

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 17

WARSZAWA, październik 2014

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH ZESZYT NR 17

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Małgorzata Stręciwilk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)
Izabela Kuciak (Krajowa Izba Odwoławcza)
Dominika Serocka (Urząd Zamówień Publicznych)

pod kierownictwem
Małgorzaty Stręciwilk

Opracowanie techniczne:
Małgorzata Stręciwilk
Dominika Serocka

Wydawca:
Urząd Zamówień Publicznych
www.uzp.gov.pl
e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISSN 1731 - 7207

© Urząd Zamówień Publicznych
Warszawa 2014 r.

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE	13
WYKAZ SKRÓTÓW	14
Art. 2 pkt 7a	15
1. Sygn. akt: KIO 2775/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.	15
Art. 2 pkt 10	16
2. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.	16
Art. 7 ust. 1	16
3. Sygn. akt: KIO 2785/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.	16
4. Sygn. akt: KIO 2792/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.	16
5. Sygn. akt: KIO 85/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.	17
Art. 7 ust. 3	17
6. Sygn. akt: KIO 2531/13, Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2013 r.	17
7. Sygn. akt: KIO 2591/13, KIO 2593/13, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r.	17
8. Sygn. akt: KIO 3037/13, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2014 r.	19
Art. 8 ust. 3	19
9. Sygn. akt: KIO 2398/13, Wyrok KIO z dnia 30 października 2013 r.	19
10. Sygn. akt: KIO 2518/13, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r.	19
11. Sygn. akt: KIO 2666/13, KIO 2670/13, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2013 r.	21
Art. 9 ust. 1	23
12. Sygn. akt: KIO 2878/13, Wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2013 r.	23
13. Sygn. akt: KIO 261/14, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r.	23
Art. 10	23
14. Sygn. akt: KIO 3/14, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2014 r.	23
Art. 22 ust. 1 pkt 1	24
15. Sygn. akt: KIO 2701/13, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2013 r.	24
Art. 22 ust. 1 pkt 2	24
16. Sygn. akt: KIO 2238/13, Wyrok KIO z dnia 4 października 2013 r.	24
17. Sygn. akt: KIO 2394/13, Wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r.	25
18. Sygn. akt: KIO 2681/13, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2013 r.	25
19. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.	26
20. Sygn. akt: KIO 2866/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.	27
21. Sygn. akt: KIO 2986/13, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2014 r.	28
22. Sygn. akt: KIO 83/14, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2014 r.	28
Art. 22 ust. 1 pkt 3	29
23. Sygn. akt: KIO 2396/13, Wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r.	29

Art. 22 ust. 1 pkt 4	30
24. Sygn. akt: KIO 2302/13, KIO 2314/13, Wyrok KIO z dnia 15 października 2013 r.	30
25. Sygn. akt: KIO 2592/13, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2013 r.	30
Art. 22 ust. 4	31
26. Sygn. akt: KIO 2852/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.	31
Art. 22 ust. 5	31
27. Sygn. akt: KIO 2302/13, KIO 2314/13, Wyrok KIO z dnia 15 października 2013 r.	31
28. Sygn. akt: KIO 2949/13, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r.	32
Art. 23	32
29. Sygn. akt: KIO 13/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r.	32
Art. 24 ust. 1 pkt 1a	33
30. Sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r.	33
Art. 24 ust. 1 pkt 2	33
31. Sygn. akt: KIO 33/14, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2014 r.	33
Art. 24 ust. 1 pkt 4 - 11	34
32. Sygn. akt: KIO 2315/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.	34
33. Sygn. akt: KIO 2538/13, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2013 r.	34
34. Sygn. akt: KIO 2861/13, Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2014 r.	35
Art. 24 ust. 2 pkt 1	36
35. Sygn. akt: KIO 2688/13, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2013 r.	36
Art. 24 ust. 2 pkt 2	37
36. Sygn. akt: KIO 2369/13, Wyrok KIO z dnia 15 października 2013 r.	37
37. Sygn. akt: KIO 2591/13, KIO 2593/13, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r.	37
38. Sygn. akt: KIO 2932/13, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.	39
Art. 24 ust. 2 pkt 3	39
39. Sygn. akt: KIO 2575/13, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2013 r.	39
40. Sygn. akt: KIO 2830/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.	40
41. Sygn. akt: KIO 107/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.	40
42. Sygn. akt: KIO 175/14, KIO 179/14, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2014 r.	41
Art. 24 ust. 2 pkt 4	42
43. Sygn. akt: KIO 2443/13, Wyrok KIO z dnia 28 października 2013 r.	42
Art. 24 ust. 2 pkt 5	42
44. Sygn. akt: KIO 20/14, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r.	42
Art. 25 ust. 1 pkt 1	43
45. Sygn. akt: KIO 2666/13, KIO 2670/13, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2013 r.	43
46. Sygn. akt: KIO 2701/13, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2013 r.	44

47. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.	45
48. Sygn. akt: KIO 2880/13, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r.	45
49. Sygn. akt: KIO 158/14, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2014 r.	45
50. Sygn. akt: KIO 231/14, Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r.	46
Art. 25 ust. 1 pkt 2	48
51. Sygn. akt: KIO 2274/13, Wyrok KIO z dnia 8 października 2013 r.	48
52. Sygn. akt: KIO 2639/13, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2013 r.	48
53. Sygn. akt: KIO 83/14, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2014 r.	49
Art. 26 ust. 2b	49
54. Sygn. akt: KIO 2244/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.	49
55. Sygn. akt: KIO 2483/13, Wyrok KIO z dnia 5 listopada 2013 r.	49
56. Sygn. akt: KIO 2654/13, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2013 r.	51
57. Sygn. akt: KIO 2931/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.	52
58. Sygn. akt: KIO 41/14, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2014 r.	54
Art. 26 ust. 3	55
59. Sygn. akt: KIO 2217/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r.	55
60. Sygn. akt: KIO 2394/13, Wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r.	57
61. Sygn. akt: KIO 2479/13, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2013 r.	57
62. Sygn. akt: KIO 2621/13, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2013 r.	58
63. Sygn. akt: KIO 2642/13, KIO 2644/13, Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2013 r.	59
64. Sygn. akt: KIO 2831/13, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2014 r.	60
65. Sygn. akt: KIO 2953/13, KIO 2961/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.	60
66. Sygn. akt: KIO 3009/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2014 r.	61
67. Sygn. akt: KIO 15/14, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r.	61
68. Sygn. akt: KIO 62/14, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2014 r.	62
69. Sygn. akt: KIO 83/14, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2014 r.	62
Art. 26 ust. 4	63
70. Sygn. akt: KIO 3037/14, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2014 r.	63
Art. 27 ust. 1-2	63
71. Sygn. akt: KIO 2323/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.	63
72. Sygn. akt: KIO 2580/13, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2013 r.	63
Art. 29 ust. 1	64
73. Sygn. akt: KIO 2258/13, Wyrok KIO z dnia 4 października 2013 r.	64
74. Sygn. akt: KIO 2172/13, KIO 2177/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.	65
75. Sygn. akt: KIO 2608/13, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2013 r.	65

Art. 29 ust. 2	66
76. Sygn. akt: KIO 2184/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r.	66
77. Sygn. akt: KIO 2316/13, KIO 2318/13, Wyrok KIO z dnia 10 października 2013 r.	66
78. Sygn. akt: KIO 2431/13, Wyrok KIO z dnia 23 października 2013 r.	66
79. Sygn. akt: KIO 2708/13, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2013 r.	66
80. Sygn. akt: KIO 2942/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.	67
Art. 29 ust. 3	67
81. Sygn. akt: KIO 2862/13, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2014 r.	67
82. Sygn. akt: KIO 256/14, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r.	68
Art. 30	69
83. Sygn. akt: KIO 2844/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.	69
Art. 34 ust. 5	69
84. Sygn. akt: KIO 24/14, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r.	69
Art. 38	70
85. Sygn. akt: KIO 2965/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.	70
86. Sygn. akt: KIO 57/14, KIO 78/14, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2014 r.	70
Art. 45	71
87. Sygn. akt: KIO 2279/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r.	71
88. Sygn. akt: KIO 2362/13, Wyrok KIO z dnia 17 października 2013 r.	71
Art. 51 ust. 1a	71
89. Sygn. akt: KIO 2447/13, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2013 r.	71
Art. 52	73
90. Sygn. akt: KIO 2770/13, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2013 r.	73
Art. 87 ust. 1	74
91. Sygn. akt: KIO 2203/13, KIO 2206/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r.	74
92. Sygn. akt: KIO 2308/13, Wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r.	74
93. Sygn. akt: KIO 2459/13, Wyrok KIO z dnia 31 października 2013 r.	75
94. Sygn. akt: KIO 2792/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.	75
95. Sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.	75
96. Sygn. akt: KIO 2971/13, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2014 r.	76
97. Sygn. akt: KIO 82/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.	76
Art. 87 ust. 2 pkt 1	77
98. Sygn. akt: KIO 2956/13, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.	77
99. Sygn. akt: KIO 73/14, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2014 r.	78
Art. 87 ust. 2 pkt 2	79

100. Sygn. akt: KIO 2785/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.	79
Art. 87 ust. 2 pkt 3	80
101. Sygn. akt: KIO 2203/13, KIO 2206/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r. ...	80
102. Sygn. akt: KIO 2366/13, KIO 2370/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r. ...	80
103. Sygn. akt: KIO 2380/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r.	80
104. Sygn. akt: KIO 2419/13, Wyrok KIO z dnia 28 października 2013 r.	81
105. Sygn. akt: KIO 2459/13, Wyrok KIO z dnia 31 października 2013 r.	81
106. Sygn. akt: KIO 2734/13, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2013 r.	81
107. Sygn. akt: KIO 2907/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.	82
108. Sygn. akt: KIO 2976/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.	82
109. Sygn. akt: KIO 64/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.	83
Art. 89 ust. 1 pkt 1	83
110. Sygn. akt: KIO 2831/13, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2014 r.	83
111. Sygn. akt: KIO 12/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.	84
Art. 89 ust. 1 pkt 2	85
112. Sygn. akt: KIO 2204/13, Wyrok KIO z dnia 1 października 2013 r.	85
113. Sygn. akt: KIO 2214/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r.	85
114. Sygn. akt: KIO 2256/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r.	86
115. Sygn. akt: KIO 2366/13, KIO 2370/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r. ...	86
116. Sygn. akt: KIO 2380/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r.	86
117. Sygn. akt: KIO 2386/13, Wyrok KIO z dnia 22 października 2013 r.	86
118. Sygn. akt: KIO 2443/13, Wyrok KIO z dnia 28 października 2013 r.	87
119. Sygn. akt: KIO 2596/13, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2013 r.	87
120. Sygn. akt: KIO 2669/13, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2013 r.	87
121. Sygn. akt: KIO 2676/13, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2013 r.	88
122. Sygn. akt: KIO 2844/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.	88
123. Sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r. ...	89
124. Sygn. akt: KIO 2825/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.	89
125. Sygn. akt: KIO 2905/13, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r.	90
126. Sygn. akt: KIO 2822/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.	90
127. Sygn. akt: KIO 77/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.	90
128. Sygn. akt: KIO 82/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.	91
129. Sygn. akt: KIO 89/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.	92
130. Sygn. akt: KIO 188/14, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2014 r.	93

131. Sygn. akt: KIO 215/14, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r.	94
Art. 89 ust. 1 pkt 3	95
132. Sygn. akt: KIO 2394/13, Wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r.	95
133. Sygn. akt: KIO 2587/13, Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2013 r.	95
134. Sygn. akt: KIO 2589/13, KIO 2623/13, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2013 r.	96
135. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.	98
136. Sygn. akt: KIO 2848/13, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2014 r.	98
Art. 89 ust. 1 pkt 4	99
137. Sygn. akt: KIO 2356/13, Wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r.	99
138. Sygn. akt: KIO 2298/13, KIO 2299/13, KIO 2320/13, Wyrok KIO z dnia 17 października 2013 r.	99
139. Sygn. akt: KIO 2799/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.	100
140. Sygn. akt: KIO 2930/13, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2014 r.	100
Art. 89 ust. 1 pkt 6	101
141. Sygn. akt: KIO 2966/13, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2014 r.	101
142. Sygn. akt: KIO 2928/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.	101
143. Sygn. akt: KIO 267/14, Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2014 r.	102
Art. 90 ust. 1 – 3	103
144. Sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r. ...	103
145. Sygn. akt: KIO 2297/13, Wyrok KIO z dnia 8 października 2013 r.	105
146. Sygn. akt: KIO 2359/13, Wyrok KIO z dnia 15 października 2013 r.	105
147. Sygn. akt: KIO 2356/13, Wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r.	105
148. Sygn. akt: KIO 2368/13, Wyrok KIO z dnia 22 października 2013 r.	106
149. Sygn. akt: KIO 2578/13, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2013 r.	106
150. Sygn. akt: KIO 2661/13, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2013 r.	106
151. Sygn. akt: KIO 2751/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.	108
152. Sygn. akt: KIO 2784/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.	108
153. Sygn. akt: KIO 2792/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.	109
154. Sygn. akt: KIO 2799/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.	110
155. Sygn. akt: KIO 2875/13, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2014 r.	110
156. Sygn. akt: KIO 2894/13, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.	111
157. Sygn. akt: KIO 2982/13, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2014 r.	111
158. Sygn. akt: KIO 3012/13, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2014 r.	112
159. Sygn. akt: KIO 61/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.	112
160. Sygn. akt: KIO 216/14, Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r.	113

161. Sygn. akt: KIO 239/14, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2014 r.	115
Art. 91	115
162. Sygn. akt: KIO 2349/13, Wyrok KIO z dnia 17 października 2013 r.	115
163. Sygn. akt: KIO 36/14, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2014 r.	116
Art. 91a - c	117
164. Sygn. akt: KIO 2498/13, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2013 r.	117
165. Sygn. akt: KIO 2651/13, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2013 r.	119
166. Sygn. akt: KIO 174/14, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2014 r.	119
167. Sygn. akt: KIO 261/14, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r.	120
Art. 92	121
168. Sygn. akt: KIO 2509/13, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r.	121
169. Sygn. akt: KIO 2801/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.	121
Art. 93 ust. 1 pkt 4	122
170. Sygn. akt: KIO 2421/13, Wyrok KIO z dnia 25 października 2013 r.	122
171. Sygn. akt: KIO 3015/13, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2014 r.	122
Art. 93 ust. 1 pkt 7	123
172. Sygn. akt: KIO 2730/13, Wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2013 r.	123
173. Sygn. akt: KIO 49/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.	124
Art. 94	124
174. Sygn. akt: KIO 37/13, KIO 38/13, Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2014 r.	124
Art. 170 ust. 4	126
175. Sygn. akt: KIO 2390/13, Wyrok KIO z dnia 23 października 2013 r.	126
Art. 179 ust. 1	126
176. Sygn. akt: KIO 2246/13, KIO 2264/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r.	126
177. Sygn. akt: KIO 2493/13, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2013 r.	126
178. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.	127
179. Sygn. akt: KIO 2785/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.	127
180. Sygn. akt: KIO 2792/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.	127
181. Sygn. akt: KIO 2894/13, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.	128
182. Sygn. akt: KIO 2938/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2014 r.	128
183. Sygn. akt: KIO 2959/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2014 r.	129
184. Sygn. akt: KIO 2979/13, KIO 2987/13, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2014 r.	129
185. Sygn. akt: KIO 20/14, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r.	129
186. Sygn. akt: KIO 88/14, KIO 93/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.	130
Art. 180 ust. 1	130

187. Sygn. akt: KIO 2297/13, Wyrok KIO z dnia 8 października 2013 r.	130
188. Sygn. akt: KIO 2907/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.	131
189. Sygn. akt: KIO 2938/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2014 r.	131
Art. 180 ust. 2	131
190. Sygn. akt: KIO 2690/13, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2013 r.	131
191. Sygn. akt: KIO 2904/13, Postanowienie KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.	131
Art. 180 ust. 3	132
192. Sygn. akt: KIO 2822/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.	132
193. Sygn. akt: KIO 85/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.	132
Art. 182	132
194. Sygn. akt: KIO 2518/13, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r.	132
195. Sygn. akt: KIO 2878/13, Wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2013 r.	133
196. Sygn. akt: KIO 57/14, KIO 78/14, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2014 r.	134
Art. 185 ust. 1-4	134
197. Sygn. akt: KIO 2463/13, Postanowienie KIO z dnia 29 października 2013 r.	134
198. Sygn. akt: KIO 2734/13, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2013 r.	134
199. Sygn. akt: KIO 2952/13, Postanowienie KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.	135
200. Sygn. akt: KIO 5/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r.	135
201. Sygn. akt: KIO 72/14, Postanowienie KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.	135
202. Sygn. akt: KIO 86/14, Postanowienie KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.	136
203. Sygn. akt: KIO 79/14, Postanowienie KIO z dnia 30 stycznia 2014 r.	136
204. Sygn. akt: KIO 223/14, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2014 r.	137
Art. 186	137
205. Sygn. akt: KIO 2313/13, Wyrok KIO z dnia 11 października 2013 r.	137
206. Sygn. akt: KIO 2480/13, Wyrok KIO z dnia 5 listopada 2013 r.	138
207. Sygn. akt: KIO 18/14, Postanowienie KIO z dnia 20 stycznia 2014 r.	139
208. Sygn. akt: KIO 132/14, Postanowienie KIO z dnia 4 lutego 2014 r.	139
209. Sygn. akt: KIO 189/14, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2014 r.	139
Art. 187 ust. 8	140
210. Sygn. akt: KIO 244/14, Postanowienie KIO z dnia 27 lutego 2014 r.	140
Art. 189 ust. 2 pkt 2	140
211. Sygn. akt: KIO 2996/13, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2014 r.	140
212. Sygn. akt: KIO 49/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.	141
213. Sygn. akt: KIO 2567/13, Postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2013 r.	141
214. Sygn. akt: KIO 136/14, Postanowienie KIO z dnia 31 stycznia 2014 r.	142

Art. 190 ust. 1 - 3143
215. Sygn. akt: KIO 2619/13, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r.143
216. Sygn. akt: KIO 2977/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.143
217. Sygn. akt: KIO 85/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.144
218. Sygn. akt: KIO 175/14, KIO 179/14, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2014 r.144
Art. 191 ust. 2145
219. Sygn. akt: KIO 2427/13, Wyrok KIO z dnia 31 października 2013 r.145
Art. 192 ust. 3145
220. Sygn. akt: KIO 2844/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.145
Art. 192 ust. 7145
221. Sygn. akt: KIO 2346/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.145
222. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.145
223. Sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.	.146
Art. 192 ust. 9 i 10146
224. Sygn. akt: KIO 2979/13, KIO 2987/13, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2014 r.146
Art. 196 ust. 1146
225. Sygn. akt: KIO 119/14, Postanowienie KIO z dnia 4 lutego 2014 r.146
Indeks rzeczowy147
Akty prawne przywołane w orzeczeniach151

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Z dużą przyjemnością przekazujemy w ręce naszych Czytelników numer 17 serii Zeszytów Orzeczniczych. Zeszyt ten powstał po lekturze ponad tysiąca orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w okresie od 1 października 2013 r. do końca lutego 2014 r. Zespół Redakcyjny po analizie wskazanej grupy orzeczeń dokonał wyboru 225 tez orzeczniczych, które – naszym zdaniem – warte są uwagi osób zainteresowanych żywą materią zamówień publicznych.

W Zeszycie nr 17 mogę Państwu gorąco polecić kilka tez odnoszących się do kwestii zastrzegania przez wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji. Od pewnego czasu obserwujemy szkodliwe dla systemu zamówień publicznych zjawisko zastrzegania przez wykonawców znaczących części swoich ofert, które *de facto* nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, co w efekcie prowadzi do wnoszenia środków ochrony prawnej na zaniechanie udostępniania przez zamawiających takich zastrzeżonych informacji i co za tym idzie – staje się przedmiotem zainteresowania Izby. W swoich orzeczeniach Izba zwraca uwagę na takie nieuprawnione działania wykonawców, a także na sposób działania zamawiającego, związany z obowiązkiem weryfikacji przez niego zastrzeżonych przez wykonawców informacji. I choć ten sposób badania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych od dnia 19 października 2014 r. - na skutek nowelizacji art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) - powinien ulec pewnej modyfikacji, Zespół Redakcyjny zdecydował się zamieścić w niniejszym Zeszycie kilka tez odnoszących się do dotychczasowego sposobu działania zamawiających, mając na uwadze przede wszystkim przeciwdziałanie patologicznym sytuacjom pojawiającym się w tym zakresie w praktyce udzielania zamówień publicznych.

Ponadto w tym Zeszycie polecam Państwa uwadze także inne wybrane przez Zespół tezy orzecznicze, w tym choćby te, które w ostatnim czasie dość często stanowią przedmiot rozstrzygnięć Izby. Będą to takie kwestie, jak odrzucanie ofert wykonawców z powodu czynu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) czy też kwestia rażąco niskiej ceny i przeprowadzania w tym zakresie przez zamawiających procedury wyjaśnień (art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych), co również stanowi przedmiot przywołanej powyżej nowelizacji przepisów ustawy.

Oddajemy więc do lektury efekt naszych prac, licząc też na to, że wspomniana nowelizacja przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przyczyni się przynajmniej w części do rozwiązywania problemów, których dotyka Zeszyt nr 17.



Małgorzata Stręciwiłk
Redaktor zeszytów
Członek KIO

Warszawa, 16 października 2014 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	- artykuł
BZP	- Biuletyn Zamówień Publicznych
CPV	- Wspólny Słownik Zamówień
Dz. U.	- Dziennik Ustaw
Dz. U. UE	- Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
TS UE, ETS	- Europejski Trybunał Sprawiedliwości
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
KRUS	- Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
KSH lub ksh	- Kodeks Spółek Handlowych
lit.	- litera
nr	- numer
Ustawa Pzp lub PZP	- ustawa Prawo zamówień publicznych
PKD	- Polska Klasyfikacja Działalności
pkt	- punkt
poz.	- pozycja
przyp. red.	- przypis redakcyjny
SN	- Sąd Najwyższy
SO	- Sąd Okręgowy
SIWZ lub SIWZ	- Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
t.j.	- tekst jednolity
UE	- Unia Europejska
US	- Urząd Skarbowy
ust.	- ustęp
u.z.n.k.	- ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
UZP	- Urząd Zamówień Publicznych
VAT	- Podatek od towarów i usług
ZA	- Zespół Arbitrów
zd.	- zdanie
ze zm.	- ze zmianami
ZNKU lub znku	- ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
ZUS	- Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Art. 2 pkt 7a

1. Sygn. akt: KIO 2775/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.

Izba nie podziela stanowiska Odwoływającego, że w ten sposób doszło do definitywnego zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego [wydane przez KIO orzeczenie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty – przyp. red.], a w konsekwencji spełnianie przez Odwoływającego warunków udziału w postępowaniu nie może być już przedmiotem badania przez Zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że ustawa pzp zawiera regulacje dotyczące sposobu postępowania po złożeniu wykonawcy oświadczenia o wyborze jego oferty, świadczy o tym zarówno treść art. 94, jak i art. 93. Nie można również stwierdzić jednoznacznie, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż w art. 2 ust. 7a pzp nie określono wprost momentu zakończenia tego postępowania, ale wskazano na cel tego postępowania tj. wybór wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby nadal w pełni aktualny i trafny pozostaje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z 17 grudnia 2013 r. [powinno być: 17 grudnia 2010 r. – przyp. red.] (sygn. akt III CZP 103/10), że postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dodatkowo na zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z chwilą zawarcia umowy znajduje oparcie w treści art. 93 ust. 1 pzp, który nie zawiera ograniczenia czasowego jego stosowania, a w pkt 4 wprost wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje po wyborze oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy cena tej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i gdy zamawiający zwiększyć tej kwoty nie może. Na możliwość dokonywania przez zamawiającego czynności unieważnienia postępowania po wyborze oferty najkorzystniejszej świadczy powoływany również art. 94 ust. 3 pzp. W ocenie Izby podważa to słuszność stanowiska Odwoływającego, że zamawiający nie może dokonywać czynności w postępowaniu po wyborze oferty najkorzystniejszej, chyba że obowiązek dokonania takich czynności jest konsekwencją wzruszenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowanie o zamówienie publiczne może zakończyć się w dwojaki sposób, albo przez zawarcie zamówienia publicznego, które realizuje cel ustawy, albo przez unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy ten cel nie może zostać osiągnięty. Z kolei przyznanie zamawiającemu prawa do korzystania z uprawnienia wynikającego z art. 93 pzp, również w odniesieniu do poszczególnych czynności, pozostaje w zgodzie z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 1 ustawy pzp określa ona zasady i tryb udzielania zamówień publicznych, a całe postępowanie ma – zgodnie z art. 2 ust. 7a – prowadzić do zawarcia zamówienia publicznego, a nadto z mocy art. 146 umowa ta ma być ważna. Jedną zaś z przesłanek nieważności zamówienia publicznego jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Również

z art. 7 ust. 3 pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a *contrario* wynika, że nie można udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy. Wreszcie art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp stanowi o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy jest ono obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zatem unieważnienie postępowania na tej podstawie jest możliwe tylko wtedy, gdy wady nie można usunąć w drodze czynności zamawiającego, a wada jest tego rodzaju, że zamówienie publiczne będzie nieważne. Reasumując – dopuszczalne jest unieważnienie poszczególnej czynności przez zamawiającego samodzielnie, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

Art. 2 pkt 10

2. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.

Pojęcie usługi jest zdefiniowane w ustawie. Zgodnie z art. 2 pkt 10 Pzp pod pojęciem usługi należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy. Tym samym dla oceny spełniania wymagania zamawiającego istotny jest materialny aspekt świadczenia potencjalnego wykonawcy. Kwestią wtórną pozostają natomiast szczegółowe rozwiązania relacji umownych łączące strony. Sam rodzaj stosunku zobowiązaniowego na podstawie, którego działa system rowerowy nie może mieć przesadzającego znaczenia dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Istotny jest natomiast podobieństwo rodzajowe wykonanego świadczenia oraz jakość jego wykonania, gdyż to właśnie przesądza o posiadaniu przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia.

Usługa polegająca na opracowaniu i wdrożeniu systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów może być wykonana na podstawie umowy łączącej danego zamawiającego z wykonawcą, mającą za przedmiot wyłącznie tę usługę albo na podstawie kilku umów łączących te same strony, które łącznie obejmują usługę opracowania i wdrożenia systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów. Brak jest podstaw prawnych oraz argumentów natury celowościowej, by odmówić wykonawcom prawa do powołania się również na należyte wykonanie usługi opracowania i wdrożenia systemu bezobsługowej wypożyczalni rowerów, jeśli była ona jednym z elementów zobowiązania łączącego strony.

Art. 7 ust. 1

3. Sygn. akt: KIO 2785/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.

Ponadto należy stwierdzić, że ewentualne poprawienie oferty Odwołującego stałoby w sprzeczności z zasadą niezmienności oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie poprawienia oferty poprzez podwyższenie jej ceny o 23% w sytuacji, gdy wykonawca zna już ceny ofert złożonych przez pozostałych wykonawców i może ocenić, że nawet po podwyższeniu wynagrodzenia jego oferta pozostanie najkorzystniejsza, mogłoby prowadzić do manipulowania przez wykonawców ceną oferty i wynikiem postępowania.

4. Sygn. akt: KIO 2792/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.

Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż wezwał do złożenia ofert wszystkich wykonawców, których ceny wynosiły 50% i poniżej wartości oszacowanej

przez zamawiającego. Na odwołującego nie został nałożony ciężar większy, niż na innych wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień, gdyż wezwania kierowane do wykonawców były jednobrzmiące.

5. Sygn. akt: KIO 85/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

Odnosnie tego zarzutu Izba przede wszystkim stwierdza, że art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić w zasadzie samoistnej podstawy zarzutów odwołania i powinien odnosić się do konkretnej czynności w nawiązaniu do skonkretyzowanego przepisu ustawy Pzp. W niniejszej sprawie wykonawca nie wskazał, w jaki sposób wymaganie przedłożenia badań, mające kluczowe znaczenie dla efektywnego przeprowadzenia postępowania, skierowane do wszystkich wykonawców, składających ofertę w odniesieniu do zadań z punktu 4 - 8 i 13 narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. W tym stanie faktycznym, nierówne traktowanie wykonawców mogłoby przejawiać się w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciąganie różnych wniosków z takich samych okoliczności, co w okolicznościach tej sprawy nie zostało wykazane.

Art. 7 ust. 3

6. Sygn. akt: KIO 2531/13, Wyrok KIO z dnia 13 listopada 2013 r.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego bezpodstawnego - zdaniem odwołującego, nieuprawnionego unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny ofert, wykonanej po rozstrzygnięciu przetargu i prawomocnym wyborze oferty odwołującego, Izba stwierdza, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO jeżeli po dokonaniu czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający dojdzie do wniosku, że w toku badania i oceny ofert popełnił błąd, mogący mieć wpływ na wynik postępowania, to w takiej sytuacji zamawiający ma prawo (i obowiązek) czynność badania i oceny ofert powtórzyć (por. wyroki KIO sygn. akt 1689/11, KIO 159/11, KIO 1939/10, KIO 2865/10; KIO 1404/10, KIO 1275/12).

Pogląd przeciwny sprowadzałby się w konsekwencji do obowiązku podpisania umowy z wykonawcą, np. niespełniającym warunków udziału w postępowaniu, bądź składającym ofertę podlegającą odrzuceniu. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest podpisanie umowy z wykonawcą, który został pozytywnie zweryfikowany w zakresie postawionych mu wymagań oraz złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a więc z wykonawcą który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia i racjonalnego wydatkowania środków publicznych na wykonanie przedmiotu zamówienia.

Tym samym podniesiony zarzut jako niezasadny nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

7. Sygn. akt: KIO 2591/13, KIO 2593/13, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r.

Kolejną tezę wskazywaną przez odwołującego jest twierdzenie, że ustawa nie daje podstaw do samodzielnego unieważnienia poszczególnych czynności, gdyż art. 93 ustawy dotyczy jedynie unieważnienia postępowania w całości. Odwołujący dodatkowo upatruje możliwości unieważnienia poszczególnych decyzji zamawiającego jedynie w wyniku wszczęcia postępowania odwoławczego.

Ponownie Izba nie podziela tego stanowiska. Izba stwierdza, że już art. 93 ust. 2 ustawy stanowi o możliwości unieważnienia jedynie części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyznanie zamawiającemu prawa do korzystania

z uprawnienia wynikającego z art. 93 ustawy w odniesieniu jedynie do poszczególnych czynności zamawiającego w tym postępowaniu, pozostaje zgodne z celem tego postępowania, tj. zawarciem zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 1 ustawy ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych i całe postępowanie ma zgodnie z art. 2 ust. 7a ustawy prowadzić do zawarcia zamówienia publicznego, a nadto z mocy art. 146 ustawy umowa ta ma być ważna. Jedną zaś z przesłanek nieważności zamówienia publicznego jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechanie dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Stosując zatem rozumowanie *reductio ad absurdum* w ocenie Izby za absurdalne należałoby uznać stanowisko odwołującego odmawiające zastosowania przy wykładni art. 93 ust. 1 ustawy rozumowania *a maiori ad minus*, w celu utrzymania w mocy czynności zamawiającego dokonanej niezgodnie z ustawą jedynie z tego względu, że ustawodawca wprost w przepisie art. 93 ustawy nie opisał uprawnienia zamawiającego do unieważniania poszczególnych czynności zezwalając jednocześnie na unieważniania wszystkich czynności tego postępowania, jak i części postępowania. Izba zauważa, że dopuszczenie możliwości unieważniania poszczególnych czynności zamawiającego nie daje zamawiającemu prawa do dowolności dokonywania takiej czynności, albowiem na straży interesów wykonawców w takim przypadku stoją zarówno przepisy regulujące środki ochrony prawnej, z mocy których wykonawca ma prawo zaskarżyć także czynność polegającą na unieważnieniu już dokonanej czynności, a to z tego względu, że wykonawca ma prawo (co do zasady) skarżyć każdą czynność i każde zaniechanie przez zamawiającego czynności, jeśli naruszają one przepisy ustawy. Stąd zamawiający przy podejmowaniu swoich czynności podlega kontroli i nie może ich dokonywać arbitralnie. Nadto zamawiającego ograniczają także zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przede wszystkim zasada niedyskryminacji i uczciwej konkurencji. Izba zatem dopuszcza możliwość unieważnienia nie tylko całego postępowania, ale także jego części, w tym konkretnej czynności. Izba wskazuje także na treść art. 7 ust. 3 ustawy, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a *contrario* nie można udzielić zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy. Izba zwraca również uwagę na to, że art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy stanowiący o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Treść tego przepisu wskazuje, że unieważnienie postępowania jest możliwe z mocy tego przepisu tylko, gdy wady nie można usunąć w drodze czynności zamawiającego, a wada jest tego rodzaju, że zamówienie publiczne będzie nieważne. Tym samym art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy nie może być stosowany jako przesłanka unieważnienia całego postępowania, w sytuacji gdy wada jest usuwalna, nawet gdyby umowa zawarta z taką wadą była nieważna. Gdyby zatem przyjąć rozumowanie odwołującego, że zakazane jest wnioskowanie *a maiori ad minus*, prowadziłoby to do przyjęcia absurdu, że zamawiający musi złamać zasadę z art. 7 ust. 3 ustawy, jeśli dokonał wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, bo nie wolno mu unieważnić postępowania, gdyż wada przed zawarciem umowy jest usuwalna, a dopiero zawarcie umowy powodowałoby powstanie stanu nieważności. A poszczególnej czynności też zamawiającemu nie wolno unieważnić, bo ustawodawca wprost tego nie przewidywał. Dylemat ten pozostawałby nierozstrzygalny na gruncie ustawy. W tej sytuacji jedynym logicznym rozumowaniem jest dopuszczenie możliwości, że skoro zamawiający może unieważnić całe postępowania, to tym bardziej może unieważnić po-

jedynczą czynność tego postępowania. Zastosowanie tego rozumowania powoduje rozwiązanie dylematu, bo unieważniając czynność zamawiający doprowadza wybór wykonawcy do stanu zgodnego z ustawą i usuwa usuwalną wadę, a jednocześnie zawiera ważną umowę. Izba zauważa zatem, że dopuszczalne jest unieważnienie poszczególnej czynności przez zamawiającego samodzielnie, a nie wyłącznie w wyniku orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Analogiczne stanowisko prezentowanej jest licznie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazać można choćby na wyrok z dnia 29 lipca 2013 r. sygn. akt KIO 1718/13, w którym Izba powołuje się także na inne orzeczenia Izby dotyczącej powyższej kwestii wydane począwszy od 2010 r.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 3, art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy i art. 14 ustawy w zw. z art. 60 kc i art. 61 § 1 kc.

8. Sygn. akt: KIO 3037/13, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2014 r.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający po wniesieniu odwołania nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, co wynika z art. 183 ust. 1 Pzp. Art. 183 ust. 1 Pzp brzmi »W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem”«. Ustawa nie przewiduje innych zakazów aktywności zamawiającego po złożeniu odwołania, dlatego czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownego dokonania badania i oceny ofert (w tym czynność żądania uzupełnienia oferty, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp) mieści się w granicach możliwych do wykonania czynności, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Art. 8 ust. 3

9. Sygn. akt: KIO 2398/13, Wyrok KIO z dnia 30 października 2013 r.

W ocenie Izby, zał. nr 4 do SIWZ, który w przeważającej części stworzony przez Zamawiającego i był w dyspozycji wszystkich uczestników postępowania nie może mieć przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Okoliczność, że pewne jego elementy wymagają wypełnienia poprzez podanie producenta i modelu urządzenia, tudzież producenta, nazwy, wersji oprogramowania nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania jego twórczego, koncepcyjnego charakteru. Przystępujący podnosił na rozprawie, że nie wymagał Zamawiający przedłożenia koncepcji systemu, z kolei z pisma procesowego Przystępującego z dnia 28.10.2013 r. wynika, że za taką koncepcję uznawał zał. nr 3 do SIWZ. Naturalnie „dopasowanie” zaoferowanego asortymentu do wymagań Zamawiającego ma pewien rodzaj pracy koncepcyjnej, ale w ocenie Izby, w tym stanie faktycznym, jest on niewystarczający do uznania zaistnienia podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Sama możliwość zaoferowania różnego asortymentu spełniającego wymogi Zamawiającego to za mało.

10. Sygn. akt: KIO 2518/13, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r.

(...) zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy odnoszących się do udostępniania dokumentacji z postępowania oraz naruszenia przez Zamawiającego zasady jawności w postępowaniu nie potwierdził się. Izba dokonała oceny tak treści oferty Przystępującego zastrzeżonej jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jak i udzielonych przez niego wyjaśnień w tym przedmiocie i stwierdziła, że w tym zakresie wypełnione zostały trzy istotne przesłanki kwalifikujące określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Przesłanki te zostały określone w art. 11 ust. 4

ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Przywołany przepis wskazuje, że tajemnicą przedsiębiorstwa są:

- nieujawnione do wiadomości publicznej,
- informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Zdaniem Izby informacje zawarte na str. 76 - 272 oferty Przystępującego wypełniają przywołane powyżej przesłanki wskazujące na tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Niewątpliwie informacje dotyczące sposobu zaprojektowania przez Przystępującego określonego rozwiązania technicznego, specjalnie dedykowanego dla Zamawiającego, a dotyczącego szczególnego zadania: dostawy i instalacji klastra o dużej mocy obliczeniowej dla systemu wirtualnej rzeczywistości, gdzie każdy z wykonawców miał przedstawić własne, autorskie zaprojektowanie wskazanego rozwiązania technicznego, w szczególności przy ograniczonych możliwościach powierzchni, na której ma być dokonywana instalacja wszystkich oferowanych urządzeń rozwiązania, stanowią informacje techniczne posiadające wartość gospodarczą dla Przystępującego. Przystępujący w toku rozprawy wyjaśnił również, iż swoje rozwiązanie zaofiarowane Zamawiającemu oparł na ofercie, którą otrzymał od producenta oferowanych urządzeń, tj. firmy (...), która to firma złożyła mu ową informację handlową i swoją ofertę pod rygorem zachowania jej w poufności jako tajemnica przedsiębiorstwa. Waler informacji o charakterze technicznym istotny z punktu widzenia wartości gospodarczej dla przedsiębiorstwa Przystępującego został zatem wykazany przez tego wykonawcę. W odniesieniu do tych informacji Przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania tych informacji w poufności m. in. poprzez złożenie w ofercie wyraźnego oświadczenia o zastrzeżeniu tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób odpowiedni, wydzielając je z treści oferty. Tym samym zatem również druga przesłanka tajemnicy przedsiębiorstwa została w tym przypadku wypełniona. Co do przesłanki nieujawnienia do wiadomości publicznej informacji, na które powołuje się Przystępujący – zdaniem Izby – Odwołujący nie wykazał, aby owe informacje, zawarte w ofercie Przystępującego, w jakikolwiek sposób zostały podane do publicznej wiadomości. Powoływanie się przez Odwołującego na treść formularza ofertowego Przystępującego, gdzie w części jawnej oferty podano nazwę oferowanych urządzeń, ich nr katalogowe oraz producenta (firmę (...)) nie mogą wskazywać na upublicznienie wszystkich technicznych informacji zawartych w ofercie Przystępującego i uznanych przez niego za tajemnicę przedsiębiorstwa. W zastrzeżonej części oferty Przystępującego bowiem zawarte są istotne, szczegółowe informacje techniczne o sposobie konkretnej konfiguracji oferowanego przez Przystępującego sprzętu w taki sposób, aby w całości tworzył określone rozwiązanie techniczne spełniające podstawowe wymogi określone w tym zakresie przez Zamawiającego w SIWZ. Część jawna oferty Przystępującego zawiera tylko wyszczególnienie kilku urządzeń (siedem pozycji), zaś część objęta tajemnicą przedsiębiorstwa zawiera konkretne obliczenia Przystępującego i konkretną konfigurację wskazanych urządzeń wraz z innymi dodatkowymi urządzeniami oferowanymi w ramach wskazanego rozwiązania technicznego Zamawiającemu. Również argument Odwołującego, o tym, iż we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez tego samego Zamawiającego na podobny przedmiot zamówienia, Przystępujący nie objął tajemnicą przedsiębiorstwa określonych

informacji dotyczących sposobu konfiguracji oferowanego wówczas Zamawiającemu rozwiązania, opartego na sprzęcie tego samego producenta (...), zdaniem Izby, nie mają znaczenia dla zastrzeżenia w niniejszym postępowaniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji. Zamawiający w toku rozprawy podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu uległ istotnej zmianie w stosunku do uprzednio prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podkreślił, że w niniejszym postępowaniu zwiększeniu uległa wymagana moc – Zamawiający wymaga bowiem całkowitego wypełnienia szaf z brakiem możliwości przekroczenia wartości 200 kW i to ta okoliczność w sposób istotny różni aktualnie prowadzone postępowanie od prowadzonego wcześniej. Wskazany przez Zamawiającego wymóg świadczy o szczególnym oczekiwaniu od wykonawcy wykazania się takim *know-how*, które pozwoli na zaproponowanie Zamawiającemu takiego rozwiązania technicznego, które będzie wypełniało ten wymóg. Niezbędna zatem w tym zakresie jest szczególna wiedza wykonawcy, który, wykorzystując w tym celu swoje doświadczenia, ale również w tym przypadku korzystając z rozwiązań dedykowanych dla tego postępowania przez producenta sprzętu, ma prawo zabezpieczyć swoje *know-how* przed innymi podmiotami, które mogłyby z owego, autorskiego rozwiązania skorzystać w sposób nieuprawniony.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty w tym zakresie nie potwierdziły się (...).

11. Sygn. akt: KIO 2666/13, KIO 2670/13, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2013 r.

Na wstępie podkreślania wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelnych zasad systemu zamówień publicznych. Przejawem zasady jawności jest regulacja wynikająca z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, a więc co do zasady są one jawne od tego momentu, zaś załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że 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 one być udostępniane.

Odmowa udostępnienia może nastąpić zatem wyłącznie wtedy, gdy informacje zastrzeżone stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):

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

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając, iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują procedury przeprowadzenia takiego badania, w szczególności obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zamawiający jest w stanie samodzielnie stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie. Jednakże ewentualne wątpliwości winny skłonić zamawiającego do zwrócenia się o takowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia winny dać zamawiającemu jednoznaczny obraz co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej informacji, a zatem nie mogą być ogólnikowe, lakoniczne czy opierać się na gołosłownych twierdzeniach. Izba podkreśla bowiem, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Nie ulega wątpliwości, że badanie skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie czy w pismach składanych w toku postępowania, dokonywane jest przez zamawiającego w toku czynności badania ofert, która kończy się z momentem wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania. (...)

Izba stwierdziła, że informacje, których zamawiający nie odtajnił nie odpowiadały definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby nie zostało wykazane aby informacje podane przez wykonawcę w wykazie osób posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą. Dostrzeżenia wymaga, że większość wymaganych przez zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu specjalistów, to osoby ze zwykłymi uprawnieniami wydawanymi na podstawie ustawy Prawo budowlane, co do których zamawiający wymagał jedynie określonego, kilkuletniego doświadczenia w zakresie tych uprawnień. Zdaniem Izby, osoby wskazywane w wykazie nie posiadają zatem unikalnych w skali kraju kwalifikacji ani doświadczenia. (...)

Niezasadne było uznanie za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do zobowiązań podmiotu trzeciego, który udostępnił przystępującemu stosowne zasoby czy wykazu usług obrazującego wykonane przez ten podmiot usługi. Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący (...) ujawnił w ofercie dokument rejestrowy podmiotu udostępniającego zasoby, a więc dane tego podmiotu były jawne.

Art. 9 ust. 1

12. Sygn. akt: KIO 2878/13, Wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2013 r.

Twierdzenia Odwołującego sugerujące, że treść s.i.w.z. należy ustalać nie na podstawie jej pisemnego brzmienia udostępnionego wszystkim wykonawcom na równych zasadach, lecz na podstawie ustnych przekazów, które nie zostały udokumentowane w formie pisemnej, jest nie do zaakceptowania. Godziłoby to wprost w podstawowe zasady, o których mowa w art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 i art. 9 ust. 1 ustawy pzp, czyli prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, jawności i pisemności tego postępowania.

13. Sygn. akt: KIO 261/14, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r.

Przypomnienia także wymaga, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie Pzp, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp) i z tego względu uznać należy, że w postępowaniu, w którym zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną dopiero pisemne zawiadomienie skierowane przez zamawiającego do wykonawcy o wynikach postępowania (informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), nie zaś wnioskowanie przez wykonawcę o decyzjach (czynnościach / zaniechaniach) zamawiającego na podstawie innych decyzji (czynności) daje mu podstawy do kwestionowania (poprzez wniesienie odwołania) wszystkich czynności (zaniechań) zamawiającego, o których efektach zamawiający w tym zawiadomieniu informuje (w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy).

Art. 10

14. Sygn. akt: KIO 3/14, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2014 r.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że o charakterze usługi rozstrzygają przepisy prawa. Doniosłości prawnej, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie należy zaś przypisywać faktowi powołania się czy też zaniechania wskazania w treści SIWZ określonych regulacji ustawy Pzp. Z pewnością z postanowienia, że postępowanie prowadzone jest w trybie przepisu art. 10 ust. 1 ustawy Pzp nie można wnioskować, że postępowanie nie dotyczy usług niepriorytetowych. Rzeczoną przepis określa bowiem podstawowe tryby udzielania zamówienia i jego powołanie w treści SIWZ wskazuje jedynie wykonawcom, że zamówienie będzie udzielone w trybie podstawowym. Zaś brak powołania się przez Zamawiającego na przepis art. 5 ust. 1 ustawy Pzp nie niweczy możliwości zastosowania lżejszego reżimu udzielenia zamówienia publicznego, bowiem u podstaw zastosowania powołanego przepisu leży ów podział na usługi priorytetowe i niepriorytetowe. Analiza przedmiotu zamówienia i określenie przez Zamawiającego terminu składania ofert winny doprowadzić Odwołującego do odpowiednich wniosków co do charakteru usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Art. 22 ust. 1 pkt 1**15. Sygn. akt: KIO 2701/13, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2013 r.**

Odnosząc się do kwestii niewykazania przez Odwołującego kwalifikacji do wykonywania określonych prac objętych przedmiotem zamówienia, z uwagi na brak ich wykazania w dokumencie KRS załączonym do oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że zarzut odwołania potwierdził się.

Izba ustaliła w tym względzie, że Zamawiający w celu wykazania przez wykonawców braku podstaw do wykluczenia z postępowania zażądał w pkt VI.2.3) SIWZ przedstawienia aktualnego odpisu z właściwego rejestru w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący do swojej oferty załączył odpis z KRS z dnia 23 sierpnia 2013 r. Zamawiający uznał, iż przedstawiony odpis z KRS Odwołującego w dziale trzecim rubryka pierwsza nie wskazuje na zakres działalności objęty przedmiotem zamówienia co świadczy o braku wykazania w ofercie Odwołującego podstaw do wykonania określonych prac objętych przedmiotem zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że nieuprawnione było stanowisko Zamawiającego w tym zakresie i dokonana przez niego ocena wpisu co do przedmiotu działalności firmy Odwołującego w kontekście możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia. Podkreślenia wymaga przede wszystkim okoliczność, iż odpis z KRS żądany jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i przedkładany przez wykonawców w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu otwarcia likwidacji bądź ogłoszenia upadłości wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie, na co zresztą Zamawiający wskazał w opisie wymogów w tym zakresie określonych w postanowieniach SIWZ co do żądanych od wykonawców dokumentów. Wpis w KRS dotyczący przedmiotu działalności ma jedynie charakter informacyjny i służy celom statystycznym. Z całą pewnością zaś, biorąc pod uwagę zasadę swobody działalności gospodarczej przedsiębiorców, brak wskazania w odpisie z KRS określonego rodzaju działalności nie świadczy o tym, że dany przedsiębiorca nie może świadczyć określonego rodzaju usług, dostaw czy robót budowlanych, które nie są objęte wpisem w KRS, z zastrzeżeniem oczywiście działalności reglamentowanej, uwarunkowanej koniecznością uzyskania określonej decyzji, czy koncesji na prowadzenie takiej działalności. Niniejszy przedmiot zamówienia takim obostrzeniem nie był objęty, stąd też działania Zamawiającego w tym zakresie stanowią przejaw naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym także co do ograniczenia konkurencyjności postępowania.

Art. 22 ust. 1 pkt 2**16. Sygn. akt: KIO 2238/13, Wyrok KIO z dnia 4 października 2013 r.**

Odwołujący na potrzeby wykazania niespełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego stworzył niejako definicję tego pojęcia, która być może jak najbardziej pożądana i słuszna, nie może jednak stanowić podstawy oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w niniejszym postępowaniu, także w związku z tym, że powyższe nie stanowiło przedmiotu wyjaśnień czy też modyfikacji treści SIWZ.

Podstawą rozumienia opisu warunku wiedzy i doświadczenia nie może być również wprost opis przedmiotu zamówienia dla danego postępowania. Nie można

wywodzić, że jeśli Zamawiający w opisie warunku nie wprowadził określonych elementów, czy też ich zakresu, to powyższe, dla określenia zakresu warunku, można wywodzić pośrednio z opisu przedmiotu zamówienia. Czym innym bowiem jest opis przedmiotu zamówienia, czyli to czego dany zamawiający oczekuje w ramach realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie tego zamówienia, a czym innym jest opis warunku udziału w postępowaniu. Warunek, w tym dotyczący wiedzy i doświadczenia, niewątpliwie – zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp – powinien być związany z przedmiotem zamówienia, czyli nie może być on abstrakcyjny i zupełnie oderwany od przedmiotu dostawy, usługi, czy roboty budowlanej, której dotyczy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Związany z przedmiotem zamówienia – jak wielokrotnie Izba wskazywała to w swoich orzeczeniach – nie oznacza, że opis warunku udziału w postępowaniu (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku) powinien być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Po to ustawodawca przewidział jako odrębne elementy postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowienia dotyczące opisu warunku (art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) i opisu przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), aby te elementy można było precyzyjnie określić jako odrębne wymogi wobec wykonawców, którzy z jednej strony muszą wykazać się określonym potencjałem podmiotowym dla wykazania swoich potencjalnych możliwości realizacji danego zamówienia, z drugiej zaś muszą złożyć określone oświadczenie woli o zakresie i sposobie realizacji danego zamówienia w określonych warunkach.

