roboczych. Podobnie, o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną.

203. Sygn. akt: KIO 242/15, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2015 r.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

204. Sygn. akt: KIO 496/15, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.

(...) Izba stwierdza, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. To odwołujący formułując swoje żądania wskazuje jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom i jednocześnie formułuje postanowienia SIWZ, które w jego ocenie są zgodne z przepisami ustawy Pzp. W tym zakresie Izba stwierdza, że chociaż Odwołujący nie napisał wprost jak ma brzmieć nowa – zmieniona treść SIWZ, to jednak z przedstawionej treści zarzutów i żądań można w sposób jednoznaczny wywieść treść żądań Odwołującego.

Art. 192 ust. 9 i 10

205. Sygn. akt: KIO 458/15, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2015 r.

(...) nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania, to jest m. in. wynagrodzenia pełnomocnika, na postawie samego tylko oświadczenia złożonego ustnie do protokołu, gdyż ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania

odwoławczego (tj. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [Dz. U. Nr 41, poz. 238] – *przyp. red.*) nie przyjął, tak jak to byłoby na gruncie kpc (art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002 r., w spr. II CK 134/02), zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia, wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy.

Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 8 poz. 60 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.). Skoro zatem takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego nie mogło zostać zasądzone. (podobnie wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 684/14).

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A

Aukcja elektroniczna – 28, 69, 123

B

Biegły – 200

Biuletyn Zamówień Publicznych (BZP) – 15

Błąd w obliczeniu ceny – 107

C

Cena – 26, 27, 53, 61, 79, 80, 84, 86, 90, 93, 100, 103, 104, 105, 106, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 125, 126, 127, 128, 130

– **jednostkowa** – 80, 91, 100, 125

– **rażąco niska** – 103, 104, 105, 106, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 133

– **ryczałtowa** – 91, 100, 111

– **sposób obliczenia** – 107

– **wyjaśnienia** – 6, 104, 106, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 133, 182, 199

Certyfikat – 39, 40, 78, 200

Ciężar dowodowy – 6, 7, 8, 25, 35, 37, 47, 48, 68, 102, 104, 110, 112, 114, 115, 118, 119, 132, 145, 146, 159, 166, 168, 190, 191, 192

Czyn nieuczciwej konkurencji – 100, 101, 102, 103, 133

D

Dialog konkurencyjny – 55

Dokumentacja projektowa – 90

Dokumenty – 4, 6, 7, 9, 14, 19, 23, 24, 29, 33, 41, 42, 44, 47, 49, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 78, 105, 136,

– **podmiotowe** – 73, 88, 92

– **przedmiotowe** – 5, 12, 42, 53, 59

– **uzupełnianie** – 7, 10, 13, 24, 28, 29, 33, 42, 44, 49, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 72, 88, 109, 136, 199

– **wyjaśnienia** – 10, 29, 72

Domniemanie – 16, 29, 104, 184

Dostawa – 1

Dowody – 5, 6, 12, 17, 18, 26, 31, 33, 35, 37, 62, 63, 68, 72, 99, 102, 104, 112, 118, 132, 166, 168, 169, 184, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 200

E

Elektroniczna poczta (email) – 169, 171, 172, 181, 188

F

Fax – 153, 169, 180, 181, 188

G

Gwarancja – 27, 28, 30, 67, 83

Grupa kapitałowa – 11, 35

I

Informacja niejawna – 124

Interes:

– **publiczny** – 33, 128, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 168

– **we wniesieniu środka ochrony prawnej** – 130, 131, 132, 133, 134

– **w przystąpieniu** – 170

J

Jednostka sektora finansów publicznych – 91

K

Kary umowne – 100

Komisja Europejska (KE) – 33, 42

Komisja przetargowa – 75, 121

Konsorcjum – 22, 26, 29, 41, 46, 49

Kosztorys – 84, 90, 91, 100, 111, 125

Koszty – 205

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) – 18, 33, 37, 47, 48, 56, 97, 102, 104, 135, 141, 143, 148, 152, 177, 179, 182, 205

Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 23, 24

Kryteria – 3, 61, 75, 77, 120, 121, 122, 130

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 26, 64, 114

L

Licytacja elektroniczna – 69

N

Należyta staranność – 2, 7, 26, 31, 33, 63, 64, 92, 104, 110, 114, 165, 179

Należyte wykonanie zamówienia – 4, 9, 20, 37, 41

Negocjacje z ogłoszeniem – 29, 68

Niedbalstwo – 31, 33

Niekaralność – 23, 24

Nieprawdziwe informacje – 31, 32, 33, 54

Norma – 42, 96, 98, 200

O

Odwołanie:

- **cofnięcie** – 139, 148, 178
- **kopia** – 169, 171, 188, 189
- **oddalenie** – 141
- **odpowiedź** – 190
- **odrzuć** – 134, 136, 137, 143, 145, 146, 152, 168, 173, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189
- **uwzględnienie** – 128, 173, 174, 175, 176, 194, 195, 196
- **uzupełnienie braków** – 153, 177
- **wniesienie** – 5, 65, 67, 134, 138, 139, 142, 144, 145, 146, 149, 153, 155, 162, 164, 166, 167, 168, 179, 181, 187, 195
- **zwrot** – 140, 156, 177

Oferta:

- **badanie i ocena** – 27, 69, 74, 77, 87, 115, 121, 179
- **częściowa** – 16, 28, 29, 34, 62, 66, 80, 96, 112, 113, 119

– **najkorzystniejsza (wybór)** – 3, 27, 53, 67, 69, 130, 137, 179, 180, 182, 184, 185, 187

– **odrzuć** – 8, 27, 28, 29, 38, 42, 53, 65, 74, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 109, 111, 115, 116, 118, 125, 130, 131, 133, 182, 185, 187, 188

– **przygotowanie** – 25

– **treść** – 6, 27, 29, 73, 76, 87, 95, 99, 102

– **wstępna** – 29

– **wyjaśnienie treści** – 4, 8, 9, 11, 32, 74, 75, 76, 77, 83, 84, 93, 95, 97, 105, 179, 196

Ogłoszenie o zamówieniu – 15, 68, 124, 134, 153, 166

Omyłka:

- **inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ** – 28, 29, 81, 82, 83, 84, 85, 90, 97
- **pisarska** – 78, 82
- **rachunkowa** – 79, 80, 82, 107

Organizacja uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej – 134

Oświadczenie:

- **woli** – 47, 49, 66, 71, 73, 74, 75, 80, 82, 83, 85, 88, 97, 109, 169, 178
- **wiedzy** – 39, 109

P

Parafa – 47, 109

Pełnomocnictwo/Pełnomocnik – 22, 29, 49, 60, 170, 205

Pisemność – 66, 127, 169, 181

Poczta – 171, 180, 181, 184

Podatek VAT – 64, 79, 86, 107, 108, 110, 113, 114, 119, 126, 127, 185

Podmiot trzeci – 25, 43, 44, 45, 46, 47, 48

Podpis – 47, 123, 172, 184

Podwykonawca – 1, 43, 44, 46, 56, 102

Polisa – 18, 19, 40

Poręczenie – 66

Postępowanie odwoławcze – 5, 37, 115, 150, 153, 160, 176

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – 89, 176, 191
– **przygotowanie** – 25, 26

Potencjał:

- **ekonomiczny (finansowy)** – 18, 19, 40, 44, 47
- **kadrowy** – 7, 39, 105
- **techniczny** – 16, 17

Prekwalifikacja – 55

Program funkcjonalno-użytkowy – 53

Próbka – 200

Przedmiar robót – 84, 90, 91

Przedmiot zamówienia – 5, 13, 18, 20, 21, 46, 61, 62, 63, 68, 73, 81, 94, 96, 98, 99, 108

Przetarg nieograniczony – 69, 73, 87

Przetarg ograniczony – 55

Przystąpienie/Przystępujący – 169, 170, 171, 172

R

Rachunek – 205

Referencje – 4, 14, 15, 33, 41, 56

Roboty budowlane – 42, 44, 83, 84, 90, 91, 100, 108, 154

Równoważność – 63

S

Sąd Najwyższy (SN) – 31, 61, 102, 132, 137, 169, 184, 205

Sąd Okręgowy (SO) – 18, 30, 33, 40, 61, 89, 135, 169, 182, 189

Specyfikacja – 13, 15, 27, 28, 36, 63, 68, 73, 95, 122, 128, 129, 183, 200, 201, 204

- **modyfikacja** – 15, 65, 122, 124, 194, 195, 200

- **zapytania i wyjaśnienia** – 95, 96, 99

Sprzeciw – 5, 13, 137, 174

Szkoda – 131, 132

Ś

Środki finansowe – 158, 164

Środki ochrony prawnej – 130, 142, 147, 151, 165, 173, 176, 186

Świadczenie – 77

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 110, 114, 117, 130, 137, 179, 188, 196

Termin –

- **odwołanie** – 69, 137, 138, 177, 180, 181, 182, 183, 184, 188

- **płatności** – 122

- **realizacji zamówienia** – 53, 77

- **składania ofert** – 6, 7, 8, 13, 20, 24, 26, 28, 30, 57, 65, 110, 114, 122

- **zgłoszenia przystąpienia** – 169, 171, 172

- **związania ofertą** – 2, 67, 70, 71, 77

Tłumaczenie – 12, 192

Trybunał Konstytucyjny (TK) – 144, 153, 158

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE, dawniej: ETS) – 77, 106, 119, 182