17. Sygn. akt: KIO 2394/13, Wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r.

Rozporządzenie 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. z 2013 r., poz. 231) – przyp. red.*] również w ocenie Izby nie ogranicza wykonawców w możliwości posłużenia się na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu doświadczeniem nabywanym w ramach podwykonawstwa. Przyjęcie takiego rozumienia prowadziłoby bowiem do ograniczenia uczciwej konkurencji i godziło przede wszystkim w zdolność konkurowania małych i średnich przedsiębiorstw. Nadto posłużenie się przez ustawodawcę w rozporządzeniu pojęciem głównych dostaw lub usług związane jest nie ze sposobem nabycia doświadczenia, ale faktem, iż ustawodawca zdecydował się na możliwość oceny całej działalności wykonawcy w celu weryfikacji jego zdolności do należytego wykonania zamówienia. Tym samym, aby nie wymagać od wykonawców przedstawiania referencji dotyczących całego nabytego doświadczenia, ustawodawca ograniczył je do głównych dostaw lub usług. Pojęcie głównych dostaw i usług należy zatem rozumieć jako najbardziej istotnych, najważniejszych. Potwierdza to także zwrot zastosowany przez ustawodawcę w odniesieniu do wykazu robót, gdzie mowa jest o najważniejszych robotach. W ocenie Izby zatem również na gruncie przepisów wykonawczych do ustawy nie ma podstaw do zakazania wykonawcy wykazywania się doświadczeniem własnym lub cudzym, ale zdobytym w ramach podwykonawstwa.

18. Sygn. akt: KIO 2681/13, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraża pogląd, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich

warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu, ale z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego, które jest przedmiotem zamówienia wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie. (...)

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej, na grunt analizowanej sprawy uznano, że zawarte w zakresie warunku udziału w postępowaniu, wymaganie wykazania się doświadczeniem w żywieniu kuracjuszy w obiektach uzdrowiskowych świadczących usługi dla pacjentów krajowych i zagranicznych na pobytach pełnopłatnych i finansowanych z NFZ, należy uznać za nadmierne.

Nie sposób uznać że w zakresie żywienia pacjentów w uzdrowiskach zachodzą tak istotne różnice, w porównaniu z żywieniem przykładowo pacjentów w szpitalach, które by uzasadniały postawienie tak szczegółowego wymagania. Nie stanowi bowiem takiego uzasadnienia, w szczególności rozróżnienie na pacjentów krajowych i zagranicznych, na rzecz których świadczone są usługi, zastosowane przez Zamawiającego w warunku. Izba nie widzi związku i uzasadnienia biorąc pod uwagę charakter wykonywanych i świadczonych usług, które polegać mają na zbiorowym żywieniu, aby istotne znaczenie z punktu widzenia posiadanego doświadczenia wykonawcy znaczenie miało pochodzenie, czy też narodowość osoby, której wydane są posiłki. Każdy z takich podmiotów winien być obsługiwany w taki sam sposób. Co najwyżej można by w tym przypadku zastanawiać się nad postawieniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim zespołem osób do wykonywania zamówienia, np. personelem ze znajomością języków obcych. Podobnie sytuacja przedstawia się odnośnie zastosowanego w warunku udziału w postępowaniu podziału na pobyty pełnopłatne i finansowane przez NFZ. Zamawiający nie przedstawił wiarygodnej argumentacji przemawiającej na korzyść zastosowania takiego podziału. Prowadzenie i świadczenie usługi zbiorowego żywienia, z punktu kryterium podmiotu finansującego pobyt w uzdrowisku jest irrelevantne dla prawidłowego wykonywania danej usługi. Może mieć ono znaczenie dla Zamawiającego przy rozliczaniu się z podmiotami zewnętrznymi z otrzymywanych dotacji lub dofinansowań, ale z punktu widzenia niezbędnego doświadczenia w realizacji żywienia zbiorowego i prawidłowego wykonywania tego rodzaju świadczenia pozostaje bez znaczenia. Ponadto zapewnienie sobie realizacji tego rodzaju wymogów związane jest raczej z prawidłowym sporządzeniem opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy, określającego podstawowe i szczegółowe obowiązki wykonawcy, przewidzenie stosownych sankcji umownych za ich niedotrzymanie. Taki podział nie znajduje natomiast uzasadnienia w konstrukcji warunku udziału w postępowaniu.

19. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.

Izba zważyła jednak, że miernikiem wartości usługi nie musi być wyłącznie kwota wynagrodzenia umownego wypłaconego wykonawcy przez zamawiającego. Przy

projektach skomplikowanych, gdzie świadczenie zleceniodawcy nie polega wprost na zapłacie wynagrodzenia, a zleceniobiorca otrzymuje inną korzyść o charakterze majątkowym, wartość świadczenia wykonawcy może być wyrażona wartością nakładów poniesionych przez zleceniobiorcę lub uzyskiwanych przez niego pożytków, jak miało to miejsce w przypadku odwołującego. Nie można też tracić z oczu, że umowy mające za przedmiot wyłącznie wdrożenie i eksploatację systemu rowerów miejskich są finansowane zasadniczo ze środków publicznych, wypłacanych wykonawcy jako wynagrodzenie.

Izba wyraża pogląd, że odwołujący, który wykonał system z przeważającym udziałem nakładów własnych [*Odwołujący wykonał system w zakresie skomplikowanej umowy, w ramach której zamawiający wydzierżawił grunt, a Odwołujący wykonał system rowerowy – przyp. red.*], nie może - bez obrazy art. 7 ust. 1 Pzp - być traktowany gorzej niż podmioty, które wykonały usługę finansowaną w całości z środków publicznych. (...)

Izba uznała, że wymienione dokumenty – oświadczenie wiedzy przystępującego w postaci wykazu wykonanych usług oraz załączone referencje – potwierdzają, że przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu. Celem referencji jest poświadczenie należytego wykonania usługi. Stanowi o tym § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231, dalej jako „rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów”). Taki sam walor jak referencje mają inne dokumenty, które mogą być składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia jak protokoły odbioru, faktury itp. Dokumenty te co do zasady mają równą wartość dowodową, nieuzasadnione zatem jest oczekiwanie, że w treści referencji będzie wskazany precyzyjnie zakres usługi. Bezpodstawnie twierdzi też odwołujący, że złożone referencje dyskwalifikuje brak użycia sformułowania o należyтым wykonaniu usług. Żądanie takie jest nieuzasadnione na gruncie powołanego § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

20. Sygn. akt: KIO 2866/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że przepisy rozróżniają wiedzę i doświadczenie jako kategorię łączną, traktując je jako pewne wartości, które posiada podmiot (wykonawca). Ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp traktuje „wiedzę i doświadczenie” łącznie, przypisując ją do wykonawcy, zaś w przepisach 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. z 2013 r., poz. 231) – przyp. red.*] poniekąd definiuje, co kryje się pod tym pojęciem. W § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 tego rozporządzenia wskazano bowiem, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełniania został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda, a w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać, następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych albo wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w odpowiednim okresie, z podaniem ich przedmiotu lub rodzaju i war-

tości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że wykonano je należycie (co robót budowlanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej). W zakresie „wiedzy i doświadczenia” w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych mieszczą się zatem wykonane w przeszłości przez wykonawcę (względnie podmiot trzeci) przedsięwzięcia określone rezultatem: wykonane roboty budowlane, usługi lub dostawy. W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Nie można w tym miejscu pomijać i tej kwestii, że każdorazowo warunek w postaci wiedzy i doświadczenia skonkretyzowany dla danego postępowania wyraża istotne z punktu widzenia zamawiającego walory wykonawcy, gwarantujące prawidłowe i niezakłócone wykonanie zamówienia.

21. Sygn. akt: KIO 2986/13, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2014 r.

Zgodnie z opisem sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu (pkt XX ppkt 2 lit. b oraz pkt XXI ppkt 1 lit.c SIWZ) obowiązkiem wykonawców było podanie w wykazie informacji o podmiocie, na rzecz którego zostały wykonane usługi, ilości odpadów objętych wykonaną usługą, kodu odpadów oraz terminu wykonania usługi. Zgodnie zatem z postanowieniami SIWZ zamawiający nie miał podstaw do żądania na etapie badania i oceny ofert informacji wykraczających poza zakres informacji wymaganych w specyfikacji. Jak przyznał sam odwołujący, powołując się na orzecznictwo KIO, specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego najistotniejszym dokumentem, którego postanowienia wiążą na etapie badania i oceny ofert zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu jak i zamawiającego. Nieprzestrzeganie zasad i warunków określonych w SIWZ na etapie badania i oceny ofert prowadziłoby do naruszenia przez zamawiającego jednej z naczelnych zasad postępowania, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

22. Sygn. akt: KIO 83/14, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2014 r.

Zdaniem Izby z opisu warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia w SIWZ jasno wynika, że Zamawiający oczekiwał wykazania się przez wykonawców minimum dwoma dostawami fabrycznie nowego aparatu RTC typu telekomando. Faktycznie miał to być aparat ogólnodiagnostyczny typu DRF do radiografii i fluoroskopii, ale aparat typu telekomando. Okoliczności, iż Zamawiający określenie typu, oczekiwanego w ramach opisu warunku aparatu RTC (telekomando), zamieścił w nawiasie nie można tłumaczyć jako brak warunku w tym zakresie. Zamawiający wskazał do jakich celów miałby być to aparat (ogólnodiagnostyczny typu DRF do radiografii i fluoroskopii), dookreślając jednak w sposób wyraźny, iż ma to być aparat telekomando, a nie jak oczekuje tego Odwołujący również aparat angiograficzny. Obydwa typy aparatów – jak wykazał w toku postępowania odwoławczego Przystępujący ((...)) – są urządzeniami o zupełnie innych właściwościach i funkcjach klinicznych i nie mogą być używane zamiennie. Aparaty typu telekomando używane są do wykonywania typowych zdjęć rentgenowskich oraz do prześwietleń (fluoroskopii), a więc stosowanymi w pracowniach radiologii klasycznej. Natomiast angiografy jako specjalistyczne urządzenia służą do przeprowadzania inwazyjnych badań i zabiegów naczyniowych i stosowane w pracowniach radiologii zabiegowej. Skoro zatem Zamawiający w opisie warunku wyraźnie wskazał, iż oczekuje wykazaniem się przez wykonawców dostawą właśnie urządzenia telekomando, a nie angiografu, wyłącznie wykazanie

się dostawą urządzenia telekomando może potwierdzić spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w tym postępowaniu.

Zdaniem Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że pojęcie „telekomando” jest pojęciem potocznym, używanym wyłącznie w specyficie branżowej. Pojęcie to funkcjonuje nie tylko w specyficie branżowej, jest używane przez producentów tego rodzaju urządzeń, lecz również jest używane w powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Przywołane powyżej rozporządzenia Ministra Zdrowia posługują się określeniem telekomando dla określenia urządzenia radiologicznego stosowanego w pracowniach radiologii klasycznej. Obywa rozporządzenia odróżniają wyraźnie tego typu urządzenie od urządzenia angiograficznego, stosowanego w pracowniach radiologii zabiegowej. Skoro wskazane pojęcie funkcjonuje powszechnie w branży sprzętu medycznego, jak również znajduje swoje odzwierciedlenie w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, nie sposób uznać, że Zamawiający używając tego pojęcia w ramach opisu warunku wiedzy i doświadczenia mógł wprowadzić wykonawców w błąd. Pokreślić należy, że sam Odwołujący zdaje sobie sprawę z tego rozróżnienia na aparaty typu telekomando i aparaty angiograficzne i różnego zastosowania tych aparatów. Na powyższe wskazuje jego stanowisko zawarte w treści odwołania, w którym nie wykazywał on w ogóle, iż dostarczony przez niego na rzecz Zamawiającego aparat RTG Artis zee (...) jest aparatem telekomando. W toku rozprawy również na zapytanie przewodniczącej, czy wykazywany przez niego w ramach swojego doświadczenia aparat jest aparatem typu telekomando oświadczył wprost, iż nie jest to aparat tego typu.

Art. 22 ust. 1 pkt 3

23. Sygn. akt: KIO 2396/13, Wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r.

Izba wskazuje, iż warunek dysponowania osobą posiadającą wymagane uprawnienia budowlane należy odróżnić od możliwości wykonywania przez tę osobę zawodu regulowanego albo prowadzenia działalności na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W ocenie Izby skoro Pan Karel K. posiada uprawnienia do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz spełnia wymogi zamawiającego, co do doświadczenia, zamawiający prawidłowo przyjął, iż w zakresie potencjału kadrowego przystępujący wykazał, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Niezależnie od powyższego nie sposób pominąć, iż zamawiający w SIWZ wskazał, że uzna spełnienie przedmiotowego warunku, jeżeli wykonawca będzie dysponował osobami, obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państw członkowskich EFTA, których kwalifikacje zawodowe odpowiadają kwalifikacjom żądanym w warunku i zostały uznane na zasadach określonych w ustawie o uznawaniu kwalifikacji zawodowych. W tym miejscu należy stwierdzić, iż wbrew twierdzeniom odwołującego prawo wykonywania w Rzeczypospolitej Polskiej zawodu regulowanego lub działalności przysługuje nie tylko obywatelom państw członkowskich, których kwalifikacje zostały uznane w drodze decyzji, ale również tym obywatelom państw członkowskich, którzy zamierzają świadczyć usługi transgraniczne. (...)

Zgodnie z ust. 2 art. 29 w/w ustawy [chodzi o ustawę z dnia 18 marca 2008 o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 63, poz. 394) – *przyp. red.*] w ramach świadczenia usługi transgranicznej od usługodawcy nie wymaga się uzyskania pozwolenia na dopuszczenie do wykonywania zawodu regulowanego lub działalności, wydawanego przez organizację zawodową lub właściwy organ, członkostwa w organizacji zawodowej,

rejestracji w organizacji zawodowej lub wpisu do rejestru zawodowego prowadzonego przez właściwy organ. (...)

Nie sposób również pominąć regulacji wynikającej z art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (Dz. U. z 2013 r., poz. 932). Zgodnie z ust. 1 art. 20 a w/w ustawy obywatel państwa członkowskiego posiadający kwalifikacje zawodowe architekta, inżyniera budownictwa lub urbanisty, który prowadzi zgodnie z prawem działalność w zakresie tego zawodu w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim ma prawo do tymczasowego i okazjonalnego wykonywania zawodu odpowiednio architekta, inżyniera budownictwa lub urbanisty na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zwanego dalej „świadczaniem usług transgranicznych”, bez konieczności uznawania kwalifikacji zawodowych, z zastrzeżeniem wymogów określonych w ust. 2-11.

Art. 22 ust. 1 pkt 4

24. Sygn. akt: KIO 2302/13, KIO 2314/13, Wyrok KIO z dnia 15 października 2013 r.

Posiadane produkty kredytowe (w tym kredyty oraz limity kredytowe) nie świadczą o zdolności kredytowej bieżącej, czyli posiadanej w momencie ubiegania się o udzielenie zamówienia (w dacie wystawienia informacji przez bank), czyli że ma dostęp do środków niezbędnych do realizacji zamówienia. Tylko zdolność kredytowa bieżąca zapewnia, że w przypadku, kiedy wykonawcy realizujący przedmiotowe zamówienie nie dysponuje własnymi środkami pieniężnymi, to zwróci się do instytucji finansowej i pomimo posiadanych już produktów kredytowych otrzyma kredyt zapewniający płynność finansową inwestycji. Jak słusznie wskazał zamawiający, każdy posiadany produkt kredytowy, czy to w postaci kredytu, linii kredytowej, karty kredytowej itp. obniża zdolność kredytową wykonawcy. Produkty kredytowe są środkami finansowymi obcymi, które należy oddać w określonym czasie wraz z odsetkami. Więc błędem jest twierdzenie i argumentacja odwołującego, iż posiadanie produktów kredytowych o wartościach znacznie przekraczających stawiany w s.i.w.z. próg, świadczy o jego zdolności kredytowej.

Produkty kredytowe w postaci limitów kredytowych oraz linii kredytowych mogą natomiast być brane pod uwagę w ocenie ilości środków finansowych, jakimi dysponuje wykonawca. Warunkiem do prawidłowej oceny tej ilości jest przedłożenie przez wykonawcę informacji nie tylko mówiącej o dostępnym limicie, w ramach którego wykonawca może się zadłużać, ale także informacji mówiącej o stopniu wykorzystania limitu lub o środkach pozostałych do wykorzystania. Pod warunkiem jednak, że kredyt, którym legitymuje się wykonawca, nie został udzielony na konkretny cel - co oznaczałoby będzie, iż nie ma możliwości skorzystania ze środków w ramach tego instrumentu finansowego na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.

25. Sygn. akt: KIO 2592/13, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2013 r.

X S.A. przedstawił wraz z ofertą polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr (...) wystawioną przez (...) S.A. z sumą gwarancyjną w kwocie 30.400.000 zł na jeden i na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia z tytułu szkód rzeczowych lub osobowych. Podmiotami ubezpieczonymi w ramach polisy są X S.A. jako ubezpieczający oraz 11 innych spółek powiązanych z X S.A. jako współubezpieczeni. Przedłożona polisa, jak słusznie zauważył odwołujący ma zatem charakter grupowy (zbiorowy).

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła w poczet materiału dowodowego oświadczenie pisemne złożone przez przystępującego z dnia 18 listopada 2013 r. oraz treść

ogólnych warunków ubezpieczenia OC ubezpieczyciela złożone przez odwołującego i uznała te dokumenty za wiarygodne. W ocenie składu orzekającego opisany dokument polisy ubezpieczenia OC potwierdza fakt objęcia ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej wykonawcy, który złożył ofertę, na kwotę gwarancyjną wielokrotnie przekraczającą wymóg SIWZ. Istotne jest, że wymóg wykazania określonej sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp) należy potwierdzić zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy pzp nie później niż na dzień składania ofert.

Izba uznaje, że przystępujący wykonawca niespornie potwierdził spełnienie przedmiotowego warunek w terminie wynikającym z ustawy. Należy przy tym zauważyć, że ewentualne hipotetyczne zdarzenia przyszłe w postaci wypadków skutkujących ewentualną odpowiedzialnością cywilną ubezpieczającego, który jest wykonawcą w niniejszym postępowaniu lub współubezpieczonych nieuczestniczących w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, nie mają znaczenia dla oceny spełniania powołanego wyżej warunku udziału w postępowaniu. Tym samym powoływane przez odwołującego postanowienia ogólnych warunków ubezpieczenia traktujące o ewentualnym wyczerpaniu sumy gwarancyjnej w wyniku wypłaty świadczeń, górnej granicy odpowiedzialności ubezpieczyciela i wpływie wypłaconych odszkodowań na wysokość sumy gwarancyjnej są z punktu widzenia oceny spełniania omawianego warunku i z uwagi na ich niewystąpienie w sprawie, nieistotne w okolicznościach rozpoznawanych. W rozpatrywanej sprawie istotne jest ustalenie, iż wykonawca wykazał, że jest objęty umową ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej tak co do przedmiotu ubezpieczenia, jak i kwoty gwarancyjnej, w dacie składania oferty.

Art. 22 ust. 4

26. Sygn. akt: KIO 2852/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.

Żądanie przez zamawiającego w Rozdziale I pkt 6.1.5) SIWZ złożenia dodatkowego oświadczenia, tj. „oświadczenia o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej w czasie wykonywania przedmiotu zamówienia” nie było dokumentem adekwatnym, potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 400 000,00 zł, ponieważ dotyczyć miało czasu wykonywania przedmiotu umowy, a zatem przyszłości, podczas gdy spełnienie warunku znajdowania się w sytuacji finansowej i ekonomicznej zamawiający ma obowiązek badać na dzień składania ofert. Dokumentem wystarczającym do stwierdzenia tego faktu była polisa złożona przez wykonawcę (...) wraz z ofertą.

Art. 22 ust. 5

27. Sygn. akt: KIO 2302/13, KIO 2314/13, Wyrok KIO z dnia 15 października 2013 r.

Wskazać bowiem należy, że z przepisu art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, bezsprzecznie wynika obowiązek po stronie zamawiającego, takiego ukształtowania treści warunku i opisu sposobu jego oceny, aby każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu był pewny, jakie okoliczności zamawiający będzie oceniał przy sprawdzeniu, czy wykonawca wykazał potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nadto, istotnym jest wskazanie, że z przepisu powyższego jasno wynika, że ocena opisanego przez zamawiającego warunku, ma na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Sformułowanie „udzielanego zamówienia” bezsprzecznie wskazuje na postępowanie, w którym wykonawca ma się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, tzn. to konkretne postępowanie, w którym wykonawca składa ofertę.

28. Sygn. akt: KIO 2949/13, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r.

Rozstrzygając zarzut zawarty w odwołaniu, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał dyskryminacyjnego charakteru zakwestionowanych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia pod kątem rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia. Odwołujący twierdził, że wykonawcy realizujący niewielką liczbę zamówień o parametrach opisanych w lit. a) - c) ppkt 2 pkt 6.2.2) są preferowani kosztem wykonawców, którzy realizują takich zamówień znacznie więcej. W toku postępowania nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że istnieją zasadnicze różnice w liczbie zrealizowanych zamówień dotyczących usług nadzoru nad robotami budowlanymi pomiędzy wykonawcami występującymi na rynku tego typu zamówień. Niezależnie od tego niejasne pozostało w jaki sposób wymaganie od wszystkich wykonawców, aby wszystkie zamówienia, których realizacji się podjęli, nie były niewykonane lub nienależycie wykonane, miałyby stanowić przejaw nierównego traktowania wykonawców lub niezachowania zasad uczciwej konkurencji przez Zamawiającego. Przy dużym stopniu ogólności zarzutu sformułowanego w odwołaniu, równie ogólnie można stwierdzić, że każdy wykonawca powinien podejmować się realizacji zamówień adekwatnie do skali prowadzonej działalności, przy założeniu wykonywania wszystkich zawartych umów z należytą starannością.

Natomiast trafny jest drugi, szczegółowy zarzut dotyczący nieprawidłowości oceny rzetelności wykonawcy zakładającej – co wynika z literalnego sformułowania lit. B ppkt 2) pkt 6.2.2) – że niewykonanie zadania, odmiennie niż jego nienależyte wykonanie, nawet jeżeli wykonawca pokrył szkodę zamawiającego, a nie spowodowało ono powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego, spowoduje negatywną ocenę zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotowego zamówienia. Izba podziela w tym zakresie ocenę Odwołującego, że takie automatyczne wykluczenie wykonawcy za niewykonanie jednego zadania, bez badania w tym przypadku, czy naprawił wyrządzoną szkodę, nie znajduje oparcia w art. 22 ust. 5 pzp, a także w nieuzasadniony sposób preferuje wykonawców, którzy nienależycie wykonali zadania, gdyż w takim przypadku okoliczność ta będzie wzięta pod uwagę na ich korzyść. Należy przy tym zauważyć, że pomimo obszerności wywodów zawartych w odpowiedzi na odwołanie i dalszym piśmie, Zamawiający w ogóle nie ustosunkował się do tego zarzutu, ani nie zmienił brzmienia postanowień ogłoszenia i s.i.w.z. Z tych względów konieczne stało się nakazanie korekty, o której mowa w sentencji wyroku.

Art. 23**29. Sygn. akt: KIO 13/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r.**

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący niezgodnego z przepisami ustawy określenia przez Zamawiającego w punkcie III.1.1 ogłoszenia oraz w SIWZ wymogu, w przypadku złożenia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, aby z treści jednoznacznie wynikało, że gwarancja została udzielona wszystkim podmiotom składającym ofertę wspólną. Zgodnie z art. 23 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie. Podmioty składające ofertę wspólną tworzą konsorcjum, w ramach którego ponoszą solidarną odpowiedzialność na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w przypadku wykonywania umowy. Złożenie dokumentu wadium wystawionego na wybranego

członka konsorcjum jest wystarczające dla zabezpieczenia prawidłowego przebiegu postępowania i możliwości zaspokojenia Zamawiającego.

Art. 24 ust. 1 pkt 1a

30. Sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r.

Izba wyraża pogląd zbieżny ze stanowiskiem odwołującego (...) sp. z o.o., że wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp zgodna z prawem europejskim nakazuje ustalenie, czy przesłanki zawarte w tym przepisie tj., że:

- zamawiający rozwiązał lub wypowiedział lub odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- nastąpiło to w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- wartość niezrealizowanego zamówienia wynosiła co najmniej 5% wartości umowy

zostały spełnione łącznie i stanowią następstwo poważnego wykroczenia zawodowego, będącego w szczególności zamierzonym niewykonaniem lub niewłaściwym wykonywaniem zamówienia, wskazującym na zamierzone działanie wykonawcy lub rażące niedbalstwo. Okoliczności zaistnienia poważnego wykroczenia zawodowego podlegają ocenie zamawiającego *ad casum*. (...)

Ustawodawca posłużył się określeniem potocznym, jednak używanym powszechnie w obrocie. W praktyce przyjmuje się, że „wartość umowy” to wysokość wynagrodzenia wykonawcy, czyli cena oferty, albo maksymalna wartość zobowiązania zamawiającego wynikająca z umowy. W konsekwencji wartość umowy, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, to kwota wskazana przez stosowne postanowienie umowy. (...)

Świadczenie przez wykonawcę urządzeń o niższych parametrach jakościowych, niż zadeklarowane w ofercie i nie spełniających wymagań zamawiającego, może być uznane za poważne wykroczenie zawodowe profesjonalnego wykonawcy.

Art. 24 ust. 1 pkt 2

31. Sygn. akt: KIO 33/14, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2014 r.

Niewątpliwym jest, iż odwołujący wraz z ofertą złożył niekompletny wypis z centralnej ewidencji działalności gospodarczej. Brak było bowiem jego drugiej strony. Natomiast zapisy znajdujące się na tej stronie wypisu są równie istotne jak zapisy ze strony pierwszej. Wpisem do CEIDG jest bowiem również - zgodnie z art. 25 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r., poz. 672 z późn. zm.) - wykreślenie albo zmiana wpisu. Tak więc potwierdzeniem spełnienia warunku jest złożenie pełnego wypisu z CEIDG, tj. zawierającego również treść z jego drugiej strony.

Niewątpliwym jest także, iż uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wypis z CEIDG jest kompletny. Składa się bowiem z dwóch stron i w tym zakresie czyni załość postawionemu przez zamawiającego żądaniu. Niemniej jednak dokument ten został wygenerowany dopiero w dniu 26 grudnia 2013 r., a więc po terminie składania ofert, tj. po 12 grudnia 2013 r. Tymczasem zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień otwarcia ofert. Oznacza to, że uzupełniony przez odwołującego dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Art. 24 ust. 1 pkt 4 - 11**32. Sygn. akt: KIO 2315/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.**

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie ustanawia wymogu, aby w odniesieniu do komplementariusza – jako osoby prawnej, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - przedsiębiorcy działającego jako spółka komandytowa - konieczne było przedstawianie poświadczenia o niekaralności podmiotu zbiorowego na podstawie przepisów ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, a w szczególności braku sądowego zakazu ubiegania się o zamówienie.

33. Sygn. akt: KIO 2538/13, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2013 r.

Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, którym jest spółka komandytowa lub spółka komandytowo-akcyjna, jeśli komplementariusza takiej spółki prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo popełnione przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. W celu wykazania, że nie zachodzi wskazana okoliczność, zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. poz. 231), wykonawca jest zobowiązany złożyć w postępowaniu aktualną informację z KRK potwierdzającą wskazane w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 Pzp okoliczności.

W ocenie Izby brak jest podstaw do żądania przez zamawiającego wobec (...) Sp. z o.o., która to spółka jest komplementariuszem spółki komandytowej wchodzącej w skład konsorcjum odwołującego, informacji z KRK potwierdzającej okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przestępstwa, o których mowa w tym przepisie, mogą być bowiem popełnione przez osoby fizyczne, a wobec tego, gdyby komplementariuszem spółki komandytowej (członka konsorcjum) była osoba fizyczna to taki dokument z KRK należałoby złożyć. Skoro jednak w analizowanym stanie faktycznym komplementariuszem jest osoba prawna ((...) Sp. z o.o.), to nie jest możliwe popełnienie przez taki podmiot przestępstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp, a tym samym nie jest możliwe uzyskanie z KRK informacji w odniesieniu do takiego podmiotu we wskazanym zakresie. Osoba prawna, będąca komplementariuszem spółki komandytowej podlega odpowiedzialności w trybie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661). W trybie przepisów tej ustawy nie jest możliwe wydanie wyroku skazującego za popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Informacja co do karalności podmiotu zbiorowego, jakim niewątpliwie jest komplementariusz spółki ubiegającej się o zamówienie publiczne, tj. (...) Sp. z o.o., wymagana jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, wyłącznie od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu podmiotem ubiegającym się o zamówienie – wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp - jest konsorcjum odwołują-

cego, składające się z firmy (...) Sp. z o.o. oraz ze spółki (...) Sp. z o.o. Sp. k. Status wykonawcy posiadają obaj członkowie konsorcjum. Co do spółki komandytowej zaświadczenie z KRK odnośnie podmiotu zbiorowego zostało złożone przez odwołującego w ofercie. Spółka (...) Sp. z o.o., będąca natomiast komplementariuszem spółki ubiegającej się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest zobowiązana do przedstawiania informacji z KRK odnośnie niekaralności podmiotu zbiorowego, tj. informacji z zakresu art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp, gdyż nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu.

Wykładnia językowa ww. przepisów wskazuje, że w przypadku komplementariusza spółki komandytowej, którym jest osoba prawna, brak jest podstaw do stwierdzenia, że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp w odniesieniu do takiego podmiotu i przedkładanie w tym zakresie informacji z KRK nie jest faktycznie i prawnie możliwe. Wobec określonych zapisów ustawowych niedozwolona jest także w tym zakresie wykładnia rozszerzająca co do dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jest to stanowisko potwierdzone jednoznacznie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp nie znajduje zatem zastosowania w przypadku, gdy komplementariuszem spółki komandytowej jest osoba prawna, tak jak w niniejszej sprawie.

Brak jest także uzasadnienia dla uznania, że dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 7 lub 8 Pzp może zostać rozszerzona na osoby fizyczne będące członkami organu zarządzającego komplementariusza będącego osobą prawną. Ustawa Pzp nie stanowi podstawy prawnej w tym zakresie. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości wykluczenia spółki komandytowej z uwagi na ewentualne skazanie członka zarządu jej komplementariusza (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością), a rozporządzenie w sprawie dokumentów nie wskazuje na obowiązek dostarczenia aktualnej informacji z KRK odnośnie karalności takiej osoby fizycznej. Żądanie zatem takiej informacji należy uznać za wykraczające poza zakres dokumentów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp dotyczy wyłącznie wykonawców będących osobą prawną, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwa wymienione w tym przepisie, co nie obejmuje przedmiotowego przypadku.

34. Sygn. akt: KIO 2861/13, Wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2014 r.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania komplementariusza wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do złożenia zaświadczenia o niekaralności (art. 24 ust. 1 pkt. 7)) skład orzekający Izby wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

W niniejszej sprawie, co jest bezsporne, komplementariuszem w spółce komandytowej jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka ta – jako osoba prawna – nie może być prawomocnie skazana za wymienione przestępstwa, które mogą być popełnione wyłącznie przez osoby fizyczne. Uznać zatem należy, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znajduje w takim przypadku zastosowania.

Art. 24 ust. 2 pkt 1**35. Sygn. akt: KIO 2688/13, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2013 r.**

Jak już wskazano, sam udział w ww. czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej podstawy do wypełnienia dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp – udział ten musi prowadzić dodatkowo do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Natomiast ocena czy doszło do uzyskania przewagi konkurencyjnej przez danego wykonawcę wykonującego czynności związane z przygotowaniem postępowania, zależy od oceny konkretnych okoliczności danej sprawy. Pod uwagę należy wziąć przy tym wszelkie okoliczności, które doprowadziły do uzyskania przewagi wykonawcy nad innymi uczestnikami postępowania, np. jakiego rodzaju wiedzę, zakres informacji o zamówieniu, uzyskał wykonawca i czy wiedza ta jest dostępna innym wykonawcom, albo np. czy przygotowując opis przedmiotu zamówienia wykonawca wprowadził doń postanowienia jedynie dla niego korzystne... etc. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę oraz przede wszystkim wykazać, co konkretnie dało w tym przypadku przewagę wykonawcy wykonującemu niektóre czynności związane z przygotowaniem postępowania (np. jaka wiedza przy tym nabyta daje mu możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo jakie informacje dodatkowe, niedostępne innym wykonawcom na temat danego przedmiotu zamówienia uzyskał i w jaki sposób będzie mógł je wykorzystać dla uzyskania danego zamówienia). Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie może mieć również zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty. (...)

Zamawiający powoływał w tym względzie dwie rzeczowo powiązane ze sobą, ale czasowo rozdzielne, okoliczności dotyczące udziału odwołującego w przygotowaniu postępowania – sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia. Mianowicie wskazywał na przygotowanie przez (...) koncepcji przebudowy ul. K., która stanowić miała podstawę dla opracowania dokumentacji projektowej (budowlanej) stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia oraz na fakt, iż wykonawca zobowiązany jest do udzielania w przyszłości zamawiającemu konsultacji na temat rzeczonyj koncepcji w trakcie procedur przetargowych na wyłonienie wykonawcy dokumentacji projektowej.

Przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy odnosi się do konkretnych wskazanych tam okoliczności faktycznych, których powiązanie z wpływem na konkurencję w postępowaniu można ocenić jedynie w przypadku, gdy okoliczności te zaistnieją. Nie można natomiast ustalić, w jaki sposób dana okoliczność wpłynęła czy nawet wpłynie na uzyskanie przez danego wykonawcę uprzywilejowanej pozycji w postępowaniu, jeżeli jest to okoliczność przyszła, hipotetyczna i nieokreślona. Takie właśnie okoliczności powołuje zamawiający.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Opublikowane przez zamawiającego ogłoszenie o zamówieniu nie zawiera pełnego opisu przedmiotu zamówienia ale jedynie jego określenie – zresztą zgodnie z art. 48 ust. 1 pkt 3 Pzp. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zawartego w niej opisu przedmiotu zamówienia zamawiający jeszcze nie sporządził – a przynajmniej nie przekazał takowego Izbie. Nie jest więc wcale jasne w jakim stopniu, zakresie i kształcie opracowana przez odwołującego koncepcja będzie bezpośrednio taki opis stanowić. Zamawiający nie przekazał zresztą w ramach dokumentacji postępowania, ani nie powołał jako dowodu, rzeczonyj koncepcji. Izba nie była więc nawet w stanie ocenić jakiego charakteru jest to opracowanie, a tym bardziej stwierdzić, co konkret-

nie w tym opracowaniu lub w związku z faktem jego przygotowania, doprowadziło do uprzywilejowania odwołującego względem innych uczestników postępowania. Przy czym zamawiający, poza pewnymi ogólnikami, nie powołał w tym zakresie żadnych konkretnych okoliczności czy przykładów informacji tego typu.

Natomiast odnośnie konsultacji dotyczących koncepcji, do których w trakcie prowadzonych postępowań odwołujący będzie zobowiązany na podstawie umowy z dnia 10.12.2012 r., stwierdzić można, iż jest to okoliczność jeszcze bardziej nie-dookreślona niż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia. Powoływany przepis ustawy referuje wyraźnie do przeszłości – wykonawca miał wykonywać czynności związane z przygotowaniem postępowania. Nie odnosi się natomiast do przyszłych działań wykonawcy w zakresie przygotowania postępowania, które ewentualnie na żądanie zamawiającego będzie wykonywał.

Art. 24 ust. 2 pkt 2

36. Sygn. akt: KIO 2369/13, Wyrok KIO z dnia 15 października 2013 r.

W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego zastrzeżenia Odwołującego co do umocowania osób, które podpisały gwarancję okazały się być zatem zupełnie bezpodstawne. Izba zważyła ponadto, że wbrew stanowisku Odwołującego wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ma obowiązku załączać do dokumentu gwarancji wadialnej ani pełnomocnictw dla osób, które ją podpisały w imieniu gwaranta, ani dokumentów rejestrowych wykazujących, że takie pełnomocnictwo zostało udzielone przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu. Odwołujący nie wskazał postanowień s.i.w.z., z których wynikałby taki obowiązek. Przede wszystkim w orzecznictwie słusznie wskazuje się, że na gruncie ustawy pzp brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej, żądania załączenia do gwarancji pełnomocnictwa dla osoby podpisującej gwarancję {tak w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 7 czerwca 2011 r., sygn. akt 1101/11}. Ponieważ ubezpieczyciele i banki prowadzą działalność na dużą skalę zasadą jest, że czynności prawne z klientami są dokonywane za pośrednictwem pracowników tych instytucji czy nawet pośredników. Zarówno klient, jak i osoby postronne powinny brać pod uwagę wynikające z art. 97 Kodeksu cywilnego domniemanie, że osobę czynną w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonym do obsługi publiczności poczytuje się za umocowaną do dokonywania czynności prawnych, które zazwyczaj bywają dokonywane z osobami korzystającymi z usług tego przedsiębiorstwa. Dlatego wykonawca ma prawo domniemywać, że osoby wystawiające gwarancję wadialną w lokalu banku czy ubezpieczyciela i na odpowiednich formularzach tej instytucji działają w ramach umocowania do dokonywania tego typu czynności prawnych. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu zaistnienia żadnych przesłanek wzruszających domniemanie, że gwarancja złożona przez (...) bankowa została wystawiona prawidłowo.

37. Sygn. akt: KIO 2591/13, KIO 2593/13, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r.

Odwołujący kwestionuje prawidłowość czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu, go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 z powodu niewniesienia wadium. Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro wniósł wadium w wymaganej przez zamawiającego wysokości w formie pieniężnej za pomocą oświadczenia o potrąceniu, to zamawiający nie ma prawa oceniać sposobu wniesienia wadium. Izba nie podziela tej argumentacji. Zarówno na gruncie ustawy, jak

i kodeksu cywilnego – art. 70 4 kc, ustawodawca reglamentuje formę i sposób wniesienia wadium, jak również rygor związany z niewniesieniem wadium. W doktrynie brak jest jednolitego poglądu na charakter prawny wadium wymienia się tu co najmniej trzy poglądy – jednostronną czynność organizatora przetargu, odrębną umowę o ustanowieniu wadium i zdarzenie faktyczne w ramach procedury zawarcia umowy w trybie przetargu (aukcji), element techniczny. Niezależnie jednak od charakteru prawnego wadium doktryna jest spójna, co do tego, że forma i sposób wniesienia wadium zostały na gruncie art. 704 kc przesądzone i dopuszczalne jest wniesienia wadium przez wpłatę organizatorowi określonej sumy albo ustanowienie odpowiedniego zabezpieczenia jej zapłaty. Zatem na gruncie kc można wnieść wadium albo gotówką, albo tylko odpowiednio sumę wymaganą zabezpieczyć, przy czym w żadnym wypadku ustawodawca na gruncie kodeksu cywilnego nie przewidział możliwości wpłaty wadium przez umorzenie czy wygaśnięcie wierzytelności. Instytucja potrącenia, odnowienia czy zwolnienia z długu mają na celu zakończenie łączącego strony stosunku zobowiązaniowego, natomiast w ocenie Izby wniesienie wadium ma na celu zawiązanie stosunku zobowiązaniowego, tj. oferent zobowiązuje się wobec zamawiającego, że pod warunkiem, że jego oferta zostanie wybrana, to zawrze z zamawiającym umowę pod rygorem utraty wadium, jeśli zawarcia umowy odmówi. Zatem w świetle powyższego wątpliwe jest, aby wierzytelność zamawiającego była jednorodnizująca z wierzytelnością wykonawcy z tytułu zapłaty za świadczone usługi i jako taka nadawała się do potrącenia w rozumieniu art. 498 kc. Nadto skoro w wyniku złożenia oświadczenia o potrąceniu obie wierzytelności umarzają się do wysokości wierzytelności niższej, to nie byłoby możliwe wykonanie obowiązku ustawowego zwrotu wadium, gdyby oferta odwołującego została wybrana. Odwołujący nie miał gwarancji, że tak się stanie, a przyjmując dopuszczalność instytucji potrącenia, godziłby się z tym, że mimo nie wybrania jego oferty, zamawiający nie zwracałby mu wadium, z uwagi na umorzenie wierzytelności. Tego paradoksu nie da się rozstrzygnąć na gruncie ustawy w inny sposób, jak uznając, że niedopuszczalne jest wniesienie wadium w formie oświadczenia o potrąceniu, a złożenie tego oświadczenia w celu wniesienia wadium musi być uznane za nieskuteczne, niezależnie od tego czy zamawiający taką czynność akceptował, czy też nie. Biorąc pod uwagę zamknięty katalog form i sposobów wnoszenia wadium na gruncie kodeksu cywilnego, Izba zauważa, że analogiczne rozwiązanie do kodeksu cywilnego przyjął ustawodawca stanowiąc w art. 45 ust. 6 ustawy o formach wnoszenia wadium. Ustawodawca na gruncie ustawy przewidział zatem zapłatę określonej sumy w pieniądzu, lub wskazał na możliwość ustanawiania zabezpieczeń szczegółowo określając jakie zabezpieczenia są na gruncie ustawy dopuszczalne czyli poręczenia i gwarancje wskazanych w ustawie instytucji. Ustawodawca nie dopuścił zatem szerokiego, jak w kodeksie cywilnym, wachlarza form zabezpieczenia, uznając za niedopuszczalne wnoszenie wadium w formie przewłaszczenia na zabezpieczenie, hipoteki, zastawu, w tym rejestrowego, weksla czy czeku. W ocenie Izby spór pomiędzy stronami w rzeczywistości toczy się o pojęcie wadium w pieniądzu, przy czym odwołujący nie zauważa, że na gruncie tak ustawy, jak i kodeksu cywilnego, poza formą wadium (odpowiednio pieniądź, suma) ustawodawca określił także sposób wniesienia (odpowiednio przelew na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego, wpłata organizatorowi). Tym samym na gruncie tak ustawy, jak i kodeksu cywilnego, wykonawca może jedynie wpłacić zamawiającemu, organizatorowi pieniądź, sumę wadium i na gruncie ustawy nie może wybrać sposobu dokonania tej wpłaty, ale musi to być przelew na konto wskazane przez zamawiającego. Tym samym wniesienie wadium przez zgłoszenie

wierzytelności pieniężnej do potrącenia nie stanowi wniesienia wadium w formie i w sposób dopuszczony na gruncie art. 45 ust. 6 ustawy jak i art. 704 § 1 kc. Wykonawca, który nie miał wniesionego wadium w formie i sposobie dopuszczonym ustawą, ma ofertę niezabezpieczoną wadium, a to z kolei stanowi podstawę do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

38. Sygn. akt: KIO 2932/13, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.

W tym przypadku Izba podzieliła pogląd, zwłaszcza Przystępującego poparty orzecznictwem, że końcowy termin ważności gwarancji może przypadać na dzień ustawowo uznany za wolny od pracy. Termin końcowy, w którym gwarancja traci ważność, jest terminem z upływem którego wygasa odpowiedzialność gwaranta (banku, ubezpieczyciela) za zapłatę kwoty wadium, a nie terminem dokonania przez beneficjenta gwarancji czynności, w rozumieniu art. 115 kc. Izba zwraca także uwagę, że termin końcowy gwarancji - tak jak podnosi się w orzecznictwie - to termin, o którym mowa w art. 116 § 2 kodeksu cywilnego, w którym to terminie ustają skutki, dokonanej przez gwaranta czynności prawnej, polegającej na udzieleniu gwarancji zapłaty wadium. W konkluzji Izba stwierdza, że data upływu ważności wadium jest datą wygaśnięcia, ustania skutków czynności prawnej, a nie datą, od której uzależnione jest działanie, czy podjęcie czynności i tym samym w tym zakresie nie ma zastosowania art. 115 k.c. Także regulacja z art. 115 kodeksu cywilnego nie ma – zdaniem Izby - zastosowania do okresu związania ofertą, tj. nie może prowadzić do przesunięcia ostatniego dnia okresu związania ofertą, przypadającego na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, na dzień następny, albowiem również ten termin nie jest „terminem do wykonania czynności” objętym hipotezą art. 115 k.c. Izba ponadto wskazuje, że skutki prawne wynikłe z upływu terminu ważności gwarancji wadialnej są tożsame ze skutkami prawnymi upływu terminu związania ofertą. Wobec powyższego brak podstaw do twierdzenia, że oferta wykonawcy (...) nie została właściwie zabezpieczona wadium w całym okresie związania ofertą i tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Art. 24 ust. 2 pkt 3

39. Sygn. akt: KIO 2575/13, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2013 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności wykluczenia Przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji nie można było zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególnie przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznaczego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokol-

wiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

Wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co przemawia za wymaganiami od nich dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji. Nie oznacza to z drugiej strony, iż każda informacja, która okaże się niezgodna z rzeczywistością musi być potraktowana jako informacja nieprawdziwa, którą posłużenie się przez wykonawcę zawsze wiązać należy z przypisaniem mu celowego działania i zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Wskazanie w wymaganym zakresie, że istnieje możliwość podłączenia monitora Carescape B650 do monitora EV1000 firmy Edwards wraz z przewodem podłączeniowym, które być może w ocenie Odwołującego nie spełniają parametru granicznego zgodnie z wymaganiami ogłoszenia lub SIWZ, nie oznacza jeszcze podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. (...).

Okoliczność, że dany parametr nie spełnia wartości granicznej nie przesądza za swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

40. Sygn. akt: KIO 2830/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.

Można więc postawić tezę, że podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu taki wykonawca, który przekazuje nieprawdziwe informacje, mając świadomość nieprawdziwości takich informacji, w celu uzyskania korzyści [uzyskanie zamówienia], wykazując spełnienie warunku lub, tak jak w przypadku przesłanki z art. 24 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp - w celu uniknięcia wykazywania i w konsekwencji uniknięcia oceny wpływu przynależności do grupy kapitałowej na uczciwą konkurencję z innymi wykonawcami, uczestniczącymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

41. Sygn. akt: KIO 107/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonych informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi*, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu

odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić.

Za ugruntowany i trafny należy uznać wyrażony w orzecznictwie pogląd, iż zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione należycie. Teza ta znajduje np. potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób niebudzący wątpliwości.

Ponadto w najnowszym, ale już ugruntowanym, orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie i przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). (...)

Wykonawca (...) w poz. 4 uzupełnionego wykazu nie podał nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W każdym razie odwołujący nie przedstawił dowodów, które mogłyby przesądzić, o tym, iż podana kwota nie jest wartością sprzętu komputerowego dostarczonego w ramach wykazywanej usługi. Natomiast (...) przedstawiła w trakcie rozprawy dowód, który wartość tę uprawdopodobnia – oświadczenie Powiatu P. z dnia 30.01.2014 r. Odrębną sprawą natomiast pozostaje, że nie jest to wartość routerów i komputerów PC wraz z ich instalacją, która według uzasadnienia wyroku Izby z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2642/13, KIO 2644/13, powinna być wykazana dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 4.1 lit. c) SIWZ.

Prawem wykonawcy jest upierać się przy własnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu oraz podawać przy tym informacje, które uznaje za potwierdzające jego spełnienie. Natomiast w tym przypadku, w żadnym razie, w świetle przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia oraz dotyczących go postępowań odwoławczych, nie zachodzą wątpliwości jakie informacje podawał i podaje wykonawca. Oczywiście informacje te nie mogą stanowić – w świetle ww. wyroku Izby – potwierdzenia czy wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, ale ich podanie nie może również zostać uznane za poważne i zawinione wprowadzenie zamawiającego w błąd przez wykonawcę. A tylko tego typu okoliczności w świetle powoływanego wyżej orzecznictwa oraz z uwzględnieniem tzw. prounijnej wykładni przepisów prawa, mogą zostać uznane za podanie nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

42. Sygn. akt: KIO 175/14, KIO 179/14, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2014 r.

Dla dokonania wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji. Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest wykazanie, że w danych okolicznościach złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Tym samym możliwe jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, gdy zostanie w sposób bezsprzeczny wykazane, że złożenie nieprawdziwych informacji było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy i ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe przesłanki do możliwości wyklu-

czenia muszą zaistnieć kumulatywnie. Przyjęcie iż wszystkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia *ex definitione* są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania jest niedopuszczalne, gdyż stoi to w jawnej sprzeczności z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Ustawodawca wyraźnie wskazał, że muszą być to nie jakiegokolwiek informacje nieprawdziwe, ale informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Musi więc istnieć obiektywna zależność pomiędzy podaniem nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania. Nie ma tutaj mowy o sankcji za podanie nieprawdziwych informacji lecz o sankcji, którą można zastosować jedynie w określonych przypadkach tj. w razie podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

W szczególności nie jest dopuszczalne przyjęcie założenia iż podanie przez wykonawcę oświadczeń wiedzy nie wykazujących spełniania warunku udziału w postępowaniu, może być utożsamiane z nieprawdziwą informacją mającą wpływ na jego wynik. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. nie może w takiej sytuacji mieć zastosowania, gdyż niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu /art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pz.p./ stanowi odrębną podstawę wykluczenia. Za taką wykładnią art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp przemawia także brzmienie art. 25 Pzp, który oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców dzieli na potwierdzające spełnianie a/ warunków udziału w postępowaniu i b/ wymagań określonych przez zamawiającego.

Art. 24 ust. 2 pkt 4

43. Sygn. akt: KIO 2443/13, Wyrok KIO z dnia 28 października 2013 r.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu w tym przedmiocie. Zatem, fakt, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie będzie przeszkodą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym, jeśli wykonawca jednocześnie nie wykaże, za pomocą wskazanych przez zamawiającego dowodów, że w istocie określony warunek spełnia. Wiedza Zamawiającego w tym przedmiocie nie może prowadzić do zastępowania oświadczeń wykonawców i w konsekwencji przerzucenia ciężaru dowodu. Podobnie, beczynność wykonawcy czy też brak staranności zawsze musi prowadzić, w świetle powołanego przepisu, do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. (...)

Jednocześnie należy zauważyć, że instytucja wyjaśnień, a tym bardziej w trybie przepisu 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie służy zastępowaniu określonych oświadczeń lub dokumentów, składanych celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Art. 24 ust. 2 pkt 5

44. Sygn. akt: KIO 20/14, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r.

(...) na gruncie niniejszej sprawy nie może być tak, że udział wykonawcy w grupie kapitałowej będzie powodował jego wykluczenie tylko w sytuacji, gdy wykonawca i inny członek jego grupy kapitałowej samodzielnie składają osobne oferty w tym samym postępowaniu, ale może składać ofertę taki wykonawca członek grupy kapitałowej, o ile działa w konsorcjum.

W ocenie Izby przyjęcie takiego rozwiązania powodowałoby naruszenie art. 7

ust. 1 ustawy przez nierówne traktowanie wykonawców działających samodzielnie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym w ocenie Izby konieczne jest złożenie oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej przez każdego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Bowiern wyłącznie w takiej sytuacji zamawiający ma realną możliwość zbadania czy zachodzi sytuacja opisana w treści art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy tj. złożenie w tym samym postępowaniu ofert przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej.

Art. 25 ust. 1 pkt 1

45. Sygn. akt: KIO 2666/13, KIO 2670/13, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2013 r.

Zarówno z brzmienia rozdziału VII.2.1., jak i VIII pkt 1.2 SIWZ wyraźnie wynikało, że wymagane było załączenie dowodów potwierdzających fakt należytego wykonania usług wymienionych w wykazie (listów referencyjnych). Zamawiający przesądził również w sposób jednoznaczny, że dokumenty referencyjne miały być „wystawione i podpisane przez Klienta końcowego / inwestora”. W ocenie Izby, dokumentu wystawionego na papierze oznaczonym logo „X” z 16 października 2013 r. nie można było uznać za dowód, stanowiący potwierdzenie faktu należytego wykonania usługi, wystawiony i podpisany przez klienta końcowego/inwestora. Dokument ten nie zawierał podstawowych elementów, jakie w świetle SIWZ miał cechować dokument referencyjny. Po pierwsze, jego treść nie pozwalała na identyfikację osoby, która podpisała ten dokument. List referencyjny został parafowany w sposób nieczytelny przez nieustaloną osobę, zaś w treści dokumentu nie wskazano, do kogo należy parafa. Co więcej, w treści listu referencyjnego nie wskazano również w którym imieniu jest składany. W dokumencie znajdowało się jedynie logo X, jednakże podmiotów należących do tej grupy jest więcej, co wynikało choćby z wykazu usług złożonego przez przystępującego. W wykazie tym figurowały choćby takie podmioty jak: X Energia Polska S.A., X (...) GmbH & co., czy X Energie (...). A zatem zamawiający nie był uprawniony w oparciu o tak lakoniczny dokument do ustalenia, że pochodzi on od klienta /inwestora końcowego i stanowi tym samym dowód należytego wykonania usługi wymienionej w wierszu 1 wykazu na rzecz X Energia Polska S.A. (...)

Zarówno z brzmienia rozdziału VIII pkt 1.3 SIWZ, jak i z wzoru wykazu określonego w załączniku nr 5 do SIWZ wyraźnie wynika, że wymagane było przedstawienie opisu doświadczenia zawodowego poszczególnych osób. Przez opis doświadczenia należy rozumieć przedstawienie konkretnych informacji, pozwalających ocenić spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego. Przykładowo, jeśli Zamawiający wymagał w odniesieniu do Zastępcy Kierownika Projektu, aby posiadał doświadczenie w pełnieniu funkcji członka zespołu przy realizacji inwestycji lub w pełnieniu funkcji członka zespołu inżyniera kontraktu dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie bloku energetycznego opalanego paliwem stałym o mocy co najmniej 50 MWe brutto w elektrowni lub elektrociepłowni, przekazanego do eksploatacji w okresie ostatnich 10 lat, to w kolumnie dotyczącej doświadczenia zawodowego należało wskazać inwestycję, przy której nabyte zostało doświadczenie, ze wskazaniem jej cech istotnych z punktu widzenia oceny spełniania wymagań, takich jak moc wykonanego bloku energetycznego czy data oddania go do eksploatacji. Natomiast przepisanie postanowienia SIWZ nie może być uznane za opis doświadczenia i nie pozwala stwierdzić, czy doświadczenie zawodowe poszczególnych osób jest rzeczywiście zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego.

46. Sygn. akt: KIO 2701/13, Wyrok KIO z dnia 6 grudnia 2013 r.

Izba ustaliła w tym zakresie, że do oferty Odwołującego dołączone zostały:

- kopia zaświadczenia naczelnika Urzędu Skarbowego z dnia 5 listopada 2013 r. o braku zaległości podstawowych w odniesieniu do Odwołującego, które zostało poświadczane za zgodność z oryginałem przez Odwołującego poprzez przystawienie pieczęci z oznaczeniem firmy Odwołującego oraz pieczęci i podpisu prezesa zarządu wykonawcy oraz odcisniętej pieczęci „za zgodność z oryginałem” z odcisniętą datą: 2013-11-04;
- kopia zaświadczenia z Banku (...) z dnia 6 listopada 2013 r. złożona w części oferty Odwołującego zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, które to zaświadczenie zostało poświadczane za zgodność z oryginałem przez Odwołującego poprzez przystawienie pieczęci i podpisu prezesa zarządu wykonawcy oraz odcisniętej pieczęci „za zgodność z oryginałem” z odcisniętą datą: 2013-11-04.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że wskazane przez Zamawiającego jako istotne nieprawidłowości w ofercie Odwołującego wcześniejsze niż data wystawienia dokumentu poświadczania za zgodność z oryginałem mogą co najwyżej świadczyć o omyłkowym działaniu wykonawcy, a nie mogą z pewnością stanowić podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Na omyłkowe działanie po swojej stronie wskazywał sam Odwołujący podkreślając, że osoba przystawiająca datownik na wskazanych dokumentach nie zmieniła na nim ustawienia właściwej daty. Zdaniem Izby okoliczności niniejszej sprawy w sposób ewidentny wskazują na taki omyłkowy charakter działania po stronie wykonawcy. Odwołujący nie mógł fizycznie poświadczyc za zgodność z oryginałem dokumentu na jego kopii jeśliby tego dokumentu (kopii) nie posiadał. Niemożliwe zatem jest potwierdzenie na kopii dokumentu w czasie wcześniejszym niżby ten dokument (jego kopia) była w posiadaniu wykonawcy. Skoro dokumenty te (w kopii) zostały załączone do oferty, to oznacza, że były w posiadaniu wykonawcy. Inną kwestią jest to, że obowiązujące przepisy prawa, w tym przede wszystkim ustawy Pzp, jak i rozporządzenia w sprawie dokumentów [*rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) – przyp. red.*], nie określają technicznych zasad potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów. Istotną potwierdzania za zgodność z oryginałem jest przyjęcie, że osoba dokonująca tego potwierdzenia miała w posiadaniu (zapoznała się) z oryginałem dokumentu i dokonując porównania oryginału dokumentu z jego kopią poświadczając, że kopia została sporządzona w oparciu o znany jej oryginał. Rozporządzenie w sprawie dokumentów w § 7 ust. 1 wskazuje jedynie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty składane są w oryginale lub kopii poświadczanej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W dalszej części przepisy określają kto tego poświadczania ma dokonać. Przywołane przepisy nie wskazują jednak, że poświadczanie dokumentów ma odbywać się w określonej dacie, czy też nie nakładają na wykonawców obowiązkowego wymogu określenia przy potwierdzeniu zgodność z oryginałem wskazania daty tego poświadczania. Przystawienie zatem datownika z nieprawidłową – czy jak w niniejszej sprawie – niemożliwą wręcz datą poświadczania za zgodność z oryginałem nie mogą prowadzić do uznania za nieprawidłowy takiego dokumentu, czy też tym bardziej uznania nieważności takiego dokumentu. Z tych też względów zarzuty Zamawiającego wobec oferty Odwołującego w tym względzie są oczywiście niezasadne.

47. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.

Wraz z ofertą przystępujący złożył zaświadczenie z urzędu skarbowego o niezaleganiu w podatkach, zaświadczenie z ZUS o niefigurowaniu w Rejestrze Płatników składek KSI ZUS, aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą przystępującego oraz aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącą Marcina J. Wymienione dokumenty zostały opatrzone pieczęcią o treści „za zgodność z oryginałem” i opatrzone nieczytelnym podpisem. Podobny nieczytelny podpis widnieje pod formularzem oferty oraz innymi oświadczeniami podpisanymi przez Pana Marcina J. – Prezesa Zarządu przystępującego.

Izba zważyła, że wymienione dokumenty zostały złożone zgodnie z § 7 ust. 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. z 2013 r., poz. 231) – przyp. red.*] w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę – przystępującego działającego przez Prezesa Zarządu Pana Marcina J. Brak czytelności podpisu Pana Marcina J. nie dyskwalifikuje dokonanego przez niego poświadczenia. Pan Marcin J. jest uprawniony do reprezentacji przystępującego zgodnie z odpisem z KRS. Przepisy nie wymagają dla skuteczności poświadczenia „za zgodność z oryginałem” złożenia przez wykonawcę czytelnego podpisu. Wystarcza możliwość stwierdzenia, że poświadczenie nastąpiło w imieniu wykonawcy. Porównanie podpisów na dokumentach złożonych w formie poświadczonych kopii z innymi podpisami złożonymi przez Pana Marcina J. nie budzi wątpliwości, co do tego, że pochodzą one od tej samej osoby.

48. Sygn. akt: KIO 2880/13, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r.

W pierwszej kolejności należy wyrazić pogląd, że prawdą jest, iż referencje co do zasady służą potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Jednakże nie bez znaczenia pozostaje również treść, która nie dotyczy oceny realizacji zamówienia w sytuacji, w której informacje tam zawarte pozostają w sprzeczności czy też wzbudzają wątpliwości w świetle oświadczenia złożonego w przedmiocie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Rację zatem ma Odwołujący, że w tych okolicznościach nie sposób ograniczyć się do treści, która ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny prawidłowości wykonania zamówienia, ale należy wziąć pod uwagę wszelkie dodatkowe informacje i usunąć wątpliwości, które pojawiają się i rzutują na weryfikację dokumentów złożonych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

49. Sygn. akt: KIO 158/14, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2014 r.

Nie potwierdziły się tezy Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 2 ust. 11 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż tylko osoba prowadząca działalność gospodarczą może być wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp. Jak przyznał w toku rozprawy przed Izłą sam Zamawiający nie podziela on opinii, którą przypisuje mu Odwołujący, a tym samym przyznaje rację temuż wykonawcy, w zakresie w jakim twierdzi on, że wykonawcą mogą być również osoby, które nie prowadzą działalności gospodarczej. W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby z SIWZ, czy też późniejszych pism Zamawiającego, można byłoby wywieść tezę sformułowaną przez Odwołującego. Wprost przeciwnie, w piśmie z dnia 23 stycznia 2014 r. (uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego) znajduje się wprost stwierdzenie, iż wykonawca nie musi posiadać wpisu do ewidencji działalności gospodarczej.

Wykazane zostało natomiast przez Odwołującego to, że Zamawiający w sposób bezpodstawny i nie znajdujący oparcia w obowiązujących przepisach oczekiwał, odwołując się przy tym do pkt VI.2.2) SIWZ, od tego wykonawcy przedstawienia mu zgłoszenia VAT-R odnoszącego się do jednego z konsorcjantów. Powołana jednostka redakcyjna stanowiła powielenie przepisu § 3 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia w sprawie 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. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.*] i upoważniała Zamawiającego do żądania od wykonawców przedstawienia mu „aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert”. Zamawiający w swym działaniu zdaje się nie zauważać tego, w jakim celu uprawniony jest do żądania określonych w tym zapisie dokumentów. Tymczasem wyraźnie wskazano tu, iż przywołane tam odpisy składane są w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zatem potwierdzenia, że oferent nie należy do grona wykonawców, w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, nie licząc przy tym tych wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Zgłoszenie VAT-R, którego oczekiwał Zamawiający, nie mieści się w katalogu dokumentów, które potwierdzać mają powołane okoliczności.

Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, iż katalog dokumentów podmiotowych określony przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów uznać można za katalog otwarty. Zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby poglądem, zamawiający, po pierwsze, na etapie badania i oceny oferty jest uprawniony do żądania od wykonawców tylko tych dokumentów, co do których zawarł żądanie w treści SIWZ, po drugie zaś, w samej SIWZ, na potwierdzenie warunków podmiotowych (spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp), może żądać tylko tych dokumentów, o których mowa w § 1-5 rozporządzenia w sprawie dokumentów [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów jw. – przyp. red.*] (z uwzględnieniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp) – katalog ten jest bowiem zamknięty i zamawiający nie może oczekiwać od wykonawców przedłożenia mu innych dokumentów lub oświadczeń, niż te, które zostały wskazane w powołanych przepisach.

W postępowaniu odwoławczym wykazane zostało, iż zgłoszenie VAT-R nie mieści się w katalogu dokumentów lub oświadczeń, których złożenia Zamawiający był uprawniony od wykonawców oczekiwać, a zatem nieuprawnionym było wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego, z uwagi na fakt nieprzedstawienia takiego zgłoszenia. Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

50. Sygn. akt: KIO 231/14, Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r.

Niesporne jest, iż na potwierdzenie warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, zamawiający wskazał, że wymaga

licencji na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, potwierdzającej uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym. Zamawiający w toku postępowania potwierdził, że Wykonawca zobowiązany jest do posiadania licencji w dniu składania oferty jak również jest zobowiązany posiadać licencję na każdy dzień realizacji usługi zgodnie z umową." Ponadto Zamawiający wskazał że wymaga posiadania licencji określając jej ważność na dzień składania ofert. Jak słusznie zauważył odwołujący powyższy wymóg podmiotowy w treści umowy brzmi odmiennie bowiem w § 3 w pkt 28 sformułowano wymóg w brzmieniu: „posiadanie licencji (lub innych stosownych uprawnień wynikających z przepisów prawa) na wykonywanie krajowego lub międzynarodowego transportu drogowego osób, potwierdzającej uprawnienia do wykonywania przewozów osób w krajowym transporcie drogowym, ważnej w każdym dniu świadczenia usługi."

Przystępujący do postępowania odwoławczego, którego ofertę zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą złożył na potwierdzenie posiadania wymaganych uprawnień decyzję administracyjną z dnia 20 grudnia 2013 r. stanowiącą zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego wydaną na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym. Powyższy akt nie zawiera w swej nazwie ani treści określenia „licencja”.

W tym miejscu wskazać należy na obowiązujący na dzień składania ofert stan prawny w odniesieniu do zasad podejmowania i wykonywania transportu drogowego. Ustawą z dnia 5 kwietnia 2013 r. o zmianie ustawy o transporcie drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców dokonana została zmiana ustawy o transporcie drogowym, w której dokonano zmiany nazewnictwa z dotychczasowej „licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego osób” na „zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego”. W konsekwencji uprawnienia będące przedmiotem rozpatrzenia, poczynszy od dnia 15 kwietnia 2013 r. są potwierdzane decyzjami w formie zezwolenia, niezależnie od faktu, że nabyte uprzednio o nazwie licencji zachowują ważność. Podniesiona przez zamawiającego okoliczność o tożsamym zakresie uprawnień potwierdzanych wcześniej licencjami, a obecnie zezwoleniami, nie została zakwestionowana.

Skład orzekający uznał, że zamawiający zasadnie ocenił spełnianie przez przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu mając na uwadze, że każdy z dwóch rodzajów dokumentów potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jakim było posiadanie przez wykonawcę odpowiednich uprawnień pozwalających na świadczenie usług przewozowych osób. Niesporne jest, że nazwa dokumentu potwierdzającego przedmiotowe uprawnienia wynika wyłącznie od daty jego uzyskania (przed lub od dnia 15 kwietnia 2013 r.), lecz okoliczność ta nie może mieć wpływu na ocenę rzeczywistego posiadania uprawnień. Przyjęcie odmiennej oceny tj. argumentacji odwołującego prowadziłoby w efekcie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący uczciwą konkurencję określonej w art. 7 ust. 1 ustawy pzp bowiem eliminowałoby z postępowania wykonawców, którzy nabyli uprawnienia po zmianie przepisów. Taki zamiar nie wynika z żadnych postanowień SIWZ, w szczególności przytoczona treść wzoru umowy, w którym wskazuje się zarówno na licencje jak i inne dokumenty potwierdzające wymagane uprawnienia nie może być odczytywane jako odmienny zakres wymaganych dokumentów na wykonanie tożsamego przedmiotu zamówienia, jaki określa się w treści SIWZ, treści oferty, jak i zawieranej umowy.

Art. 25 ust. 1 pkt 2**51. Sygn. akt: KIO 2274/13, Wyrok KIO z dnia 8 października 2013 r.**

Izba ustaliła, że w Rozdziale III SIWZ (opis przedmiotu zamówienia) w ustępie 4 (wymagania w zakresie jakości wyrobu) w punkcie 2 Zamawiający wskazał, że system zarządzania jakością wykonawcy powinien spełniać wymagania AQAP lub też wykonawca posiadać wdrożony system zarządzania jakością serii ISO 9000. Izba ustaliła także, że Zamawiający sprecyzował warunki udziału w postępowaniu (przedmiotowe i podmiotowe) w rozdziale VIII SIWZ. Wśród tych warunków Zamawiający nie zawarł wymagania, aby wykonawca posiadał wdrożony system zarządzania jakością. W związku z brakiem warunku, nie wymagano od wykonawców biorących udział w postępowaniu przedłożenia jakichkolwiek dokumentów w tym zakresie.

Wobec powyższych ustaleń należało stwierdzić, że nie było obowiązkiem wykonawców dostarczenie dokumentu, który poświadczałby istnienie wdrożonego systemu zarządzania jakością. W ocenie Izby, postawione wymaganie dotyczy etapu realizacji przedmiotu zamówienia.

52. Sygn. akt: KIO 2639/13, Wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2013 r.

Istotą sporu jest w pierwszej kolejności rozstrzygnięcie, czy specyfikacja techniczna, dołączona do oferty odwołujących jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 w pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Z przepisem tym koresponduje przepis § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) [aktualnie przepisowi temu odpowiada § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – *przyp. red.*]. Przepis ten zawiera przykładowy katalog dokumentów, których zamawiający może żądać w celu potwierdzenia, że wymagane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają jego wymogom, wymieniając tam próbki, opisy lub fotografie, opisy urządzeń technicznych, instrukcji obsługi oraz stosowanych środków oraz odpowiednie zaświadczenia uprawnionych, niezależnych podmiotów. Co prawda redakcja przepisu wskazuje na to, iż wskazane w nim dokumenty nie zostały wymienione w sposób enumeratywny, niemniej jednak ich rodzaj pozwala ustalić, czym dokumenty te winny się charakteryzować. Otóż są to dokumenty, stanowiące dowody na to, że oferowany przedmiot zamówienia posiada wymaganą cechę czy funkcjonalność.

Specyfikacja, jakiej wymagał zamawiający w przedmiotowym postępowaniu takim dowodem na pewno nie jest. Miała ona bowiem zawierać wyłącznie informacje pochodzące od wykonawcy w kwestii, co konkretnie oferuje w ramach danego zamówienia i stanowiła *stricte* rozumianą ofertę z wyszczególnieniem przedmiotu zamówienia, będącego *essentialia negotii* ewentualnego przyszłego zobowiązania. Taka kwalifikacja rzeczony specyfikacji oznacza, że nie może być ona uzupełniania czy wyjaśniana na podstawie art. 25 ust. 3 i 4 ustawy Pzp [*chodzi o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp – przyp. red.*], ponieważ jakkolwiek zmiana byłaby w istocie zmianą treści oferty.

53. Sygn. akt: KIO 83/14, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2014 r.

Odwolujący wywodził m.in., że przedłożone przez Przystępującego dokumenty w postaci folderu (ulotki) nie mogą potwierdzać poprzez zdjęcia wypełniania określonego, wymaganego i oferowanego parametru. W ocenie Izby nie można zgodzić się z takim twierdzeniem. Dokumenty wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie, że oferowane parametry urządzenia wypełniają wymogi SIWZ, ze swojej natury mogą zawierać nie tylko opisy słowne, ale również różnego rodzaju rysunki, schematy czy fotografie, które w sposób obrazowy mogą prezentować określone funkcjonalności czy parametry urządzenia. Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie wykluczył takiego sposobu potwierdzenia wymaganych przez siebie parametrów urządzenia. Z tych też względów tego rodzaju argumentacja Odwołującego nie została przyjęta przez Izbę.

Art. 26 ust. 2b**54. Sygn. akt: KIO 2244/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.**

W ocenie składu orzekającego Izby przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi ustawowo przewidziane odstępstwo od wynikającej z przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zasady, iż weryfikacja spełniania warunków podmiotowych udziału w postępowaniu odbywa się w odniesieniu do wykonawcy. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wprowadził wyłom w tej zasadzie, wskazując na możliwość powoływania się przez wykonawcę na zasoby innych podmiotów. Zdaniem Izby dalsze odstępstwa od zasady wyrażonej w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polegające na dopuszczeniu do ubiegania się o zamówienie wykonawcy, który nie ma ani własnego zasobu wiedzy i doświadczenia, ani nawet nie może polegać na własnym potencjale wiedzy i doświadczenia innego wykonawcy (podmiotu trzeciego), są niedopuszczalne. Niedopuszczalne jest zdaniem Izby dalsze stopniowanie w powoływaniu się na zasoby kolejnych podmiotów, niezwiązanych z wykonawcą poprzez przekazanie mu bezpośrednio określonego zasobu. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jako wyjątek od zasady powinien być interpretowany ściśle. Skoro wynika z niego, że wykonawca jedynie wyjątkowo dla wykazania spełniania warunku podmiotowego może powoływać się na potencjał podmiotu trzeciego, to tylko ten potencjał przekazany przez podmiot trzeci bezpośrednio wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie może być wykorzystany dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

Za niedopuszczeniem możliwości polegania przez danego wykonawcę na zasobie wiedzy i doświadczenia czwartego i każdego kolejnego podmiotu, które nie przekazały bezpośrednio wykonawcy swojego potencjału, przemawia nadto ochrona równego traktowania wykonawców w postępowaniu i uczciwej konkurencji, dla której zagrożeniem jest niepożądane zjawisko tzw. handlu referencjami, handlu - któremu wielość podmiotów („pośredników”) niewątpliwie mogłaby sprzyjać.

55. Sygn. akt: KIO 2483/13, Wyrok KIO z dnia 5 listopada 2013 r.

Stosownie do powołanego przepisu § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. [*rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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) – przyp. red.*], jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania za-

mówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem zakresu,
- d) i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Dostrzeżenia wymaga, że – jak wynika z literalnego brzmienia ww. przepisu – domaganie się przez zamawiającego dokumentów, o których mowa w tym przepisie, jest uprawnieniem a nie obowiązkiem zamawiającego. Obowiązek złożenia ww. dokumentów może być nałożony w postanowieniach SIWZ. Tymczasem – jak wynika z postanowienia pkt 6.1.1. SIWZ zamawiający zdecydował się na skorzystanie z uprawnienia, jakie daje mu ww. przepis w znacznie ograniczonym zakresie. Zamawiający domagał się jedynie złożenia dokumentów, które określałyby zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. A zatem zarzut zaniechania żądania od przystępującego dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 6 rozporządzenia pkt a - c należało ocenić jako chybiony. Odnośnie zaś informacji odnośnie zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, dokumenty zawierające ww. informacje znalazły się w treści oferty przystępującego. Zgodzić należało się z odwołującym, że samo zobowiązanie podmiotu trzeciego, załączone do oferty, było nazbyt ogólne, lakoniczne i nie stanowiło dowodu możliwości polegania za zasobach podmiotu trzeciego. Stanowiło jedynie powielenie ogólnych sformułowań z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co – jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby – nie stanowi dowodu, że wykonawca będzie dysponował zasobem cudzej wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia. Zamawiający bowiem na tej podstawie nie mógł żadną miarą stwierdzić – w jaki sposób tak specyficzny zasób jakim jest wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, który jest nierozzerwalnie związany z tym podmiotem, zostanie wykorzystany przy realizacji zamówienia. Ponadto, z dokumentu tego nie wynikała wymagana przez zamawiającego informacja odnośnie zakresu udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia.

Jednakże informacje odnośnie zakresu udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia można było odnaleźć w innych miejscach oferty. Podkreślenia wymaga, że z oświadczenia złożonego przez wykonawcę w formularzu ofertowym wynikało, że podmiot trzeci tj. P.P.U.H. (...) sp. j. jest producentem oferowanych przez przystępującego rozpór stalowych. Na uwagę zasługiwało również to, że przystępujący załączył do oferty certyfikat, deklarację techniczno-ruchową, deklarację zgodności, odnoszące się do oferowanych rozpór stalowych wystawione przez podmiot trzeci. Ponadto na str. 36 oferty znalazło się oświadczenie podmiotu trzeciego, zgodnie z którym przystępujący może korzystać z uprawnień i rozwiązań technicznych wskazanych w dokumentach stanowiących podstawę do wydania certyfikatu. Na podstawie powyższego można było ustalić, że przy produkcji i dostawie rozpór zostanie wykorzystana wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, której ucieleśnieniem są należące do niego certyfikaty i rozwiązania techniczne wskazane w dokumentach stanowiących podstawę wydania certyfikatu, którymi wykonawca posługiwać się będzie dostarczając przedmiot zamówienia. W oparciu o powyższe można było ustalić, że przystępujący zagwarantował sobie realny dostęp do zasobu wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia.

Z kolei okres udostępniania zasobu w sposób jednoznaczny wynikał z pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia, wskazano w nim, że zasób zostaje udostępniony „na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia oraz gwarancji”. Zatem zarzut należało uznać za niezasadny.

56. Sygn. akt: KIO 2654/13, Wyrok KIO z dnia 29 listopada 2013 r.

Powoływana norma art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje na konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzy potencjał, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Izba podziela prezentowany w uzasadnieniu odwołania pogląd (wsparty cytowanym tam orzecznictwem) na temat postulatu realności udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Przy czym podkreśla, iż tego typu realność – w ślad za ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia.

W ślad za powyższym należy przyjąć, iż wymagane w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać (ocena kwestii czy w trakcie realizacji zamówienia wykonawca będzie musiał potencjał, którym dysponuje, użyć, jest zagadnieniem odrębnym). Przy czym udowodnienie takie winno odnosić się i być rozpatrywane odnośnie co najmniej dwóch aspektów udostępnienia takiego potencjału i możliwości jego wykorzystania: zobowiązaniowego i rzeczowego. Po pierwsze wykonawca winien wykazać, co gwarantuje mu, że będzie mógł się danym potencjałem posługiwać (sfera uprawnień lub faktycznych zależności i powiązań pomiędzy podmiotami – np. potwierdzenie węzła obligacyjnego pomiędzy podmiotami czy podanie innych informacji na temat charakteru stosunku, jaki będzie łączył bądź łączy wykonawcę z innym podmiotem), a po drugie wykazać, że sam założony, faktyczny sposób danego udostępnienia potencjału i jego ewentualnego wykorzystywania jest adekwatny do jego rodzaju oraz specyfiki oraz będzie umożliwiał osiągnięcie zakładanego w przepisie celu, jakim jest zagwarantowanie realności dysponowania danym potencjałem i możliwości jego wykorzystywania w trakcie realizacji zamówienia (jest to sfera faktów odnosząca się do wykazania i ustalenia np.: jaki jest sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; jaki jest zakres zasobów innego podmiotu dostępny wykonawcy; jaki jest zakres i okres udziału innego podmiotu przy realizacji zamówienia... etc.). Powyższe stanowisko znajduje oparcie nie tylko w celowościowej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy, ale dodatkowo wsparte jest na określeniu dokumentów, które może w tym zakresie żądać zamawiający od wykonawców, zawartym w § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

Zwłaszcza w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, przyjąć można, iż niemożliwe jest uznanie realności ta-

kiego udostępnienia bez zagwarantowania jakiegokolwiek udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (ocena czy ewentualnie winna być wymagana i egzekwowana niejako kwalifikowana forma takiego udziału jaką jest podwykonawstwo – rozumiane jako oddanie do wykonania całości czy części zamówienia przez wykonawcę innemu podmiotowi – zależy od oceny konkretnych okoliczności faktycznych danej sprawy, głównie specyfiki zamówienia, wykazywanych warunków udziału w postępowaniu i udostępnianych zasobów). Powyższe nie wynika wcale z mających rzekomo wynikać bezpośrednio z ustawy konkretnych zobowiązań cywilnoprawnych, ale z samej istoty dzielenia się wiedzą i doświadczeniem – zwłaszcza doświadczeniem nie można podzielić się tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownych form zaangażowania przy realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający w tym zakresie swój potencjał, możliwość dysponowania wiedzą i doświadczeniem, w większości przypadków należało będzie uznać za iluzoryczną i fikcyjną, a więc sprowadzającą się jedynie do „dysponowania referencjami” danego podmiotu.

W rozpatrywanym przypadku odwołujący kwestionował właśnie wykazanie przez Konsorcjum zamawiającemu realności przedmiotowego udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego w związku z faktycznym aspektem tego udostępnienia, tj. kwestionował i podnosił, że przy robotach budowlanych wykazany sposób korzystania z potencjału wiedzy i doświadczenia poprzez konsultacje, doradztwo lub przekazywanie informacji w trakcie realizacji zamówienia jest niewystarczający dla uznania, że wykonawca z takiego potencjału będzie mógł skorzystać. Odwołujący generalnie postulował, iż w przypadku robót budowlanych potencjał tego typu może być udostępniany (i tym samym wykazywany) tylko poprzez zagwarantowanie udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa robót. Właściwie do wskazania ww. okoliczności rzeczony zarzut się sprowadzał i na nich się opierał. Natomiast żadnych konkretnych okoliczności związanych z przedmiotowym postępowaniem, a pozwalających ustalić i ocenić adekwatny do przedmiotu zamówienia i wykazywanych warunków, sposób wykorzystania potencjału doświadczenia pochodzącego od podmiotu trzeciego, odwołujący nie wskazał i nie wykazał.

Izba wskazuje przy tym, że ciężar wykazania okoliczności faktycznych pozwalających ocenić zasadność podnoszonych zarzutów spoczywał na odwołującym. Odwołujący przedstawił w tym zakresie jedynie generalne argumenty, czy raczej podniósł ogólne okoliczności, że przy robotach budowlanych udostępnienie potencjału bez podwykonawstwa jest fikcyjne, a wykazane przez wybranego wykonawcę formy udziału i współpracy podmiotu trzeciego są niewystarczające.

57. Sygn. akt: KIO 2931/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozwala na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych innych podmiotów, nie wymieniając wprost zdolności ekonomicznej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że takie dopuszczenie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego z wyłączeniem zdolności ekonomicznej nie odpowiada treści Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w wyniku wdrożenia której wprowadzono przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (m.in. wyrok z 23 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 269/11, w którym Izba wskazała, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu powinna nastąpić z uwzględnieniem art. 47 Dyrektywy, która nie ogranicza możliwości skorzystania z zasobów podmiotów trzecich

do jednej ze zdolności, a więc sytuacji ekonomicznej lub sytuacji finansowej, ale odnosząc się jednoznacznie do sytuacji ekonomicznej i finansowej, dopuszcza posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych sytuacji (zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej).

Skład orzekający podziela stanowisko o konieczności dokonania pronunijnej wykładni przepisów krajowych, do której zobowiązane są organy państw członkowskich Unii Europejskiej, a która - w przypadku art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - nie pozwala zaprzeczyć możliwości polegania przez wykonawcę na potencjale ekonomicznym innych podmiotów. Tym niemniej, dokonanie interpretacji przepisu w duchu pronunijnym, na co powoływał się Odwołujący, nie oznacza przyzwolenia na bezkrytyczne uznanie za wykazany stawianego warunku udziału w postępowaniu, w każdej sytuacji, gdy tylko wykonawca złoży zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia odpowiedniego zasobu.

Przepisy Dyrektywy „klasycznej” ograniczają możliwość skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego do stosownych sytuacji. Zgodnie z regulacją zawartą w Dyrektywie, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Warunkiem powyższego jest wykazanie przez takiego wykonawcę zamawiającemu, że będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, np. poprzez przedstawienie w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 maja 2013 r. (sygn. akt: KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13), pośrednio pewną wytyczną, jak rozumieć owe stosowne sytuacje może być brzmienie Dyrektywy klasycznej, w części traktującej o możliwości uczynienia w ramach porządków krajowych oficjalnych wykazów wykonawców: Niniejsza dyrektywa pozwala Państwom Członkowskim na ustanowienie oficjalnego wykazu przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców, lub też systemu certyfikacji przez instytucje publiczne lub prywatne oraz wpływu takiego wpisu lub certyfikatu na procedurę udzielania zamówień w innym Państwie Członkowskim. W odniesieniu do oficjalnych wykazów zatwierdzonych wykonawców istotne staje się uwzględnienie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, w przypadkach gdy wykonawca należący do grupy powołuje się na ekonomiczne, finansowe lub techniczne kwalifikacje pozostałych przedsiębiorstw należących do grupy na poparcie swojego wniosku o rejestrację. W tym przypadku zadaniem takiego wykonawcy jest udowodnienie, że wspomniane przez niego zasoby będą dla niego faktycznie dostępne przez cały okres ważności wpisu rejestracyjnego. Do celów takiej rejestracji Państwa Członkowskie mogą zatem określić poziom wymagań, które powinny zostać spełnione w szczególności wówczas, gdy dany wykonawca powołuje się na sytuację finansową innego przedsiębiorstwa należącego do grupy, państwo to może wymagać, aby przedsiębiorstwo takie solidarnie ponosiło odpowiedzialność, jeśli okaże się to konieczne (pkt 45). Obejmują one zatem różnego rodzaju powiązania kapitałowe pomiędzy podmiotami, funkcjonowanie w ramach pewnego organizmu gospodarczego, w warunkach określonej więzi, która pozwala na uznanie, że wykonawca nie posiadając samodzielnie pewnych walorów, może się nimi posługiwać, jeśli należą do podmiotu trzeciego; gdy przekazane zasoby będą dla niego faktycznie dostępne.

W świetle powyższych rozważań należy wyrazić pogląd, że na gruncie prawa polskiego interpretowanego zgodnie z przepisami unijnymi co do zasady nie można zanegować dopuszczalności posiłkowania się potencjałem ekonomicznym innych

podmiotów, z tym jednak istotnym zastrzeżeniem, że będzie miało ono charakter realny, dający podstawy do uznania, że jakkolwiek wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne samodzielnie nie spełnia danego warunku udziału w postępowaniu, to na podstawie złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego znajdzie się w takiej sytuacji, jakby dany zasób posiadał. W praktyce jednak, ze względu na charakter potencjału ekonomicznego oraz regulacje prawne dotyczące ubezpieczeń cywilnych, sytuacje, w których udostępnienie potencjału ekonomicznego będzie mogło być realne, o ile mogą wystąpić, to należeć będą do wyjątkowych, opartych na szczególnych okolicznościach pozwalających na rzeczywiste udzielenie wsparcia wykonawcy swoją sytuacją ekonomiczną przez inny podmiot.

Tak więc Izba nie kwestionuje stanowiska Odwołującego o obowiązku dokonywania pronijniej wykładni przepisów krajowych w sytuacji, gdy postanowienia Dyrektywy nie zostały w pełni implementowane do krajowego porządku prawnego, co jednak samo w sobie nie prowadzi do wniosku, że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie można bowiem uznać, że w świetle Dyrektywy istnieje obowiązek niczym nieograniczonego, oderwanego od okoliczności konkretnego przypadku, dopuszczenia powołania się na zdolności innego podmiotu, bez uwzględnienia, czy przekazanie dysponowania zdolnością ekonomiczną jest w danym przypadku realne i będzie w praktyce możliwe. Przyjęcie takiej interpretacji prowadziłoby do ukształtowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego szkodliwej praktyki, dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału, dając możliwość udziału w postępowaniu takim wykonawcom, którzy nie spełniają wymogów zamawiającego i nie uzyskali realnego wsparcia od podmiotu trzeciego, a jedynie składają należący do tego podmiotu dokument oraz oświadczenie, o którym nie wiadomo, jak w praktyce mogłoby zostać zrealizowane (taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z 28 lipca 2011 r. sygn. akt: KIO 1535/11).

58. Sygn. akt: KIO 41/14, Wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2014 r.

Izba przyznaje, iż ustawodawca krajowy, mimo że pozwolił na formułowanie przez Zamawiającego warunków odnoszących się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy (art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp), to jednocześnie w art. 26 ust. 2b Pzp, odwołał się wprost jedynie do zdolności finansowej podmiotu trzeciego, na której może polegać wykonawca. W wypadku przyjęcia, że Zamawiający należy do grona Zamawiających Sektorowych, właściwe jest odwołanie się do przepisów dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych z dnia 31.03.2004 r. (Dz. Urz. UE. L 2004, Nr 134), w szczególności do przepisu art. 54 ust. 5, który stanowi, że: Jeżeli kryteria i zasady kwalifikacji, o których mowa w ust. 1 i 2, obejmują wymogi odnoszące się do możliwości gospodarczych i finansowych wykonawcy, w uzasadnionych przypadkach podmiot taki może zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. W takim przypadku wykonawca musi udowodnić Zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów.

Przytoczona regulacja po pierwsze, odnosi się do gospodarczych i finansowych warunków danego wykonawcy, po drugie, upoważnia do skorzystania z możliwości gospodarczych i finansowych innego podmiotu, wreszcie po trzecie, jedynie w uza-

sadnionych wypadkach wykonawca może skorzystać z wymienionych możliwości innego wykonawcy. Oznacza to, iż jakkolwiek ustawodawca unijny dostrzega potencjał wykonawcy nie tylko w aspekcie finansowym, ale również szerszym, a więc gospodarczym i co do zasady nie ogranicza uprawnienia do skorzystania z obu potencjałów podmiotu trzeciego, to co istotne, nakazuje badanie możliwości posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego w warunkach konkretnego zamówienia. Co więcej, w powołanej regulacji nie znajdujemy odwołania do sytuacji gospodarczej czy też finansowej, a do możliwości w tym przedmiocie, co pozwala na stwierdzenie, iż nie chodzi jedynie o wykazanie konkretnego stanu, w jakim znajduje się wykonawca, ale o możliwości wynikające z tej sytuacji, w postaci skorzystania (użycia) tego potencjału, co ma tym bardziej istotne znaczenie, jeśli idzie o potencjał podmiotu trzeciego. (za wyrokiem KIO z dnia 07.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2320/12, sygn. akt: KIO 2321/12) W konsekwencji należy uznać analogicznie (aspekt gospodarczy jest szerszy i niewątpliwie zawiera w sobie aspekt ekonomiczny), że nie dopuszczenie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego z wyłączeniem zdolności ekonomicznej nie odpowiada treści tak Dyrektywy „Sektorowej” 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., jak i (co wynika z orzecznictwa KIO), Dyrektywy „Klasycznej” 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w wyniku wdrożenia której wprowadzono przepis art. 26 ust. 2b Pzp (m.in. wyrok z 23.02.2011 r. sygn. akt KIO 269/11, w którym Izba wskazała, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu powinna nastąpić z uwzględnieniem art. 47 Dyrektywy, która nie ogranicza możliwości skorzystania z zasobów podmiotów trzecich do jednej ze zdolności, a więc sytuacji ekonomicznej lub sytuacji finansowej, ale odnosząc się jednoznacznie do sytuacji ekonomicznej i finansowej, dopuszcza posłużenie się zasobami innych podmiotów w zakresie obydwu tych sytuacji (zarówno sytuacji ekonomicznej, jak i sytuacji finansowej).

Art. 26 ust. 3

59. Sygn. akt: KIO 2217/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r.

Ratio legis powołanego przepisu stanowi dążenie przez ustawodawcę do konwalidowania ofert, które dotknięte są błędami czy też brakami w zakresie oświadczeń lub dokumentów, wymienionych w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw. Ustawodawca stoi bowiem na stanowisku, iż przyczyny formalne nie powinny być powodem wykluczania wykonawców z postępowania. Stąd też wprowadzenie mechanizmu obligatoryjnego wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń ma na celu wyeliminowanie wskazanych sytuacji. Jakkolwiek podkreślić należy, że korzystanie z przedmiotowego rozwiązania jest obligatoryjne dla zamawiającego, to zauważyć jednocześnie należy, że ma charakter wyjątkowy, bowiem zasadą jest, że wykonawca winien złożyć ofertę ważną i kompletną. To z kolei oznacza, że obowiązek wzywania przez zamawiającego wykonawców do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń musi być realizowany w sposób wyczerpujący, a więc zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia wszystkich oświadczeń lub dokumentów, dotkniętych wadami lub też nieprzedłożonych. Jednocześnie z powołanego przepisu należy wyprowadzić dla zamawiającego obowiązek oznaczenia zakresu wezwania i odpowiadające temu uprawnienie wykonawcy uzupełnienia czy też skorygowania błędnych dokumentów, z zastrzeżeniem, że brak skorzystania z przedmiotowego uprawnienia lub niewypełnienie dyspozycji wezwania skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że wadliwe zrealizowanie przez zamawiającego obowiązku, o którym mowa w przepisie art. 26

ust. 3 ustawy Pzp, nie może nieść negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. (...)

(...) drugie z wezwań dotyczyło nie roli poszczególnych osób w realizacji zamówienia, ale przedmiotu doświadczenia. Stąd też w ocenie Izby, nie sposób uznać, że Zamawiający dwukrotnie wezwał do uzupełnienia dokumentu. Rację ma Odwołujący, że wezwania dotyczą w istocie tego samego dokumentu, ale innego zakresu. Podkreślić należy, że zamawiający ma obowiązek realizowania procedury wezwania w sposób wyczerpujący. Jeśli zatem na etapie pierwszego wezwania nie miał wątpliwości, co do doświadczenia poszczególnych osób i nie wezwał do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie, to odmawianie uprawnienia do wykonania tego obowiązku na późniejszym etapie postępowania nie znajduje uzasadnienia, w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający ma bowiem obowiązek całościowej weryfikacji dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, z którym sprzężony jest obowiązek wezwania do ich uzupełnienia w zakresie, który wynika z kompleksowej oceny. W konsekwencji jest możliwe kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, jednakże dotyczące innych okoliczności niż uprzednie wezwanie.

Oceny tej nie zmienia okoliczność, że drugie wezwanie dotyczy tych samych osób. Zwrócić bowiem należy uwagę, że pierwotnie wyjaśnieniu i uzupełnieniu w Wykazie osób podlegała rola tychże osób w realizacji zamówienia, w drugim zaś wypadku wezwanie dotyczyło kwestii posiadanego doświadczenia. Izba nie podziela poglądu Odwołującego, że pierwsze wezwanie dotyczyło również doświadczenia. Na próżno bowiem poszukiwać wezwania w tym przedmiocie, zaś okoliczność, że w odpowiedzi na pierwsze wezwanie wykonawca zamienił doświadczenie w związku z zamianą stanowisk przypisanych poszczególnym osobom nie może być traktowana jako realizacja wezwania do wykazania odpowiedniego doświadczenia przedmiotowego. Na tym etapie postępowania Zamawiający takich uwag nie zgłaszał.

Okoliczność, iż zgodnie z adnotacją znajdującą się pod tabelą Wykazu osób, wykonawca zobowiązany jest wpisać informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie niweczy obowiązku zamawiającego, wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Należy również uznać, że wykonawca zgodnie z dyspozycją powołanego przepisu w złożonym na wezwanie Zamawiającego dokumencie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu już chociażby z tego powodu, że doświadczenie Dominika T. i Michała K. nie jest przez Odwołującego kwestionowane. (...)

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że Wykonawca (...) nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. W okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości, że Wykonawca na dzień składania ofert dysponował specjalistą ds. baz danych GIS i specjalistą ds. programowania oraz, że osoby te spełniają wymagania Zamawiającego w przedmiocie wykształcenia i doświadczenia. Z zobowiązań do współpracy wynika, że na dzień składania ofert Wykonawca dysponuje wskazanymi w Wykazie osobami. Co więcej, już w pierwszym Wykazie występują osoby, które zostały wymienione w uzupełnionych Wykazach. Jednocześnie wskazać należy, że data sporządzenia dokumentu nie jest istotna dla ustalenia, jakie wykształcenie posiadają określone osoby i czy legitymują się wymaganym doświadczeniem na dzień składania ofert. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że dokumenty lub oświadczenia dostarczone na wezwanie zamawiającego mogą być opatrzone datą późniejszą niż termin składania ofert, jest to konsekwencją wezwania, nie zawsze bowiem uzupełniane są dokumenty, które znajdowały się w posiadaniu wykonawcy. Natomiast ważne jest, aby wykonawca wy-

kazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zdaniem Izby, w niniejszym postępowaniu, powyższe nie budzi wątpliwości.

60. Sygn. akt: KIO 2394/13, Wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r.

Izba dodatkowo stwierdza, że nie podziela argumentacji odwołującego, co do zakazu uzupełniania wykazu usług o nowe pozycje, czy zakazu uzupełniania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie innych niż już zawarte w załączonym do oferty wykazie. Takiej interpretacji przeczy bowiem bezpośrednia treść art. 26 ust. 3 ustawy, która nakazuje uzupełniać tak oświadczenia, dokumenty, pełnomocnictwa zawierające błędy, jak i oświadczenia, dokumenty, pełnomocnictwa, których wykonawca pierwotnie w swojej ofercie nie załączył, pod warunkiem, że wynikać z nich będzie potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert. W tej sytuacji Izba stoi na stanowisku, że w świetle art. 26 ust. 3 ustawy możliwe jest uzupełnienie wykazu usług o nowe nie zawarte w nim wcześniej pozycje.

61. Sygn. akt: KIO 2479/13, Wyrok KIO z dnia 7 listopada 2013 r.

(...) rozważenia wymaga, czy w świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadnione jest wezwanie wykonawcy (...) Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu, jakim jest wykaz preparatów myjących i dezynfekujących do rąk oraz myjących, myjąco-dezynfekujących, dezynfekujących do powierzchni jakie stosować będzie Wykonawca do wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia. Udzielenie odpowiedzi na powyższe pytanie wymaga ustalenia, jaki charakter ma rzeczony dokument. Oceny wymaga zatem, czy sporny dokument mieści się w katalogu dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, istotne znaczenie ma okoliczność, że oświadczenie wykonawcy zawarte w przedmiotowym dokumencie dotyczy sposobu realizacji zamówienia, wykonawca deklaruje bowiem, że przy użyciu konkretnych środków będzie wykonywał zamówienie. Jednocześnie sporny dokument, będzie stanowił załącznik do umowy, co jednoznacznie wskazuje, że będzie określał zobowiązanie wykonawcy w aspekcie wykonania zamówienia. Tym samym, uznać należy, że rzeczony dokument i zawarte w nim oświadczenie stanowią treść oferty, która z mocy przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie podlega uzupełnieniom. Jednocześnie zważyć należy, że potwierdzeniem spełnienia wymagań Zamawiającego, wyartykułowanych w odniesieniu do preparatów nie jest sporny wykaz a materiały, np. karty charakterystyki, ulotki informacyjne, które dotyczą określonego preparatu i określają jego cechy (właściwości).

Jakkolwiek należy zgodzić się z Zamawiającym, że katalog dokumentów i oświadczeń, które służą potwierdzeniu wymagań zamawiającego został sformułowany w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, z tą tylko uwagą, że chodzi o rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) a nie o rozporządzenie z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), które znajduje zastosowanie do postępowań wszczętych od dnia jego wejścia w życie (*arg. a contrario* § 9 ust. 1 powołanego rozporządzenia). Prawdą też jest, że katalog ten, zawarty w § 5 ust. 1 pkt 2 powołanego rozporządzenia ma charakter otwarty (przykładowy), co daje zamawiający możliwość pewnej dowolności w jego formułowaniu i której odzwierciedlenie stanowią postanowienia zawarte w części B pkt 3.1 SIWZ, to nie należy pomijać, że uprawnienie do kształtowania katalogu dokumentów, służących potwierdzaniu wymagań zamawiają-

cego w odniesieniu do dostaw czy usług, jest ograniczone treścią bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Skoro sporny wykaz stanowi o sposobie wykonania umowy i jest elementem przyszłego zobowiązania wykonawcy, to brak uzasadnienia dla przypisania mu jedynie znaczenia dla potwierdzenia właściwości (parametrów) preparatów, które zostały właśnie w rzeczonym wykazie do realizacji przedmiotu zamówienia zaproponowane przez wykonawcę (...) Sp. z o.o. Zaś ograniczenie dla formułowania katalogu dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełniania wymagań określonych przez zamawiającego stanowi przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania zmian w treści oferty, z zastrzeżeniem przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie biorąc pod uwagę przepis art. 58 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna, jeżeli zaś nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części. Nieważność organ orzekający bierze pod uwagę z urzędu.