U

Ubezpieczenie – 18, 19, 40, 99, 136

Umorzenie postępowania – 139, 140, 143, 152, 156, 174, 175, 178, 179

Umowa:

- **ramowa** – 125

- **uchylenie zakazu zawarcia umowy** – 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168

- **wykonanie** – 33

- **wzór** – 86, 87, 105, 126, 127, 128

- **zawarcie** – 27, 29, 89, 126, 127, 128, 138, 142, 150, 153, 154, 160, 162, 191

- **zmiana** – 126, 127, 128, 129

Unieważnienie postępowania – 87, 114, 124, 136

Uprawnienia – 13, 16, 39

Usługi:

- **nadzoru** – 44, 46, 100

- **odbioru odpadów** – 10, 13, 17, 57

- **sprzątania** – 43

– telekomunikacyjne – 162

– leśne – 34, 45, 107

Urząd Zamówień Publicznych (UZP) – 177

W

Wadium – 27, 28, 29, 30, 59, 66, 67

Waloryzacja – 126, 127, 128

Wartość zamówienia – 15, 26, 64, 65, 110, 113, 114, 118, 119

Warunki udziału w postępowaniu – 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 54, 55, 56, 58, 59, 88, 105, 130, 181, 199

Wiedza i doświadczenie – 4, 9, 14, 15, 20, 21, 33, 34, 39, 43, 44, 46, 48, 55, 56

Wina – 31, 33

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 6, 8, 181

Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA)
– 108

Wpis – 153, 177

Wykluczenie wykonawcy – 16, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 54, 56, 66, 67, 88, 136178, 181, 187, 199

Wykładnia:

– językowa – 14, 16, 26

Wynik postępowania – 27, 31, 54, 195

Wykonawca – 29, 170

Z

Zamówienia:

– informatyczne – 87, 110, 141

– obronne – 39, 147

– uzupełniające – 15, 113, 114

Zamówienie z wolnej ręki – 150

Zarzuty – 133, 135, 136, 156, 164, 166, 174, 182, 185, 188, 194, 195, 197, 198, 199, 201, 203, 204

Zasady udzielania zamówień publicznych:

– jawności – 4, 6, 58, 122, 130

– języka polskiego – 12

– równego traktowania – 2, 3, 33, 34, 58, 122

– uczciwej konkurencji – 2, 3, 20, 26, 33, 34, 35, 55, 61, 62, 97, 101, 122

Zaświadczenie:

– US – 78

Za zgodność z oryginałem – 47, 66, 109, 192

Ż

Żądania – 135, 173, 175, 176, 195, 196, 204

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 94, 96, 97, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 144, 148, 151, 153, 156, 163, 166, 167, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204
- 2) Ustawa z dnia 18 stycznia 1951 r. o dniach wolnych od pracy (Dz. U. Nr 4, poz. 28 ze zm.) – 184
- 3) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.) – 1, 19, 22, 31, 35, 37, 66, 77, 90, 91, 109, 115, 127, 136, 169, 190, 202
- 4) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.) – 205
- 5) Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 361 ze zm.) – 142
- 6) Ustawa z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1340 ze zm.) – 14
- 7) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 100, 101, 103
- 8) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 613 ze zm.) – 205
- 9) Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1804 ze zm.) – 66
- 10) Ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.) – 126
- 11) Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1206 ze zm.) – 19
- 12) Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) – 86
- 13) Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 149 ze zm.) – 41
- 14) Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 584 ze zm.) – 100, 101
- 15) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) – 35
- 16) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 171, 180, 184
- 17) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2010 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.) – 91

- 18) Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1440) – 134
- 19) Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 618 ze zm.) – 16
- 20) Ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. poz. 403) – 122
- 21) Ustawa z dnia 9 maja 2014 o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915) – 114
- 22) Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) – 4, 5, 7, 8, 9, 11, 28, 126, 179,
- 23) Dyrektywa Rady Nr 71/305/EWG z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 185 z 16.08.1971, s. 5) – 106
- 24) 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 134 z 30.04.2004, str. 114–240) – 33, 37, 122
- 25) Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i form dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1129) – 90
- 26) Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 r. Nr 165, poz. 1373 ze zm.) – 205
- 27) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – 177, 205
- 28) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 964) – 12, 170, 177, 189, 192, 198
- 29) 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. poz. 231) – 12, 19, 20, 24, 29, 39, 40, 53, 56, 59, 105, 136
- 30) Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 5 maja 2014 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. poz. 660) – 23