Zatem, za nieprawidłowe należy uznać stanowisko Zamawiającego, wedle którego zaliczenie, zgodnie z treścią SIWZ, spornego wykazu do katalogu dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia jest wiążące. Nie należy bowiem pomijać, że tylko ważne postanowienia SIWZ wywołują skutki prawne. Zatem, skoro zaliczenie spornego wykazu, do katalogu dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp pozostaje w sprzeczności z przepisem 87 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, postanowienie pkt 3.1 lit. a w zakresie, w jakim, służy potwierdzeniu parametrów preparatów i z tych przyczyn podlega uzupełnieniu należy uznać za nieważne. To z kolei oznacza, że brak było podstaw do wezwania wykonawcy (...) Sp. z o.o. do uzupełnienia spornego wykazu.

62. Sygn. akt: KIO 2621/13, Wyrok KIO z dnia 19 listopada 2013 r.

(...) zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem prawa, mając na względzie treść wezwania z 22.10.2013 r. skierowanego przez zamawiającego. Analiza treści wezwania doprowadziła Izbę do przekonania, że jeśli zamawiający oczekiwał, że wymagane dokumenty zostaną dostarczone w formie wymaganej § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [*rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.*], w terminie wskazanym w wezwaniu, to nie wyraził tego jednoznacznie, a sposób sformułowania wezwania mógł wywołać błąd odwołującego.

Wadliwość czynności zamawiającego polegała na ograniczeniu odwołującego, co do formy, w jakiej uzupełniony dokument powinien być złożony. Zamawiający żądał dokumentu wyłącznie w formie pisemnej z pominięciem kopii potwierdzonej za zgodność przez wykonawcę dopuszczonej przez § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Błąd popełniony przez zamawiającego polegał jednak przede wszystkim na braku wyraźnego wskazania, że dokument w wymaganej formie zamawiający powinien otrzymać do upływu wyznaczonego terminu. Zdaniem Izby skutkiem odesłania do w pkt 11.1 SIWZ treść wezwania zamawiającego mogła zostać zinterpretowana w ten sposób, że dla zachowania terminu wystarczające jest przesłanie dokumentu faksem, o ile jednocześnie odwołujący wyśle dokument w formie pisemnej.

W orzecznictwie kształtuje się pogląd, zgodnie z którym wykonawca nie może być obciążany skutkami niejednoznacznego wezwania zamawiającego. W ocenie

Izby pogląd ten winien znaleźć zastosowanie, nie tylko co do treści oświadczeń lub dokumentów składanych zamawiającemu przez wykonawców wezwanych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ale również w odniesieniu do zachowania terminu na złożenie dokumentów w związku z wymaganiami stawianymi formie, w jakich dokumenty te mają zostać złożone.

W okolicznościach sprawy odwołujący mógł oczekiwać, że prawidłowo wykonał wezwanie zamawiającego. Skoro wymagany dokument został przesłany zamawiającemu wyznaczonym terminie, tj. 28.10.2013 r. za pośrednictwem faksu i tego samego dnia wysłany pocztą, to wpłynięcie dokumentu w żądanej formie pisemnej 31.10.2013 r. nie uprawnia zamawiającego – w okolicznościach sporu - do odrzucenia oferty odwołującego.

63. Sygn. akt: KIO 2642/13, KIO 2644/13, Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2013 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 14.4 lit e) SIWZ żądał od wykonawców przedłożenia określonych dokumentów przedmiotowych na potwierdzenie, że oferowane dostawy i usługi odpowiadają wymogom Zamawiającego opisanym w Załączniku nr 1 do SIWZ, w tym:

- 1) Dokument potwierdzający spełnianie przez laptopy normy Energy Star 5.0 (wymóg opisany w pkt PS 246 w rozdziale 12.8.2)
- 2) Deklaracja zgodności CE dla serwera aplikacyjnego blade typ 1 (wymóg opisany w pkt PS 424 w rozdziale 12.8.14)
- 3) Deklaracja zgodności CE dla urządzenia UTM typ 1 (wymóg opisany w pkt PS 506 w rozdziale 12.8.22).

Odwołujący (...) dokumenty przedmiotowe załączone do oferty, a dotyczące kwestii przedmiotowych złożył w języku angielskim. Następnie Zamawiający pismem z dnia 1 października 2013 r. wezwał tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania m.in. wskazanych dokumentów, które miały być złożone w języku polskim. Odwołujący (...) na wezwanie Zamawiającego uzupełnił wskazane dokumenty przedmiotowe w języku polskim. Okolicznością niesporną w postępowaniu, przyznaną przez Odwołującego Comp, było jednak to, że te dokumenty nie dotyczą oferowanych przez niego produktów.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że zarzuty w tym zakresie nie potwierdziły się i brak przedłożenia przez Odwołującego (...) na wezwanie Zamawiającego do uzupełniania w/w dokumentów przedmiotowych wymaganych w SIWZ, skutkuje uznaniem, że treść oferty Odwołującego (...) we wskazanym zakresie (potwierdzenie wymogu PS 246, PS 424, PS 506) jest sprzeczna z treścią SIWZ (nie potwierdza wymaganych w SIWZ parametrów). Zdaniem Izby wobec braku wypełnienia przez wskazanego wykonawcę wezwania Zamawiającego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie upoważnia Zamawiającego do ponownego wzywania wykonawcy (...) do uzupełnienia tych dokumentów, zgodnie z zasadą jednokrotnego wzywania do uzupełniania określonych braków oferty (dokumentów podmiotowych, przedmiotowych lub pełnomocnictw). Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem wyjątek od zasady, że wszelkie dokumenty wymagane w SIWZ na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu tego, że określone dostawy, usługi czy roboty objęte przedmiotem zamówienia wypełniają wymogi SIWZ, czy też pełnomocnictwa, winny być załączone do oferty do upływu terminu składania ofert dla wypełnienia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu. W przywołanym przepisie ustawodawca

chcąc odformalizować nieco procedurę udzielania zamówień publicznych zdecydował się na wprowadzenie instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu w przypadku ich braku w ofercie (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) lub w przypadku kiedy dokument obarczony jest błędem (nie potwierdza określanych w SIWZ wymogów Zamawiającego). Uwzględniając powyższe, instytucję tę należy traktować – zgodnie zresztą z ugruntowanym w tej mierze orzecnictwem KIO (a wcześniej Zespołów Arbitrów), jak i sądów okręgowych – jako wyjątkową, a więc możliwą do zastosowania jednokrotnie w odniesieniu do danego dokumentu, czy też opisu warunku / wymogu SIWZ, do którego dany dokument się odnosi. Jeśli więc w przedmiotowej sprawie załączone przez Odwołującego (...) do oferty określone w sposób konkretny w treści wezwania do uzupełniania dokumentów dokumenty przedmiotowe nie potwierdzały wymogów SIWZ, tak co do formy, jak i treści, należało w wyniku wezwania Zamawiającego, skierowanego do w/w wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przedłożyć właściwy dokument. Złożenie dokumentów nieprawidłowych przy profesjonalnym charakterze działalności wykonawcy na rynku, wykonawcy ubiegającego się o udzielenie wielomilionowego zamówienia publicznego - nie mogło skutkować niczym innym, jak tylko uznaniem, że wykonawca nie dopełnił wymogów związanych z merytoryczną oceną jego oferty, co skutkuje konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co zresztą Zamawiający uczynił w postępowaniu.

64. Sygn. akt: KIO 2831/13, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2014 r.

W ocenie Izby, brak złożenia podpisu pod oświadczeniem, formularzem ofertowym, jak wskazano powyżej, nie może być konwalidowany. Należy także podkreślić, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający nie był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zażądać uzupełnienia ww. oświadczenia ani tym bardziej formularza ofertowego. Art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Są to więc dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub spełnienie przez oferowane dostawy, usługi, roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Powyższy artykuł nie dotyczy możliwości uzupełnienia podpisu pod oświadczeniem w formularzu ofertowym.

65. Sygn. akt: KIO 2953/13, KIO 2961/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.

Powołany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz pełnomocnictw, w sytuacji, w której oferta wykonawcy w tym przedmiocie jest wadliwa, a więc nie zawiera rzeczonych oświadczeń i dokumentów lub błędy w przedmiotowych oświadczeniach i dokumentach uniemożliwiają pozytywną ich weryfikację. Na potrzeby niniejszego postępowania należy dostrzec, że ustawodawca poza grupą dokumentów ściśle związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, objął obowiązkiem uzupełnienia dokument pełnomocnictwa, akcentując tym samym znaczenie regulacji art. 95 i n. k.c., a więc po pierwsze, że co do zasady czynności prawnej można dokonać przez przedstawiciela, po drugie zaś potrzeba skorzystania z rzeczonej instytucji może mieć uzasadnienie zarówno w okolicznościach faktycznych, jak i prawnych. Jednocześnie brak w istocie ograniczeń w analizowanym przepisie co do obowiązku wzywania do uzupełnienia pełnomocnictwa powoduje, że wskazany obowiązek aktualizuje się na każdym etapie postępowania, co zostało już dostrzeżone w orzecnictwie (wyrok KIO z dnia 6

grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2569/12). W tym miejscu wypada również zauważyć, że żaden przepis kodeksu cywilnego nie nakazuje ujawniania faktu działania w cudzym imieniu, jakkolwiek w doktrynie powszechnie akceptuje się obowiązywanie zasady jawności przedstawicielstwa (M. Pazdan (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t. I, 2011, s. 459-460; S. Rudnicki (w:) S. Dmowski, S. Rudnicki, Komentarz, 2007, s. 412-413; J. Strzebińczyk (w:) E. Gniewek, Komentarz, 2011, s. 242). Oznacza to, że przedstawiciel powinien ujawnić fakt działania w cudzym imieniu, by czynność prawna wywołała skutki po stronie reprezentowanego. Jednakże nie należy zapominać, że może to nastąpić w sposób wyraźny (przez wyraźne oświadczenie, przedstawienie dokumentu, z którego wynika umocowanie) lub dorozumiany. Zagadnienie powyższe nie jest zaś uregulowane w ustawie Pzp, a więc z mocy art. 14 ustawy Pzp konieczne jest sięgnięcie do odpowiednich regulacji k.c.

Dodatkowo wskazać należy, że umocowanie będące podstawą działania w charakterze przedstawiciela dotyczy według art. 95 k.c. czynności prawnej bądź czynności prawnych. Jednakże należy przyjąć, że przedstawiciel może być również uprawniony do dokonania innych czynności (czynów) zgodnych z prawem, niebędących czynnościami prawnymi, w szczególności dotyczy to przejawów woli podobnych do oświadczeń woli, np. wezwanie dłużnika do spełnienia świadczenia - art. 455 k.c., czy zawiadomień, np. zawiadomienie sprzedawcy o wadzie rzeczy - art. 563 k.c. (M. Pazdan (w:) K. Pietrzykowski, Komentarz, t. I, 2011, s. 459).

66. Sygn. akt: KIO 3009/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2014 r.

Zatem w ocenie Izby nie została naruszona ukształtowana w orzecznictwie zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z pierwszego wezwania wykonawca mógł wywnioskować, że Zamawiający nie kwestionuje złożonych dokumentów w zakresie, w jakim dotyczą one liczby dysków i systemu operacyjnego testowanego komputera oraz współpracy monitora z zaoferowanym systemem operacyjnym.

Nie można również stwierdzić niedopuszczalności wezwania na takiej podstawie, że wykonawca nie jest w stanie uzupełnić dokumentów (co podnosił podczas rozprawy Odwołujący). Zamawiający nie ma bowiem wiedzy, jakimi dokumentami wykonawca dysponuje, a jego przewidywania w tym zakresie nie zwalniają z zastosowania obowiązkowej procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

67. Sygn. akt: KIO 15/14, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r.

Odnosnie zarzutu dotyczącego dat pełnomocnictwa i odpisu z KRS załączonego do oferty przez Przystępującego (Odwołujący twierdził, że skoro data pełnomocnictwa jest wcześniejsza, niż odpis z KRS, Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do uzupełnienia odpisu z KRS), Izba uznała go za niezasadny. Odwołujący nie kwestionował ważności ani pełnomocnictwa, ani odpisu z KRS. Oba te dokumenty były bezspornie ważne. Odwołujący nie wykazał, że w dacie wydania pełnomocnictwa osoba, która je podpisała, nie była do tego umocowana. Przystępujący na rozprawie okazał odpis pełny z KRS i podnosił, że Prezesem Zarządu była od zarejestrowania spółki ta sama osoba (która podpisała pełnomocnictwo załączone do odwołania). W tych okolicznościach nie można uznać za konieczne nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia odpisu z KRS. Trudno oczekiwać, że odpis z KRS będzie zawsze nosił taką samą datę, jak pełnomocnictwo – a gdyby przyznać rację Odwołującemu, to w każdej sytuacji, kiedy daty pełnomocnictwa i odpisu z KRS są różne, należałoby wzywać do uzupełnienia czy to KRS, czy pełnomocnictwa (jeżeli data wydania odpisu z KRS jest wcześniejsza, niż data pełnomocnictwa – krąg

osób uprawnionych do reprezentacji spółki również może się zmienić).

68. Sygn. akt: KIO 62/14, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2014 r.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nakłada na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Zamawiający nie może podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie mając absolutnej pewności co do spełnienia lub niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Za utrwalony w orzecznictwie należy uznać pogląd, że wezwanie musi być precyzyjne, a więc w jasny sposób musi określać jakie braki w ofercie wymagają uzupełnienia lub wyjaśnienia.

69. Sygn. akt: KIO 83/14, Wyrok KIO z dnia 4 lutego 2014 r.

Nie możemy również w tym zakresie, zdaniem Izby, mówić o zasadności zarzutu Odwołującego dotyczącego wielokrotnego wzywania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Analiza wezwań kierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego w toku czynności badania i oceny ofert powyższego nie potwierdza. W tym zakresie ocenie podlegać mogą jedynie dwa wezwania Zamawiającego – z dnia 13 listopada 2013 r. i z dnia 22 listopada 2013 r. Obydwa wezwania skierowane zostały do Przystępującego i dotyczyły dokumentów przedmiotowych. Oceniając ich treść Izba jednak doszła do przekonania, że nie możemy w tym przypadku mówić o wielokrotnym (podwójnym) wzywaniu Przystępującego do uzupełnienia konkretnych dokumentów przedmiotowych. Zamawiający w treści wezwania z dnia 13 listopada 2013 r. wyraźnie bowiem sprecyzował określony brak w ofercie Przystępującego, tj. to, że załączone przez niego dokumenty nie potwierdzają wypełniania określonych, konkretnych parametrów technicznych urządzenia (parametry opisane w punktach: 45, 62, 64, 65, 84, 87, 95, 115, 122, 130-133, 146-149 załącznika nr 5) oraz takich dokumentów, jak: deklaracja zgodności, certyfikat i kopia zgłoszenia do Rejestru wyrobów medycznych. Drugie wezwanie Zamawiającego - z dnia 22 listopada 2013 r. z kolei dotyczyło uzupełnienia dokumentów przedmiotowych ze wskazaniem Zamawiającego na niespełnienie wymogu formalnego, tj. tego, że załączony przez Przystępującego do oferty materiał, który potwierdza wszystkie parametry oferowanego aparatu RTC, wynikające z załącznika nr 5, nie został podpisany przez producenta, co rodziło uzasadnione podejrzenie Zamawiającego, że dokument ten jest w rzeczywistości stworzony przez samego wykonawcę na potrzeby postępowania. W odpowiedzi na to wezwanie Zamawiającego ten sam dokument, który został przez Przystępującego załączony do oferty wykonawca przedłożył Zamawiającemu z potwierdzeniem przez producenta (podpis na dokumencie). Tym samym zatem obydwie wezwania Zamawiającego uszczegółowione przez niego, dotyczyły w istocie zupełnie innych kwestii, stąd też nie można w tym przypadku mówić o wielokrotności korzystania przez Zamawiającego z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Co do treści wezwania Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2013 r. zauważyć należy, że Zamawiający w tym przypadku nie korzystał z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tylko z § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wy-

konawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Przepis ten, niezależnie od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pozwala Zamawiającemu w uzasadnionych przypadkach na weryfikację wiarygodności dokumentu, w tym dokumentu przedmiotowego, przedłożonego mu przez wykonawcę w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Takie wezwanie nie może być utożsamiane z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów, których nie złożono lub które nie potwierdzają, że określone dostawy potwierdzają wymogi SIWZ. Istotna wezwania do przedłożenia oryginału dokumentu lub kopii potwierdzonej notarialnie, kierowanego przez Zamawiającego na podstawie § 7 ust. 3 wskazanego rozporządzenia, tkwi w tym, że kopia tego dokumentu może budzić uzasadnione wątpliwości co do jej prawdziwości lub jest nieczytelna. Nie ma w tym przypadku znaczenia czy dokument potwierdza spełnianie określonych wymogów z SIWZ (spełnianie warunków udziału w postępowaniu – w przypadku dokumentów podmiotowych, czy też tego, że oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wypełniają wymogi Zamawiającego – w przypadku dokumentów przedmiotowych), a to jest istotną wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Art. 26 ust. 4

70. Sygn. akt: KIO 3037/14, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2014 r.

Skład orzekający Izby nie może podzielić tego stanowiska odwołującego. Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 Pzp zostały ustanowione właśnie po to, aby nieopatrzone omyłki czy przeoczenia wykonawców nie musiały powodować konieczności wykluczenia wykonawców czy odrzucania ofert. Przepisy te zostały ustanowione w oddzielnych ustępach do samoistnego stosowania przez zamawiających. Dlatego zamawiający ma wprost obowiązek wyjaśnienia oferty, a jeżeli zamawiający dojdzie do wniosku, że wykonawca nie złożył wszystkich dokumentów, to zamawiający ma obowiązek zastosować art. 26 ust. 3 Pzp i wezwać do uzupełniania oferty. Tak też uczynił zamawiający w rozpoznawanym postępowaniu i w związku z tym zdaniem składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp nie może być uwzględniony.

Art. 27 ust. 1-2

71. Sygn. akt: KIO 2323/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.

Analiza dokonanych zmian prowadzi do wniosku, że ustawodawca sposób komunikowania drogą elektroniczną uważa za pewny, niewymagający potwierdzenia w formie pisemnej. Zaś możliwość żądania potwierdzenia otrzymania oświadczenia ma jedynie walor dowodowy. Na gruncie przepisu art. 61 k.c., przyjmując ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu, wyrażoną w art. 6 k.c., na składającym oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej, spoczywa ciężar udowodnienia, że jego oświadczenie doszło do adresata w taki sposób, że mógł się z nim zapoznać. Natomiast brak potwierdzenia otrzymania oświadczenia woli w żaden sposób nie potwierdza, że oświadczenie woli nie zostało skutecznie złożone.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to, że okoliczność, iż Odwołujący nie potwierdził otrzymania wiadomości e-mail z dnia 11 września 2013 r. nie stanowi podstawy do przyjęcia, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny było bezskuteczne. W konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 27 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

72. Sygn. akt: KIO 2580/13, Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2013 r.

(...) w ocenie składu orzekającego Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia

wienia publicznego w przypadku oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą nie jest wymagane jego złożenie w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Ustawa Pzp, o ile rygor taki przewiduje w przypadku oferty i umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 82 ust. 2 i art. 139 ust. 2), o tyle w przypadku przewidzianego w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą brak zastrzeżenia formy pisemnej pod rygorem nieważności. Sąd w ocenie składu orzekającego Izby w przypadku tego oświadczenia zastosowanie znajdzie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, który wybór formy oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – tak przez zamawiającego, jak i wykonawców, z wyjątkiem wynikającym z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, pozostawia zamawiającemu.

Przyjęcie, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą wykonawcy winni składać w formie pisemnej pod rygorem nieważności oznaczałoby niepotrzebne wydłużenie postępowania, mogłoby naruszyć zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (gorsza sytuacja wykonawców, których siedziby znajdują się w znacznej odległości od siedziby zamawiającego), a nadto narażać wykonawców na dodatkowe koszty (dłuższe postępowanie to konieczność ponoszenia kosztów związanych z przedłużeniem ważności wadium). Oznaczałoby nadmierny formalizm tego postępowania, który przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp ma ograniczać.

Dostrzeżenia także wymaga, iż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej uznaje, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 27 ust. 1 ustawy Pzp (przykładowo: wyrok z dnia 12 lipca 2010 r. sygn. KIO/UZP 1226/10, KIO/UZP 1275/10, wyrok z dnia 19 października 2010 r. sygn. KIO 2204/10, wyrok z dnia 15 czerwca 2011 r. sygn. KIO 1191/11, a także wyrok z dnia 31 stycznia 2013 r. sygn. KIO 109/13 (kilkakrotnie przywoływany w odwołaniu), w którym Izba uznała: „Oświadczenie wykonawcy o przedłużeniu terminu związania ofertą winno być złożone w sposób wyraźny i jasny, w formie w SIWZ przewidzianej i dopuszczonej w art. 27 Pzp”).

Nadto stosowana przez uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego praktyka dopuszcza i szeroko wykorzystuje możliwość składania oświadczeń o przedłużeniu terminu związania ofertą faksem, o ile tylko taki sposób porozumiewania się został przez zamawiającego dopuszczony na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, co wiązać należy przede wszystkim z faktem, iż taki sposób porozumiewania się sprzyja szybkości postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 29 ust. 1

73. Sygn. akt: KIO 2258/13, Wyrok KIO z dnia 4 października 2013 r.

Za zasadny Izba uznała także zarzut, dotyczący odwołania się w treści SIWZ do „standardu Ethernetowego”. Izba za wiarygodne uznała wyjaśnienia Odwołującego, że określenie to jest określeniem żargonowym, które w takim brzmieniu nie posiada jednoznacznej i powszechnie uznawanej definicji. Tym samym, Zamawiający odwołał się w SIWZ do standardu, który może być rozumiany w sposób wieloznaczny. SIWZ dotknięta jest więc wadliwością, polegającą na braku opisu standardu, spełnienie którego Zamawiający traktuje jako obligatoryjne. Tym samym wykonawcy nie są w stanie w sposób jednolity oszacować kosztów realizacji zamówienia, gdyż wymagany przez Zamawiającego standard może być przez nich rozumiany w różny sposób. Zarzut ten Izba uznała więc za uzasadniony. Należy dodatkowo zauważyć, że w trakcie rozprawy Zamawiający złożył oświadczenie, że dokona modyfikacji treści SIWZ.

Za uzasadniony Izba uznała także zarzut dotyczący postawienia w SIWZ wymo-

gu, aby ergonomiczna obsługa systemu oraz przedstawienie informacji były realizowane w sposób uzgodniony z Zamawiającym. W ocenie Izby takie postawienie wymogu oznacza, że w zakresie ergonomii obsługi systemu i przedstawiania informacji Zamawiający w istocie nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia. Odwołanie się jedynie do uzgodnień dokonywanych z Zamawiającym, bez szczegółowego wskazania warunków, jakie w tym zakresie powinien spełniać oferowany system oznacza, że w chwili składania ofert wykonawcy nie są w stanie przewidzieć, jaki będzie zakres wymogów Zamawiającego, a tym samym – nie są w stanie prawidłowo skalkulować swojej oferty.

74. Sygn. akt: KIO 2172/13, KIO 2177/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.

Odmienne niż w przypadku zamówień uzupełniających opcja nie jest ograniczona wartością procentową w stosunku do zamówienia podstawowego. Natomiast prawo opcji jest związane w sposób integralny z przedmiotem zamówienia. W konsekwencji zamawiający zobowiązany jest w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisać precyzyjnie zakres, jakiego prawo opcji dotyczy. Natomiast wzór umowy powinien zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące tej części zamówienia, która będzie realizowana na pewno oraz równie precyzyjne określenie tej części zamówienia, której realizacja będzie uzależniona od decyzji zamawiającego o skorzystaniu z prawa opcji.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający opisał prawo opcji w sposób bardzo ogólny, określając jedynie górną granicę swego zobowiązania. Nie wskazał natomiast żadnych informacji niezbędnych dla prawidłowego skalkulowania oferty, w tym adresu lokalizacji oraz okresu świadczenia usługi. Zamawiający na rozprawie w dniu 2 października 2013 roku przyznał, że nie posiada więcej informacji niż te, które podał w specyfikacji.

Izba stoi na stanowisku, iż – skoro prawo opcji jest związane z przedmiotem zamówienia – zamawiający winien je opisać z uwzględnieniem art. 29 ust. 1 i nast. ustawy Pzp. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mające wpływ na sporządzenie oferty.

75. Sygn. akt: KIO 2608/13, Wyrok KIO z dnia 25 listopada 2013 r.

Potwierdził się także zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, poprzez niezamieszczenie w SIWZ wszystkich informacji potrzebnych do oszacowania całkowitych kosztów związanych ze złożeniem oferty. Przepis powyższy nakazuje zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W przedmiotowym postępowaniu w postanowieniach Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zamawiający nie przewidział możliwości awarii badanego odcinka kabla z zamontowanym osprzętem - z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Opis przedmiotu zamówienia musi uwzględniać wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a zatem także możliwą do wystąpienia w trakcie wykonywania prób sytuację np. awarii kabla. Informacje odnośnie tego, czy w takim przypadku badania zostaną powtórzone, kto poniesie koszty ewentualnego powtórzenia badań, koszty oddelegowania pracowników wykonawcy do montażu w Instytucie Energetyki lub zlecenia wykonania tej instalacji osobom trzecim itp. ma istotne znaczenie dla wykonawców w celu prawidłowego przygotowania oferty. Brak takich informacji w SIWZ powoduje, że wykonawca nie jest w stanie na etapie składania oferty dokonać kalku-

lacji związanych z tym kosztów.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśnił, że ewentualne ponowne badanie osprzętu wykonawcy z ww. przyczyn zostanie przeprowadzone na koszt zamawiającego, co zamawiający potwierdził również na rozprawie. Powyższa procedura wymaga określenia w SIWZ, z czym zgodził się zamawiający, potwierdzając, że wymagane informacje w tym zakresie są przygotowywane w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców. W tych okolicznościach zarzut należało uwzględnić w oparciu o okoliczności przyznane przez zamawiającego.

Art. 29 ust. 2

76. Sygn. akt: KIO 2184/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r.

Analiza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie wskazuje, iż aby doszło do złamania określonego w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazu sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych, prawnych i gospodarczych, tj. w określonej sytuacji na rynku właściwym, dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego). W takim wypadku mamy do czynienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

77. Sygn. akt: KIO 2316/13, KIO 2318/13, Wyrok KIO z dnia 10 października 2013 r.

Tym samym Izba stoi na stanowisku, że ograniczenie poziomu dowodzenia w świetle art. 29 ust. 2 ustawy wyłącznie do uprawdopodobnienia, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku wykazania okoliczności uprawdopodobniających określone twierdzenie.

78. Sygn. akt: KIO 2431/13, Wyrok KIO z dnia 23 października 2013 r.

Wykonawca nie wskazał również dowodów, że kwestionowane przez niego parametry nie mają funkcjonalnego i klinicznego uzasadnienia. Nie podał również, jakie inne możliwe rozwiązania, niedopuszczone przez Zamawiającego, a mające wpływ na wartości użytkowo-diagnostyczne oferowanego sprzętu, zwiększyłyby konkurencyjność postępowania, tak od strony użytkowej jak i ekonomicznej.

W ocenie Izby, żądania wykonawcy są przede wszystkim ukierunkowane na taką modyfikację parametrów, która umożliwiałaby wykonawcy złożenie oferty w części I – na tomograf - typ1.

79. Sygn. akt: KIO 2708/13, Wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2013 r.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający *de facto* nie określił terminu rozpoczęcia świadczenia usług. Postanowienia specyfikacji w tym zakresie należy bowiem rozumieć w ten sposób (czemu Zamawiający nie zaprzeczył), że Zamawiający w terminie 30 dni od podpisania umowy zakomunikuje wykonawcom datę, w której zobowiązani będą przystąpić do wykonywania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie określił żadnych ram czasowych, w których przypadnie termin rozpoczęcia świadczenia usług, a wykonawca, który nie przystąpi do wykonywania umowy na żądanie Zamawiającego, zobowiązany będzie do zapłaty kary umownej w wysokości 2 tys. zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia (§ 7 ust. 1 pkt 1 projektu umowy).

Biorąc pod uwagę fakt, że na wykonawcy ciążyć będzie obowiązek zapewnienia rozbudowanej infrastruktury sprzętowej, tak ukształtowane postanowienia stawiają wykonawców w sytuacji niepewności i narażają na ryzyko, że będą zobowiązani do rozpoczęcia świadczenia usług w terminie zbyt krótkim, uzależnionym od arbi-

tralnej decyzji Zamawiającego. Co więcej, postanowienia takie stawiają w uprzywilejowanej sytuacji podmiot obecnie świadczący usługi telekomunikacyjne na rzecz Zamawiającego, jako że podmiot ten dysponuje pełną infrastrukturą udostępnianą Zamawiającemu i dostosowaną do jego potrzeb. Powyższe narusza wyrażony w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba stanęła na stanowisku, że termin rozpoczęcia świadczenia usług powinien być tak wyznaczony, aby dawał możliwość wywiązania się ze zobowiązania zarówno podmiotowi, który dotychczas świadczył usługi na rzecz zamawiającego i posiada infrastrukturę sieciową, jak i tym wykonawcom, którzy w celu realizacji umowy muszą nabyć lub wydzierżawić niezbędny sprzęt. Tym samym Izba podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku z 12 lipca 2010 r. KIO/UZP 1246/10.

80. Sygn. akt: KIO 2942/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.

Zasadnym jest także zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 i art. 7 ustawy Pzp, gdyż brak udostępnienia wykonawcom niezbędnych danych umożliwiających komunikację z systemem (...), może mieć wpływ na zachwianie konkurencji w tym postępowaniu o zamówienie publiczne. Dystrybutorzy tego systemu mogą bezpośrednio wpływać na krąg podmiotów biorących udział w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, odmawiając niektórym podmiotom współpracy w zakresie niezbędnej integracji bądź mogą wpływać na zaoferowane przez nich ceny, proponując im różne warunki współpracy. Ponadto, dystrybutorzy systemu (...) przez fakt posiadania pełnej wiedzy na temat funkcjonowania i sposobu komunikacji z systemem są podmiotami znajdującymi się na pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych wykonawców, zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Okoliczność ta ma o tyle duże znaczenie, że jak wykazał odwołujący dystrybutorzy systemu (...) mogą stanowić w tym postępowaniu o zamówienie publiczne konkurencję dla innych wykonawców. (...) Zdaniem Izby, przerzucanie na wykonawców obowiązku samodzielnego uzyskania dostępu do dokumentacji interfejsu wymiany danych, niezbędnego do komunikacji z systemem X (...) może rodzić trudności i mieć wpływ na konkurencję w tym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Art. 29 ust. 3

81. Sygn. akt: KIO 2862/13, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2014 r.

To Zamawiający odpowiada za kształt SIWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny wobec tego być zaprezentowane w taki sposób, aby nie rodziły one wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełnienia danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano, w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełnienia, to należy na obecnym etapie wybrać ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Jeżeli Zamawiający tak ustanowił warunki, że nie jest możliwe sprawdzenie poziomu ich spełnienia przez poszczególnych wykonawców, lub co najmniej jest to wysoce utrudnione, to za powyższe odpowiedzialność ponosi Zamawiający.

W przedmiotowym postępowaniu, niewiele bowiem wynika z zapisów SIWZ w zakresie ustalonego warunku posiadania niezbędnego doświadczenia przez odesłanie do przyjętej w postępowaniu definicji równoważności. Zabrakło już niestety opisanego sposobu czy i jak dana równoważność oceniana będzie przy weryfikowa-

niu doświadczenia wykonawcy, czyli zdolności do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Sama zaś definicja równoważności stanowi o efekcie wynikowym zamiennego pierwowzoru. Możliwości osiągnięcia efektu wynikowego (końcowego) Zamawiający nie badał. Za niewystarczające uznać należy jedynie odesłanie do powyższej definicji i sposobu badania równoważności oferowanych produktów, ponieważ proces badania doświadczenia (warunków podmiotowych) i proces badania oferowanego rozwiązania (warunków przedmiotowych), choć są ze sobą powiązane, to nie odbywają się w tożsamy sposób. Posiadane doświadczenie jest zjawiskiem historycznym, pokazującym, czy dany wykonawca, który się na nie powołuje, jest w stanie sprostać oczekiwaniom formalnym Zamawiającego w zakresie należytego wykonania, natomiast badanie oferowanego rozwiązania weryfikowane jest w stosunku do szczegółowych zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, umiejscowione jest zatem w sferze realizacji (a więc przyszłości) zamówienia. (...)

Jeżeli intencją Zamawiającego było zbadanie, czy wiedza w zakresie produktu wskazanego jako równoważny i oferowany w ofercie odpowiada wiedzy w zakresie produktu referencyjnego, to intencja ta nie została oddana przede wszystkim w brzmieniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu wykonawcy Odwołującego się z postępowania oraz w sposobie badania spełniania warunków podmiotowych w postępowaniu. Choć Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zaznaczał, że Wykonawca Odwołujący „w składanych wyjaśnieniach skupiał się na udowodnieniu podobieństw funkcjonalnych zamienników całkowicie pomijając problem umiejętności operowania produktami, które Zamawiający zawarł w SIWZ”, to sam podmiot prowadzący postępowanie badanie poziomu wiedzy i doświadczenia do porównania produktów sprowadził. Nie wykazano w procesie badania natomiast, by wiedza w zakresie produktów opisanych w warunku była na tyle odmienna i specyficzna, że do obsługi tych produktów niewystarczająca będzie wiedza na temat produktów wymienionych jako równoważne.

82. Sygn. akt: KIO 256/14, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r.

Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia. Oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny do produktu, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego funkcjonalności i parametry, które bezwzględnie powinny zostać określone w treści SIWZ. Stwierdzenie przez zamawiającego dopiero po złożeniu ofert, że pewne funkcjonalności lub parametry są dla niego istotne jest spóźnione. Zamawiający, dokonując badania i oceny oferty, zobowiązany jest bowiem interpretować SIWZ tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w SIWZ zasad i wymagań. Zamawiający nie jest uprawniony, aby dopiero na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne niż pierwotnie ustalone znaczenie. Skoro więc zamawiający nie zawarł opisu wymogów dotyczących równoważności na etapie SIWZ, a odwołujący wykazał, iż zaoferowany przez niego produkt nosi cechy równoważności w stosunku do produktu wymaganego przez zamawiającego, Izba stwierdziła brak podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 30**83. Sygn. akt: KIO 2844/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.**

Przepis art. 30 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy. W przypadku braku takich norm zamawiający obowiązany jest stosować europejskie i polskie aprobaty techniczne, wspólne i polskie specyfikacje techniczne, normy międzynarodowe i Normy Polskie oraz inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne (ust. 1-3). Opisując w ten sposób przedmiot zamówienia zamawiający obowiązany jest wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym (ust. 4). W myśl ust. 6 zd. 1 zamawiający może odstąpić od powyżej wskazanego sposobu opisywania przedmiotu zamówienia, jeżeli zapewni dokładny opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych.

Z powyższego wynika, że wykonawca uprawniony jest do zaoferowania przedmiotu zamówienia równoważnego do opisanego przez zamawiającego. Równoważność to rozwiązania funkcjonalne, które nie są tożsame z opisem przedmiotu zamówienia, ale które powodują, że zamawiający uzyska urządzenie w pełni odpowiadające jego potrzebom i celowi zamówienia.

Art. 34 ust. 5**84. Sygn. akt: KIO 24/14, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r.**

Zamawiający jako podmiot sektorowy nie realizuje zamówień uzupełniających na usługi, gdyż przepis art. 134 ust. 6 pkt 1 Pzp dla zamówień sektorowych przewiduje możliwość stosowania trybu z wolnej ręki, z wyłączeniem art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp, a zatem zamawiający nie przewidział zamówień uzupełniających.

Żądanie odwołującego z powołaniem się na orzecznictwo KIO, w tym wyroki sygn. 2135/13; 2136/13, 2163/13; KIO 2172/13; 2173/13 oraz KIO 1337/12; 1349/12 (nie dotyczące zamawiających sektorowych) - zastąpienia prawa opcji zamówieniami uzupełniającymi należało uznać za żądanie *contra legem*. W stanie faktycznym ustalonym w przywoływanych wyrokach zamawiający starali się objąć prawem opcji większość wolumenu zamówienia, stwarzało to zupełnie odmienne warunki do oceny takich sytuacji.

Prawo opcji jest legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może dotyczyć zarówno zwiększenia zakresu świadczenia, jak też jego ograniczenia. Zamawiający zarówno w ogłoszeniu jak i w SIWZ podał zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz czas wykonywania, nie dłuższy niż w okresie realizacji umowy. W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji wpisują się w dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp, że przedmiot zamówienia opisuje się jednoznacznie i wyczerpująco, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający nie mógł przekazać więcej informacji, aniżeli sam posiadał na czas wszczęcia postępowania. Należało założyć, że zamawiający na dany moment nie jest w stanie dokładnie określić, jakie jednostki i gdzie zlikwiduje i jakie nowe jednostki utworzy. Prawo opcji realizuje natomiast cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian.

Na marginesie jedynie Izba zaznacza, że nawet gdyby w danym postępowaniu

zamówienia uzupełniające były możliwe, to nie byłaby władna nakazać ich zastosowania. Prawem wyboru zamawiającego jest skorzystanie z dostępnych instytucji, które przewiduje ustawa. Izba zaś może jedynie weryfikować prawidłowość przesłanek ich zastosowania. Prawo opcji może zaś być dogodniejsze dla zamawiającego, gdyż dotyczy danej umowy, a nie odrębnej umowy z wolnej ręki na zamówienia uzupełniające.

Art. 38

85. Sygn. akt: KIO 2965/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.

Udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SIWZ, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jak to już wyżej wskazano, zamawiający jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyłącznie w sytuacji wskazanej w art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, a zatem wyłącznie w uzasadnionych przypadkach. Jego zatem rolą było wykazanie, iż w tym konkretnym przypadku miał miejsce ów uzasadniony przypadek, uprawniający do modyfikacji SIWZ.

86. Sygn. akt: KIO 57/14, KIO 78/14, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2014 r.

Art. 41 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zawiera wymogi co do minimalnego zakresu informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, w punkcie 7. wskazuje na warunki udziału w postępowaniu jako konieczny element ogłoszenia.

Wymagany zakres informacji jest wskazany także we wzorze formularza ogłoszenia przekazywanego do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej – również zawiera on informacje o warunkach udziału w postępowaniu.

Zamawiający mają także obowiązek publikować informacje o zmianie wymogów, opisów i informacji zamieszczonych w ogłoszeniach. Zostało to zresztą wyraźnie wskazane w art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niewątpliwie wprowadzenie do postępowania i do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków udziału w postępowaniu, których nie było ani w pierwotnej treści specyfikacji, ani w ogłoszeniu o zamówieniu, jest zmianą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wymogów postępowania istotną oraz prowadzącą do konieczności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu (skoro wskazanie w nim warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkowe). Bowiem bez ujawnienia w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu trudno mówić o jednoznacznych wymogach dla wykonawców postawionych w postępowaniu. Jest to niewątpliwie niezgodne z zasadą przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 2 dyrektywy klasycznej i art. 10 dyrektywy sektorowej. (...)

Brak w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o warunkach udziału w postępowaniu ujawnionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia częstokroć prowadzi do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem jest to okoliczność mająca wpływ na wynik postępowania.

Art. 45**87. Sygn. akt: KIO 2279/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r.**

Powyższe – zdaniem Izby – potwierdza, że dopiero z momentem dokonania czynności zaksięgowania kwoty wadium na rachunku Zamawiającego nastąpiło uznanie jego rachunku, a zatem właściwa wpłata (wniesienie) kwoty wadium na rachunek Zamawiającego. Na powyższe przede wszystkim wskazuje okoliczność, iż od tego dopiero momentu Zamawiający mógł dysponować wskazaną kwotą wadium. Skoro powyższe nastąpiło dopiero po upływie terminu składania ofert, określonego w SIWZ – zgodnie z przepisami ustawy Pzp jest to konkretna data i godzina – należało uznać, że wadium nie zostało wniesione we właściwym terminie, tj. do upływu terminu składania ofert. Powyższe obciąża wykonawcę zobowiązanego do dochowania należytej staranności w tym zakresie.

88. Sygn. akt: KIO 2362/13, Wyrok KIO z dnia 17 października 2013 r.

Zamawiającemu nie służy przy tym uprawnienie do wskazywania dozwolonych i aprobowanych przezeń form wadium. Prawo zamówień publicznych przewiduje bowiem zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawową formą jest pieniądź, ale oprócz niego istnieje możliwość ustanowienia zabezpieczenia w postaci poręczeń bankowych, gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych oraz poręczeń dokonywanych przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości. Wadium nie może być wniesione w szczególności w papierach wartościowych – akcjach, obligacjach, czekach czy innych. Nie może także wykonawca dokonać potrącenia istniejącej wierzytelności względem zamawiającego, gdyż ustawa Pzp takiej możliwości (wniesienia wadium wskutek potrącenia) nie przewiduje. Wadium jest bowiem szczególną formą zabezpieczenia, do którego nie mogą mieć zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o potrąceniu (art. 498-505 k.c.). Wykonawca nie może więc wnieść skutecznie wadium dokonując potrącenia własnej wierzytelności wobec zamawiającego z wierzytelnością zamawiającego wobec wykonawcy dokonującego potrącenia. Wadium nie jest bowiem - jak słusznie podniósł odwołujący – należnością, którą można potrącić, nie jest też wierzytelnością, której zamawiający może dochodzić sędownie, jak i nie ma ono charakteru realnego. „Wniesienie wadium w innej formie, w szczególności w formie blokady kwoty wymaganej jako wadium z należności wynikającej z konkretnej faktury (...) również nie może być uznane jako właściwa forma wniesienia wadium” (wyrok SO w Warszawie z dnia 10.12. 2002 r., sygn. akt V Ca 1642/02). Wyboru formy wadium dokonuje wykonawca. Niemniej jednak może on dokonywać dowolnych kombinacji form wyłącznie dozwolonymi formami (taką formą nie jest natomiast potrącenie) i różne części wadium wpłacić w sposób odmienny. Wadium wnoszone w pieniądzu powinno zostać wpłacone przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu. Tymczasem mimo oświadczenia złożonego przez Konsorcjum w treści złożonej oferty, iż „Wadium o wartości 250.000,00 zł zostało wniesione w formie pieniężnej” w formie tej wadium nie zostało przez tego wykonawcę faktycznie wniesione. Za taką formę nie może być bowiem uznane potrącenie.

Art. 51 ust. 1a**89. Sygn. akt: KIO 2447/13, Wyrok KIO z dnia 4 listopada 2013 r.**

W pierwszej kolejności należy dokonać wykładni przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi, że o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępo-

waniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oceny wymaga bowiem, czy przekazanie przez Zamawiającego Odwołującemu wyłącznie informacji o przyznanej mu liczbie punktów, miejscu w klasyfikacji wykonawców, na którym znalazł się po ocenie wniosków, stanowi wypełnienie powinności nałożonej na Zamawiającego przywołanym przepisem. Izba nie podzieliła poglądu Przystępującego, który wskazywał, że takie zachowanie spełnia wymagania prawa. Przeciwnie – zdaniem Izby – już wykładnia językowa art. 51 ust. 1a ustawy Pzp nie daje podstaw do obrony takiego poglądu. Z pojęcia „wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” nie wynika zakres informacji składających się na owe „wyniki”. Przepis milczy na temat, czy informacje te winny być przekazane wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też każdy z nich ma otrzymać wyłącznie swoją indywidualną ocenę. Wobec tego dla ustalenia obowiązków zamawiającego, wynikających z art. 51 ust. 1a Pzp, sięgnąć należy do pozajęzykowych reguł interpretacji przepisów prawa - wykładni celowościowej, funkcjonalnej i systemowej.

Postulatem wykładni celowościowej jest taka interpretacja przepisu, aby był najbardziej zdatnym środkiem do osiągnięcia celu ustawy. Wykładnia funkcjonalna akcentuje z kolei funkcję przepisu. Przypomnieć zatem trzeba, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp), a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp). Postępowanie o udzielenie zamówienia stanowi uporządkowany i sformalizowany ciąg czynności zamawiającego dokonywanych z poszanowaniem ustawowych zasad, wśród których wyróżniają się zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), zasada jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) oraz pozostająca z nimi w bezpośrednim związku i służąca ich realizacji zasada pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp). Zasady te stanowią przeniesienie na grunt ustawodawstwa polskiego zasad europejskiego prawa zamówień publicznych – przejrzystości, niedyskryminacji oraz równego traktowania gwarantowanych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE oraz 2004/17/WE.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisami ustawy ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi czynność, o której zamawiający przesyła informację wykonawcom. Odwołanie wobec niej może być wniesione w nieprzywralnym terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp.

Zasady jawności i pisemności wymagają – zdaniem Izby - nie tylko dokumentowania przez zamawiającego swoich czynności w postępowaniu, zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale również przekazywania, stosownie do dopuszczonego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, dokonanych w toku postępowania ocen i ustaleń niezbędnych dla oceny przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu oraz podjęcia niezbędnych działań dla ich ochrony. Obowiązek informowania przez zamawiającego wykonawców o czynnościach w postępowaniu umożliwi przeprowadzenie przez wykonawców oceny, czy czynności w postępowaniu były dokonane prawidłowo. Treść informacji określa w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne, w jakich wykonawcy niezgadający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązek

ki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu.

Przechodząc kolejno do interpretacji art. 51 ust. 1a ustawy Pzp z zastosowaniem wykładni systemowej należy zauważyć przede wszystkim, że ilekroć wykonawca skutkiem czynności zamawiającego jest eliminowany z udziału w postępowaniu, zamawiający jest zobowiązany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. W odniesieniu do czynności odrzucenia oferty obowiązek taki wynika z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do czynności wykluczenia *expressis verbis* stanowi o nim art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 51 ust. 2 ustawy Pzp nakazuje uznanie za wykluczonego wykonawcy, który nie został zaproszony do złożenia oferty. Za sprzeczną z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji trzeba uznać taką wykładnię przepisów, która prowadziłaby do przyjęcia, że obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności zamawiającego istnieje w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego - na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - wyłącznie w stosunku do wykonawcy, który jest wykluczony z postępowania mocą czynności zamawiającego – nie dotyczy natomiast wykonawcy uznanego za wykluczonego *ex lege*. Skoro skutek w obu przypadkach jest taki sam – eliminacja wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wykonawcy nim dotknięci winni otrzymywać taki sam zakres informacji. Wykonawca niezaproszony do złożenia oferty i w związku z tym uznany za wykluczonego winien otrzymać uzasadnienie faktyczne i prawne, analogicznie jak w wykonawca, którego zamawiający wyklucza z postępowania (*arg. a simili* z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp).

Konkludując rozważania dotyczące wykładni art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, Izba wyraża pogląd, że prawidłową realizacją obowiązku zamawiającego, wynikającego z tego przepisu jest, po pierwsze, podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny. Zamawiający powinien podać co najmniej informację o przyczynach, dla których wykazane roboty budowlane nie zostały pozytywnie zweryfikowane. Po drugie, zamawiający ma obowiązek przekazać taką samą informację na temat dokonanej oceny wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski – tak, aby każdy z nich w momencie otrzymania informacji dysponował taką samą wiedzą. W tym zakresie Izba zaaprobowwała w całości pogląd prezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO/UZP 2706/12, 2709/12.

Art. 52

90. Sygn. akt: KIO 2770/13, Wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2013 r.

Pilna potrzeba udzielenia zamówienia, o której mowa w art. 52 ust. 4 Pzp, musi mieć charakter zobiektywizowany w tym sensie, że potrzeba skrócenia terminu służącego wykonawcom na przygotowanie i złożenie oferty nie może wynikać wyłącznie z subiektywnego przekonania zamawiającego. Przyczyny uzasadniające konieczność pilnego udzielenia zamówienia muszą być zobiektywizowane, czyli mieć taki charakter, by istniała możliwość stwierdzenia ich zaistnienia i weryfikacji w danych okolicznościach.

Pod pojęciem pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie należy natomiast rozumieć wyłącznie przyczyn niezależnych od zamawiającego, których nie mógł on wcześniej przewidzieć. Te okoliczności uzasadniają bowiem udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Przesłanki zastosowania wyjątkowego trybu udzielania zamówienia, jakim jest wyłączający konkurencję tryb

z wolnej ręki, nie mogą być traktowane rozszerzająco i przenoszone na podstawy do skrócenia terminów w postępowaniu prowadzonym trybie przetargu ograniczonego, będącego jednym w jednym z trybów podstawowych z mocy art. 10 ust. 1 Pzp. (...)

Dodatkowo wskazać należy, że zamawiający nie jest zobowiązany do tego, by uzasadnienie do skrócenia terminu składania ofert zamieszczać w ogłoszeniu o zamówieniu. Sam fakt, że zamawiający nie wskazał literalnie w ogłoszeniu o zamówieniu przyspieszenia procedury, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy. Na gruncie art. 52 ust. 2 i 4 Pzp istotne jest jedynie zaistnienie przesłanek umożliwiających skrócenie terminu, a nie fakt wskazania tych przesłanek w ogłoszeniu o zamówieniu.

Posiłkowo warto dodać, że okoliczność wykorzystania przez zamawiającego procedury przyspieszonej, w której minimalne terminy będące regułą ulegają skróceniu, była znana odwołującemu wcześniej. Zamawiający skrócił bowiem wcześniej termin na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zgodnie z art. 49 ust. 3 pkt 2 Pzp. Przepis ten odwołuje się do pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, a odwołujący nie kwestionował skrócenia terminu.

Art. 87 ust. 1

91. Sygn. akt: KIO 2203/13, KIO 2206/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r.

Poprzestanie na samym oświadczeniu nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa badać rzetelności składanych mu zapewnień. Wszak zgodnie z ustawą Pzp zamawiający bada oferty, co obejmuje również weryfikację składnych przez wykonawców oświadczeń. Niewątpliwie zatem, skoro zamawiający powziął wątpliwości co do istnienia spornych funkcjonalności oprogramowania, to miał wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, z którego to prawa skorzystał. Poprosił, aby wykonawca odpowiedział konkretnie czy oferowane oprogramowanie kontroli jakości zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego cechy, a zwłaszcza pozwala na wykreślenie znormalizowanych kart OPS, analizę porównawczą z innymi użytkownikami i wyliczenie błędu obciążenia w stosunku do średniej grupowej. W ocenie Izby, wykonawca na tak sformułowane wezwanie odpowiedział konkretnie, zapewniając że oprogramowanie wewnętrznej kontroli jakości spełnia sporne wymagania. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że nie usunęło to jego wątpliwości. Jednakże dostrzeżenia wymaga, że to on sam nie zapewnił sobie możliwości weryfikacji spornych wymogów żadnym dokumentem. Wykonawca odpowiadając na wezwanie, w tej sytuacji mógł się więc ograniczyć do oświadczenia, a złożenie dokumentu (dowodu) zależało od jego dobrej woli. W ocenie Izby zamawiający, choć istotnie nie miał prawa domagać się złożenia w tym zakresie jakiegokolwiek dokumentu, to jednak mógł w treści wezwania zasugerować wykonawcy, że złożenie dowodu jest zalecane. Odnosząc się zaś do szczegółowości wyjaśnień to przyznać należy, że rzeczywiście miały one ogólny charakter. Podkreślić należy jednak to, że zamawiający zaniechał wskazania w wezwaniu, co jest źródłem jego wątpliwości.

92. Sygn. akt: KIO 2308/13, Wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r.

Izba stoi przy tym na stanowisku, że Zamawiający nie znając dokładnie zaofiarowanego przez Przystępującego przedmiotu świadczenia nie miał podstawy prawnej do jego konkretyzacji w ramach przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, niejako uzupełniającego treść złożonej oferty, lecz miał obowiązek odrzucenia tej oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ.

93. Sygn. akt: KIO 2459/13, Wyrok KIO z dnia 31 października 2013 r.

Możliwość wyjaśniania treści ofert istnieje zgodnie z ustawą jedynie wówczas, gdy nie prowadzi do zmiany treści tej oferty. W ocenie Izby sytuacja, w której w wyniku wyjaśnień dochodziłoby do uzupełnienia deklaracji wykonawcy w przedmiocie oferowania danej funkcjonalności, prowadzi do istotnej zmiany treści oferty, wpływa bowiem na wysokość przyznanej wykonawcy punktacji i może wpłynąć także na miejsce danej oferty w rankingu ofert, a to przekłada się już bezpośrednio na wynik postępowania.

94. Sygn. akt: KIO 2792/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.

Izba zważyła jednak, że gros zarzutów odwołania wynika z błędnego utożsamiania przez odwołującego czynności wezwania do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, z czynnością wyjaśniania treści oferty, będącymi dwoma odrębnymi czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Pierwsza z nich normowana w art. 90 ust. 1 Pzp jest dokonywana przez zamawiającego jeśli ma on wątpliwości do prawidłowości rzetelności ceny oferty. Tymczasem z instytucji wyjaśniania treści oferty normowanej przez art. 87 ust. 1 Pzp zamawiający korzysta, gdy pewne elementy oferty nie są dla niego jasne. Udzielone wyjaśnienia stanowią bowiem rodzaj wykładni autentycznej oświadczenia woli wykonawcy, jakie stanowi oferta.

Większość orzecznictwa powołanego przez odwołującego oraz wywodzonych z niego postulatów odnosi się do czynności wyjaśniania treści oferty, nie zaś do wyjaśniania ceny oferty. Argumentacja ta jest zatem chybiona w odniesieniu do badania ceny oferty, zwłaszcza że, zamawiający żądając od wykonawcy wyjaśnień nie wykroczył poza granice wymagań co do jego terminu wykonania przedmiotu zamówienia określonych w SIWZ, w tym we wzorze umowy stanowiącym integralną część SIWZ. Zamawiający w treści wezwania nie żądał bowiem podania nazw handlowych aplikacji i sprzętu, ani też przedstawienia w ramach wyjaśnień, przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, projektu systemu. Ten drugi fakt przyznał sam odwołujący, który oświadczył na rozprawie, że projekt systemu wymaga więcej danych, niż żądane przez zamawiającego w wyjaśnieniach.

Czytelną intencją zamawiającego wyrażoną w wezwaniu było uzyskanie wyjaśnień ceny oferty w kontekście wymagań jakościowych stawianych przedmiotowi zamówienia, które zostały opisane w SIWZ. W tym kontekście, nawet gdyby przyjąć, że wezwanie zawierające jako podstawę prawną art. 90 ust. 1 Pzp zawiera w sobie również elementy badania oferty wykonawcy, nie można uznać je za niedopuszczalne. Zamawiający ma prawo zadawać pytania zmierzające do ustalenia, czy oferowany przez danego wykonawcę przedmiot zamówienia spełnia jego oczekiwania wyrażone w SIWZ i czy w tym zakresie został wyceniony. Zamawiającemu nie można natomiast odrzucić oferty z powodu braku spełniania przez oferowane świadczenie wymagań, które nie zostały w SIWZ jasno wyrażone, w okolicznościach sporu - przykładowo - z powodu nieodpowiedniej zdaniem zamawiającego liczby rdzeni serwera.

95. Sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.

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 s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3

pzp}. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia. Jednakże jego istotne elementy – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Art. 87 ust. 2 pzp obowiązuje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich; oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty – w tym ostatnim przypadku – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona, ze skutkiem odrzucenia oferty – w razie braku wyrażenia zgody na taką poprawę {art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp}. Opisane instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, np. przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

96. Sygn. akt: KIO 2971/13, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2014 r.

Co do możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to zgodzić należy się z Odwołującym, iż wezwanie w powyższym trybie byłoby niemożliwe, gdyby oferta jednoznacznie, bez wątpliwości wskazywała na niespełnianie wymagań SIWZ. Wówczas jakiegokolwiek wyjaśnienia prowadziłyby do zmiany treści oferty, co na gruncie uregulowań Pzp uznać należy za sytuację niedopuszczalną. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Nie jest bowiem do końca pewne, czy oferta wykonawcy nie odpowiada zapisom SIWZ i dlatego też konieczne jest wyjaśnienie tego stanu niepewności. Takim właśnie okolicznościom towarzyszy możliwość skorzystania z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie muszą prowadzić do zmiany treści oferty. Może okazać się, że doprecyzowanie zapisu umieszczonego w Dokumentacji Techniczno Ruchowej Przystępującego potwierdzi, że możliwe jest osiągnięcie wartości 12,5 kN przez zestaw naprawczy oferowany przez wykonawcę. Jednocześnie takie wyjaśnienia nie będą świadczyły o zmianie treści oferty, wykonawca nie zaproponuje wartości nowej, innej, ale będzie miał możliwość wykazać, że od początku, przyjmując wszystkie założenia zawarte w SIWZ, oferowany przedmiot dane założenia spełnia, co jednoznacznie rozstrzygnie wątpliwości w postępowaniu.

97. Sygn. akt: KIO 82/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez

niego oferty w sytuacji, gdy treść oferty zawiera niejasności. Brak jest obowiązku korzystania z tego uprawnienia w sytuacji, gdy oferta zawiera jasne postanowienia i jej treść można wywieść bez udziału wykonawcy. Treść oferty wykonawcy (...) nie zawierała żadnych niejasności. Wezwanie skierowane do tego wykonawcy, pismem z dnia 3 stycznia 2014 r., jak zamawiający oświadczył na rozprawie, było jedynie wynikiem pisma skierowanego do niego przez odwołującego i wątpliwości odwołującego. Natomiast zamawiający w toku badania i oceny ofert rozumiał treść zawartą w ofercie odwołującego i nie powziął w tym zakresie żadnych wątpliwości. Skierował jednak do wykonawcy (...) wezwanie, w odpowiedzi, na które otrzymał wyjaśnienia tego wykonawcy. Niemniej jednak, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie sposób uznać, aby w rozpatrywanym stanie faktycznym doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty wskutek wyjaśnień wykonawcy (...), jako że nie wskazał on żadnego nowego elementu opisu oferowanego produktu, lecz jedynie podał, iż przedmiot oferty spełnia wymogi zamawiającego. O zmianie można mówić tylko wówczas, gdy na skutek wyjaśnień wykonawcy poszerza zakres oferty o element, który nie był wcześniej zaoferowany. Odwołujący nie wykazał, iż z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym. Tym samym i ten zarzut nie potwierdził się.

Art. 87 ust. 2 pkt 1

98. Sygn. akt: KIO 2956/13, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.

W ocenie Izby powyższe prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Konsorcjum (...) podając nazwę „Open NLM” zamiast „Open NMS” w swojej ofercie popełniło oczywistą omyłkę pisarską w literowym członie nazwy tego oprogramowania, tj. omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp [chodzi o art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – *przyp. red.*]. Izba podzieliła przy tym stanowisko odwołującego, że zamawiający zaniechał jednak zastosowania obowiązującej go procedury poprawiania omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp [jw. – *przyp. red.*]. Zamawiający nie zawiadomił wykonawcy o dokonaniu poprawy omawianej omyłki, do czego w sposób jednoznaczny zobowiązuje zamawiającego przepis art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp [jw. – *przyp. red.*]. Zaniechanie tej procedury stanowi zatem naruszenie wskazanego przepisu. Wobec faktu jednak, że Konsorcjum (...) w wyjaśnieniu z dnia 29 listopada 2013 r. oświadczyło jednoznacznie, że wskazanie w ofercie nieprawidłowej nazwy oprogramowania było wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej, należy uznać, że zaniechanie, o którym tu mowa, odnosi się jedynie do niewykonania czynności czysto technicznej, ponieważ w danym stanie faktycznym wykonanie czynności zawiadomienia nie może skutkować *de facto* brakiem wyrażenia zgody przez wykonawcę na dokonanie poprawy treści oferty, biorąc pod uwagę, że wykonawca sam złożył powyższe oświadczenie w piśmie z dnia 29 listopada 2013 r.

Zauważyć należy również, że oczywista omyłka pisarska może dotknąć każdego elementu oferty. Fakt, że oprogramowanie do zarządzania siecią jest istotnym elementem przedmiotu zamówienia, który podlegał merytorycznej ocenie, nie może mieć w tych okolicznościach znaczenia dla możliwości zakwalifikowania danej omyłki, jako oczywistej omyłki pisarskiej. Niewątpliwie nie mamy tu do czynienia z umyślnym zaoferowaniem przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego wymaganiom SIWZ – odwołujący nie wykazał w toku postępowania, że wystąpiło tu zamierzone działanie wykonawcy, powodujące niezgodność oferty z treścią SIWZ

Wobec tego, że omyłka zawarta w treści oferty Konsorcjum (...) podlegała poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp [jw. – *przyp. red.*], co nie prowadziło do zmiany treści oferty należy stwierdzić, że wykonawca ten zaoferował oprogramowanie

do zarządzania siecią, spełniające wymagania SIWZ i w tym zakresie treść oferty jest zgodna z treścią specyfikacji. Zauważyć również należy, że nazwa oprogramowania jednoznacznie identyfikuje producenta tego oprogramowania, zatem podanie tej nazwy (Open NMS) w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na producenta tego oprogramowania The OpenNMS Group Inc., zgodnie z wyjaśnieniami Konsorcjum (...) z dnia 15 listopada 2013 r.

Izba nie stwierdziła w tych okolicznościach naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez bezpodstawne prowadzenie między zamawiającym a Konsorcjum (...) negocjacji dotyczących treści złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz poprzez dokonywanie bezpodstawnych zmiany w treści oferty Konsorcjum (...). W niniejszej sprawie zamawiający był uprawniony do wezwania Konsorcjum (...) do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczących treści złożonej oferty - w zakresie oprogramowania do zarządzania siecią. Podstawę tego wezwania stanowiła sprzeczność informacji podanej w ofercie w odniesieniu do tej pozycji specyfikacji technicznej, która zawierała z jednej strony - potwierdzenie spełnienia wszystkich wymaganych funkcjonalności, a z drugiej strony - nazwę produktu, który generalnie nie mógł mieć zastosowania w zakresie wymaganym przez zamawiającego, tj. do zarządzania siecią i nie spełniał w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wymaganych przez zamawiającego funkcjonalności. Zatem zamawiający słusznie zastosował tryb wyjaśnień, a oceniając złożone wyjaśnienia uznał je za wiarygodne, potwierdzające, że wykonawca podając nazwę Open NLM popełnił oczywistą omyłkę pisarską. Teza postawiona w odwołaniu, że zamawiający prowadził w ten sposób niedozwolone negocjacje z wykonawcą prowadzące do zmiany treści złożonej oferty, nie znalazła potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zarzut naruszenia tego przepisu został sformułowany jedynie z ostrożności. Odwołujący wskazywał na brak możliwości zastosowania procedury poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum (...) jako innej omyłki, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Tryb poprawy omyłek, określony w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie został zastosowany przez zamawiającego w odniesieniu do oferty Konsorcjum (...), a tym samym hipotetyczne rozważania odwołującego w tym zakresie nie znalazły potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy.

99. Sygn. akt: KIO 73/14, Wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2014 r.

Izba zauważa, że ustawodawca nie precyzuje, co należy rozumieć przez omyłkę pisarską, o której stanowi powołany art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i dlatego dla oceny danej omyłki należy mieć na uwadze konkretne okoliczności faktyczne.

Uwzględniając w tej mierze dorobek orzecznictwa, w tym sądowego, Izba stwierdza, że za omyłkę pisarską w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp [*chodzi o art. 87 ust. pkt 1 ustawy Pzp – przyp. red.*] należy uznać także niezamierzone [wyraźne] opuszczenie w danym dokumencie jednego, a nawet kilku wyrazów. W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, wystąpiła taka okoliczność, albowiem rozstrzygające znaczenie miała przyjęta dla całego dokumentu Formularza - analogicznie jak przez Przystępującego wykonawcę - metoda jednolitego jego wypełniania przy zastosowaniu w każdej z pozycji prawej kolumny metody „kopiuj – wklej.” Tym samym sporne cztery pozycje w Formularzu, w których z powodów technicznych pominięto ostatnie wyrazy z kolumny lewej, podlegają poprawieniu na podstawie wskazanego art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 2**100. Sygn. akt: KIO 2785/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.**

W ocenie Izby brak było podstaw do poprawienia ceny oferty Odwołującego, nie wystąpiły bowiem okoliczności określone w przepisach art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze, na podstawie okoliczności sprawy nie można jednoznacznie stwierdzić, że określenie wysokości wynagrodzenia w ofercie Odwołującego na poziomie 7.329.000,00 zł było wynikiem omyłki. Zaistnienie omyłki w ustaleniu wynagrodzenia w takiej wysokości wynika jedynie z oświadczenia Odwołującego złożonego dopiero po otwarciu ofert, kiedy to Odwołujący znał już ceny ofert konkurencyjnych. Na prawdopodobieństwo omyłki nie wskazuje natomiast sposób ukształtowania postanowień SIWZ dotyczących ceny oferty. Postanowienia te należy uznać za jasne i precyzyjne, wprost wskazujące na obowiązek ustalenia tego wynagrodzenia z uwzględnieniem podatku od towarów i usług (w przypadku wykonawców krajowych).

Mimo braku okoliczności jednoznacznie przesądzających wystąpienie omyłki w ofercie Odwołującego nie można wykluczyć, że przy sporządzaniu oferty popełniony został błąd polegający na niezamierzonym podaniu zaniżonego o wartość podatku VAT wynagrodzenia. Nawet jednak przy przyjęciu założenia, że Odwołujący omyłkowo podał w ofercie wartość, do której nie doliczył podatku od towarów i usług, Izba nie dopatrzyła się podstaw do poprawienia takiej omyłki.

W treści odwołania wykonawca powoływał się na wystąpienie w ofercie omyłki rachunkowej, żądając jednocześnie poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (tj. poprawienia innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty). W ocenie Izby oferta Odwołującego nie mogła zostać poprawiona ani jako zawierająca oczywistą omyłkę rachunkową, ani inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ.

Brak możliwości poprawienia ceny oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wynika z faktu, że w ofercie tej nie wystąpiły oczywiste błędy rachunkowe będące konsekwencją błędnego przeprowadzenia określonych działań arytmetycznych. Przywołany wyżej przepis stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że oczywiste omyłki rachunkowe to omyłki w przeprowadzonych działaniach na liczbach (tak. m.in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: z 18 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 783/13, z 5 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1202/13). Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu w formularzu ofertowym wykonawcy podawali jedną kwotę, stanowiącą wynagrodzenie wykonawcy w kwocie brutto (w przypadku wykonawców krajowych), oferta nie prezentuje więc żadnych operacji matematycznych, w których można by stwierdzić popełnienie jakiegokolwiek błędu rachunkowego, w tym błędu mającego oczywisty charakter.

Nie ma także podstaw do stwierdzenia, że oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Niezgodność taka nie wynika z treści oferty ani z innych okoliczności sprawy, a jedynie z oświadczenia Odwołującego. Wykluczone jest zatem zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tym bardziej, że podwyższenie podanego w ofercie wynagrodzenia wykonawcy o 23% trudno uznać za nieistotną zmianę oferty.

Art. 87 ust. 2 pkt 3**101. Sygn. akt: KIO 2203/13, KIO 2206/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r.**

Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, do którego odsyła art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Izba podziela stanowisko odwołującego, że zaistniała niezgodność jest nieistotna zarówno pod względem przedmiotowym jak i finansowym. Jak obliczył zamawiający, czego odwołujący nie kwestionował, dla zapewnienia codziennej kontroli, w ofercie odwołującego (...) brakuje 8 zestawów. Zatem zamiast 216 zestawów należało zaoferować 224, co należy uznać za zmianę nieistotną przedmiotowo nawet w stosunku do tej pojedynczej pozycji asortymentowej. W ocenie Izby niedobór jest drobny również w aspekcie finansowym. Brakujące 8 opakowań o wartości 583,20 zł dają bowiem różnicę w cenie ofertowej na poziomie 4 665,60 zł. Wobec powyższego, nakazano zamawiającemu dokonanie zaniechanej czynności poprawy omyłki.

102. Sygn. akt: KIO 2366/13, KIO 2370/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r.

Zdaniem Izby w rozpatrywanym stanie faktycznym zaistniały obie przesłanki uprawniające do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze: okoliczności sprawy wskazują, że niewątpliwie mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, która ma charakter niezamierzonego działania wykonawcy. Powstała omyłka jest następstwem niezgodności istniejącej w dokumentacji przygotowanej przez samego zamawiającego i rozbieżności w danych zawartych w kosztorysach ślepych oraz projekcie, na które to niezgodności wskazywał jeden z wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Udzieloną odpowiedzią z dnia 18.09.2013 roku zamawiający nie dokonał zmiany opisu pozycji kosztorysowych, nie przedstawił wykonawcom nowych kosztorysów ślepych, ale wskazał jednoznacznie, że szynoprzewody powinny mieć obciążalność 3200A. W ocenie Izby, zamiarem wykonawców, składających oferty i działających w zaufaniu do dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego było złożenie ofert zgodnych z oczekiwaniami zamawiającego. Niekonsekwentne działanie zamawiającego polegające z jednej strony na wskazaniu, że szynoprzewody winny mieć obciążalność 3200A, a z drugiej brak przekazania kosztorysów ślepych z naniesioną zmianą, zgodną z udzieloną odpowiedzią z dnia 18.09.2013, mogło niewątpliwie wpłynąć na poprawność sporządzenia ofert przez wykonawców. Po drugie: poprawienie omawianej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty przez co wypełniona jest przesłanka druga umożliwiająca zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawie będzie podlegać opis kilku z kilkuset pozycji kosztorysowych, a dokonana poprawa w stosunku do całego świadczenia wykonawcy nie ma istotnego znaczenia. Izba podziela także pogląd prezentowany przez odwołującego (...) Sp. z o.o., że w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dopuszczalne jest dokonywanie poprawy omyłek, nawet w sytuacji gdy poprawa ta dotyczy elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*), w tym przypadku przedmiotu zamówienia.

103. Sygn. akt: KIO 2380/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r.

Izba, celem usunięcia rzekomych „pominięć” nie dostrzega podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, niespełnienie obowiązku wykazania cech równoważności oferowanego urządzenia nie może być kwalifikowane w kategoriach omyłki. Zdaniem Izby, wskazany przepis, jako wyjątek

od reguły, nie powinien być interpretowany rozszerzającego, a tym samym należy wyłączyć jego zastosowanie w sytuacji, w której oświadczenie woli jest na tyle niepełne, że wyłącza możliwość oceny w zakresie zgodności oferty z treścią SIWZ.

104. Sygn. akt: KIO 2419/13, Wyrok KIO z dnia 28 października 2013 r.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, w odniesieniu do większości pozycji z tabeli Formularza cenowego, nie jest możliwe ustalenie, co dokładnie zostało zaoferowane na podstawie danych wynikających z całości oferty oraz jej zestawienia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Tym samym postulowane przez odwołującego wyjaśnienie i poprawienie treści oferty w tym zakresie nie jest możliwe. Powyższe musiałoby w tym przypadku polegać na zapytaniu przez zamawiającego, jaki sprzęt i jakie licencje zostały zaoferowane, a następnie wpisaniu tego typu informacji uzyskanych od wykonawcy, do oferty. Ponadto zakres tych informacji, kreowanych niejako *de novo et ex nihilo* przez wykonawcę, dotyczyłby zasadniczych elementów dostawy (podstawowej części przedmiotu zamówienia). Inaczej w takim przypadku należy odnieść się do dopuszczalności uzupełnień oferty o takiej wadze i zakresie, niż np. do uzupełnienia marginalnych (ze względu na skalę i wartość) elementów przedmiotu zamówienia pominiętych w kosztorysie budowlanym.

105. Sygn. akt: KIO 2459/13, Wyrok KIO z dnia 31 października 2013 r.

Jednak Izba zauważa, że dla możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy najistotniejsze jest ustalenie, czy w ogóle w danej sytuacji wystąpiła omyłka i tu Izba podziela argumentację odwołującego, że przy świadomym i celowym wskazaniu konkretnej liczby licencji opartej o analizę postanowień SIWZ, przystępujący nie pomylił się co do zaoferowanej ilości 170 sztuk licencji, ale co najwyżej pomiędzy zamawiającym i przystępującym doszło do dysensu tj. nieporozumienia pomiędzy intencją zamawiającego, a odczytaniem tej intencji przez przystępującego.

106. Sygn. akt: KIO 2734/13, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2013 r.

W ocenie Izby istotność zmian w treści oferty nie może być sprowadzona wyłącznie do oceny wpływu zmiany na wartość oferty. Istotność zmiany przede wszystkim powinna być odnoszona do oświadczeń woli wykonawcy dotyczących elementów *essentialia negotii* przyszłej umowy. Niewątpliwie do takich elementów istotnych należy oferowany przedmiot zamówienia. Gdyby dokonać poprawy oferty odwołującego w sposób przez niego opisany, tj. przez wyliczenie ceny za jeden flakon i przeliczenie tej ceny przez żądaną przez zamawiającego ilość flakonów powstają dwie sytuacje prawne, albo odwołujący dekompletuje podczas dostawy zarejestrowaną (dopuszczoną do obrotu) wielość opakowania, co jak sam twierdził jest niedopuszczalne, bo wielość opakowania ma istotne znaczenie dla rejestracji i odwoływał się w tym przypadku do postanowienia i nowej decyzji w sprawie glukozy 40%, jak i twierdził, że nie wolno wprowadzać na rynek leków w innych opakowaniach niż dopuszczone do obrotu. Odwołujący w ocenie Izby jednoznacznie wykazał, że nie ma dopuszczenia do obrotu dla poszczególnych flakonów wody do wstrzykiwań firmy (...), jak i dla pojedynczych flakonów glukozy 20% tej firmy. Zatem poprawa jego oferty do wymaganej ilości opakowań powodowałaby niemożność świadczenia przez odwołującego w sposób zgodny z posiadanym przez producenta dopuszczeniem do obrotu. Natomiast, gdyby przyjąć, że wykonawca dostarcza większą niż wymagana przez zamawiającego ilość, zgodnie z posiadanymi dopuszczeniami do obrotu, ale pobiera wynagrodzenie tylko za wymaganą ilość sztuk (po poprawieniu oferty) to prowadziłoby to do sprzeczności z art. 2 pkt 13 ustawy, który stanowi

o tym, że zamówienia publiczne to odpłatne umowy. W tej sytuacji w ocenie Izby nie sposób przyjąć, że poprawienie oferty nie spowodowałoby istotnych zmian w jej treści. Mając to na uwadze Izba nie dopatrywała się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego.

107. Sygn. akt: KIO 2907/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może być wynikiem zarówno nieprawidłowej identyfikacji samego zakresu zamówienia, jak również interpretacji wyjaśnień dokonanych przez podmiot zamawiający – wystarczy zatem, że nie będzie to celowe działanie wykonawcy, lecz będzie to czynność niezamierzona. Nie sposób zatem uznać, jak twierdzi Zamawiający, iż wprowadzenie przez tego ostatniego wykonawców w błąd powoduje, że niezgodności te tracą przymiot omyłek na skutek „świadomego działania wykonawców pod wpływem błędu wywołanego niepoprawnymi wyjaśnieniami”. Tego rodzaju argumentacja powodowałaby, iż mielibyśmy do czynienia z zupełnie nowym pojęciem „świadomego działania pod wpływem błędu” – co trudno sobie wyobrazić odnosząc tego rodzaju konstrukcję semantyczną do Działu IV ustawy Kodeks cywilny zatytułowanego „Wady oświadczenia woli” i wypracowanego w odniesieniu do zawartych tam przepisów stanowiska orzecznictwa i doktryny.

Wobec powyższego tylko świadome działanie wykonawcy powoduje, że nie mamy do czynienia z omyłką w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tak też wskazał w uzasadnieniu prawnym wyroku z dnia 29 stycznia 2010 r. Sąd Okręgowy w Krakowie (sygn. akt XII GA 429/09), gdzie czytamy, iż: „Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp.”.

108. Sygn. akt: KIO 2976/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.

Izba wskazuje, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek w treści oferty, odrzuceniu podlegałaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z SIWZ i wymaganiami zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r. Sygn. akt XII Ga 429/09). Przepis ten ma umożliwić udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom, którzy złożyli oferty zawierające omyłki, których poprawa nie wpływa w istotny sposób na zmianę treści oferty, a jego zastosowanie jest niezależne od charakteru wynagrodzenia, przewidzianego w danym postępowaniu o zamówienie publiczne. Przepis ten obliuguje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jeśli zachodzą łącznie dwie okoliczności: 1) niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ocenę czy owe przesłanki zaistniały w danym stanie faktycznym należy dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności sprawy (*ad casum*).

Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, iż w rozpatrywanym stanie faktycznym ziszczyły się obie przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze: okoliczności sprawy wskazują, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter niezamierzo-

nego, niecelowego działania wykonawcy. Powstała omyłka jest następstwem niezamierzonego błędu osoby sporządzającej kosztorys ofertowy i wynika z przeniesienia na kolejną stronę poz. 113, której wycena z uwagi na umiejscowienie na tej stronie została omyłkowo pominięta. Po drugie: poprawienie omawianej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, bowiem cena jednostkowa niewycenionej pozycji 113 wynosi 15 zł netto, a poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spowoduje zwiększenie łącznej ceny oferty jedynie o 348, 62 zł brutto, co przy cenie oferty wynoszącej 2 430 206, 09 zł stanowi nieistotną zmianę treści oferty. Poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie wpłynie na ranking ofert złożonych w pakiecie 1 zamówienia. Izba wskazuje także, iż poprawienie omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe samodzielnie przez zamawiającego. Skoro stawka roboczogodziny za identyczną usługę polegającą na „wyszukaniu, usunięciu, niszczeniu drzew opanowanych przez grzyby” została podana w kilkunastu innych pozycjach tego samego formularza dotyczącego tego samego leśnictwa (...) - pakiet nr 1 i w każdym z tych przypadków jest ona identyczna, to logicznym jest przyjęcie dla niewycenionej pozycji 113 tej samej stawki 15 zł netto.

109. Sygn. akt: KIO 64/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Aby dana niezgodność mogła być zakwalifikowana jako omyłka, możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3, wystąpienie tej omyłki powinno być spowodowane niezamierzonym działaniem wykonawcy, wynikającym np. z przeoczenia, niedopatrzenia itp. Ponadto charakter omyłki nie może być istotny, a jej poprawienie musi być możliwe poprzez samodzielną czynność zamawiającego. Wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy, a działania zamawiającego w tym zakresie nie mogą prowadzić do negocjacji między stronami ani modyfikacji istotnych zapisów oferty.

Art. 89 ust. 1 pkt 1

110. Sygn. akt: KIO 2831/13, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2014 r.

Art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych określa obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty, która jest niezgodna z ustawą. Zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Złożenie oferty w innej formie niż wynika to z ustawy, stanowi podstawę do jej odrzucenia.

Art. 78 § 1 k.c. stanowi, że do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Należy więc podkreślić, że brak podpisu na dokumencie obejmującym oświadczenie woli oznacza brak zachowania formy pisemnej. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, samo przystawienie pieczęci imiennej nie oznacza zachowania formy pisemnej. Pieczęć nie jest desygnatem pojęcia „własnoręcznego podpisu.” Izba nie

ma wątpliwości, że wolą Odwołującego było złożenie prawidłowej oferty. Jednakże ustawa Prawo zamówień publicznych, jak podkreślono powyżej, w odniesieniu do oferty zawiera bezwzględny wymóg zachowania formy pisemnej. Niezachowanie bezwzględnego wymagania zachowania formy pisemnej powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej. Złożone zaś załączniki w postaci podpisanych kosztorysów, jak również ponumerowane strony oferty, nie stanowią podstawowej treści oferty, a mogą jedynie wskazywać na zamiar wywołania określonych skutków prawnych. Co więcej, należy podkreślić, że brak zachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności nie może być w żaden sposób konwalidowany. Ustawa nie przewiduje takiej możliwości. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, brak podpisu na formularzu ofertowym nie stanowi nieistotnej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. Brak podpisu stanowi o niezgodności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Nadto Izba zauważa, że nie jest prawdą, że formularz ofertowy ma za zadanie jedynie zebranie i podsumowanie parametrów oferty. W pierwszym punkcie zawiera bowiem oświadczenie o złożeniu oferty: „Oferujemy wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia za cenę”. W kolejnych punktach formularza znalazły się oświadczenia wykonawcy dotyczące terminu realizacji zamówienia, okresów rękojmi i gwarancji, oświadczenie wykonawcy, iż zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie składa co do niej zastrzeżeń, a nadto oświadczenie wykonawcy co do związania ofertą na czas wskazany w specyfikacji, zobowiązanie do podpisania oferty w przypadku przyznania zamówienia. Te elementy formularza ofertowego są oświadczeniami niezwykle istotnymi, ponieważ gwarantują zawarcie i realizację umowy w określonym terminie i na warunkach opisanych w SIWZ. Oświadczeń tych nie można zastąpić pozostałymi dokumentami oferty, tj. przedłożonymi kosztorysami. Odwołujący nie złożył podpisu pod ww. oświadczeniami, a tym samym nie dochował formy pisemnej, wobec czego nie złożył oferty. Należy także zauważyć, że przedłożone przez Odwołującego kosztorysy zawierają jedynie kwotę netto. Cenę, jaką zobowiązany jest określić wykonawca za realizację zamówienia, należy określić jako cenę brutto. Dlatego też złożone przez Odwołującego dokumenty nie mogą zastąpić podstawowej treści oferty, w tym określenia wykonawcy, ceny za realizację zamówienia (brutto) i oświadczeń – w tym oświadczenia woli wykonawcy co do zawarcia umowy i realizacji zamówienia za określoną cenę i na określonych warunkach.

111. Sygn. akt: KIO 12/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

Izba ustaliła, że oferta Przystępującego została opatrzona podpisem, który nie jest czytelny, brak jest także imiennej pieczętki osoby składającej podpis. Wraz z ofertą złożone zostało pełnomocnictwo z dnia 24 października 2013 r., udzielone kilku osobom, mające potwierdzać upoważnienie ww. osób do podpisania i złożenia oferty w imieniu spółki X. W ocenie Izby bezzasadny jest zarzut, że oferta Przystępującego jest nieważna.

Zgodnie z art. 78 KC, do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Bezsporny pomiędzy stronami jest fakt, że na ofercie Konsorcjum X - Y widnieje własnoręczny podpis. Podpis nie jest czytelny. Odwołujący zatem nie neguje okoliczności złożenia podpisu na ofercie Konsorcjum X - Y. Skoro bowiem na ofercie Przystępującego został złożony własnoręczny podpis, czego nie kwestionuje nawet sam Odwołujący, to zostały wypełnione wszystkie prawem przewidziane wymagania dla zachowania formy pisemnej (art. 78 § 1 KC). Jednocześnie nie można uznać, aby

zachodziła jakakolwiek sprzeczność oferty z ustawą (w tym zakresie) i w konsekwencji bezzasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Fakt opatrzenia podpisem oferty Przystępującego jest niesporny nawet dla Odwołującego, co oznacza, iż nie został naruszony art. 78 § 1 KC, a w konsekwencji, iż nie mam miejsca sprzeczność oferty z ustawą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Przystępujący w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnił, że nieczytelny podpis złożony na formularzu oferty należy do p. Dan E. Zamawiający w trakcie oceny ofert otrzymał od Przystępującego pismo z dnia 5 grudnia 2012 r., zawierające wyjaśnienia treści oferty, na którym obok odręcznego podpisu (takiego samego jak na ofercie), widnieją imię oraz nazwisko osoby podpisującej. Tym samym okoliczność pochodzenia podpisu została wyjaśniona. Jest to jedna z osób, która zgodnie z treścią pełnomocnictwa była upoważniona do podpisania oferty.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

112. Sygn. akt: KIO 2204/13, Wyrok KIO z dnia 1 października 2013 r.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający wyraźnie w rozdz. IX pkt 9 specyfikacji wskazał, że wymaga załączenia do oferty certyfikatów zgodności wydanych w oparciu o ustawę z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2010 r. Nr 138, poz. 935 ze zm.). Natomiast odwołujący rozumiał to postanowienie jako wymóg spełniania wymagań do uzyskania certyfikatu.

Odwołujący załączył do oferty, a później do wyjaśnień i uzupełnień oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp – zamiast żądanego w specyfikacji certyfikatu – sprawozdania z badań (report of performance). Są to dokumenty cząstkowe, na których podstawie (i wielu innych) jednostka certyfikująca wydaje certyfikat, a sprawozdania te nie są certyfikatami. Dlatego zamawiający nie mógł uznać, że załączone do oferty i wyjaśnień dokumenty są certyfikatami i w związku z tym zamawiający był zobligowany uznać, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, czyli podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

113. Sygn. akt: KIO 2214/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r.

(...) 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). (...)

Odnosnie zarzutu oznaczonego w uzasadnieniu odwołania nr 1, Izba ustaliła, iż w treści SIWZ zamawiający nie wymagał od wykonawców oferowania dostawy produktów istniejących w chwili ofertowania oraz przedstawienia wraz z ofertą wszelkich homologacji i dopuszczeń. Tego typu wymóg dotyczył momentu wykonywania dostawy. (...)

Natomiast jeżeli tego typu systemu nie dostarczy i dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań zamawiającego, np. co do homologacji w chwili dostawy nie przedstawi, oznaczało to będzie nieprawidłowe wykonanie zobowiązania ofertowego (a w konsekwencji umownego), które samo w sobie pozostawało z treścią SIWZ zgodne i go wiążące, tj. takie zobowiązanie zamawiający winien będzie egzekwować.

114. Sygn. akt: KIO 2256/13, Wyrok KIO z dnia 2 października 2013 r.

Do oferty wykonawca przedstawił zmienione formularze zarówno, co do komponentów [kol. 1], jak i co do parametrów minimalnych [kol. 2]. W kolumnie 1 wskazał własne komponenty, a w kolumnie 3 ujął oferowane parametry w dostosowaniu do własnych modyfikacji tych parametrów. Jak zaznaczono, taka modyfikacja nie została dopuszczona specyfikacją, a wykonawca w toku rozprawy przyznał, że podany przez niego zakres informacji był wymagany w innym postępowaniu, którego był uczestnikiem. (...)

Zamawiający zatem zasadnie odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji.

115. Sygn. akt: KIO 2366/13, KIO 2370/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r.

Izba uwzględniła także zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia oferty (...) Sp. z o.o. z powodu braku złożenia szczegółowych kosztorysów ofertowych. Złożony przez odwołującego wraz z ofertą kosztorys podaje dla każdej pozycji obmiarowej, rozbitcie ceny jednostkowej na koszty robocizny, materiałów i sprzętu i w ocenie Izby spełnia on niezbędne wymagania kosztorysu szczegółowego. Zamawiający w toku rozprawy wskazywał, że kosztorys ślepy przygotowany przez zamawiającego podawał bardziej precyzyjne niż w kosztorysie ofertowym rozbitcie poszczególnych elementów. Odstępstwo tego rodzaju należy ocenić co najwyżej jako odstępstwo od formy a nie treści SIWZ, które jednak nie może skutkować odrzuceniem oferty odwołującego. Podnieść także należy, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym, jakie zostało ustalone w niniejszym zamówieniu, kosztorysy ofertowe złożone przez wykonawców mają jedynie znaczenie pomocnicze a okoliczność braku rozbitcia niektórych pozycji kosztorysu na bardziej szczegółowe nie może skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

116. Sygn. akt: KIO 2380/13, Wyrok KIO z dnia 21 października 2013 r.

Przy wykładni oświadczeń woli postuluje się życzliwą ich interpretację (*benigna interpretatio*) wspomagającą uznanie czynności prawnej za ważną. Stosowanie tej dyrektywy (nazywanej *favor negotii*, a w odniesieniu do umów *favor contractus*) oznacza preferowanie takiego znaczenia oświadczenia woli, które pozwala na utrzymanie czynności prawnej i uznanie jej za zgodną z prawem oraz skuteczną niż kwalifikowanie jej jako nieważnej czy nieskutecznej. Za przyjęciem takiej reguły przemawia przede wszystkim okoliczność, że z istoty swej oświadczenia woli składane są właśnie po to, aby wywołać określone skutki prawne.

117. Sygn. akt: KIO 2386/13, Wyrok KIO z dnia 22 października 2013 r.

(...) Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Izba również potwierdziła tę okoliczność. Sam fakt przesądzenia przez Zamawiającego w dokumentacji dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako wiążącego wynagrodzenia kosztorysowego nie może automatycznie przesądzać o obowiązku załączenia do ofert składanych w tym postępowaniu kosztorysów ofertowych przez wykonawców. (...)

Zgodnie z przywołanym przez Zamawiającego wymogiem SIWZ opisanym w pkt XV ust. 3 pkt 1 lit. b) IDW, wykonawcy mieli obowiązek dołączyć do oferty kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do IDW. Załącznik ten to Tabela elementów scalonych, w której Zamawiający ocze-

kiwał wyceny trzech głównych rodzajów robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Odwołujący tej wyceny w we wskazanej Tabeli dokonał i załączył ją do swojej oferty. Odwołujący zatem wykonał wymogi SIWZ określone wprost w jej postanowieniach. Choć Tabela elementów scalonych z pewnością kosztorysem ofertowym nie jest, to – zdaniem Izby – Zamawiający nie miał uprawnień do odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem nie określił w SIWZ jednoznacznego wymogu dołączenia kosztorysu ofertowego do ofert wykonawców.

118. Sygn. akt: KIO 2443/13, Wyrok KIO z dnia 28 października 2013 r.

Z całą mocą podkreślić należy, że deklaracja wytwórcy o spełnianiu wymagań zasadniczych przez wyrób medyczny musi dotyczyć produktu oferowanego przez Wykonawcę, a nie produktu, którego próbka została przedłożona (w sposób nieuprawniony), celem potwierdzenia określonych parametrów.

119. Sygn. akt: KIO 2596/13, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2013 r.

Zamawiający wymagał zaoferowania notebooka o jasności ekranu o wartości nie mniejszej niż 300 nits. Ponadto zamawiający wymagał, aby zaoferowany notebook spełniał wymagania normy Energy Star 5.0 [rozd. 1 ust. 8 str. 2 specyfikacji]. Również zamawiający zastrzegł, że zaoferowany przez wykonawcę model będzie badany [porównywany] przez zamawiającego na podstawie ogólnodostępnych parametrów technicznych z parametrami wymaganymi przez zamawiającego [rozd. 1 ust. 15 str. 2 specyfikacji].

Odwołujący zaferował notebook, który zgodnie z certyfikatem posiada jasność ekranu 220 nits. Same zapewnienia dostawcy, że zaferowany sprzęt będzie spełniał wymogi jasności ekranu nie są wystarczające, bo muszą zostać poparte certyfikatem, a tego odwołujący nie złożył na sprzęt z wymaganą jasnością ekranu, a także nie złożył oświadczenia dostawcy, że sprzęt o tych wysokich parametrach będzie posiadać wymagany certyfikat.

W związku z tym skład orzekający Izby musi stwierdzić, że zamawiający w pełni zasadnie stwierdził, że treść oferty odwołującego nie odpowiada i w tym zakresie treści specyfikacji. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający zasadnie uznał na podstawie wyżej opisanych dwóch przyczyn, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji i odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (...).

120. Sygn. akt: KIO 2669/13, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2013 r.

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio – zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z., przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty, oprócz potwierdzenia

ogólnym oświadczeniem jej zgodności z s.i.w.z., konkretyzacji przedmiotu oferty przez sprecyzowanie oferowanych rozwiązań – porównanie tej treści oferty z treścią opisu zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. Wobec tego dla rozstrzygnięcia sprawy istotne jest, czy Odwołujący wykazał, że z treści oferty Przystępującego wynika zaoferowanie świadczenia nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach s.i.w.z.

121. Sygn. akt: KIO 2676/13, Wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2013 r.

Art. 89 ust.1 pkt 2 *in initio* Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Aby czynność odrzucenia oferty odpowiadała wymaganiom ustawy, niezgodność oferty musi być, po pierwsze: odnoszona do merytorycznych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po drugie stwierdzona w sposób pewny. Odrzucenie oferty zamyka wykonawcy drogę do uzyskania zamówienia, nie może zatem opierać się na przypuszczeniach lub domysłach zamawiającego lub konkurującego wykonawcy, lecz musi być rzeczywiście.

Wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia uzasadnić mogą, co najwyżej, zwrócenie się do wykonawcy, który daną ofertę złożył, o udzielenie wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, nie zaś czynność odrzucenia oferty. Pogląd przeciwny nie znajduje oparcia w brzmieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. Nie może zatem zasługiwać na akceptację, gdyż niweczy cel ustawy Prawo zamówień publicznych. Celem tej ustawy jest efektywne i transparentne dokonywanie wydatków publicznych w warunkach możliwie najszerzej konkurencji.

122. Sygn. akt: KIO 2844/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną dla oceny równoważności produktów nie wystarczy samo użycie sformułowania „lub równoważny” jak również określenie językowej wykładni pojęcia „równoważny”. Konieczne jest użycie sformułowań uściślających i podanie wymogów, parametrów, odnoszących się do dopuszczalnego zakresu równoważności ofert. Bez doprecyzowania zakresu wymaganej równoważności zamawiający nie jest w stanie ocenić zaproponowanych zamienników pod kątem ich równoważności, dlatego konieczne jest określenie minimalnych wymagań technicznych w zakresie parametrów oferowanych wyrobów. Wskazanie dopiero w trakcie oceny ofert na pewne parametry równoważności, nieokreślone wprost w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego, a wynikające jedynie pośrednio przez podanie konkretnych nazw producentów, nie może stanowić o nieodpowiedniości treści oferty z treścią SIWZ i skutkować odrzuceniem na tej podstawie oferty odwołującego. Skoro SIWZ nie określa jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności zaproponowanych produktów to nie może na etapie oceny ofert, powoływać się na nie jako podstawy do odrzucenia oferty odwołującego.

Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że zamawiający na etapie przygotowania dokumentacji nie wskazał, choćby w sposób ogólny, swoich wymagań dotyczących elementów dla niego istotnych pod względem oceny równoważności zaproponowanych produktów. Ocena ofert winna odbywać się wyłącznie w oparciu o dokumenty, parametry i kryteria wprost określone w dokumentacji postępowania, a odrzucenie oferty w oparciu o dokumenty inne niż podane w przygotowanej przez zamawiającego dokumentacji stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. z wyroków o sygn. akt KIO/UZP 984/09, KIO/UZP 585/09.

123. Sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu oferta należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności. Jednakże nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi na naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (...). Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczone są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}. Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców). Jednakże nawet wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

124. Sygn. akt: KIO 2825/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.

Przystępujący składając swoją ofertę nie odpowiedział na żądania zamawiającego w sposób prawidłowy. Wskazać należy, że bez znaczenia dla sprawy jest fakt, iż zamawiający pracuje od kilku lat na dostarczanych przez przystępującego testach,

jak też wykorzystuje dostarczony przez przystępującego analizator. Liczy się bowiem treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowana przez zamawiającego, której treść wiąże na równi wszystkich uczestników przedmiotowego postępowania. Zwrócić bowiem uwagę należy na okoliczność, iż ocena ofert dokonana przez zamawiającego wprowadza dyskryminujące i nierówne traktowanie wykonawców, poprzez swobodną, nie popartą żadnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ocenę, która to ocena doprowadziła *de facto* do wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał, na etapie składania ofert, że przedmiot oferty odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

125. Sygn. akt: KIO 2905/13, Wyrok KIO z dnia 30 grudnia 2013 r.

Niemniej wskazać również należy, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący samodzielnie, z własnej inicjatywy pozbawił się możliwości dokonania ewentualnej poprawy omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż nie dochowując należytej staranności nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego. Obowiązek załączenia tego formularza wynika bowiem wprost z jego treści, w której zamawiający pozostawił miejsce na podpis składającego ten dokument wykonawcy, jak też w formularzu tym znajduje się odniesienie do formularza ofertowego. Dopiero komplet tych dwóch dokumentów stanowił nierozzerwalną całość. Nadto niezłożenie kosztorysu ofertowego przez odwołującego uniemożliwiło zamawiającemu porównanie zgodności cen, jak też prawidłowości zastosowanych stawek podatku VAT. W ocenie Izby działanie odwołującego było działaniem świadomym i celowym, gdyż podanie stawek VAT do czynności wymienionych w tym formularzu, a z całą pewnością nie znajdujących poparcia w obowiązujących przepisach prawa podatkowego, spowodowałoby jasny i czytelny obraz działania odwołującego, z którego bezsprzecznie wynikałaby rozbieżność co do możliwości zastosowania odmiennych stawek podatku VAT.

126. Sygn. akt: KIO 2822/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

127. Sygn. akt: KIO 77/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Podstawowy dla przebiegu postępowania, jak i oceny oferty dokument, tj. specyfikacja istotnych warunków zamówienia, zawiera cały szereg wskazówek, co do sposobu przedstawienia oferty, od czysto formalnych, poprzez informacyjne, czy też o charakterze ubocznym, aż do postanowień istotnych dla oceny oferty, których niespełnienie obliguje zamawiającego do jej odrzucenia. Postanowienia te można zaliczyć jako określające składniki treści czynności prawnej *essentialia negotii* (przedmiotowo istotne składniki treści czynności prawnej, *naturalia negotii* (przedmiotowo nieistotne składniki) oraz *accidentalia negotii* (nie wpływające na istotę czynności) w rozumieniu pojęć Kodeksu cywilnego.

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

128. Sygn. akt: KIO 82/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.

(...) treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza więc ich porównanie, przy czym badanie i ocenę ofert powinien zamawiający przeprowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To bowiem zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy stwierdzić należy, iż zamawiający nie wymagał poza wypełnieniem treści załącznika nr 5 złożenia przez wykonawców jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów wyspe-

cyfikowanych w SIWZ. Wykonawcy – zgodnie z udzielonymi przez zamawiającego odpowiedziami na pytania – zobowiązani byli podać dane oferowanego artykułu, a więc nazwę handlową, symbol lub model producenta lub dystrybutora, producenta lub dystrybutora.

Wykonawca (...), co jest niewątpliwe, w pozycjach: 33, 34, 92, 94, 122, 132, 135-138, opisując oferowany produkt wskazał „brak symbolu” względnie „brak indeksu”. W ocenie odwołującego powyższe dyskwalifikuje ofertę tego wykonawcy, gdyż pomimo tego, że producent tych produktów takie oznaczenie stosuje to wykonawca (...), opisując oferowany produkt tego nie zidentyfikował. Niemniej jednak stwierdzić należy, iż wskazanie przez wykonawcę w załączniku nr 5 (kolumna 5) sformułowania „brak symbolu” względnie „brak indeksu” nie powoduje jeszcze niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wykonawca mógł bowiem zamiast symbolu podać model oferowanego produktu. Mógł też, gdyż zamawiający tego nie wykluczył wskazać, iż oferowany przez niego produkt takiego symbolu nie posiada. Tak też uczynił wykonawca (...). Produkt oferowany przez niego w pozycjach: 33, 34, 92, 94, 122, 132, 135-138 nie jest bowiem produktem dostępnym w standardowej ofercie, na dowód czego wykonawca ten przedłożył oświadczenia producentów asortymentu wyspecyfikowanego w tych właśnie pozycjach. Z ich oświadczeń jednoznacznie wynika, iż produkty o wymogach postawionych przez zamawiającego (np. etykiety w wymaganym kolorze, pinezki i pisaki konfekcjonowane w ilościach i sposobie wymaganym przez zamawiającego) w standardowej ofercie producentów i dystrybutorów wskazanych w ofercie wykonawcy (...) nie występują. Są one bowiem produkowane na specjalne zamówienie. Przedłożone przez odwołującego w poczet materiału dowodowego wydruki ze stron internetowych odnoszące się do produktów z pozycji 33, 34, 92, 94, 132 i 135-138, mających potwierdzać niezgodność treści oferty wykonawcy (...) z treścią SIWZ nie mogą stanowić dowodu w sprawie. Utrwalony jest już bowiem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż ocenę zgodności treści oferty z treścią SIWZ należy dokonywać na podstawie dokumentów składających się na ofertę z uwzględnieniem ewentualnych wyjaśnień. Natomiast niedopuszczalne jest stwierdzanie niezgodności oferty, wbrew jej treści, wyłącznie na podstawie informacji ze stron internetowych, które co do zasady mają charakter poglądowy, informacyjny, nieskierowany do konkretnego adresata - w przeciwieństwie do skonkretyzowanego, adresowanego do zamawiającego i wiążącego odwołującego oświadczenia woli wyrażonego w złożonej ofercie. W odniesieniu do kwestionowanych pozycji to przystępujący potwierdził, iż zaoferował produkt niestandardowy, który zostanie wyprodukowany na specjalne zamówienie i jako taki nie posiada symbolu. Natomiast brak było, wbrew twierdzeniom odwołującego, wymogu wskazania w przypadku braku symbolu, iż dany produkt zostanie wyprodukowany na specjalne zamówienie.

129. Sygn. akt: KIO 89/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.

Izba oceniając niniejszą sprawę uznała za słuszne stanowisko Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego wymóg dołączenia do ofert w postępowaniu harmonogramu stanowił wymóg merytoryczny, a więc odnosił się do treści oferty, zatem jego niespełnienie wskazuje na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Przedmiotowy dokument stanowił będzie, zgodnie z przywołanymi zapisami SIWZ, załącznik do wykonywanej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Poza tym, należy zauważyć, że dokument przedmiotowego harmonogramu jest wymieniony w rozdziale XXIII SIWZ opisującym niezbędne dokumenty do złożenia (4 rodzaje), z których

wszystkie mają niewątpliwie zawierać informacje stanowiące treść oferty w znaczeniu przedmiotowym. Nieracjonalne byłoby twierdzenie, iż jedynie harmonogram wśród tych dokumentów nie stanowi treści oferty.

Potwierdzeniem okoliczności, że dokument Harmonogramu prac jest typowym dokumentem w tego rodzaju zamówieniach, jak niniejsze, jest to, że pozostali wykonawcy którzy złożyli oferty w postępowaniu, takie dokumenty przedłożyli. Natomiast ogólne oświadczenie wykonawcy co do terminu wykonania zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ z całą pewnością nie zastępuje harmonogramu i nie wskazuje na to, w jakich terminach Odwołujący rozpoczynałby realizację poszczególnych zadań w toku realizacji umowy. W ocenie Izby także niedopuszczalne byłoby w tym zakresie naprawienie oferty Odwołującego w trybie art. 87 ustawy Pzp. Ewentualne prowadzone wyjaśnienia treści oferty musiałyby doprowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oferty poprzez złożenie nowego oświadczenia woli przez tego wykonawcę co do wskazania terminów rozpoczęcia realizacji poszczególnych prac, co stanowiło naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

130. Sygn. akt: KIO 188/14, Wyrok KIO z dnia 17 lutego 2014 r.

Podkreślenia wymaga to, że skutki niezłożenia wraz z ofertą wymaganego harmonogramu rzeczowo-finansowego zależą od roli, jaką przypisano temu dokumentowi w świetle postanowień SIWZ. Spotykane są bowiem dokumenty stanowiące treść oferty, czyli zobowiązanie wykonawcy do wykonania poszczególnych (określonych) etapów robót w zadeklarowanych czasookresach (terminach). Żądane są jednak również przez zamawiających takie dokumenty, które nie mają statusu treści oferty, posiadając jedynie charakter pomocniczy czy wstępny. W orzecznictwie i piśmiennictwie wypracowane zostały reguły, których przeanalizowanie pozwala na odpowiedź, czy na gruncie danej SIWZ wymagany przez zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi treść oferty. Wskazuje się m.in. na następujące cechy:

- a) zakwalifikowanie dokumentu jako załącznika do umowy (integralnej części umowy), który ma charakter stanowczy, a więc nie może być dowolnie zmieniany przez wykonawcę po zawarciu umowy,
- b) powiązanie płatności częściowych z wykonaniem etapów robót, określonych i wyszczególnionych w harmonogramie,
- c) zastrzeżenie kar umownych za niedotrzymanie terminów wykonania etapów robót określonych w harmonogramie.

W ocenie Izby pierwsze dwa z ww. elementów są spełnione, co prowadzić musiało do wniosku, że harmonogram finansowo-rzeczowy, który wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą zgodnie z rozdziałem X SIWZ stanowił treść oferty, tj. zobowiązanie wykonawcy do wykonania świadczenia w określony sposób. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, aby ww. harmonogram rzeczowo-finansowy miał wyłącznie charakter pomocniczy i w konsekwencji, że nie stanowił treści oferty.

W pierwszej kolejności należało wskazać na przywołane wcześniej postanowienia wzoru umowy, w których zamawiający jednoznacznie przesądził, że harmonogram rzeczowo-finansowy jest integralną częścią umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jednoznacznie przesądzono, że treść umowy powstanie m.in. w oparciu o harmonogram rzeczowo-finansowy (§ 2 ust. 1 pkt 6). Zastrzeżono również, iż zakres świadczenia jest tożsamy z zobowiązaniem wykonawcy zawartym w ofercie (§ 2 ust. 2). Ponadto, zamawiający w wielu postanowieniach wzoru umowy wskazywał,

że wykonanie robót ma nastąpić w terminach określonych w harmonogramie (por. § 4 ust. 1 pkt d, § 4 ust. 2), zaś obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie robót zgodnie z tym dokumentem (§ 5 ust. 4). Zatem treść harmonogramu znajdowała bezpośrednio przełożenie na zakres świadczenia, do którego zobowiązywał się wykonawca. Dostrzeżenia wymagało również to, iż niedopuszczalna była samowolna zmiana tego harmonogramu. Zamawiający przewidział w § 22 ust. 3 lit. q wzoru umowy, że zmiana harmonogramu możliwa jest wyłącznie w razie sytuacji niemożliwej do przewidzenia. Co więcej, wskazano również, że zmiana taka nie może naruszać art. 140 ust. 3 ustawy Pzp, a więc prowadzić do zmiany zakresu świadczenia (§ 22 ust. 2). Dostrzeżenia wymagał również fakt, że zamawiający przesądził, iż jakikolwiek wniosek o zmianę umowy musiał być uzasadniony. Zaś za jedną z istotnych przesłanek dla oceny zasadności wniosku wykonawcy uznano opis wpływu zmiany na harmonogram robót (§ 22 ust. 5 wzoru umowy).

W dalszej kolejności stwierdzono, że zamawiający przewidział fakturowanie częściowe, wskazując, że rozliczenie robót następować będzie po odbiorze wykonanych robót wg ich stanu zaawansowania, tj. zaawansowania elementu wskazanego w poszczególnych pozycjach harmonogramu. Wskazano również, że faktury częściowe muszą być składane wraz z protokołami odbioru wykonanych robót zgodnie z pozycjami harmonogramu rzeczowo-finansowego (§ 14 ust. 1 wzoru umowy). Zatem treść harmonogramu w bezpośredni sposób wpływać miała na rozliczanie kontraktu, decydując o terminach płatności częściowych.

Zdaniem Izby, wszystkie przywołane wyżej postanowienia, tak SIWZ, jak i wzoru przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiły wyraz tego, że zamawiający nadał dokumentowi w postaci harmonogramu rzeczowo-finansowego doniosłe znaczenie. (...)

Reasumując zatem Izba stwierdziła, że niezłożenie przez odwołującego harmonogramu rzeczowo-finansowego, wymaganego przez zamawiającego w rozdziale X SIWZ, należało ocenić jako niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ. W konsekwencji zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w efekcie również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp okazał się chybiony.

131. Sygn. akt: KIO 215/14, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. W pierwszej kolejności należy uznać, iż brak było podstaw do stwierdzenia niezgodności treści ofert Przystępujących z treścią SIWZ. Obaj Przystępujący zaoferowali taki sam model macierzy dyskowej, wyposażonej w 24 dyski, co odpowiada wymogom pkt III.5. opisu przedmiotu zamówienia, jak również macierz ta umożliwia skonfigurowanie LUN-ów na wszystkich dyskach. Niewątpliwie oferowana macierz umożliwia także konfigurację przestrzeni spare w liczbie minimum 1 dysk na kilkanaście dysków fizycznych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w SIWZ brak jest jednoznacznego wymogu, aby wszystkie te funkcjonalności były dostępne jednocześnie. Fakt, iż jeśli jeden z dysków użyty zostanie do konfiguracji przestrzeni zapasowej i nie będzie wówczas możliwości skonfigurowanie na nim LUN-ów nie może przesądzać o niezgodności treści ofert Przystępujących z treścią SIWZ skoro takich wymagań Zamawiający nie sprecyzował. Brak jest jednoznacznych zapisów SIWZ, iż na tym samym dysku musi istnieć możliwość jednoczesnej konfiguracji przestrzeni zapasowej oraz konfiguracji LUN-ów. Zamawiający opisując wymóg, aby macierz umożliwiała konfigurację przestrzeni zapasowej, określił jedynie możliwość konfiguracji w liczbie minimum 1 dysk na kilkanaście dysków

fizycznych lub konfigurację przestrzeni zapasowej na dyskach z danymi. Tak ogólne zapisy w ocenie Izby nie zawężają rozumienia postanowień SIWZ do prezentowanego przez Odwołującego, jako jedyne go możliwego. Skoro w SIWZ (pkt IV opisu przedmiotu zamówienia) Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia projektu wdrażanego rozwiązania, który to projekt będzie musiał uzyskać akceptację Zamawiającego to zarówno rozwiązanie proponowane przez Odwołującego, jak i Przystępujących mieści się w ogólnych ramach zakreślonych przez Zamawiającego, gdyż dopiero na etapie projektowania i uzgadniania z zamawiającym ustalony zostanie sposób konfiguracji, choćby np. w zakresie przestrzeni zapasowej. (...)

Reasumując, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż treść ofert Przystępujących nie odpowiada treści SIWZ w zakresie postanowień przez niego wskazanych. Skoro postanowienia SIWZ, do których odwoływał się Odwołujący nie były jednoznaczne, to nie sposób na obecnym etapie wyciągać z tego powodu negatywnych skutków wobec wykonawców. Jednocześnie, brak było podstaw do przyjęcia, iż jedynym, prawidłowym rozumieniem zapisów SIWZ jest to wskazywane przez Odwołującego.

Art. 89 ust. 1 pkt 3

132. Sygn. akt: KIO 2394/13, Wyrok KIO z dnia 24 października 2013 r.

Jednakże w celu wykazania czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie, że oferowane usługi są oferowane poniżej kosztów ich wytworzenia, przy czym w literaturze przedmiotu mówi się o ocenie kosztów zarówno stałych, jak i zmiennych danego przedsiębiorcy w porównaniu do średnich kosztów produkcji na danym rynku. Zarzucając czyn nieuczciwej konkurencji na odwołującym ciążył obowiązek dowodowy wykazania, że ceny zaoferowane przez przystępującego są cenami dumpingowymi. W ocenie Izby udowodnieniu tej tezy nie mógł służyć zgłoszony przez odwołującego wniosek dowodowy o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy majątkowego i ekonomisty, po pierwsze z uwagi na zakresloną tezę dowodową, tj. czy cena żądana jest ceną rynkową i jakie są relacje poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia do kosztów, jakie poniesie przystępujący w związku z ich dostawą, teza ta bowiem służy wykazaniu ceny rażąco niskiej, ale nie ceny dumpingowej, dla której poza dowodem co do wysokości kosztów świadczenia konieczne jest wykazanie celu wyeliminowania innych przedsiębiorców.

133. Sygn. akt: KIO 2587/13, Wyrok KIO z dnia 20 listopada 2013 r.

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp 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, do której odsyła ustawa Pzp, 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, 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 słuszych interesów konsumentów.

W ocenie składu orzekającego Izby, jak również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Izby, ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację, narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego, jak i innych wykonawców.

Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na symboliczną cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku, otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostają pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca, który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania.

Jednocześnie – jak wskazuje się w piśmiennictwie - o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy „można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. W przypadku działań objętych klauzulą generalną, zawartą w art. 3 ust 1 ZNKU, treść danego działania nie ma znaczenia decydującego” (SO w Poznaniu sygn. IX Ge 19/07, tak też: P. Sokal: Czyn nieuczciwej konkurencji a dobre obyczaje, Monitor Prawniczy nr 24/2011 str. 1322).

134. Sygn. akt: KIO 2589/13, KIO 2623/13, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2013 r.

Z postanowień pkt 4 SIWZ wynika, że Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, jednak również wyraźnie zastrzegł, że każdy wykonawca może złożyć oferty częściowe na maksymalnie dwie części zamówienia. Powołane wyżej postanowienie pkt 4 SIWZ wyrażało wolę Zamawiającego, jako organizatora przetargu, uży-

skania dywersyfikacji podmiotowej wobec pożądaných części zamówień, w ten sposób, aby przynajmniej jedna część zamówienia była powierzona innemu wykonawcy.

Na tle tej sprawy Izba reprezentuje pogląd, że złożenie ofert przez dwóch wykonawców powiązanych ze sobą, zarówno pod względem osobowym, jak i pod względem kapitałowym, nawet w warunkach złożenia ofert na różne części zamówienia, stanowi zachowanie w istocie sprowadzające się do obejścia powołanego wyżej postanowienia SIWZ. Jeżeli zatem takie działanie wykonawców powiązanych osobowo i kapitałowo nacechowane jest zamiarem pozyskania wszystkich części zamówienia, wbrew wyraźnej woli Zamawiającego wynikającej z treści pkt 4 SIWZ, to takie zachowanie – w ocenie Izby – nie jest dobrym obyczajem wśród wykonawców, którzy nie składają ofert w podobny sposób.

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Według zapatrywania Izby pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji mieści się w powołanej wyżej klauzuli generalnej, która zawiera w sobie wszelkie zachowania wykonawców sprzeczne ze standardami etyki kupieckiej, ale również działania wykonawców sprzeczne z zasadami wynikającymi z reguł SIWZ adresowanymi na jednakowych zasadach do wszystkich uczestników przetargu publicznego lub działania mające na celu obejście tych reguł.

Powyższa klauzula generalna, z racji swojej niedookreśloności i odniesienia się do płaszczyzny aksjologii w zakresie między innymi dobrych obyczajów ma przez to wymiar uniwersalny, przez co pozwala na zaliczenie do tych pojęć wszelkich zachowań niemieszczących się w schemacie reguł życia gospodarczego, w tym kolidujących z zasadami wynikającymi z Prawa zamówień publicznych i unormowań zawartych w SIWZ. Wymaga podkreślenia, że istotą zastosowania klauzuli generalnej jest przekazanie przez ustawodawcę oceny kwalifikacji jej treści do właściwości organu orzekającego.

Zdaniem Izby w rozpoznawanej sprawie wskazani wyżej wykonawcy złożyli takie oferty, które są sprzeczne z dobrymi obyczajami i naruszają interes Zamawiającego, który został skodyfikowany w postanowieniach SIWZ, w omawianym przypadku w pkt 4 SIWZ. Działania Odwołującego i Konsorcjum ubiegającego się o dane zamówienie w efekcie zmierzały do ograniczenia konkurencji na tym rynku usług objętych przedmiotem zamówienia i jego podziału w sposób przez siebie ustalony, niezależnie od ujawnionych w tym zakresie w pkt 4 SIWZ planów Zamawiającego. Powyższe w sposób istotny zagroziło i naruszyło interesy innych przedsiębiorców – wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, poprzez ograniczenie im dostępu do niego w wyniku nieuczciwych praktyk stosowanych przez konkurencję.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego winno odbywać się w warunkach konkurencyjnych, tj. poszczególni wykonawcy – pojedynczy, czy też wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni przygotowywać swoje oferty niezależnie od siebie, w warunkach konkurencji. Niedopuszczalne jest w tych warunkach jakiegokolwiek porozumienie pomiędzy kilkoma niezależnie ubiegającymi się o dane zamówienie wykonawcami, w tym w szczególności porozumienie związane z ustaleniem jakichkolwiek elementów spełniania świadczenia, czy też wynagrodzenia.

135. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.

Odwołujący podnosił, że złożenie przez przystępującego oferty z ceną rażąco niską stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 oraz w art. 11 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Izba zważyła, że podanie przez wykonawcę ceny rażąco niskiej może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, jednak w każdym przypadku jest to *sui generis* kwalifikowana postać tej ceny. W przypadku art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest to cena poniżej kosztów, na gruncie art. 15 ust. 1 pkt 5 cena kwalifikowana przez zamiar, z jakim wykonawca ją ustala. W przypadku obu przywołanych przepisów oraz również w razie zarzucenia popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wskazanego w art. 3 ust. 1 oraz w art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest stwierdzenie przez Izbę, że wykonawca złożył ofertę z ceną rażąco niską.

Skoro odwołujący wywodzi zarzut zaniechania odrzucenia oferty wyłącznie z faktu zawarcia w ofercie przystępującego rażąco niskiej ceny, to brak potwierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, powoduje, że nie można przypisać zachowaniu wykonawcy znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Zawarty w odwołaniu pogląd o manipulowaniu ceną oferty przez przystępującego nie został uzasadniony, ani udowodniony.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

136. Sygn. akt: KIO 2848/13, Wyrok KIO z dnia 10 stycznia 2014 r.

(...) nie jest zabronione, aby wglądu do ofert – po upływie terminu otwarcia ofert – dokonywał jeden przedstawiciel w imieniu kilku wykonawców. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdził, że nie ma potrzeby powoływania świadka na fakt indywidualnego czy wspólnego składania ofert bądź dokonywania wglądu do ofert w imieniu własnym, swojego pracodawcy czy innego podmiotu.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że we wszystkich ośmiu postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego para wykonawców z jednego miasta (odwołujący i wykonawca Zakład Remontowo Budowlany (...)) składali oferty w jednym terminie co do minuty, podobnie wyjaśnienia czy innego rodzaju odpowiedzi, nawet gdy jeden z nich nie był o to proszony, co wskazuje na bliższe współdziałanie wykonawców, ale przez same te fakty mogłoby to jeszcze nie powodować naruszenia konkurencji.

Jednak istotne było, gdy w ośmiu prowadzonych w zasadzie jednocześnie postępowaniach zamawiający zauważył, że para wykonawców postępuje z ofertami w ten sposób, że gdy w rankingu ofert wykonawcy ci zajmowali dwie pierwsze pozycje, to wykonawca z tańszą ofertą (zajmujący pierwsze miejsce w rankingu) powodował, że jego oferta zostawała odrzucona, chociaż bez żadnych innych konsekwencji; postępowanie dotyczące obiektu w Z. – tańszy wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i postępowanie dotyczące obiektu w G. – tańszy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W związku z takimi działaniami pary wykonawców zamawiający uznał, że w składaniu tych ofert nie było przypadkowych czy niemających znaczenia schematów działania, ale ich składanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zgodnie z art. 89 pkt 3 Pzp zamawiający odrzucił te oferty. Przepis art. 89 pkt 3 Pzp brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Natomiast przepisy art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.

U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693, Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, z 2009 r. Nr 201, poz. 1540) stanowi: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

W rozpoznawanym przypadku działanie odwołującego, działającego w parze z drugim wykonawcą, mogło wpłynąć na konieczność zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył mniej korzystną ofertę. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że odwołanie nie może być uwzględnione, gdyż odwołujący w wielu postępowaniach postępował według podobnego schematu. Podobny schemat mógł zostać zastosowany w rozpoznawanym postępowaniu, a zgodnie z przytoczonym art. 89 pkt 3 Pzp istotny jest moment składania ofert, a nie późniejsze działanie, które w rozpoznawanym postępowaniu nie przystaje do dotychczasowego trybu postępowania pary wykonawców i działanie to może wydawać się działaniem niestanowiącym czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli brać pod uwagę tylko i wyłącznie pojedyncze zdarzenia bez ich powiązań ze sobą oraz bez brania pod uwagę wszystkich zdarzeń z pokrewnych postępowań. Skład orzekający Izby podkreśla, że zamawiający ma obowiązek wykorzystywać wiedzę dotyczącą wszystkich elementów tego konkretnego postępowania, ale i innych postępowań, całej swojej wiedzy (wiedzy członków komisji przetargowej) i swojego życiowego doświadczenia.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

137. Sygn. akt: KIO 2356/13, Wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r.

Izba zgadza się z odwołującym, że rażące zaniżenie poszczególnych pozycji kosztorysowych może spowodować, że cena zaoferowana za całość przedmiotu zamówienia będzie ceną rażąco niską. Możliwa jest jednak także sytuacja, gdy mimo rażącego zaniżenia poszczególnych pozycji, wykonawca zawyży wycenę innych pozycji i cena za całość zamówienia będzie ceną umożliwiającą realne i należyte wykonanie zamówienia. Tym samym fakt, że zaniżenie kilku pozycji prowadzi do zaoferowania ceny rażąco niskiej musi zostać jednoznacznie wykazany. Izba zwraca uwagę odwołującego na treść art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, który stanowi, że odrzuceniu podlega oferta, która zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten nie daje podstawy do odrzucenia oferty tańszej niż szacunek przyjęty przez zamawiającego, ale tylko takiej, która jest tak tania (rażąco), że nie sposób jest obiektywnie przyjąć, iż możliwe jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę.

138. Sygn. akt: KIO 2298/13, KIO 2299/13, KIO 2320/13, Wyrok KIO z dnia 17 października 2013 r.

Prowadzi to do wniosku, że cena oferty wykonawcy pomimo, iż jest zbliżona lub podobna do cen ofert innych wykonawców, może być uznana za rażąco niską, jeżeli po stronie tego wykonawcy brak jest przesłanek, które uzasadniałyby jej skalkulowanie na takim niskim poziomie. Tym samym ocena czy zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską wymaga indywidualnej oceny każdego z oferentów, biorąc pod uwagę zarówno obiektywne przesłanki funkcjonowania podmiotów z danej branży na rynku, jak i indywidualne koszty funkcjonowania danego podmiotu. Problem dowodowy w tym zakresie skupia się przede wszystkim na właściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że poniesione na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z wynagrodzenia za

wykonanie zamówienia, a wykonawca jeszcze z tego tytułu osiągnie jakąś kwotę zysku. Chociaż jak zauważa się często w doktrynie, brak osiągnięcia zysku wykonawcy na wykonaniu zamówienia nie może być podstawą do uznania takiej ceny za rażąco niską, gdyż mimo tego zapewnia wykonawcy wykonanie samego zamówienia. Tym samym kwestia braku osiągnięcia zysku przez wykonawcę jest dla możliwości wykonania zamówienia i uznania ceny takiej oferty za rażąco niską, sprawą drugorzędną.

139. Sygn. akt: KIO 2799/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

140. Sygn. akt: KIO 2930/13, Wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2014 r.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05]. Nie można także - przeczyłoby to bowiem zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu [tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/88 - „Fratelli Constanzo”, wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/890]. Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia [na gruncie przedmiotowej sprawy, istotnie, różnica między wszystkimi cenami zaoferowanymi w postępowaniu a wartością zamówienia oszacowaną przez Zamawiającego jest dostrzegalna]. Wielokrotnie orzecznictwo KIO jak i sądowe wskazywało, że: „ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”. [Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008r., sygn. akt: X Ga 140/08]. Jak zaś skonstatował Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy

zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.". Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej. Nie wolno bowiem zapominać, że: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” [wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08].

Art. 89 ust. 1 pkt 6

141. Sygn. akt: KIO 2966/13, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2014 r.

Powołany zaś przepis art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach [*aktualnie jest to ustawa z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915) – przyp. red.*], jako cenę uznaje wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Na gruncie ustawy Pzp, zatem prawidłowa stawka podatku VAT nie pozostaje bez znaczenia. Zdaniem Izby wykonawca sporządzający formularz cenowy jest zobowiązany do prawidłowego określenia stawki podatku VAT, co rzutuje na poprawność obliczenia ceny.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że powyższe błędne podanie stawki podatku VAT, a w konsekwencji błędne wyliczenie ceny, stanowiło inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, polegającą na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. W szczególności Odwołujący nie dowiódł, że Zamawiający w SIWZ zażądał konkretnej, liczbowo określonej stawki podatku VAT oraz czy podanie innej stawki VAT nie stanowi istotnej zmiany treści SIWZ.

Izba uznała, że zmiana tej stawki VAT poprzez podanie nowej stawki powodowałaby istotną zmianę treści SIWZ, skoro Zamawiający żądał obok podania ogólnej wartości oferty w kwocie brutto, również cenę netto i aktualnie obowiązującą stawkę podatku VAT.

142. Sygn. akt: KIO 2928/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.

Rozstrzygając w spornej kwestii Izba stwierdziła, że przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w załącznikach nr 2 i 4 do SIWZ stanowi typowy przykład świadczenia złożonego składającego się z kilku pojedynczych świadczeń, przy czym świadczenia te opodatkowane są różnymi stawkami podatku VAT. Ocena skutków podatkowych świadczenia złożonego zależała zatem od ustalenia czy mamy do czynienia z relacją świadczenia głównego i świadczenia pomocniczego, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń. Podkreślenia wymaga, że problem tzw. świadczeń złożonych był przedmiotem analizy zarówno w orzeczeniach sądów krajowych, jak i TSUE. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, TSUE stwierdził, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy

traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Trybunał podkreślał, że pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Trybunał w orzeczeniu tym podkreślił, że świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT.

Natomiast w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 *Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën, TSUE* wskazał, że art. 2 (1) VI Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że (...) jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (lub czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałyby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (...).

Powyższe prowadzi do wniosku, że jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że analiza całości opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia prowadziła do wniosku, że nie występuje w nim świadczenie główne, któremu można byłoby przypisać status świadczenia dominującego względem świadczeń pomocniczych. W ocenie Izby mogą mieć charakter samoistny zarówno usługi z zakresu utrzymania terenów zielonych, jak i usługi z zakresu usuwania odpadów czy dostawy nawozów. Usługi z zakresu utrzymania terenów zielonych obejmują, w świetle załącznika nr 4 do SIWZ, karczowanie krzaków i poszycia, wycinanie drzew, mechaniczne rozdrabnianie cienkich drzewek i gałęzi, przemieszczenie mas ziemnych oraz wykonanie trawników i wysiew nawozów. Z kolei usługi związane ze zbieraniem odpadów polegać miały na usunięciu odpadów komunalnych, zużytych opon, odpadów z przesiewcza kompostu, odpadów niebezpiecznych, ustabilizowanych odpadów ściekowych, odpadów osadów ilowych i mułowych, odpadów z żużli, gruzu oraz zanieczyszczonej gleby. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że na rynku istnieją firmy zajmujące się wyłącznie usuwaniem odpadów, jak i firmy zajmujące się wyłącznie usługami z zakresu zagospodarowania i utrzymania terenów zielonych. Zatem świadczenia te, w aspekcie ekonomicznym, teoretycznie mogłyby być zlecone samodzielnie i mogłyby zostać zrealizowane niezależnie. W ocenie Izby świadczenia te nie są z pozostałymi świadczeniami tak ściśle powiązane, aby ich ewentualne wyodrębnienie, jako niezależnych od siebie czynności, miało charakter sztuczny.

143. Sygn. akt: KIO 267/14, Wyrok KIO z dnia 28 lutego 2014 r.

Odwołujący w odwołaniu oraz w trakcie rozprawy wywodził, że ww. świadcze-

nia polegające na pomocy personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transport pacjentów na (z) płyty lotniska, transport pacjentów na badania, wykonywane w ramach usługi sprzątnięcia szpitala wycenianej w pkt I formularza, nie mają, w okolicznościach danej sprawy, odrębnego i samoistnego charakteru. Zatem powinny być opodatkowane stawką 23%. Również czynności z zakresu otwierania drzwi, parzenia herbaty, odbierania telefonów i przywoływania rozmówcy, w ramach czynności pomocniczych przy pacjencie wycenianych w pkt II formularza, nie mają takiego charakteru, stąd jako właściwą stawkę należało wskazać – zwolniony od VAT.

Z kolei zamawiający i przystępujący wywodzili, że ww. czynności mają odrębny i samoistny charakter, a zatem należało zastosować dla nich stawkę wynikającą z ustawy o VAT, tj. dla świadczenia polegającego na pomocy personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transportu pacjentów na (z) płyty lotniska, transportu pacjentów na badania – stawkę „zwolniony”, zaś dla czynności z zakresu otwierania drzwi, parzenia herbaty, odbierania telefonów i przywoływania rozmówcy – stawkę 23%.

W tej sytuacji, że wobec przywołanego stanowiska stron, sporną okazała się jedynie ocena prawnopodatkowa stanu faktycznego. Rozstrzygając w spornej kwestii Izba stwierdziła, że przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego stanowi typowy przykład świadczenia złożonego składającego się z kilku pojedynczych świadczeń, przy czym świadczenia te opodatkowane są różnymi stawkami podatku VAT. Ocena skutków podatkowych świadczenia złożonego zależała zatem od ustalenia czy mamy do czynienia z relacją świadczenia głównego i świadczenia pomocniczego, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń. (...)

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że analiza całości opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia prowadziła do wniosku, że czynności polegające na pomocy personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transportu pacjentów z / na płyty lotniska, transport pacjentów na badania z punktu widzenia ekonomicznego mogą stanowić odrębne świadczenia, które mogłyby zostać zlecone niezależnie od usługi sprzątnięcia. Oddzielenie ich od świadczenia polegającego na sprzątnięciu nie pozbawiałoby ww. czynności ich charakteru i nie byłoby sztuczne. Można bowiem sobie wyobrazić świadczenie usług sprzątnięcia niezależnie od czynności z zakresu transportu pacjentów, pomocy personelowi w przenoszeniu i układania pacjentów czy ich transportu. Ponieważ w usłudze określonej w formularzu oferty numerem I i nazwanej „kompleksowym utrzymaniem czystości” zawiera się szereg usług w zakresie opieki medycznej, takich jak m.in.: pomoc personelowi w przenoszeniu i ułożeniu pacjentów, transport pacjentów na(z) płyty lotniska, transport pacjentów na badania, przystępujący miał prawo do zakwalifikowania tych czynności jako zwolnionych od podatku od towarów i usług na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 18 a ustawy o podatku od towarów i usług. (...)

Reasumując stwierdzono, przystępujący nie dopuścił się błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przyjmując, iż nie istnieją podstawy uzasadniające przyjęcie jednolitej stawki podatku VAT w ramach pkt I i II formularza oferty. Nie wykazano bowiem okoliczności, które w tej konkretnej sprawie uzasadniałyby odstępianie od zasady, zgodnie z którą każde świadczenie usług powinno być dla celów VAT traktowane jako odrębne i niezależne.

Art. 90 ust. 1 – 3

144. Sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r.

Ratio legis tego przepisu polega na ochronie zamawiającego przed niewykona-

niem lub nienależytym wykonaniem zamówienia będącym następstwem zaniżenia ceny oferty. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych opierają się, zdaniem Izby, na założeniu, że regułą jest ponoszenie przez wykonawców zbliżonych kosztów wykonania zamówienia. Stąd wywodzi się potrzeba badania cen ofert znacząco niższych i konieczność wskazania przez wykonawców obiektywnych i realnych czynników kształtujących cenę oferty.

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 29 marca 2012 r. (sygn. akt C-599/10) wskazał, że możliwość wykazania przez wykonawcę, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach.

Instytucja wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę nie jest zatem, na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w myśl prawa europejskiego, pustym wymaganiami formalnym, lecz ma na celu udowodnienie zamawiającemu, że za daną cenę możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Stąd obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest złożenie wyjaśnień szczegółowych, przekonujących, że cena jego oferty została obliczona prawidłowo (tak m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 05.01.2007 r., sygn. akt. V Ca 2214/06). Wezwany wykonawca winien mieć świadomość prawną oczekiwaną od profesjonalisty i nie tracić z pola widzenia, że wyjaśnienia, których udziela, podlegają ocenie z zastosowaniem kryteriów obiektywnych, w tym taksatywnie wymienionych w art. 90 ust. 2 Pzp, nie tylko przez zamawiającego, ale również w ewentualnym postępowaniu odwoławczym. Stąd wykonawca nie może formułować wyjaśnień w sposób ogólny licząc na życzliwość, czy empatię zamawiającego, lecz skupić się na tym, aby przekazane informacje w sposób wyczerpujący i zobiektywizowany uzasadniały poprawność obliczenia ceny.

W zakresie rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym dotyczącym rażąco niskiej ceny Izba zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że jeśli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy i nie odrzuca oferty, ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia zasadniczo spoczywa na wykonawcy, który odrzucenia tego się domaga (tak m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX 230/10).

Nie można jednak pominąć, że – jeśli wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę zostaną zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa – odwołujący zostaje byłby obciążony ciężarem dowodu w odniesieniu do okoliczności, które nie są mu znane. Jeśli w postępowaniu odwoławczym wykonawcy zarzucają zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z powodu błędnej oceny wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, to wskazują jakie elementy wyjaśnień kwestionują oraz w tym zakresie powołują dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Skoro treść wyjaśnień dotyczących ceny oferty nie jest znana wykonawcom, to nie mogą oni zgłosić adekwatnej argumentacji, ani powołać dowodów, które wykazywałyby twierdzenia przeciwne do zawartych w wyjaśnieniach. Wykonawca udzielający wyjaśnień może bowiem powoływać się na właściwe sobie możliwości techniczne i organizacyjne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, wpływ pomocy publicznej na cenę oferty i inne sobie właściwe, a wzruszenie każdej z podanych przyczyn wymaga odmiennej argumentacji i środków dowodowych.

W szczególnym i wyjątkowym wypadku, gdy jedna ze stron swoim postępowaniem powoduje uniemożliwienie wykazania okoliczności przeciwnikowi, na którym spoczywa ciężar ich udowodnienia, wówczas na tę stronę przechodzi ciężar dowodu

co do tego, że okoliczności takie nie zachodziły (K. Piasecki, Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz. Zakamycze 2003.). Tzw. fakty negatywne mogą być dowodzone za pomocą dowodów faktów pozytywnych przeciwnych, których istnienie wyłącza stwierdzoną okoliczność negatywną (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie I Wydział Cywilny z 7 marca 2011 r. Sygn. akt I ACz 276/11). Dlatego też w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa to od zamawiającego należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.

145. Sygn. akt: KIO 2297/13, Wyrok KIO z dnia 8 października 2013 r.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że niezasadnym było stanowisko odwołującego, jakoby zamawiający nie miał prawa do badania rzetelności kalkulacji jednego z elementów cenotwórczych, którym w przypadku analizowanego postępowania była cena ryczałtowa za miesięczną konserwację sygnalizacji świetlnej. Dostrzeżenia wymaga, że z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że składane w wyniku wezwania wyjaśnienia dotyczą „elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”, a nie – „wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny”, czy ogólnie „ceny”. Zatem badanie rzetelności skalkulowania stawki miesięcznej za konserwację sygnalizacji świetlnej nie naruszało przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Najistotniejszym jednak w niniejszej sprawie był fakt, że stawka miesięczna za konserwację była odrębnie ocenianym kryterium oceny oferty, zaś kryterium to miało decydujące znaczenia dla wyboru oferty, gdyż jego znaczenie określono na 80%.

146. Sygn. akt: KIO 2359/13, Wyrok KIO z dnia 15 października 2013 r.

Wyjaśnienia, jak udzielił przystępujący, nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący i w ujęciu, o jakim stanowi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, to znaczy w kontekście wykazania wpływu danych czynników na wysokość oferowanej ceny.

Przykładowo rzecz ujmując, wykonawca wybrany mógłby podać w oparciu o dane księgowe realizacji tej usługi w poprzednim okresie – przyjmując np. przeciętne warunki pogodowe: koszty robocizny ponoszone na wykonanie usług zakładanego rodzaju, koszty pracy sprzętu i jego utrzymania, koszty utrzymania bazy, punktu dyspozytorskiego, koszty paliwa, koszty zakupu materiałów do odśnieżania, wysokości narzutów kosztów ogólnych odnoszonych do danego zamówienia, rezerwy na koszty nieprzewidziane, zakładanego zysku itp. Dopiero taki rodzaj kalkulacji pozwoliłby na ocenę, że oferta pozostała wyceniona na realnym poziomie, zatem oczekiwane wynagrodzenie zabezpiecza wykonawcy możliwość prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia i nie naraża zamawiającego na konsekwencje ewentualnych zaniedbań w trakcie wykonywania umowy (...).

Wyjaśnienia niedostateczne są równoznaczne w skutkach – jak nie złożone – nie obalają zatem domniemania spowodowanego wezwaniem, iż oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, materializuje się nie tylko w sytuacji, gdy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, ale i wówczas, gdy wykonawca nie potrafił wykazać, iż zaoferowana cena nie pozostaje rażąco niską.

147. Sygn. akt: KIO 2356/13, Wyrok KIO z dnia 16 października 2013 r.

W ocenie Izby zamawiający oczywiście powinien dokonywać oceny wyjaśnień z uwzględnieniem obiektywnych czynników dostępnych danemu wykonawcy, które stwarzają mu wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania danego zamówienia taki nakaz wynika wprost z art. 90 ust. 2 ustawy, jednak Izba uważa, że przy dokonywa-

niu oceny zamawiający nie może pominąć także badania czy element kalkulacyjny budzący jego wątpliwości mógł mieć wpływ na cenę danej oferty, w taki sposób, że zaniżył całkowitą cenę oferty w sposób rażąco.

148. Sygn. akt: KIO 2368/13, Wyrok KIO z dnia 22 października 2013 r.

Izba wyraża pogląd, że zamawiający jest uprawniony do badania ceny oferty oraz jej poszczególnych elementów, nawet w przypadku, gdy wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Słusznym prawem zamawiającego jest upewnienie się w toku badania ofert, że cena oferty wykonawcy została obliczona rzetelnie i pozwoli na wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z należytą starannością.

Zdaniem Izby, zamawiający może zatem badać każdy ze składników ceny oferty, natomiast odrzucić ofertę może jedynie w przypadku, gdy cena oferty jako całości okaże się rażąco niska. W indywidualnych okolicznościach może okazać się, że zniżenie jedynie części ceny oferty spowoduje, że cena całej oferty będzie rażąco niska.

149. Sygn. akt: KIO 2578/13, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2013 r.

Konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp należy oceniać, mając na uwadze trzy aspekty. Po pierwsze - szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług ustalona przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż cena zaoferowana przez wykonawcę. Podkreślić należy, że brak określenia w przepisach prawa, jakie różnice powodują konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej. Odwołując się do natomiast do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, jeśli cena oferty odbiega o 20% od wartości szacunkowej zamówienia publicznego, ustalonej przez zamawiającego. W analizowanym stanie faktycznym wartość szacunkowa zamówienia (bez prawa opcji i zamówień uzupełniających) wynosi 5 822 892,15 zł, zaś kwestionowane ceny ofert wynoszą 5 342 357,28 zł (oferta wybrana) oraz 5 544 947,04 zł (oferta (...) sp. z o.o.), a zatem różnica wynikająca z porównania cen ofert z wartością szacunkową nie przekracza 20%. Okoliczność ta powoduje, że można uznać, iż ceny ofert nie odbiegają w sposób znaczący od wartości szacunkowej zamówienia. Po drugie – ceny ofert są znacznie niższe od cen pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu - w oparciu o ugruntowane orzecznictwo wskazać należy, że za znaczącą różnicę przyjmuje się różnicę, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach. W analizowanym stanie faktycznym taka okoliczność również nie zachodzi, gdyż ceny dwóch spośród trzech ofert są ofertami z najniższymi cenami zbliżonymi do siebie, zaś oferta odwołującego znacznie odbiega (jest wyższa) od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach. Po trzecie - wartość oferty znacznie odbiega od cen rynkowych – odwołujący w tym aspekcie nie przedstawił żadnego dowodu, który uprawdopodobniałby fakt znaczących różnic w cenach kwestionowanych ofert z aktualnymi cenami na rynku. O obowiązujących na rynku cenach świadczą niewątpliwie ceny ofert złożonych w postępowaniu, które są przejawem konkurencji na rynku tego typu usług. Podsumowując, nie zaistniała żadna z przesłanek która zmuszałaby zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

150. Sygn. akt: KIO 2661/13, Wyrok KIO z dnia 2 grudnia 2013 r.

Zgodnie z dotychczas przyjętą linią orzecznictwa należy przyjąć, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną, w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Ceną rażąco niską będzie zatem cena znacząco odbiegająca od cen rynkowych przyjętych dla danego przedmiotu

zamówienia, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy (wyrok ZA z 23 marca 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-297/07).

Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej [*aktualnie forma pisemna wezwania do złożenia wyjaśnień nie jest już zastrzeżona w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.*] do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W celu upewnienia się, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie przepisu dotyczącego rażąco niskiej ceny, Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. akt XII Ca 59/09). Niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Constanzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, str. 01839). Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jeśli Zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 KC, zgodnie z którymi ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (za wyrokiem SO w Katowicach z 30.01.2007 r., XIX Ga 3/07).

Jednoznacznie podkreślić należy, że 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. Tryb ten dlatego winien być stosowany tylko wówczas, gdy badając i oceniając oferty Zamawiający poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny danej oferty. Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, że w każdym przypadku różnic cenowych między ofertami i choćby wartością szacunkową zamówienia, Zamawiający zobligowany jest uruchomić procedurę wyjaśnień. 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 poprzez realność poczynionych założeń danego wykonawcy, uwzględniając specyfikę działania danego wykonawcy, czy też specyfikę rynku zamówień w danej branży.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skorzystał z trybu przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do dwóch pierwszych wykonawców z rankingu ofert. Przystępujący (...) złożył szczegółowe wyjaśnienia, w rozbiciu ceny całkowitej na poszczególne etapy dostawy oraz załączył dodatkowe dokumenty od producentów i dostawców potwierdzające, że możliwe było osiągnięcie ceny na wskazanym przez wykonawcę w ofercie poziomie. Podobnie zaprezentował wyjaśnienia cenowe drugi z wykonawców. Powyższe oznaczają, iż zarzut naruszenia art.

90 ust. 1 ustawy Pzp nie mógł się ostać i nie został potwierdzony. Zamawiający zastosował wymaganą procedurę wyjaśniającą, dokonał wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień (co potwierdza dokumentacja postępowania oraz stanowisko pisemne przedstawione na rozprawie), a tym samym spełnił wszystkie obowiązki wynikające z ustawy Pzp w zakresie badania czy mamy do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Odwołujący w zakresie naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdziłyby, że analiza merytoryczna wyjaśnień wykonana przez Zamawiającego nie była prawidłowa.

151. Sygn. akt: KIO 2751/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.

W pierwszej kolejności Izba uznała, iż nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp teza postawiona przez Odwołującego, iż sam fakt wezwania przez Zamawiającego do przedstawienia mu wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp przesądził o tym, że ceny zaoferowane przez każdego z trzech wykonawców uznać należało za rażąco niskie. Oczywistym bowiem jest to, iż zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tym samym wezwanie to służy wyjaśnieniu wątpliwości Zamawiającego co do charakteru oferowanej mu ceny. Samo w sobie jednak niczego nie przesądza. Decydujące znaczenie mają bowiem, zgodnie z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, wyjaśnienia złożone przez wezwanego wykonawcę i ich ocena dokonana przez Zamawiającego.

152. Sygn. akt: KIO 2784/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.

Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach zasady, na jakich „często” realizuje podobne usługi, na jakich współpracuje z kadrą specjalistów, w jaki sposób organizuje często współpracę personelu pracującego na różnych inwestycjach. Wskazał, że posiada biura regionalne w terenie oraz, że jest przedsiębiorstwem posiadającym bogate doświadczenie i wynikające z tego doświadczenia umiejętności. Są to niewątpliwie wiadomości bardzo ogólne, które w takiej formie mogłyby być ponad wszelką wątpliwość przytoczone również przez wielu innych wykonawców, działających w tej branży. Nie są to zatem okoliczności szczególne, które w sposób wyjątkowy – dostępny tylko temu wykonawcy – pozwalają na skalkulowanie ceny danej poniżej średniej ceny występującej na rynku konkretnych usług. (...)

Oceniając złożone przez odwołującego wyjaśnienia zamawiający słusznie uznał, że nie odnoszą się one w jakikolwiek konkretny sposób do ceny zaoferowanej przez odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności wykonawca nie wskazał, w jaki sposób i w jakim stopniu podane przez niego okoliczności wpływają na możliwość obniżenia ceny jego oferty w stosunku do cen średnich występujących na rynku. W ocenie Izby składane przez wykonawców wyjaśnienia powinny zawierać argumentację, która musi w sposób wystarczający i jasny wskazywać na sposób kalkulacji przedmiotu zamówienia (w tym przypadku usługi), a także - że zaoferowana cena za całość zamówienia pokrywa wszystkie koszty jego realizacji. Podkreślić przy tym należy, że w momencie otrzymania wezwania do złożenia wyjaśnień to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że zaoferowana przez niego cena jest rzetelnie skalkulowana i pozwala na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca musi zatem wykazać informacje, które w sposób obiektywny przedstawiają sytuację tego wykonawcy, tj. wskazują konkretne fakty i okoliczności mające wymierne znaczenie dla wysokości ceny oferty. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że odwołujący nie udźwignął w tym przypadku ciężaru dowodu, a nawet nie uprawdopodobnił

okoliczności, które miałyby uzasadniać wysokość zaferowanej ceny. Podane przez odwołującego w wyjaśnieniach informacje zostały przedstawione w sposób bardzo uogólniony, można powiedzieć – uniwersalny dla sposobu działania odwołującego. Informacje te powinny zostać natomiast przeanalizowane przez wykonawcę w odniesieniu do warunków realizacji tego konkretnego przedmiotu zamówienia, aby uwiarygodnić zaferowaną cenę.

Zauważyć należy, że w niniejszej sprawie podstawą do odrzucenia oferty odwołującego stał się brak wykazania przez odwołującego, że cena jego oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i umożliwiający należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W tym przypadku brak uprawdopodobnienia ww. okoliczności przez odwołującego powoduje, że cena zaferowana na danym (niewiarygodnym) poziomie podlega uznaniu za rażąco niską, co skutkuje odrzuceniem oferty. W ocenie Izby termin do złożenia wyjaśnień przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp już upłynął, dlatego też złożone wyjaśnienia nie mogą podlegać uzupełnieniu na etapie postępowania odwoławczego przed KIO.

153. Sygn. akt: KIO 2792/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.

Ratio legis art. 90 ust. 1 Pzp jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, lecz jednocześnie również umożliwienie uczciwej konkurencji wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Ta perspektywa wyrażana jest w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości). W wyroku z 29 marca 2012 r., (sygn. akt C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s.) Trybunał podniósł, że celem procedury badania elementów składowych rażąco niskiej ceny jest zapobieganie arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantowanie konkurencji między przedsiębiorcami na zdrowych zasadach. Jednocześnie wskazał na konieczność jasnego sformułowania żądania kierowanego do wykonawców. Trybunał wywiódł, że „zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne (podobnie wyrok z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani). Ponadto Trybunał stwierdził, że dla wykazania, że oferta wykonawcy jest poważna, instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru oferty.

Również w orzecznictwie krajowym wskazuje się na konieczność skonkretyzowania przez zamawiającego elementów, których wyjaśnienia zamawiający oczekuje. Sąd Okręgowy w Częstochowie, w wyroku z 12 sierpnia 2005 r. (sygn. akt: VI Ca 464/05), stwierdził, że „oczywistym jest jednak, iż, aby ustalić, czy cena całkowita jest rażąco niska, konieczna jest analiza elementów na nią się składających” oraz, że „każdy koszt winien być wyceniony rzetelnie”. Z kolei Sąd Okręgowy w Olsztynie V Wydział Gospodarczy w orzeczeniu z 9 grudnia 2010 r. (sygn. akt V Ga 122/10) wywiódł, że pytanie skierowane do wykonawcy na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień.

Przyjmując wyrażone wyżej poglądy za własne Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny oferty odpowiada prawu. Zamawiający precyzyjnie wskazał elementy cenotwórcze

oferty, których wyjaśnień oczekuje. Wykonawca obliczający cenę oferty z należytą starannością, zwłaszcza przy tak indywidualnym zamówieniu obejmującym system dedykowany dla konkretnego zamawiającego, wie przecież, z jakich elementów chce zbudować system oraz jaka jest ich wartość. Przepisy prawa nie sprzeciwiają się temu, aby – w okolicznościach sporu – zamawiający uzyskał wiedzę co do ceny rodzajowo określonych elementów oferty na etapie badania i oceny ofert. Natomiast skutek braku wyjaśnień dotyczących liczby, przeznaczenia oraz parametrów technicznych i przewidywanego zastosowania sprzętu i oprogramowania może być oceniany wyłącznie na gruncie wymagań SIWZ.

154. Sygn. akt: KIO 2799/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej [*aktualnie forma pisemna wezwania do złożenia wyjaśnień nie jest już zastrzeżona w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.*] do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

155. Sygn. akt: KIO 2875/13, Wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2014 r.

Zamawiający pogląd o bezzasadności zarzutu opierał przede wszystkim na braku udowodnienia przez odwołującego, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska.

Stanowisko to oparte jest na podstawowej regule dotyczącej rozkładu ciężaru dowodu wyrażonej w art. 190 ust. 1 Pzp, w ślad za art. 6 k.c., zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na twierdzącym. W myśl powołanych przepisów, jeśli zamawiający przyjmuje wyjaśnienia wykonawcy i nie odrzuca oferty z powodu rażąco niskiej ceny, ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia (tak m. in. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 14 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX 230/10).

Zdaniem Izby pogląd ten nie może jednak znaleźć pełnego zastosowania w sytuacji, gdy elementy oferty istotne z punktu widzenia obliczenia ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie można pominąć, że udzielając zamawiającemu żądanych wyjaśnień, wykonawcy zobowiązani są do wskazania okoliczności o obiektywnym charakterze, których katalog jest nieograniczony (vide: art. 90 ust. 2 Pzp). Jeśli wyjaśnienia zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, to odwołujący w celu udowodnienia, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska, powinien powołać dowody przeciwne do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, a te nie są mu znane.

W tej sytuacji, obarczenie odwołującego wyłącznym ciężarem dowodu nakładaby na wykonawcę obowiązek procesowy zasadniczo niemożliwy do spełnienia. Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem – jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle - w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty. Pogląd ten został wyrażony w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2216/13, 2221/13).

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego. Dokonując oceny czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest zatem do zbadania, czy wyjaśnienia takie pozwalają na akceptację ceny oferty, zgodnie z kryteriami przykładowo wskazanymi w art. 90 ust. 2 Pzp. Izba rozważyła zatem, czy zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia udzielone przez przystępującego. (...)

Z powodu zastrzeżenia wyjaśnień udzielonych przez Konsorcjum (...) pismem z 14 października 2013 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa Izba może wyrazić uzasadnić rozstrzygnięcie zarzutu w sposób ogólny, szerzej odnosząc się jedynie do kwestii, które były podnoszone przez strony i przystępującego na jawnej rozprawie.

Izba ocenia, że w treści wyjaśnień powołane zostały czynniki pozwalające na racjonalizację i obniżenie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia - oszczędność metody wykonania zamówienia, przewidywane rozwiązania techniczne i organizacyjne. Przystępujący podał również kalkulację finansową. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego są możliwe do oceny z zastosowaniem obiektywnych kryteriów wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp. Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego realizują obowiązek wynikający z art. 90 ust. 1 Pzp i nie dają podstawy do stwierdzenia braku rzetelności obliczenia ceny przez przystępującego oraz poważnego charakteru jego oferty. Wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego nie są ogólne i lakoniczne, wskazują wpływ powołanych okoliczności na wysokość zaoferowanej ceny.

156. Sygn. akt: KIO 2894/13, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do stwierdzenia, że przystępujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny.

Zważyć należy, iż nie chodzi tu o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również – w sytuacji, gdy same wyjaśnienia nie są wystarczające – poparte stosownymi dowodami.

157. Sygn. akt: KIO 2982/13, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2014 r.

Zamawiający spotykając się z ofertą na podobny przedmiot zamówienia, co w latach uprzednich, o podobnej cenie, w przypadku gdy te zamówienia były w należyty sposób wykonane i bez zmiany innych okoliczności – zdaniem składu orzekającego Izby nie jest zobowiązany do wszczynania procedury wyjaśniania wysokości

ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, który brzmi: „Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”.

158. Sygn. akt: KIO 3012/13, Wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2014 r.

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, dokonując analizy uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, można mieć wątpliwości, czy Zamawiający w ogóle dokonał oceny wyjaśnień czy oparł się wyłącznie na stwierdzonej różnicy pomiędzy ceną oferty Odwołującego a kwotą, jaką sam ustalił. Zdaniem Izby, Odwołujący w sposób wyczerpujący przedstawił kalkulację przyjętej stawki za 1 godzinę usług opiekuńczych oraz wykazał, iż cena jego oferty nie odbiega od cen za tożsamy przedmiot zamówienia w regionie. W ocenie Izby, uwzględniając przedstawione przez Odwołującego przykładowe stawki za 1 godzinę usług opiekuńczych zaproponowane przez innych wykonawców w analogicznych postępowaniach prowadzonych przez Ośrodki Pomocy Społecznej w regionie, nie można dojść do przekonania, iż cena oferty odwołującego w sposób rażący odbiegała od kwoty, jaką ustalił Zamawiający. Zdaniem Izby różnica ta uwzględnia normalną konkurencję rynkową. Fakt, iż cena oferty Odwołującego jest niższa o ok. 23,73% od ceny określonej przez Zamawiającego nie może stanowić wprost potwierdzenia złożenia oferty zawierającej cenę rażąco niską. Dla uznania, że cena jest rażąco niska niezbędne jest wykazanie, że cena jest nierealistyczna, że za zaproponowaną cenę nie da się w sposób należyty wykonać przedmiotu zamówienia. Okoliczności takich, zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał. O uznaniu ceny oferty Odwołującego za rażąco niską nie mogły przesądzić przedstawione przez Zamawiającego w toku rozprawy wyliczenia dotyczące kosztów pracowniczych. Fakt, iż w wykazie osób, złożonym na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym, 6 z 10 wykazanych osób odwołujący zatrudnia na podstawie umowy o pracę, nie przesądza o tym, iż przy kalkulacji ceny oferty należało uwzględnić koszty pracownicze jak dla umowy o pracę, na które wskazywał w wyliczeniach zamawiający. W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym, wykonawcy nie byli każdorazowo zobowiązani do uwzględniania przy kalkulacji kosztów pracowniczych wynikających z zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, gdyż nie można wykluczyć zatrudnienia na podstawie umów cywilnoprawnych. Tym samym przedstawione przez Zamawiającego wyliczenia kosztów pracowniczych również nie potwierdzają, iż odwołujący złożył ofertę z ceną rażąco niską.

159. Sygn. akt: KIO 61/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 18 grudnia 2013 r. Odwołujący w istocie podważał zasadność wezwania do złożenia wyjaśnień, ale nie uczynił tego w formie przewidzianej przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp).

Dodatkowo, także na marginesie, należy zwrócić uwagę, że przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „elementy oferty” wskazuje, że zamawiający uprawniony jest do sformułowania zapytań w konkretnym zakresie (przedmiocie), rolą zaś wykonawcy jest wykazanie, również w żądanym aspekcie, że

pomimo budzących wątpliwości zamawiającego np. cen jednostkowych jest w stanie wykonać zamówienie z odpowiednim zyskiem.

W okolicznościach niniejszej sprawy ocenie zatem podlega czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezłożenia wyjaśnień. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że w orzecznictwie zarówno Izby, jak i Sądów Okręgowych za utrwalony należy uznać pogląd, że hipotezą normy prawnej zawartej w przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie jest objęta jedynie sytuacja, w której wykonawca nie złożył jakichkolwiek wyjaśnień, a więc nie odpowiedział na wezwanie, ale również, gdy wyjaśnienia są niepełne albo niedostateczne (wyrok SO w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08). Zatem, sam fakt złożenia wyjaśnień przez Odwołującego w dniu 20 grudnia 2013 r. nie przesądza, że brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Wykonawca jest bowiem zobowiązany do udzielenia wyjaśnień w zakresie żądanym przez zamawiającego, z uwzględnieniem okoliczności, które zamawiający ma obowiązek brać pod uwagę z mocy przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tymczasem Odwołujący poprzestał na lakonicznych wyjaśnieniach, że cena grodzień nowych jest buforowana „znacząco wyższym zyskiem możliwym do uzyskania przez pozostałe elementy oferty”. Powyższe należy uznać za niewystarczające dla dokonania oceny w przedmiocie rażąco niskiej ceny, skoro Zamawiający domagał się konkretnych wyjaśnień na temat wyspecyfikowanych materiałów i czynności. Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że wpływ na zaoferowaną cenę, jak wskazał Odwołujący, ma stworzona przez Zamawiającego możliwość łączenia cząstkowych elementów składających się na przedmiot zamówienia, skoro nie jest to przyczyna dotycząca wyłącznie Odwołującego i jemu właściwa. Za absolutnie nieprzekonujące, wobec niewykazania przedmiotowej okoliczności, należy uznać wyjaśnienia, że Odwołujący na potrzeby niniejszego zamówienia dysponuje materiałami zakupionymi wiele lat przed ogłoszeniem SIWZ. Doświadczenie życiowe wskazuje, że wskazana praktyka nie jest spotykana na rynku, tym bardziej budzi zdziwienie, jeśli dotyczy podmiotu, który nie legitymuje się doświadczeniem w realizacji tego typu czynności. Ponadto, Odwołujący całkowicie pominął koszt robocizny, zaś powołanie się na możliwość „łączenia transportu, pracowników”, wynikającą z SIWZ, należy ocenić jako absolutnie nieuzasadnioną, bowiem stworzoną wszystkim wykonawcom przez to, że została wyartykułowana w SIWZ. W tym kontekście zarzucanie Zamawiającemu, że odstąpił od stosowania przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać za absolutnie chybione, skoro Odwołujący w istocie nie wykazał, że obiektywne czynniki miały wpływ na kalkulację ceny jego oferty.

Odwołujący nie udzielił odpowiedzi na drugie wezwanie, zatem ocenie podlegała jedynie treść wyjaśnień udzielonych w dniu 20 grudnia 2013 r. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie odpowiadając na wyjaśnienia z dnia 30 grudnia 2013 r. i nie udzielając wyjaśnień w zakresie żądanym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 18 grudnia 2013 r. oraz nie wykazując jednocześnie, że taki sposób skalkulowania ceny oferty nie przesądza o cenie rażąco niskiej, uprawniony był do uznania, że wyjaśnienia są niedostateczne i w konsekwencji można przyjąć, że nie zostały złożone. Zatem uprawnione było zastosowanie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

160. Sygn. akt: KIO 216/14, Wyrok KIO z dnia 19 lutego 2014 r.

(...) Izba potwierdza artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że co do zasady pojęcie ceny rażąco niskiej należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jednak należy również uznać za prawi-

dłowe dotychczasowe stanowisko, iż w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy poszczególnych cen jednostkowych, czy też elementów, które służyć będą do ustalenia ceny, jeżeli jest to uzasadnione określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, specyfiką przedmiotu zamówienia, czy też ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że pojęcie ceny, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp należy odnosić do okoliczności danego przypadku. Przykładowo, w świetle art. 536 KC cenę można określić poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Taki charakter ma również np. każda oferta posługująca się obmiarowym ustalaniem ceny, gdzie mamy do czynienia z szacowaną ilością jednostek i proponowaną przez wykonawcę ceną za 1 jednostkę. Konkretyzacja ceny następuje dopiero po ustaleniu faktycznie zrealizowanej liczby jednostek.

Izba wskazuje, że wypracowany w orzecznictwie pogląd, iż pojęcie ceny rażąco niskiej odnosi się do ceny całkowitej brutto wywodzi się stąd, że jeżeli kryterium oceny ofert jest cena całkowita brutto, to co do zasady, istotnym jest wynik dokonanej wyceny, a nie jej sposób. Niektóre elementy składające się na cenę mogą być wycenione drożej, a inne taniej, albowiem i tak zamawiający wybiera ofertę najtańszą, kierując się jednolitym kryterium cena. W tej sytuacji, to co dzieje się „wewnątrz” ceny, nie ma znaczenia. Jednakże taka argumentacja, w sposób oczywisty, nie znajduje zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego, zamawiający przewidział bowiem w SIWZ w sposób wyraźny, że kryterium oceny ofert nie będzie cena całkowita brutto. Zamawiający przewidział bowiem dwa kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny: z wagą 60 % za usługę podziału na pierwsze dwie działki oraz z wagą 40% za usługę podziału za każdą następną działkę powyżej dwóch działek. W tej sytuacji oczywistym jest, że każda z dwóch ryczałtowych cen jednostkowych musiała być obliczona w sposób rynkowy. Podkreślenia wymaga to, że oczekiwaniem zamawiającego było to, aby wykonawcy skalkulowali i obliczyli odrębnie dwie ryczałtowe ceny jednostkowe. Po pierwsze, zamawiający posłużył się sformułowaniem „cen ryczałtowych”, co nakładało obowiązek należytego, rzetelnego ich skalkulowania, w szczególności z uwzględnieniem wszystkich kosztów, jakie wykonawca obowiązany będzie ponieść w celu realizacji poszczególnych usług. Na obowiązek ten zamawiający zwrócił uwagę w SIWZ. W pkt 18 SIWZ wyraźnie wskazano, że oferowane przez wykonawcę ryczałtowe ceny jednostkowe muszą obejmować wszelkie koszty, jakie wykonawca obowiązany jest ponieść z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne było zatem powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę.

Odwołujący za usługi podziału za każdą następną działkę powyżej 2 działek zaoferował cenę w wysokości 1 zł, która to cena odbiegała w sposób znaczący od średniej cen zaoferowanych przez innych wykonawców (ok. 167 zł). Zatem zamawiający słusznie postąpił kierując do odwołującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Celem instytucji z art. 90 ustawy Pzp jest zbadanie, czy niska cena jaką proponuje wykonawca nie grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Jednocześnie za prawidłowe należało uznać stanowisko zamawiającego, który w trybie tym badał jednostkową cenę ryczałtową z pozycji 2, stanowiącej odrębne kryterium oceny ofert w oderwaniu od ceny z pozycji 1. Cenę, choćby w myśl art. 536 KC, można wszak określić poprzez wskazanie podstaw do jej obliczenia. I tak też się stało w analizowanej sprawie. Zamawiający, na zasadzie swobody umów wynikającej z art. 353 1 KC, przewidział, iż wynagrodzenie wykonawcy obliczane będzie każdorazowo poprzez przemnożenie jednostkowej ceny ryczałtowej przez

ilość usług. Badanie ceny w takim przypadku musi odnosić się do analizowania poprawności podstaw do jej wyliczenia (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/12). W tym przypadku zatem badanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp musiało odnosić się do poszczególnych ryczałtowych cen jednostkowych.

161. Sygn. akt: KIO 239/14, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2014 r.

Izba uznała, że Zamawiający powziąwszy wątpliwości co do zaferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny, prawidłowo zastosował procedurę opisaną w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwracając się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę. Co więcej, Zamawiający dołożył wyjątkowej staranności dwukrotnie zwracając się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w tym przedmiocie.

W tym miejscu wskazać należy, iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień – ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, pociągają za sobą skutek w postaci odrzucenia oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Należy pamiętać, że to na wykonawcy składającym wyjaśnienia spoczywa ciężar udowodnienia, że zaferowana cena nie jest rażąco niska. Wykonawca zobowiązany jest zatem wskazać obiektywne, weryfikowalne czynniki, które zamawiający powinien wziąć pod uwagę, a także wykazać, w jaki sposób czynniki te przekładają się na zaferowaną w danym postępowaniu cenę.

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego nie uzasadniały wysokości zaferowanej ceny. Przede wszystkim wątpliwości budzi efektywność pracy pracowników Odwołującego, której Odwołujący, przy tak znaczącej różnicy pomiędzy zakładaną przez siebie ilością, a ilością założoną przez normę, w żaden sposób nie uzasadnił. Odwołujący nie uzasadnił również zaferowania kosztów roboczogodziny na poziomie 7,90 zł. Co więcej, w odwołaniu wskazał koszt roboczogodziny na poziomie 12,08 zł, co nie znajduje odzwierciedlenia w ofercie. Tym samym dokonane w odwołaniu obliczenia odnoszące się do płacy minimalnej również nie znajdują oparcia w ofercie. Swoją argumentację na poparcie tezy o prawidłowości zaferowanej ceny Odwołujący oparł na własnym doświadczeniu oraz wyspecjalizowanym i doświadczonym personelu. Twierdzenie to może budzić wątpliwości, bowiem, jak wykazał Zamawiający, doświadczenie Odwołującego nie uzasadnia tak znacznego obniżenia kosztów. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący działa na rynku od października 2012 r., zaś pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia od sierpnia 2011 r. i stycznia 1997 r. Ww. okres działalności nie uzasadnia tezy o wyjątkowo bogatym doświadczeniu odwołującego. (...)

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia Odwołującego nie były wystarczająco precyzyjne oraz należycie umotywowane, przez co nie mogły rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. Wykonawca nie wykazał, że zaferowana przez niego cena wynika z obiektywnych czynników czy wyjątkowo sprzyjających warunków nie dostępnych innym wykonawcom.

Art. 91

162. Sygn. akt: KIO 2349/13, Wyrok KIO z dnia 17 października 2013 r.

W treści SIWZ Zamawiający określił sposób oceny ofert oparty na całkowicie subiektywnych kryteriach, które nie są w żaden sposób weryfikowalne. Zamawiający określił, że zero punktów otrzyma oferta zawierająca propozycje wykraczająca poza

wymogi SIWZ w sposób nieznaczny, ale wpływający na jakość serwis i rozwiązania techniczne realizacji usługi. Z treści SIWZ nie wynika jednak, jaki zakres oferty Zamawiający może uznać za nieznacznie wykraczający poza wymogi SIWZ. Podobnie Zamawiający nie określił, co rozumie pod pojęciem wpływu na jakość, serwis i rozwiązania techniczne. Izba zauważa przy tym, że wpływ oceny oferty na te trzy kryteria może być zarówno pozytywny jak i negatywny, a Zamawiający nie określił o jaki wpływ mu chodzi. Zamawiający określił również, że przyzna 5 punktów ofercie, która zawierać będzie propozycje wykraczające poza wymogi SIWZ i w sposób znaczący poprawiające jakość, poziom serwisu i wyższe niż standardowe rozwiązania techniczne realizacji usługi. Należy zauważyć, że z treści SIWZ nie wynika, w jakich sytuacjach dana oferta może zostać uznana za zawierającą propozycje przekraczające poza wymogi SIWZ w sposób nieznaczny, a kiedy zostanie uznana za zawierającą propozycje w sposób znaczący poprawiające jakość usługi, poziom serwisu. Treść SIWZ nie daje możliwości ustalenia, w jakich sytuacjach propozycje oferty uznawane będą za wykraczające w sposób nieznaczny, a w jakich w sposób znaczący. Podobnie nie jest możliwe ustalenie, w jakich sytuacjach dana oferta zostanie uznana za zawierającą propozycje wyjątkowe, za które Zamawiający zamierza przyznać 10 punktów. Niezależnie od tego podkreślić należy, że wprowadzone przez Zamawiającego kryteria (nieznaczny, znaczący, wyjątkowe) same w sobie są kryteriami całkowicie nieokreślonymi i opartymi na całkowitej uznaniowości Zamawiającego. Zamawiający nie podjął nawet próby przybliżenia w jaki sposób i na podstawie jakich przesłanek dokonywał będzie oceny ofert według wprowadzonych przez siebie powyższych kryteriów. W ocenie Izby całkowicie niezrozumiałe jest wprowadzone przez Zamawiającego kryterium „całkowitego przemyślenia propozycji” wykonawcy, za które wykonawca otrzymać ma 10 punktów. Oznacza to *a contrario*, że Zamawiający dopuszcza złożenie propozycji całkowicie nieprzemyślanych, za które wykonawca otrzyma być może 5 punktów. Zgodnie z tymi zapisami SIWZ możliwe jest także zaproponowanie Zamawiającemu propozycji całkowicie przemyślanych, ale kompletnie dla Zamawiającego nieprzydatnych lub błędnych. Powyższe dowodzi jedynie, że Zamawiający oceniał będzie zaproponowane przez wykonawców rozwiązania wyłącznie w oparciu o własne przekonania, bez jakiegokolwiek możliwości weryfikacji. Co więcej, każda próba ustalenia przez wykonawcę, jakimi przesłankami kierował się Zamawiający przy ocenie ofert będzie z góry skazana na porażkę, gdyż wprowadzone przez Zamawiającego kryteria oceny oparte są wyłącznie na subiektywnych przekonaniach Zamawiającego, niepoddających się obiektywnej ocenie.

Dodatkowo należy zauważyć, że postanowienia SIWZ nie precyzują, w jaki sposób Zamawiający ustalili, iż jedna oferta jest korzystniejsza od drugiej, co w ocenie Izby najdobitniej świadczy o dowolności oceny ofert, a tym samym o braku zapewnienia równości wykonawców w postępowaniu.

163. Sygn. akt: KIO 36/14, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2014 r.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp stanowi natomiast, iż kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Z powyższego wynika, iż - obok kryteriów wymiernych, jak np. cena, okres gwa-

rancji, ilość zużywanej energii, w ramach których mają zastosowanie wyłącznie formuły matematyczne – istnieją kryteria niewymierne stosowane zazwyczaj przy tzw. zamówieniach intelektualnych, jak np. właściwości estetyczne, właściwości funkcjonalne. Na potrzeby takich kryteriów zamawiający dokonuje kwantyfikacji polegającej na stopniowaniu zakresu spełnienia przez ofertę preferencji zamawiającego wyrażonej w postaci danego kryterium. W tej sytuacji każdy ze stopni w ramach kryterium (lub podkryterium) należy opisać za pomocą wyrazów wartościujących i nadać mu określoną wartość punktową. Podkryteria, zawężając merytoryczny zakres oceny w ramach poszczególnych kryteriów, ułatwiają ocenę i dają szansę na jej większe zobiektywizowanie. W przypadku kryteriów niewymiernych, jeżeli ocenę punktową wykonują poszczególni członkowie komisji przetargowej, za każde podkryterium, a następnie kryterium oceny ofert, przyznawane są punkty poprzez wyliczenie średniej arytmetycznej z punktów wszystkich członków komisji przetargowej w ramach danego podkryterium, a następnie kryterium oceny ofert. Ocena oferty także w przypadku takich kryteriów dokonywana jest poprzez przemnożenie uzyskanej przez ofertę liczby punktów przez wagę przypisaną podkryterium lub kryterium oceny ofert z zastosowaniem reguły matematycznej.

Zdaniem Izby charakter wykonywanej usługi pozwala na sformułowanie kryteriów w sposób pozostawiający pewną dowolność wykonawcom w zakresie oferowanej koncepcji realizacji usługi. Nie można zamawiającemu odmówić prawa do oceny zaoferowanej koncepcji, a jednocześnie brak jest możliwości sformułowania kryteriów tej oceny za pomocą wzorów matematycznych czy wartości procentowych. Ocenie będzie tu bowiem podlegał pomysł, sposób wykonania usługi, który każdy z wykonawców ustala we własnym zakresie i z uwzględnieniem stosowanej technologii czy wykorzystywanych rozwiązań. Nie są to rzeczy mierzalne, ale na pewno mogą one podlegać ocenie. Zamawiający zdając sobie sprawę z odmiennych rozwiązań stosowanych przez wykonawców nie może narzucić im – przykładowo – ilości zatrudnianych osób czy skonkretyzować zasady optymalnej organizacji pracy.

Zamawiający wskazując swoje minimalne, podstawowe wymogi co do świadczenia usługi w opisie przedmiotu zamówienia zagwarantował prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Żaden z wykonawców nie złożył odwołania co do przyjętych kryteriów oceny ofert.

W ocenie Izby zaproponowany przez zamawiającego i opisany sposób oceny ofert umożliwił przygotowanie w postępowaniu konkurencyjnych ofert. Zamawiający w ramach kryteriów niemierzalnych określił takie, w których rozgraniczył ilość przyznawanych punktów wskazując, jakie elementy będzie brał pod uwagę elementy przy ocenie. Te elementy odnoszą się zaś do podstawowych (minimalnych) wymogów dotyczących sposobu realizacji zamówienia, określonej w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Art. 91a - c

164. Sygn. akt: KIO 2498/13, Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2013 r.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, iż podczas udziału w aukcji elektronicznej na „Dostawę pyłu wapiennego stearynowanego” w dniu 18 października 2013 r. wystąpił problem z podpisaniem jego oferty za pomocą podpisu elektronicznego. Zarówno w trakcie, jak i po zakończeniu aukcji odwołujący kontaktował się z obsługą techniczną w celu rozwiązania problemu. Oznacza to, że zamawiający podczas organizacji aukcji elektronicznej nie zapewnił dogodnego i sprawnego sys-

temu składania ofert. (...)

Zamawiający zwrócił się do administratora platformy aukcyjnej o ustosunkowanie się do podniesionych przez ww. wykonawców zarzutów. W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 21 października 2013 r., (...) S.A. z siedzibą we W. poinformował zamawiającego, iż reklamację zgłoszoną przez odwołującego należy uznać za bezzasadną, podnosząc iż „po otrzymaniu zgłoszenia przeanalizowaliśmy przebieg aukcji i działanie systemu w trakcie jej trwania. Nie odnotowano żadnych trudności technicznych, które mogły by mieć negatywny wpływ na aukcję i jej prawidłowy przebieg. Dostawca kontaktował się z działem Helpdesk telefonicznie w dniu 18.10.2013 i otrzymał informację, że zgodnie z wymaganiami technicznymi przy systemie operacyjnym Windows 7 przeglądarką obsługującą podpis elektroniczny jest Internet Explorer 9. Oferent podczas aukcji korzystał z Internet Explorer 10. Zapisy dotyczące wymagań technicznych powinny być udostępniane przez Organizatora aukcji”. (...)

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż zamawiający w treści SIWZ (rozdział IX, pkt 4) precyzyjnie określił wymagania dotyczące sprzętu i oprogramowania niezbędnego do poprawnego korzystania z platformy do przeprowadzania aukcji elektronicznej. Wymagania te były więc znane wszystkim wykonawcom od momentu wszczęcia przedmiotowego postępowania. Nadto zamawiający, mimo braku takiego obowiązku w obowiązujących przepisach prawa, jak wyjaśnił w złożonym piśmie procesowym, udostępnił wykonawcom możliwość udziału w aukcji testowej umożliwiającej sprawdzenie poprawności działania sprzętu i oprogramowania wykorzystywanego przez wykonawców. W aukcji tej (aukcji testowej) uczestniczyli wszyscy zaproszeni wykonawcy z wyjątkiem odwołującego. Okoliczności tej nie zaprzeczyli wykonawcy zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej uczestniczący w toku rozprawy. Tak więc odwołujący przystąpił dopiero do udziału w aukcji elektronicznej, w trakcie której - jak podniósł w piśmie z dnia 18 października 2013 r. kierowanym do zamawiającego - „wystąpił problem z podpisaniem (...) oferty za pomocą podpisu elektronicznego”. Istotnie problem taki powstał. Tym niemniej powstał on z przyczyn leżących właśnie po stronie odwołującego. W toku postępowania ustalono bowiem, iż odwołujący mimo jednoznacznie sformułowanych wymogów zamawiającego co do wymaganego sprzętu i oprogramowania korzystał z innej przeglądarki niż wskazana przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący korzystał bowiem z przeglądarki Internet Explorer 10, zamiast wymaganej Internet Explorer 9. O fakcie możliwości wystąpienia problemów ze złożeniem podpisu z uwagi na korzystanie przez niego z komputera posiadającego niewłaściwe oprogramowanie poinformowany został przez administratora platformy ((...)), z którym kontaktował się w trakcie przeprowadzanej aukcji. Zauważyć przy tym należy, iż o okolicznościach tych (niewłaściwej przeglądarce) powziął wiadomość dopiero podczas trwania aukcji elektronicznej. Nie skorzystał bowiem z udziału w aukcji testowej, jak również – co wynika z treści przeprowadzonej przez jego pracownika rozmowy telefonicznej – nie zapoznał się szczegółowo z postanowieniami SIWZ, dotyczącymi aukcji elektronicznej. Z faktu, że nie złożył on oferty w toku aukcji elektronicznej absolutnie nie wynika, iż brak dokonania tej czynności nastąpił z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ani też z przyczyn administratora tej platformy. Przeciwnie na podstawie całokształtu materiału dowodowego, w tym także pism i wydruków z przebiegu aukcji pochodzących od administratora platformy stwierdzić należy, iż przyczyny, dla których odwołujący nie złożył oferty w toku przeprowadzanej aukcji, wystąpiły wyłącznie po jego stronie, gdyż korzystał

on z niewłaściwego oprogramowania. Izba podziela w tym względzie stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 25 listopada 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2427/11, w którym jednoznacznie wskazano, iż to „obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienie sobie odpowiedniego sprzętu komputerowego, jak również sprawnego połączenia internetowego i podpisu elektronicznego”. Ani odwołujący, ani też przystępujący (...) nie wykazali bowiem zaistnienia jakichkolwiek nieprawidłowości w funkcjonowaniu elektronicznej platformy aukcyjnej. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

165. Sygn. akt: KIO 2651/13, Wyrok KIO z dnia 28 listopada 2013 r.

Zgodnie z treścią art. 91c ust. 3 ustawy Pzp w toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco informuje każdego wykonawcę o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Tymczasem w niniejszym postępowaniu w trakcie trwania aukcji elektronicznej wystąpił błąd, w wyniku którego odwołujący nie otrzymywał aktualnej informacji o najkorzystniejszej ofercie. W sposób prawidłowy nie zadziałał bowiem mechanizm automatycznego odświeżania rankingu oferentom, w konsekwencji czego odwołujący widział nieaktualną informację dotyczącą pozycji jego oferty, jak również punktacji najkorzystniejszej oferty. Z treści otrzymanej przez niego informacji wynikało bowiem, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą mimo, iż w rzeczywistości ofertą najkorzystniejszą była już oferta wykonawcy X. Wystąpienie tego błędu potwierdza oświadczenie złożone przez administratora platformy elektronicznej (...) Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zapisy w logach postępowania, w tym także ich rozszerzenie (przedłożone rozszerzenia logów aukcji zawierają dane sekundowe, a więc takie dane, o jakie w trakcie rozprawy wnosił przystępujący). Z zapisów tych jednoznacznie wynika, iż o godz. 10:47:25 odwołujący otrzymał informację, iż jego oferta zajmuje miejsce pierwsze, mimo, iż o godz. 10:47:21 ofertę najkorzystniejszą złożył wykonawca X i to oferta tego właśnie wykonawcy (X) była już ofertą najkorzystniejszą. Tym samym odwołujący widział nieaktualną informację o rankingu, a przyczyną tego rodzaju sytuacji były okoliczności, które nie leżały po stronie tego wykonawcy, a tylko i wyłącznie po stronie administratora platformy aukcyjnej. Dlatego też Izba uznała, iż zarzuty odwołującego potwierdziły się.

166. Sygn. akt: KIO 174/14, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2014 r.

Zamawiający nie był więc zobowiązany w szczególności do wykazania w okolicznościach badanej sprawy, że problemy, które uniemożliwiły odbycie aukcji w 20 stycznia 2014 r. zostały całkowicie usunięte. Po pierwsze, odwołujący wyraził zgodę na udział w powtórzonej aukcji w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Po drugie, skuteczne usunięcie problemów zaistniałych w związku z platformą aukcyjną potwierdzają: pomyślny przebieg aukcji testowej, brak przeszkód w uczestnictwie w aukcji innych wykonawców oraz niezakłócony przebieg aukcji testowej przeprowadzanej na tej samej platformie w czasie aukcji z 21 stycznia 2014 r. (dowody: dokumenty złożone przez zamawiającego na rozprawie, w aktach sprawy).

Odwołujący wywodził, że przyczyny uniemożliwiające mu dokonanie kolejnego postąpienia w aukcji, która odbyła się 21 stycznia 2014 r. leżały wyłącznie po stronie zamawiającego i wynikały z nieprawidłowego działania platformy aukcyjnej. Twierdzenie to jest niezasadne już w świetle ustaleń zaprezentowanych powyżej. Ponadto, odwołujący nie udowodnił w postępowaniu odwoławczym, że po jego stronie nie istniały przeszkody techniczne uniemożliwiające mu udział w aukcji.

Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika, że odwołujący

wykazał wyłącznie, że w czasie aukcji jego łącza internetowe były sprawne oraz nie było problemów na styku pomiędzy urządzeniem brzegowym a infrastrukturą dostawcy internetu. Odwołujący nie wykazał natomiast, że komputer używany przez niego był w pełni sprawny i nie mógł być przyczyną utraty możliwości zalogowania się na platformie aukcyjnej oraz dokonywania kolejnych postępień w czasie aukcji 21 stycznia 2014 r. To, że zdaniem odwołującego, parametry techniczne komputera wykorzystywanego przez niego w czasie aukcji przewyższają wymagania zamawiającego, nie ma znaczenia, gdyż kwestią podstawową jest sprawność posiadanych urządzeń o minimalnych wymaganych parametrach. Brak jest dowodów na prawidłowe działanie komputera odwołującego. Dowodem takim mógłby być „print screen”, którego jednak odwołujący (inaczej niż 20 stycznia 2014 r.) nie sporządził. Twierdzenie, że przeszkodą do uzyskania „print screenu” była presja czasowa jest zdaniem Izby niewiarygodne.

Uznanie, że przyczyną uniemożliwiającą udział w aukcji były problemy ze sprzętem komputerowym odwołującego jest prawdopodobne w świetle twierdzeń zamawiającego, którym odwołujący nie zaprzeczył oraz dowodów złożonych przez zamawiającego na rozprawie. Zamawiający wyjaśnił m.in., że w dniu poprzedzającym kwestionowaną aukcję, w czasie aukcji testowej, u odwołującego wystąpiły problemy z czytnikiem i z używaniem podpisu elektronicznego, które zostały usunięte przez Panią Agnieszkę W. za zgodą odwołującego. Doraźnym remedium na to było użycie innego portu, jednak nawet poruszenie kabla w czasie aukcji mogło spowodować problemy techniczne po stronie odwołującego.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo przygotował aukcję z dnia 21 stycznia 2014 r. Zarzuty naruszenia art. 7, art. 15 i art. 91c Pzp nie znalazły potwierdzenia.

167. Sygn. akt: KIO 261/14, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2014 r.

W pierwszej kolejności przypomnienia wymaga, że czynność zawiadomienia wykonawców o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi uzewnętrznienie wobec wykonawców podjęcia przez zamawiającego, w następstwie czynności badania i oceny ofert, a w przypadku postępowania z wykorzystaniem aukcji, w następstwie jej przeprowadzenia, decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych. Zawiadomienie to, zawierając informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp daje wykonawcom możliwość poznania przyczyn (uzasadnienie faktyczne i prawne), które doprowadziły do danej decyzji zamawiającego, a jednocześnie umożliwia wykonawcom sformułowanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Pomimo oczywistej odmienności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wykorzystaniem aukcji elektronicznej (w szczególności: złożenie niepodlegającej odrzuceniu, najkorzystniejszej cenowo pisemnej oferty w postępowaniu, gdzie cena jest jedynym kryterium wyboru nie gwarantuje wykonawcy uzyskanie zamówienia; aukcja elektroniczna musi być poprzedzona oceną ofert przez zamawiającego i ustaleniem, czy i które oferty nie podlegają odrzuceniu) ustawodawca nie przewidział odmiennych reguł w zakresie obowiązku informacyjnego zamawiającego o wynikach postępowania. Oznacza to, że tak jak w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (bez wykorzystania aukcji elektronicznej) zamawiający ma, zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, obowiązek niezwłocznego, łącznego zawiadomienia wykonawców w szczególności o wyborze najkorzystniejszej oferty, a jednocześnie o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przeprowadził już aukcję elektroniczną w zadaniu nr 1, jednak nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, który to wybór musi nastąpić, aby zaktualizował się obowiązek zamawiającego, nałożony przepisem art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, tj. m.in. zawiadomienie wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. I choć zdarza się, że praktyka zamawiających, którzy przewidzieli w postępowaniu (w trybie przetargu nieograniczonego, ograniczonego czy negocjacji z ogłoszeniem) aukcję elektroniczną bywa inna, tj. zamawiający przed przeprowadzeniem aukcji zawiadamiają uczestników o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni i o wykonawcach, których oferty podlegają odrzuceniu / zostały odrzucone, to praktyka ta nie może wpływać na ocenę zgodności podejmowanych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu czynności z ustawą Pzp.

Przeprowadzenie przez zamawiającego oceny ofert, która to ocena musi poprzedzać – warunkuje przeprowadzenie aukcji elektronicznej, nie nakłada na zamawiającego obowiązku niezwłocznego powiadamiania o tym, że oferta danego wykonawcy podlega odrzuceniu. Co więcej, ustawa Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku informowania wykonawcy o tym, że nie zostanie on zaproszony do udziału w aukcji (niezależnie od tego, czy będzie to następstwem wykluczenia wykonawcy i będącego jego konsekwencją uznania, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, czy będzie to następstwem oceny przez zamawiającego, że oferta danego wykonawcy podlega odrzuceniu). (...)

Nadto zwrócenia uwagi wymaga różna terminologia, jaką wykorzystał ustawodawca w przepisie art. 91a ust. 1 ustawy Pzp (oferty niepodlegające odrzuceniu) oraz w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (oferty odrzucone). W ocenie składu orzekającego rozróżnienie to ma znaczenie i związane jest z możliwością przeprowadzenia aukcji elektronicznej (przez komisję przetargową), zanim kierownik zamawiającego zatwierdzi propozycję komisji w szczególności co do odrzucenia oferty któregośkolwiek z wykonawców (łącznie z wyborem najkorzystniejszej oferty). Innymi słowy czym innym jest „oferta podlegająca odrzuceniu” (ocena komisji przed zatwierdzeniem przez kierownika zamawiającego, warunkująca przeprowadzenie aukcji elektronicznej), a czym innym „oferta odrzucona”.

Art. 92

168. Sygn. akt: KIO 2509/13, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r.

Zamawiający nie dopełnił wymogów określonych w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który obliguje go do podania uzasadnienia prawnego i faktycznego swojej decyzji. W zawiadomieniu z dnia 17.10.2013 roku zamawiający jedynie lakonicznie stwierdził, powołując art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że oferta odwołującego „zawiera błędy w obliczeniu ceny”. Samo wskazanie, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, bez podania na czym ów błąd polega i wskazania szczegółowych powodów odrzucenia oferty jest niewystarczające dla wypełnienia dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca winien powziąć informację o faktycznych powodach odrzucenia swojej oferty z treści zawiadomienia o decyzji zamawiającego, a nie z informacji uzyskanych telefonicznie od przedstawiciela zamawiającego, jak to miało miejsce w tym postępowaniu.

169. Sygn. akt: KIO 2801/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.

W ocenie Izby niezasadny jest także zarzut Odwołującego, że w treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zostały wskazane podstawy odrzucenia

oferty Odwołującego. Należy zauważyć, że Zamawiający podał podstawę prawną odrzucenia oferty. W uzasadnieniu faktycznym rozstrzygnięcia Zamawiający podał, iż „Wykonawca nie spełnił warunków określonych w SIWZ dotyczących niektórych minimalnych parametrów technicznych, jakie mają posiadać zastosowane próżniowe kolektory słoneczne.” Nadto Zamawiający wskazał pewną grupę parametrów urządzenia, a określony, niespełniający wymagań Zamawiającego parametr (współczynnik ciepła a_2) napisał pogrubioną czcionką, co mogło wprost naprowadzić Odwołującego na okoliczność faktyczną, wskazującą, że ten właśnie parametr jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego przedstawionymi w SIWZ. W ocenie Izby faktycznie, sporządzona przez Zamawiającego informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie jest doskonała. Oczywistym jest, że wszelkie okoliczności winny jasno wynikać z treści takiej informacji, aby Wykonawcy nie byli zobowiązani domyślać się faktycznych podstaw odrzucenia ich oferty. Jednakże w niniejszej sprawie nie sposób pominąć szczególnej okoliczności, którą Izba wzięła pod uwagę. Odwołujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część oferty, w której przedstawione zostały parametry oferowanego kolektora słonecznego. Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że nie przytaczał wartości parametru współczynnika ciepła a z treści oferty Odwołującego, aby nie naruszyć zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tego też względu Odwołujący nie może czynić zarzutu, że Zamawiający nie wskazał w treści informacji wprost parametru, który nie odpowiadał treści SIWZ. Nadto z przebiegu rozprawy wynikało, że Odwołujący miał świadomość, który parametr nie odpowiadał treści SIWZ. Odwołujący wskazywał okoliczności faktyczne i przedstawiał w trakcie rozprawy dowody, które miały potwierdzać, że parametr współczynnika ciepła a_2 jest w jego ocenie zgodny z wymaganiami SIWZ.

Art. 93 ust. 1 pkt 4

170. Sygn. akt: KIO 2421/13, Wyrok KIO z dnia 25 października 2013 r.

Podkreślenia wymaga okoliczność, iż art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w aktualnym brzmieniu (po nowelizacji przepisów ustawy Pzp z 2009 r.) nie nakazuje zamawiającemu formalnie dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej dla podjęcia prawidłowej czynności unieważnienia postępowania w oparciu o wskazany przepis. Przepis ten bowiem wskazuje, że podstawą unieważnienia postępowania jest porównanie do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia ceny najkorzystniejszej oferty (oferty, którą zamawiający uznał za najkorzystniejszą w postępowaniu po dokonaniu czynności badania i oceny ofert), jak również oferty z najniższą ceną (zamawiający nie musi dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej, a w tym zakresie wystarczy mu porównanie jedynie wartości złożonych w postępowaniu ofert i wskazanie oferty z najniższą ceną).

171. Sygn. akt: KIO 3015/13, Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2014 r.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie był w stanie zwiększyć finansowania na zadanie częściowe nr 2 z pierwotnie przeznaczonych środków, gdyż nie posiadał tak wysokiego budżetu zaplanowanego na to zadanie. Powyższe potwierdziła złożona wraz z odpowiedzią na odwołanie tablica rozliczeń oraz planowane koszty na 2014 r.

Zamawiający dodatkowo dodał, że ewentualne wykorzystanie środków z innych części spowoduje, że na inne części (pakiety) na które Zamawiający również wszczął postępowanie, a z których miałyby zostać dokonane przesunięcia, doprowadziłoby do braku tych środków w innych częściach, a Zamawiający wszczynając

postępowania na inne części i dokonując wyboru wykonawcy nie miałby środków na realizację zamówienia. Zamawiający wskazał, że unieważnienie postępowania jest jego uprawnieniem, a w przypadku nierozstrzygnięcia postępowania w innych częściach będzie miał możliwość ponownego wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zatem przesunięcie środków z innych części musiałoby się odbyć kosztem środków, które zostały przeznaczone w planie na realizację innych zadań.

Nie ulega wątpliwości, że decyzja o ewentualnym zwiększeniu kwoty na sfinansowanie zamówienia jest jego suwerenną decyzją i nie można jej Zamawiającemu narzucić, skoro nie może on – jak wynika to ze złożonych dowodów - zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

172. Sygn. akt: KIO 2730/13, Wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2013 r.

Z przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który był podstawą unieważnienia przedmiotowego postępowania wynika, że zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze - jest niemożliwa do usunięcia, po drugie - uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Podejmując decyzję o unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający winien brać pod uwagę w szczególności okoliczności wymienione w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, skutkujące unieważnieniem zawartej umowy, a także ogólną regułę wyrażoną w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, która uprawnia Prezesa Urzędu do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, że wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest wadą o charakterze nieusuwalnym i jednocześnie powodującym, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu.

Zarówno w uzasadnieniu swojej decyzji z dnia 20 listopada 2013 roku, jak również w toku rozprawy, zamawiający nie wykazał takiego naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także nie wskazał na żadną nieusuwalną wadę tkwiącą w samym postępowaniu, która uniemożliwiłaby zawarcie ważnej umowy. Podnoszone przez zamawiającego w uzasadnieniu jego decyzji okoliczności, dotyczące nie spełnienia warunku w zakresie wymogu technicznego dotyczącego pokonywania wzniesień o nachyleniu min. 30⁰ nie dotyczą samej procedury o zamówienie publiczne, ale odnoszą się wyłącznie do treści oferty odwołującego i niespełnienia przez nią wymagań technicznych określonych w SIWZ. Unieważnienie postępowania z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie uzasadnia także okoliczność podnoszona w odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zamawiającego, że zawarcie umowy prowadziłoby do zakupu przez zamawiającego wyrobów niezgodnych z SIWZ i całkowicie zbędnych. Okoliczność ta odnosi się do oceny zgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ i nie dotyczy wady tkwiącej w samym postępowaniu, która skutkowałaby nieważnością umowy zawartej w sprawie tego zamówienia publicznego. Podobnie, wskazywane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie przeprowadzenie dialogu technicznego, w toku którego odwołujący nie zgłaszał żadnych uwag co do wymogów technicznych, w tym dotyczących pokonywania wzniesień, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu i nie uzasadnia zaistnienia przesłanki unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7

ustawy Pzp.

173. Sygn. akt: KIO 49/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

(...) w ocenie Izby, zaktualizowała się przesłanka obligująca zamawiającego do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (...) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ww. regulacja odsyła do art. 146 ustawy Pzp, w którym wymienione są przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. W myśl art. 146 ust. 6 powodem unieważnienia umowy jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby, dokonanie przez zamawiającego diametralnie rozbieżnego opisu warunków udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, które nastąpiło z obrazą art. 22 ust. 3, 41 pkt 7 i 36 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z pewnością mogło wywrzeć wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie za całkowicie chybione należało uznać stanowisko zamawiającego, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym usunięcie opisanej wady postępowania miałyby nastąpić poprzez odstąpienie od weryfikowania w toku badania ofert warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w pkt 6.1.3 SIWZ. Takie zachowanie – wbrew stanowisku zamawiającego - nie doprowadzi bowiem do sanowania naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu, ani zasady jawności postępowania. Podkreślenia wymaga, że zasada równego traktowania wykonawców, której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wyraża się w konieczności równego traktowania wykonawców na wszystkich etapach postępowania, a nie tylko na etapie badania ofert. Obowiązek równego traktowania dotyczy wszystkich wykonawców, a zatem i takich, którzy wskutek wady postępowania nie zdecydowali się złożyć własnej oferty, ze względu na wadliwe brzmienie SIWZ. Powtórzyć bowiem należy, że nie można wykluczyć, iż zamówienia nie uzyskałyby inne podmioty, które zaniechały złożenia oferty z uwagi na warunek udziału w postępowaniu opisany w SIWZ, a którego nie opisano w ogłoszeniu. Zatem odstąpienie od badania spornego warunku na etapie badania ofert nie doprowadzi do sytuacji, w której potencjalni wykonawcy, którzy nie złożyli własnej oferty, będą mogli wziąć udział w postępowaniu.

Ponieważ modyfikacja SIWZ, a więc i rezygnacja z opisanego w specyfikacji warunku udziału w postępowaniu, możliwa jest tylko do upływu terminu składania ofert (art. 38 ustawy Pzp), zatem wadę postępowania, na obecnym jego etapie, należało uznać nie tylko za istotną w stopniu, który mógł wywrzeć wpływ na wynik postępowania, ale i za nieusuwalną.

Art. 94

174. Sygn. akt: KIO 37/13, KIO 38/13, Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2014 r.

Nie można było pominąć, iż odwołanie nie dotyczyło wyboru oferty, co którego w ustawie zawarte są ścisłe regulacje prawne, ale fazy zawarcia umowy. Do tych kwestii, w kontekście zarzutów odwołania, odnoszą się jedynie regulacje art. 94 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp stanowiącego, że zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183 ustawy, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawia-

domienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp, albo 15 dni, jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Powyższy termin został zastrzeżony ustawowo, jako minimalny - umożliwiający wykonawcom terminowe korzystanie ze środków ochrony prawnej, przy uwzględnieniu terminów wyznaczonych w art. 182 ustawy Pzp. Przepis art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem wyjątku opisanego w ust. 2, zabrania zamawiającemu w okolicznościach wniesienia odwołania - zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Skoro, więc omawiany termin ma charakter minimalny, nie istnieją żadne przeszkody prawne do jego przedłużenia przez zamawiającego. Nawet upływ okresu związania ofertą nie wyklucza zawarcia umowy na warunkach wybranej oferty - jeżeli wykonawca na to się godzi. (...)

Drugi przepis, który odnosi się do okresu między wyborem oferty a zawarciem umowy, to art. 94 ust. 3 Pzp, stwarzający po stronie zamawiającego uprawnienie do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania i oceny, gdy wykonawca wybrany uchyla się od zawarcia umowy, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania określone w art. 93 ust. 1 Pzp. Dla zastosowania dyspozycji tej normy konieczne jest łączne spełnienie wymienionych wyżej przesłanek:

- 1) uchylenia się wykonawcy wybranego od zawarcia umowy,
- 2) woli zamawiającego wyboru kolejnej najkorzystniejszej oferty.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe nie dawało jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iżby wykonawcy X S.A. oraz konsorcjum wykonawców: 1) A Sp. z o.o.; 2) B Sp. z o.o.; (lider) 3) C Sp. z o.o.; 4) D Sp. z o.o.; 5) E Sp. z o.o.; 6) F, przez swoje działania uchylali się od zawarcia umowy z zamawiającym.

Każdy z nich, stawiał się na wezwanie zamawiającego w dniu 24 grudnia 2013 r. i przedłożył posiadane uprawnienia radiowe, które były wymagane przy zawarciu umowy. Różnica oceny tych pozwoleń przez wykonawców i zamawiającego, nie może być uznana za równoznaczną z uchylaniem się wykonawców od zawarcia umowy. Przesunięcie terminu wynikało z uzasadnionych przyczyn, mianowicie z konieczności potwierdzenia zakresu uprawnień radiowych nadanych tymi pozwoleń, lub ich uzupełnienia. W wymienionym czasie wykonawcy wybrani dla realizacji usługi dla zadania 1,2 i 4 uzyskali opinie UKE oraz zmiany posiadanych decyzji, aby wykazać, że spełnili wymagania w odniesieniu do koniecznych uprawnień radiowych.

W tych okolicznościach Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępujących, że nie było żadnych podstaw, aby uznać, że wybrani wykonawcy uchylają się od zawarcia umowy.

Ponadto, do zamawiającego należy ocena, czy danego wykonawcę można uznać za wykonawcę uchylającego się od zawarcia umowy i to wyłącznie zamawiający podejmuje decyzję, czy w przypadku stwierdzenia ewentualnego uchylania się od zawarcia umowy przez wybranego wykonawcę - jest zainteresowany wyborem oferty i zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta, jako kolejna mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Żądanie przez odwołującego nakazania przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem zamawiającemu zastosowania art. 94 ust 3 ustawy Pzp należało poczytać za żądanie *contra legem*, niemożliwe do zaakceptowania. Rozstrzygnięcie Izby nie może nakładać na zamawiającego obowiązku zrealizowania swoich kompetencji mieszczących się wyłącznie w kategoriach dyspozytywnych, a nie imperatywnych, zatem nie stanowiących o obowiązku zamawiającego, które mogłyby

uzasadniać zarzut zaniechania podjęcia czynności nakazanych ustawą.

Niezależnie od powyższych rozważań stwierdzić należało, że zamawiający nabywa uprawnienie (nie obowiązek) do zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta była najkorzystniejsza spośród pozostałych ofert wyłączenie w sytuacji, gdy ustali jednoznacznie, że dany wykonawca uchyla się od zawarcia umowy. Zdaniem Izby, przy ustalonym prawidłowo znaczeniu pojęcia „uchylania się”, o którym mowa w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, nie można było przyjąć, iż kwestionowani przez odwołującego wykonawcy uchylali się od zawarcia umowy. Izba w tym składzie również podziela poglądy prezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku sygn. akt KIO 123/13, że o uchylaniu się od zawarcia umowy może być mowa wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca w ogóle „nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia”. Definicja pojęcia „uchylania się” zawarta w słowniku języku polskiego, podaje, że „uchylać się” oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś”.

Art. 170 ust. 4

175. Sygn. akt: KIO 2390/13, Wyrok KIO z dnia 23 października 2013 r.

Z przywołanych przepisów ustawy – wbrew twierdzeniom odwołującego – wynika, że wszczęcie postępowania wyjaśniającego nie powoduje zawieszenia biegu terminu związania ofertą, gdyż termin związania ofertą ulega zawieszeniu jedynie w razie wszczęcia kontroli. Stanowi o tym *expressis verbis* art. 170 ust. 4 Pzp. Postępowanie wyjaśniające nie jest częścią kontroli, lecz stanowi fakultatywny etap poprzedzający kontrolę. Rezultatem postępowania wyjaśniającego może być wszczęcie kontroli albo odmowa jej wszczęcia. Regulacje art. 161 ust. 4 Pzp rozstrzyga tę kwestię w sposób nie budzący wątpliwości. Skoro wszczęcie postępowania wyjaśniającego nie powoduje zawieszenia terminu związania ofertą, to termin związania odwołującego złożoną ofertą nie uległ zawieszeniu.

Art. 179 ust. 1

176. Sygn. akt: KIO 2246/13, KIO 2264/13, Wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r.

Izba uznała, iż odwołujący nie posiada interesu w złożeniu środków ochrony prawnej, gdyż wobec sklasyfikowania jego oferty na trzeciej pozycji, jak też nie kwestionowaniu oferty sklasyfikowanej na pozycji nr 2 nie ma on możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i tym samym nie poniesie szkody.

177. Sygn. akt: KIO 2493/13, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2013 r.

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Izba nie podzieliła twierdzeń Zamawiającego o braku legitymacji po stronie Odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej. Fakt, że cena oferty Odwołującego znacznie przewyższa wskazaną przez Zamawiającego przed otwarciem kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i związaną z tym możliwość unieważnienia postępowania, nie stanowi o braku legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający unieważni postępowanie, o ile rzeczywiście budżet nie będzie mógł zostać i nie zostanie zwiększony, jednak w momencie orzekania w przedmiotowej sprawie jest to zdarzenie hipoteczne, tym bardziej, że Zamawiający oparł się jedynie na niepopartych dowodami

deklaracjach o niemożliwości zwiększenia tej kwoty (podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z 26 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 863/13 oraz z 24 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2332/13, KIO 2333/13).

178. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.

Cena oferty odwołującego jest wyższa, niż kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie powoduje to jednak braku ziszczenia przesłanki szkody, która zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, może mieć hipotetyczny charakter.

Możliwość poniesienia szkody przez odwołującego wyraża się w utracie możliwości wybrania jego oferty i utraty ekspektatywy uzyskania zamówienia, zatem przyszłe, ewentualne unieważnienie postępowania, którego zamawiający zamierza dokonać w razie uwzględnienia odwołania, nie może skutkować odstąpieniem od badania zarzutów podniesionych przez odwołującego.

179. Sygn. akt: KIO 2785/13, Wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2013 r.

Nie zasługują na uwzględnienie także zarzuty ewentualne dotyczące konieczności odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na wystąpienie w niej rażąco niskiej ceny, jak również błędu w obliczeniu ceny. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że Odwołujący nie ma w podnoszeniu tych zarzutów interesu, rozumianego jako dążenie do uzyskania zamówienia. Odwołujący podnosi bowiem zarzuty skierowane przeciwko własnej ofercie i zmierzające do jej odrzucenia, nie zaś do uzyskania zamówienia.

180. Sygn. akt: KIO 2792/13, Wyrok KIO z dnia 19 grudnia 2013 r.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę jest samoistną czynnością zamawiającego, zatem zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp przysługuje od niej odwołanie [*dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej wartość progów unijnych – przyp. red.*]. Odwołanie takie nie może być uznane za przedwczesne już choćby z tego względu, że w obecnym stanie prawnym odrzuceniu podlega odwołanie wniesione wyłącznie po upływie terminu przewidzianego ustawą na jego wniesienie (art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp). Zatem podnoszona przez zamawiającego przedwczesność odwołania, z którym to poglądem Izba się nie zgadza, nie uniemożliwia rozpoznania zarzutów odwołania.

Istotne jest przy tym, że zgodnie z poglądem wypracowanym przez orzecznictwo arbitrażowe i sądowe złożenie przez wykonawcę wezwanego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień uznanych przez zamawiającego za niedostateczne jest zrównane w skutkach z brakiem wyjaśnień w ogóle, to znaczy powoduje odrzucenie oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień (por.: wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt IV Ca 1299/09). Wniesienie odwołania wobec czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, która zdaniem odwołującego narusza przepisy ustawy, nie tylko jest zatem zgodne z interesem odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia, ale również zmierza do zapobieżenia powstania po stronie odwołującego szkody w postaci odrzucenia jego oferty i utraty szansy na uzyskanie zamówienia.

Prezentowanemu pogładowi nie sprzeciwia się żądanie przez odwołującego uznania złożonych przez niego wyjaśnień za niebyłe albo uznanie tych wyjaśnień

za wystarczające. Żądanie takie jest oczywiście błędne, gdyż czynnością, która podlega ocenie Izby w badanym postępowaniu jest czynność wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, a nie ocena wyjaśnień udzielonych przez odwołującego. Nieadekwatność żądania odwołania do postawionych zarzutów nie ma znaczenia w postępowaniu odwoławczym. Izba związana jest bowiem wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania (*arg. a contrario* z art. 192 ust. 7 Pzp). W razie stwierdzenia, że skarżona czynność zamawiającego narusza przepisy ustawy Izba uwzględniając odwołanie nakazuje zamawiającemu unieważnienie, dokonanie lub powtórzenie czynności tak, aby przywrócić procedurze stan zgodności z ustawą, nawet jeśli żądanie odwołania było inne.

181. Sygn. akt: KIO 2894/13, Wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.

(...) Izba ustaliła, że zamawiający jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy 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.

Odwołujący jest uczestnikiem toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego oferta nie została odrzucona, i jako taki zamówienie wciąż może uzyskać – ma więc interes w jego uzyskaniu i może ponieść szkodę.

Oceny powyższego nie zmienia okoliczność przyszła i niepewna, jaką pozostaje ewentualne unieważnienie postępowania po odrzuceniu oferty pierwotnie wybranej, ze względu na fakt, iż poza możliwościami zamawiającego pozostaje sfinansowanie i udzielenie zamówienia odwołującemu. Unieważnienie postępowania w tym przypadku formalnie pozostaje uznaniową decyzją zamawiającego, którą zamawiający może, ale wcale nie musi podjąć – zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zamawiający może podnieść kwotę, którą przeznaczą na sfinansowanie zamówienia i postępowania nie unieważniać.

Niedopuszczalne jest więc w tym przypadku uzależnianie i warunkowanie możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców jedynie od woli i deklaracji zamawiającego. Powyższe prowadziłoby do paradoksalnej sytuacji, w której jedynie w oparciu o procesowe stanowisko zamawiającego, którym nie jest wcale związany, o konieczności unieważnienia postępowania w wypadku, gdy wybrana przezeń oferta zostanie odrzucona, niemożliwe będzie zakwestionowanie tego wyboru w drodze środków ochrony prawnej.

182. Sygn. akt: KIO 2938/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2014 r.

Izba ustaliła, że odwołujący jest organizacją uprawnioną do wnoszenia środków ochrony prawnej ujawnioną na liście prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zgodnie z art. 154 ust. 5 ustawy. Odwołujący zatem jest podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania na podstawie art. 179 ust. 2 ustawy. Izba nie podziela w tym zakresie stanowiska zamawiającego, że organizacja uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej musi wykazywać możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Ta przesłanka jest bowiem opisana w art. 179 ust. 1 ustawy, zaś odwołujący wywodzi swoje uprawnienie z art. 179 ust. 2 ustawy, który nie uzależnia dopuszczalności środka ochrony prawnej od wykazania szkody. Nadto Izba zwraca uwagę, że odwołujący nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, ale organizacją reprezentującą interesy takich wykonawców, zatem nie działa we własnym imieniu i na własną rzecz,

ale reprezentuje interesy swoich członków. Podobne rozwiązania prawne przewiduje także Kodeks postępowania cywilnego dla np. organizacji społecznych, Państwowej Inspekcji Pracy, czy Powiatowego (Miejskiego) Rzecznika Praw Konsumentów.

Izba uznała, że przesłanka dopuszczalności odwołania określona w art. 179 ust. 2 ustawy została spełniona.

183. Sygn. akt: KIO 2959/13, Wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2014 r.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu nie podniósł wszystkich okoliczności dotyczących odrzucenia przez Zamawiającego jego oferty. Nie odniósł się do okoliczności oceny oferty Zamawiającego, w zakresie produktu Kaiser RSX K-5512 dla pozycji SR-3 Stanowisko fotografii reprograficznej. Zamawiający odrzucił bowiem ofertę Odwołującego także wobec niespełnienia wymagań SIWZ w pozycji SR-3. W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Tym samym, skoro Odwołujący nie podniósł określonej okoliczności/zarzutu w odwołaniu, Izba nie może dokonać prawnej oceny w tym zakresie. W związku z powyższym należało uznać, że dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego w zakresie niezaskarżonej w odwołaniu okoliczności niespełnienia wymagań SIWZ w pozycji SR-3 uprawomocniła się. Podkreślić należy, że opis przedmiotu zamówienia pozycji SR-3 i SR-4 nie jest także tożsamy z punktu widzenia zapisów SIWZ i pozycje te nie mogą być traktowane jako przedmioty tożsame. Niezależnie od zarzutów podniesionych w pozostałym zakresie, uprawomocniła się podstawa do odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie wymagań SIWZ w zakresie pozycji SR-3.

Izba w związku z powyższymi ustaleniami stwierdziła, że Wykonawca nie wykazał interesu prawnego [aktualnie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp statuuje pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie interesu prawnego – przyp. red.] do wniesienia odwołania, w związku z tym, że oferta prawomocnie została odrzucona, Odwołujący nie będzie miał możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

184. Sygn. akt: KIO 2979/13, KIO 2987/13, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2014 r.

Izba uznała, że odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w części 8 i 9 ma interes w uzyskaniu zamówienia w tych częściach. Spełnienie przesłanki interesu wynika już z samego faktu złożenia oferty. Zamawiający kwestionuje w istocie przesłankę szkody, która - podobnie jak interes w uzyskaniu zamówienia - jest wymaganiem bezwzględny wynikającym z art. 179 ust. 1 Pzp.

Złożenie przez odwołującego w części 8 oferty z ceną, która jest wyższa, niż kwota, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie powoduje braku ziszczenia przesłanki szkody. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp szkoda grożąca odwołującemu się wykonawcy może mieć hipotetyczny charakter. Możliwość poniesienia szkody przez odwołującego wyraża się w utracie możliwości wybrania jego oferty i utraty ekspektatywy uzyskania zamówienia. Przepisy ustawy pozwalają zamawiającemu na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zatem przyszłe, ewentualne unieważnienie postępowania, którego zamawiający dokona w razie uwzględnienia odwołania, nie może skutkować odstąpieniem od badania zarzutów podniesionych przez odwołującego.

185. Sygn. akt: KIO 20/14, Wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r.

Izba nie podziela poglądu prezentowanego przez zamawiającego i przystępujących, że przesłanką oddalenia odwołania może być brak literalnego wskazania

w odwołaniu na czym polega interes w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego. Na taką bowiem interpretację nie zezwala treść art. 179 ust. 1 ustawy. Istotą dopuszczalności odwołania jest bowiem posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie jego wskazanie w odwołaniu. Oczywistym jest wskazanie interesu w odwołaniu ułatwia stronom oraz Izbie ocenę istnienia przesłanki dopuszczalności odwołania, stąd pożądane jest jego wskazywanie i przedstawienia argumentacji faktycznej i prawnej na poparcie takiego twierdzenia zwłaszcza w sytuacji, gdy interes ten jest interesem faktycznym, np. wyłącznie służącym obronie wartości gospodarczych danego wykonawcy. Brak jest jednak podstawy prawnej do uznania, że niewskazanie interesu (pomimo jego rzeczywistego istnienia) w odwołaniu stanowi brak odwołania skutkujący jego automatycznym oddaleniem.

186. Sygn. akt: KIO 88/14, KIO 93/14, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2014 r.

Odwołujący X (dalej nadal „odwołujący II” albo „X”) złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę sklasyfikowaną na VII (ostatnim) miejscu, jednak biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia ofert czterech wykonawców sklasyfikowanych wyżej oraz wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę sklasyfikowanego wyżej niż oferta odwołującego II oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poddania pozostałych dwóch ofert ponownemu badaniu i ocenie, a w jej ramach szansę na uzyskanie przez odwołującego najwyższej liczby punktów przy zastosowaniu czterech wskazanych w SIWZ kryteriów o różnej wadze, a tym samym szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska zamawiającego, iżby odwołujący II nie legitymował się interesem we wniesieniu odwołania z tego względu, że zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Y ((...)) [dalej nadal „Y”] jest niezasadny, co w konsekwencji prowadzić miałyby do wniosku, że odwołujący II i tak nie uzyskałby zamówienia, ponieważ jego oferta zostałaby sklasyfikowana niżej niż oferta wykonawcy, którego wykluczenia się domaga.

Izba stanowiska takiego podzielić nie może. Wskazać należy, że istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia stanowi materialnoprawną przesłankę rozpoznania odwołania. Innymi słowy – istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia warunkuje przystąpienie do rozpoznania odwołania, tj. oceny przez Izbę podniesionych zarzutów. Skoro zatem w pierwszej kolejności Izba zdecydować musi o istnieniu interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, to tym samym nie może uprzednio ocenić podniesionych zarzutów, a następnie, dopiero w ich wyniku rozstrzygnąć o istnieniu albo nie interesu w uzyskaniu zamówienia.

Art. 180 ust. 1

187. Sygn. akt: KIO 2297/13, Wyrok KIO z dnia 8 października 2013 r.

W świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów, czy wyjaśnień składanych zamawiającemu a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania.

188. Sygn. akt: KIO 2907/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.

Mając na uwadze treść przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przedmiotem zaskarżenia w drodze środków ochrony prawnej jest czynność podmiotu zamawiającego, zaś samo wskazanie zarzutów (czyli *de facto* wzorców kontroli mających na celu ocenę zgodności z prawem kwestionowanej czynności) jest wymogiem formalnym odwołania określającym granice zaskarżenia. Tym samym nawet ewentualne zaniechanie uczynienia zadość dla tego wymogu nie konwaliduje w żaden sposób wadliwie dokonanej czynności podmiotu zamawiającego. Istnienie sporu pomiędzy stronami, a więc popieranie przez odwołującego odwołania przy jednoczesnym wniosku zamawiającego o jego oddalenie powoduje konieczność wydania merytorycznego rozstrzygnięcia i oceny zaistniałego stanu faktycznego.

189. Sygn. akt: KIO 2938/13, Wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2014 r.

Izba zwraca uwagę odwołującego i przystępujących na treść art. 180 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym przedmiotem odwołania mogą być czynności lub zaniechania zamawiającego stanowiące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby naruszenia przepisów innych ustaw mogą być przedmiotem zarzutów odwołania, o ile ustawa bezpośrednio do nich odsyła oraz o ile przepisy te mają charakter przepisów *ius cogens*, albowiem w przypadku norm dyspozytywnych trudność stanowi wyprowadzenie z nich nakazu konkretnego zachowania, który to nakaz może być naruszony w drodze działania lub zaniechania zamawiającego.

Art. 180 ust. 2**190. Sygn. akt: KIO 2690/13, Wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2013 r.**

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że zarzuty naruszenia przepisów art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Izba pozostawia bez rozpoznania. Uzasadnienie dla powyższego stanowi przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, 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. Zwrócić należy uwagę, że powołany przepis jednoznacznie formułuje przedmiot odwołania w tzw. zamówieniach podprogowych. Oznacza to, że objęcie zakresem odwołania innej czynności niż wymienione w przedmiotowym przepisie nie może wywrzeć skutków prawnych. W związku z powyższym, Izba stwierdzając, że treść odwołania przekracza granice określone w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie nie dysponując instrumentem pozwalającym na odrzucenie odwołania w części, pozostawia poza zakresem rozpoznania zarzuty dotyczące czynności innych niż wymienione w rzeczonym przepisie.

191. Sygn. akt: KIO 2904/13, Postanowienie KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.

Treść przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca objął ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, a dotyczące jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Cel powołanego przepisu potwierdza również uzasadnienie do projektu zmiany ustawy Pzp [dotyczy projektu zmiany ustawy Pzp, która została przyjęta jako ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych

innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – przyp. red.], z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych poniżej tzw. progów unijnych, jednakże z „wyeliminowaniem prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy).”

W okolicznościach niniejszej sprawy odwołanie dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej, a w istocie zaniechania wykluczenia wykonawcy, który tę ofertę złożył. Tymczasem, jak zostało wskazane wyżej, odwołanie nie przysługuje w sytuacji, w której zarzuty dotyczą zaniechania czynności lub nie odnoszą się bezpośrednio do statusu wykonawcy w postępowaniu (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp).

Art. 180 ust. 3

192. Sygn. akt: KIO 2822/13, Wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2014 r.

(...) Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne.

W treści odwołania odwołujący przytoczył niewłaściwe przepisy ustawy, stanowiące podstawę prawną zarzutów odwołania. Zamawiający nie naruszył w tym przypadku art. 7, art. 29, ani art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp. Jednakże w związku z powołanymi w odwołaniu okolicznościami faktycznymi, możliwe było zrekonstruowanie zarzutów odwołania i odniesienie ich do niezgodności treści oferty wybranej z treścią SIWZ. Prawidłową materialną podstawę dla rozpoznania zarzutów odwołania stanowił więc w tym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Natomiast błędy odwołującego we wskazaniu podstawy prawnej zarzutów, zwłaszcza w związku z faktem, iż odwołanie nie zostało sporządzone i wniesione przez profesjonalnego pełnomocnika, nie przekreśliły możliwości przyjęcia odwołania do rozpoznania i orzeczenia o zarzutach w nim podniesionych.

193. Sygn. akt: KIO 85/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

W tym miejscu Izba stwierdza, że zgodnie z treścią art. 180 ust 3 ustawy Pzp zarzut, co do jego podstawy faktycznej, jak i prawnej powinien być wyraźnie sformułowany, a mianowicie powinien wskazywać czynność zamawiającego, oraz przepis prawa, która dana czynność ma naruszać. Powołanie tylko czynności nie tworzy zarzutu, albowiem zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp zarzut to czynność faktyczna i przepis prawa, który skutkiem tej czynności [lub jej zaniechania] został naruszony.

Art. 182

194. Sygn. akt: KIO 2518/13, Wyrok KIO z dnia 12 listopada 2013 r.

Odnosząc się do zarzutu tajemnicy przedsiębiorstwa Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu Zamawiającego i uznania, że zarzut zaniechania udostępnienia Odwołującemu części oferty Przystępującego z uwagi na objęcie jej tajemnicą przedsiębiorstwa i naruszenia zasady jawności postępowania został podniesiony po terminie. Termin na zaskarżenie zaniechania udostępniania przez Zamawiającego do wglądu Odwołującego części oferty Przystępującego objętej tajemnicą przedsiębiorstwa rozpoczął swój bieg w przedmiotowej sprawie dopiero od momentu poinformo-

wania wykonawcy o zakończeniu czynności badania i oceny ofert, tj. od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Od tego momentu bowiem Odwołujący - w świetle art. 182 ust. 3 ustawy Pzp - mógł, przy dochowaniu należytej staranności, powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę zarzutu – nieudostępnienia części oferty Przystępującego i zaniechania odtajnienia elementów tej oferty. W tym dopiero momencie Zamawiający zakończył ostatecznie czynność badania i oceny ofert, w ramach której również prosił o złożenie wyjaśnień przez Przystępującego, jak i Odwołującego co do zasadności zastrzeżenia części ofert obydwu wykonawców. Wcześniej, w toku tych czynności Zamawiający samodzielnie nie informował wykonawców o ewentualnym zakończeniu tych czynności i obowiązku takiego wprost nie nakładają na niego w tym zakresie obowiązujące przepisy prawa. Stąd też dopiero informacja o wyniku postępowania kończąca ostatecznie czynność badania i oceny ofert w postępowaniu może wskazywać w sposób ostateczny i wiarygodny na określone, skarżone przez Odwołującego zaniechanie dokonania określonych czynności – odtajnienia części oferty Przystępującego. Oczekiwanie ze strony Zamawiającego, iż Odwołujący poprzez samo otwarcie ofert oraz czynność wezwania do złożenia wyjaśnień co do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jego ofercie poweźmie informację o zakończeniu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie konkurenta jest zbyt daleko idące i niedopuszczalne. Przepisy ustawy Pzp nie nakładają na Zamawiającego obowiązku dokonania weryfikacji oferty wykonawcy pod kątem prawidłowego zastrzeżenia w jej treści tajemnicy przedsiębiorstwa w konkretnym momencie postępowania, np. w dniu otwarcia ofert. Z tych też względów wywodzenie, że w tym właśnie momencie Zamawiający dokona tej czynności jest daleko idące i nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy, który pewność, iż Zamawiający zakończył czynność badania i oceny ofert, w tym ich weryfikację pod kątem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć dopiero po formalnym zakończeniu czynności badania i oceny ofert, chyba że Zamawiający wprost poinformuje wykonawców odrębnie o zakończeniu na wcześniejszym etapie tej czynności (weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), co jednak w tej sprawie nie miało miejsca.

195. Sygn. akt: KIO 2878/13, Wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2013 r.

Odnosnie zarzucanych Zamawiającemu zaniechań dotyczących niezamieszczenia pewnych informacji na jego stronie internetowej BIP, względnie nieprzekazania takich informacji wykonawcom, którym uprzednio przekazano s.i.w.z. – począwszy od ogłoszenia o zamówieniu, przez zwołanie zebrania wykonawców, aż do informacji zawierającej zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści s.i.w.z. oraz odpowiedzi na nie, czy też zmiany treści s.i.w.z. – nie ma żadnych wątpliwości, że Odwołujący nie wniósł odwołania w terminie 10 dni od dnia, w którym powziął wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do sformułowania w tym zakresie zarzutów. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero 16 grudnia 2013 r. Tymczasem z treści odwołania wynika, że zarówno ustne udzielenie indywidualnych wyjaśnień panu Andrzejowi K., jak również odmowa wydania mu referencji – miały mieć miejsce 14 listopada 2013 r. Z kolei nieformalne zebranie wykonawców, w którym mieli uczestniczyć przedstawiciele Odwołującego, miało się odbyć 15 listopada 2013 r. Biorąc pod uwagę, że 21 listopada 2013 r. upłynął termin składania ofert, nawet przy najkorzystniejszej dla Odwołującego interpretacji, najpóźniej od tej daty rozpoczął bieg 10-dniowy termin na skarżenie zaniechania dokonania przez Zamawiającego zmian treści s.i.w.z., względnie wyjaśnień

treści s.i.w.z., które odzwierciedliłyby informacje usłyszane przez Odwołującego 14 i 15 listopada 2013 r.

196. Sygn. akt: KIO 57/14, KIO 78/14, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2014 r.

Odwołanie wykonawcy (...) Sp. z o.o. można uznać także za złożone w terminie w zakresie braku zmiany ogłoszenia o zamówieniu. Zarzut ten dotyczy zaniechania czynności, zatem terminu na wniesienie odwołania nie liczy się od konkretnego dnia, w którym nastąpiło zdarzenie, lecz dnia, do którego powinno było nastąpić.

Biorąc pod uwagę, że zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzająca nowe warunki udziału w postępowaniu datowana jest na 24 grudnia 2013 r., po którym nastąpił okres świąteczno-noworoczny z dużą ilością dni wolnych od pracy oraz fakt, iż pomiędzy wysłaniem ogłoszenia przez zamawiającego a jego opublikowaniem mija kilka dni, Izba stwierdziła, że wykonawca miał prawo zakładać, że stosowne ogłoszenie zostanie opublikowane, a od 7 stycznia 2014 r. można zamawiającemu zarzucić zaniechanie w tym zakresie (przy tym 5 i 6 stycznia 2014 r. były dniami ustawowo wolnymi od pracy).

Art. 185 ust. 1-4

197. Sygn. akt: KIO 2463/13, Postanowienie KIO z dnia 29 października 2013 r.

Przystąpienie zostało zgłoszone faksem w dniu 24 października 2013 r., natomiast w przepisanej formie pisemnej wpłynęło dnia 25 października 2013 r., a więc z uchybieniem terminu ustanowionego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Niedopuszczenie wykonawcy (...) do udziału w postępowaniu odwoławczym wywołuje taki skutek, jakby zgłoszenie przystąpienia nie zostało złożone.

198. Sygn. akt: KIO 2734/13, Wyrok KIO z dnia 9 grudnia 2013 r.

O ile braki formalne odwołania (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 ustawy, jak i w trybie odpowiadającemu tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia [*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) – przyp. red.*] 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:

- 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.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby do końca dnia 2 grudnia 2013 r. Obowiązku pisemnego wniesienia przystąpienia nie można zastąpić sposobami komunikacji wykonawców z zamawiającym określonymi w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. drogą faksową lub elektroniczną za potwierdzeniem otrzymania, gdyż jedynie do kopii odwołania w art. 180 ust. 5 ustawy ustawodawca dopuścił możliwość przesłania kopii w trybie art. 27 ust. 2 ustawy. Przepis ten natomiast nie został wskazany przez ustawodawcę jako dopuszczalna forma wniesienia

przystąpienia ani w treści art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, ani w par. 7, zd. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

199. Sygn. akt: KIO 2952/13, Postanowienie KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał wykonawcy (...) w dniu 23 grudnia 2013 r. faksem. Wykonawca (...) potwierdził zaś fakt otrzymania ww. faksu. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 27 grudnia 2013 r. Ostatnim dniem 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia był dzień 26 grudnia 2013 r., który jest dniem ustawowo wolnym od pracy, zatem w świetle art. 105 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, termin na wykonanie czynności upływał dnia następnego. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero w dniu 30 grudnia 2013 roku (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma). Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane na pocztę w dniu 24 grudnia 2013 r. (stempel na kopercie), jednakże ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 24 grudnia 2013 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby.

200. Sygn. akt: KIO 5/14, Wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2014 r.

Izba oddaliła opozycję zamawiającego, gdyż uznała, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza się przystąpienie, jest inną, szerszą kategorią prawną, niż wymagany przez art. 179 ust. 1 Pzp interes w uzyskaniu danego zamówienia.

Institucja przystąpienia zbliżona jest do uczestnictwa w postępowaniu nieprocesowym. Dla uzyskaniu statusu interwenienta wystarczające jest w zasadzie, gdy wykonawca zainteresowany jest wynikiem sprawy. Dla uzyskania statusu przystępującego wystarczające zatem będzie zainteresowanie wynikiem sprawy, zgodnie ze stanowiskiem strony, do której zgłasza się przystąpienie. Pomimo tego, że X S.A. złożył w części III postępowania najdroższą ofertę, może on popierać odwołującego domagającego się odrzucenia oferty Konsorcjum Y.

201. Sygn. akt: KIO 72/14, Postanowienie KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

Izba ustaliła, że zgłoszenie wykonawcy (...) Sp. z o.o. zostało dokonane z uchybieniem formy, określonej w przepisie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, co skutkuje niedopuszczeniem zgłaszającego do niniejszego postępowania. Wykonawca doręczył zgłoszenie Prezesowi Izby *via fax*, a więc wbrew dyspozycji powołanego przepisu,

który stanowi, że zgłoszenie przystąpienia doręcza się w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

202. Sygn. akt: KIO 86/14, Postanowienie KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

Izba uznała bowiem, że zgłaszający przystąpienie nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, ponieważ nie zostały wypełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych. Po pierwsze, istnieją wątpliwości co do interesu zgłaszającego przystąpienie w rozstrzygnięciu postępowania na korzyść Zamawiającego w sytuacji, kiedy unieważnił on postępowanie, po drugie – przystąpienie może zgłosić jedynie wykonawca, natomiast w ocenie Izby (...) utraciła status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. (...)

Co do drugiej kwestii – braku statusu wykonawcy – Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 19 listopada 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza orzeczeniem o sygn. akt KIO 2507/13 unieważniła czynność polegającą na wyborze oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, a w uzasadnieniu wskazano, że oferta (...) jest niezgodna ze specyfikacją, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Zatem z orzeczenia KIO 2507/13 jednoznacznie wynika (strona 14 uzasadnienia), że oferta (...) Sp. z o.o. podlega odrzuceniu.

(...) Sp. z o.o., zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego, był Przystępującym skutecznie dopuszczonym do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2507/13.

(...) nie kwestionowała przywołanego orzeczenia (żaden z uczestników postępowania nie złożył skargi), a zatem nie broniła swojego statusu wykonawcy w postępowaniu. Ponieważ na dzień rozpatrywania statusu zgłaszającego przystąpienie w niniejszym postępowaniu odwoławczym orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 2507/13 jest prawomocne, nie można – w ocenie składu orzekającego - twierdzić, że obecnie zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego ma nadal status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego.

W konsekwencji Izba uznała, że zgłaszający w niniejszym postępowaniu odwoławczym przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 23 stycznia 2014 r. nie mógł przystąpić skutecznie do postępowania odwoławczego, ponieważ utracił status wykonawcy w postępowaniu.

203. Sygn. akt: KIO 79/14, Postanowienie KIO z dnia 30 stycznia 2014 r.

Izba ustaliła, że w dniu 20 stycznia 2014 roku wpłynęło w formie korespondencji e-mailowej pismo, w którym przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (...). Zgodnie z art. 185 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Wykonawca oświadczył, że powziął informację o złożonym odwołaniu w dniu 17 stycznia 2014 roku. W aktach sprawy znajduje się także oświadczenie Zamawiającego, że przesłał kopię odwołania w dniu 17 stycznia 2014 roku. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 20

stycznia 2014 roku. Wykonawca w dniu 20 stycznia 2014 roku przesłał zgłoszenie przystąpienia w formie e-mail. Przystąpienie wniesione w tej formie nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Ustalono także, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie przewidzianej w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 21 stycznia 2014 roku. Izba stwierdziła, że wniesione w dniu 21 stycznia 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie (...) zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

204. Sygn. akt: KIO 223/14, Wyrok KIO z dnia 20 lutego 2014 r.

Zamawiający również zgłosił opozycję przeciwko zgłoszonemu przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przez Konsorcjum: X. W uzasadnieniu podniósł, że podmiot ten z uwagi na brak wniesienia prawidłowego wadium został z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Od czynności wykluczenia nie wniósł odwołania, a ponadto dąży jedynie do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 i swoją szansę upatruje w nowym postępowaniu.

Izba uwzględniła opozycję, gdyż zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 Pzp przystąpienie zgłosić może tylko podmiot będący wykonawcą - zgodnie z przepisem art. 2 pkt 11 Pzp. Natomiast Konsorcjum X utraciło status wykonawcy, gdyż zostało z postępowania prawomocnie wykluczone (upłynął termin na wniesienie odwołania).

Art. 186

205. Sygn. akt: KIO 2313/13, Wyrok KIO z dnia 11 października 2013 r.

Istota instytucji opisanej w art. 186 ust. 2 pzp sprowadza się do tego, że następuje zakończenie postępowania odwoławczego bez rozpoznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołania. Izba formalnie umarza postępowanie odwoławcze wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości merytorycznych zarzutów odwołania. Izba nie ma możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże zatem Izbę, niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może – co do zasady – stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to *sui generis* przepis proceduralny, związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący *stricte* czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 186 ust. 2 pzp, nie przesądza zatem o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania innych zawartych w nim zarzutów.

206. Sygn. akt: KIO 2480/13, Wyrok KIO z dnia 5 listopada 2013 r.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Wskazany przepis stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania Izba umarza postępowanie odwoławcze, jeśli do niego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Przepis ten stanowi też, że w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważniana czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis znajduje się w dziale VI ustawy Pzp i jako taki ma charakter procesowy, tj. odnosi się do postępowania związanego z wnoszeniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach ustawy Pzp, a w tym przypadku do odwołania. Regulacja zawarta w tym przepisie ustawy Pzp wskazuje, jak należy postąpić z odwołaniem, którego zarzuty w całości uwzględnił zamawiający, a żaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Ustawodawca przewidział, że w takiej sytuacji Izba umarza postępowanie odwoławcze nie rozpoznając zarzutów odwołania, a zamawiający powinien wykonać, bądź powtórzyć określone czynności w postępowaniu, ewentualnie je unieważnić, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania powinno więc skutkować wykonaniem określonych czynności w postępowaniu określonych żądaniem odwołania. Powyższa regulacja – jak wskazano powyżej – jest jednak regulacją o charakterze procesowym, a nie materialnym. Oznacza to, że zamawiający, wykonując określone czynności, których dokonania wykonawca domagał się w uwzględnionym odwołaniu, może liczyć na określony skutek procesowy przewidziany w dziale VI ustawy Pzp. Zamawiający zatem może liczyć na to, że ewentualne odwołanie wniesione na czynności wykonane przez niego zgodnie z żądaniem odwołania nie będzie rozpoznawane przez Izbę, gdyż – stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp – będzie ono podlegało odrzuceniu. Zamawiający, podejmując w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone czynności polegające na dokonaniu, powtórzeniu, czy unieważnieniu określonych czynności – i to tak w wyniku uwzględnienia przez siebie zarzutów odwołania, jak i w normalnym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – powinien przede wszystkim mieć na uwadze zgodność swoich działań z materialnymi regulacjami ustawy Pzp, tj. przepisami działu I (przepisy ogólne) i działu II (przepisy *stricte* odnoszące się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) oraz ewentualnie działu III ustawy Pzp (przepisy szczególne). Jeśli nawet zamawiający formalnie uwzględni odwołanie przywołany przepis ustawy Pzp (art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp) nie zobowiązuje go do podjęcia określonych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekiwanych przez odwołującego się wykonawcę, jeśli czynności te prowadziłyby do naruszenia materialnych przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewykonanie czynności związanych z żądaniem uwzględnionego przez zamawiającego odwołania wiąże się dla zamawiającego z jednym negatywnym skutkiem – możliwością przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej bowiem sytuacji czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego. U podstaw takiego wyводу i interpretacji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp leży przede wszystkim okoliczność, iż obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie wskazują na obowiązek badania przez Izbę prawidłowości – zgodności z materialnymi

przepisami ustawy Pzp – czynności zamawiającego polegającej na uwzględnieniu odwołania. Izba w przypadku uwzględniania w całości zarzutów odwołania jedynie umarza postępowanie odwoławcze, nie oceniając tak zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, jak i zasadności ich uwzględnienia przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania stwierdzić należało, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględniając odwołanie Odwołującego z dnia 22 sierpnia 2013 r., nie miał materialnoprawnego obowiązku dokonać czynności wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, choć zapowiedzią dokonania tych czynności było formalne uwzględnienie przez niego w całości zarzutów odwołania z dnia 22 sierpnia 2013 r. Dokonując ponownie czynności w postępowaniu po uwzględnieniu wskazanego odwołania, wykonał je odmienne od zapowiedzi zawartych w uwzględnieniu odwołania. Powyższe skutkuje dla Zamawiającego koniecznością oceny prawidłowości dokonania tych nowych czynności w postępowaniu przez Izbę w trybie wniesionego aktualnie przez Odwołującego odwołania. Samo formalne jedynie potwierdzenie przez Izbę, że Zamawiający nie wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 22 sierpnia 2013 r. nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, a jedynie wywołuje skutek formalnoprawny w postaci możliwości rozpoznania merytorycznego zarzutów nowego odwołania przez Izbę dotyczącego czynności wykonanych przez Zamawiającego po uwzględnieniu pierwotnego odwołania.

207. Sygn. akt: KIO 18/14, Postanowienie KIO z dnia 20 stycznia 2014 r.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający wyraził w piśmie z 10 stycznia 2014 r. w sposób niebudzący wątpliwości wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku 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.

208. Sygn. akt: KIO 132/14, Postanowienie KIO z dnia 4 lutego 2014 r.

Dla wywarcia skutku procesowego w postaci umorzenia postępowania odwoławczego, konieczne jest uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu. Dalsze czynności, jakie zamawiający podejmie w związku z uwzględnieniem zarzutów, pozostają bez znaczenia dla ustalenia przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

209. Sygn. akt: KIO 189/14, Wyrok KIO z dnia 25 lutego 2014 r.

(...) podkreślenia wymaga, że zamawiający jest związany dyspozytywną czyn-

nością uwzględnienia zarzutów odwołania, przy czym winien wykonać w ramach tego uwzględnienia czynności w zakresie i granicach, jakie stawiają przepisy prawa i jakie są dopuszczalne w ustalonym stanie faktycznym. Jakkolwiek bowiem czynności zamawiającego są czynnościami zmierzającymi do ukształtowania stosunku cywilnoprawnego – zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, to czynności te nie są pozostawione pełnej swobodzie i niezależności podmiotu, jakim jest zamawiający, charakterystycznej dla sfery stosunków cywilnoprawnych. Postępowanie o zamówienie publiczne rządzi się bowiem rygoryzmem i podporządkowane jest zasadom o bezwzględnym charakterze, nie podlegającym pełnej dyspozycji podmiotu obowiązanej do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada swobody kontraktowania wyrażona w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, w tym dowolność w wyborze kontrahenta, z którym zawarta zostanie umowa doznają w postępowaniu o zamówienie publiczne ograniczenia, które wynika z zasad gospodarki finansowej jednostki sektora finansów publicznych oraz postępowania o zamówienie publiczne, jak i brzmienia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem zamawiający nie ma pełnej swobody w zakresie procesu decyzyjnego co do tego, z którym wykonawcą zawrze umowę, czy wykluczy tego wykonawcę, bądź odrzuci jego ofertę – związany jest w tej mierze przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, i do każdej z tego rodzaju czynności musi mieć podstawę wyraźnie z tych przepisów wynikającą, szczególnie, gdy miałyby to dotyczyć odrzucenia oferty albo wykluczenia wykonawcy, co do których przepisy enumeratywnie wyznaczają podstawy tej czynności.

Przeciwnie rozumowanie oznaczałoby, że zamawiający uwzględniając zarzuty obowiązany jest wykonać żądania niezależnie od ich prawnej dopuszczalności, jak i tego, czy pozostają w jakimkolwiek związku z podniesionymi i uwzględnionymi zarzutami.

Art. 187 ust. 8

210. Sygn. akt: KIO 244/14, Postanowienie KIO z dnia 27 lutego 2014 r.

Izba nie przyznała wnioskowanych kosztów na rzecz zamawiającego z uwagi na okoliczność, iż rozporządzenie w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. (Dz. U. Nr 41, poz. 248) – przyp. red.*] nie przewiduje w sytuacji cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy zasądzenia na rzecz zamawiającego kosztów, o których mowa w § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, w przeciwieństwie do sytuacji, w której odwołujący cofa odwołanie po otwarciu rozprawy, o której to sytuacji mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b ww. rozporządzenia.

Art. 189 ust. 2 pkt 2

211. Sygn. akt: KIO 2996/13, Wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2014 r.

W tak ustalonych okolicznościach Izba uznała, że nie może być wątpliwości, że jednoznacznym celem i zamiarem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia było wspólne wniesienie odwołania. Wywodzenie z treści każdego z osobno złożonych pełnomocnictw, że nie mogły upoważniać do działania w imieniu konsorcjum byłoby nadmiernym formalizmem (nie było żadnych wątpliwości co do tego, że obaj wykonawcy wspólnie złożyli ofertę, pełnomocnictwo jest oświadczeniem woli, które powinno być interpretowane zgodnie z intencją mocodawcy); tak jak i nadmiernym formalizmem byłoby uznanie, że co najmniej jedno ze złożonych odwołań było nieopłacone – Odwołujący jednoznacznie zmierzał do złożenia jednego odwołania, i od jego wniesienia został uiszczony wpis. „Uzupełnienie odwołania” z dnia 30 grudnia 2013 r. zostało wniesione w terminie do wniesienia odwołania, więc nie ma powodów, aby uznać je za wniesione z uchybieniem terminu.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

212. Sygn. akt: KIO 49/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego, zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie, o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. W ocenie Izby przywołane przez zamawiającego okoliczności faktyczne w postaci niezłożenia pełnomocnictwa podpisanego przez jednego z członków konsorcjum Pana Łukasza G. i niepodania szczegółowych danych teled adresowych odwołującego nie stanowiły przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, lecz przesłankę do zastosowania procedury wezwania do usunięcia braków formalnych zgodnie z art. 187 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [(Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 964) – *przyp. red.*]. Brak było także podstaw do zwrotu odwołania bez wypełnienia procedury wezwania do uzupełnienia braków formalnych odwołania. Wezwanie w powyższym zakresie zostało dokonane postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2014 r. W wezwaniu tym Prezes Izby zażądał przesłania w terminie 3 dni pełnomocnictwa dla osoby reprezentującego odwołującego, udzielonego przez Firmę Wielobranżową Łukasz G. oraz pisma zawierającego dane teled adresowe odwołującego. W następstwie wezwania odwołujący złożył w wymaganym terminie pełnomocnictwo z 13 stycznia 2014 r., potwierdzające w prawidłowy sposób umocowanie do wniesienia odwołania w imieniu trzeciego członka konsorcjum - Pana Łukasza G. Pełnomocnik oznaczył również w sposób prawidłowy odwołującego wskazując, że odwołującym jest Mirosław G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w N., Kazimierz K., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych w T., Łukasz G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa w G. Art. 189 ust. 2 pkt 3.

213. Sygn. akt: KIO 2567/13, Postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2013 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 odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana odwołującemu w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy w dniu 23 października 2013 r. (co sam odwołujący przyznał w odwołaniu). Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem dnia 2 listopada 2010 r. (sobota – 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 4 listopada 2013 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 odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie Pzp). 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 Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie, które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 4 listopada 2013 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 wystania 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.

214. Sygn. akt: KIO 136/14, Postanowienie KIO z dnia 31 stycznia 2014 r.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw [(Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – *przyp. red.*] nie wiąże żadnych skutków z nadaniem odwołania w placówce operatora publicznego ani z nadaniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu.

Po rzeczowej nowelizacji, dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach Prawa zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy Prawa zamówień publicznych w dotychczasowym brzmieniu [sprzed nowelizacji] wyraźnie stanowiły iż „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” [art. 184 ust. 2 zd. drugie ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji]. Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Potwierdzeniem słuszności powyżej zaprezentowanej interpretacji jest odmienne od regulacji dotyczącej terminu na wniesienie odwołania, uregulowanie tego terminu na wniesienie skargi do Sądu, gdzie kwestia dotrzymania terminu do wniesienia skargi na orzeczenie Izby związana jest z jej złożeniem w placówce pocztowej operatora publicznego, co zostało wyraźnie w ustawie przewidziane [art. 198b ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych po nowelizacji]. Powyższe oznacza, że ustawodawca dla skutecznego wniesienia odwołania zastrzegł wyraźnie doręczenie odwołania w ustawowym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Prezentowane stanowisko spotkało się także z aprobatą sądów okręgowych, co znalazło odzwierciedlenie w następujących wyrokach: wyrok z dnia 16 września 2010 r. Sądu Okręgowego w Katowicach, sygn. akt XIX Ga 302/10, wyrok z dnia 21 września 2011 r. Sądu Okręgowego w Gorzowie Wlkp., sygn. akt V Ca 226/10, wyrok z dnia 26 listopada 2011 r. Sądu Okręgowego w Łodzi, sygn. akt X Ga 311/10.

Art. 190 ust. 1 - 3**215. Sygn. akt: KIO 2619/13, Wyrok KIO z dnia 21 listopada 2013 r.**

(...) na odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, czemu odwołujący, zdaniem Izby, nie sprostał. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontrydiktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt V Ca 571/08, kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż „w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego”. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontrydiktoryjności. Izba wzięła pod uwagę to, że stroną odwołującą była spółka prawa handlowego, reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika i nie zdecydowała się na dopuszczenie z urzędu innych dowodów, które ewentualnie mogłyby doprowadzić do ustalenia spornej okoliczności. Konsekwencją nie sprostania przez odwołującego obowiązkowi wykazania spornej okoliczności faktycznej były ujemne konsekwencje procesowe, w postaci konieczności oddalenia odwołania. Wobec niepotwierdzenia się podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż oferta przystępującego nie podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ w zakresie wskazanym w odwołaniu.

216. Sygn. akt: KIO 2977/13, Wyrok KIO z dnia 15 stycznia 2014 r.

Jeżeli Odwołujący chciał skutecznie zakwestionować odrzucenie swojej oferty, winien w odwołaniu podać okoliczności wskazujące na to, że żadna z dwóch stwierdzonych przez Zamawiającego niezgodności z treścią s.i.w.z. nie zachodzi. Izba nie może zastępować Odwołującego w dociekanii, w jaki sposób uwzględnienie ukrytych wyjaśnień mogłoby wpłynąć na ocenę prawidłowości decyzji Zamawiającego. Tymczasem odwołanie skupia się wyłącznie na wykazaniu faktu złożenia w określonym przez Zamawiającego terminie wyjaśnień, a nie na tym, w jaki sposób ich treść miałyby usuwać wady oferty stwierdzone przez Zamawiającego. Z odwołania w żaden sposób nie wynika, w jaki sposób uwzględnienie tych wyjaśnień miałyby wpływać na wynik badania oferty Odwołującego przez Zamawiającego. Dobrym przykładem ogólnikowości w tym zakresie odwołania jest wniosek Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania na okoliczności w nim podniesione, ze szczególnym uwzględnieniem zaistnienia przesłanek obligujących Zamawiającego do pełnej oceny oferty w oparciu o załączone dokumenty. Co prawda do odwołania załączono pismo Odwołującego z 11 grudnia 2013 r., jednak odwołanie nie zawiera żadnej konkretnej okoliczności, którą miałyby ono potwierdzać, poza samym faktem wpłynięcia tego pisma do Zamawiającego w tej dacie.

217. Sygn. akt: KIO 85/14, Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r.

Izba – wobec powoływanych orzeczeń KIO – ponadto stwierdza, że wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania skład orzekający Izby nie jest związany innym orzeczeniem sądu czy Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w innej sprawie. Przywołane tezy z orzeczeń nie mogą być uznane za argumenty merytoryczne mające uzasadniać i udowadniać zasadność stanowiska strony, która się na daną tezę powołuje. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, intencjonalnie wybrane fragmenty uzasadnień wyroków KIO zawierających generalne tezy, z którymi na pewnym poziomie ogólności nie sposób się nie zgodzić, nie może być podstawą do rozstrzygnięcia Izby w konkretnej sprawie. Izba zwraca także uwagę, że zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp przedkładanie materiału dowodowego należy do stron i uczestników postępowania, a nie do organu orzekającego. Zatem to strony [i przystępujący wykonawca], pod rygorem negatywnych konsekwencji w wydanym przez Izbę orzeczeniu, powinny wskazywać okoliczności [dowody], mogące być podstawą rozstrzygnięcia.

218. Sygn. akt: KIO 175/14, KIO 179/14, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2014 r.

Tym samym zasadne jest stwierdzenie, że zarzut dotyczący niezgodności oferty (...) z treścią SIWZ zostały postawiony w oparciu o, jak piszą odwołujący, posiadaną przez nich wiedzę w tym zakresie. Dla możliwości uwzględnienia podniesionych zarzutów - zgodnie z ww. zasadami dowodzenia niezbędne jest, aby strona - w tym przypadku odwołujący, przedstawili dowody, które w sposób pewny potwierdzają zasadność podniesionych i opisanych zarzutów. To nie Izba ma wykazać, czy podnoszone zarzuty są zasadne czy nie, ale to odwołujący mieli obowiązek udowodnienia przed Izbą słuszności podnoszonych zarzutów. Konsekwencją nieudowodnienia podnoszonych zarzutów jest, jak to orzekł w wyroku Sąd Najwyższy z 2007-11-07 sygn. akt II CSK 293/07, zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. (...)

Odnosząc się do przedłożonych dowodów które stanowią wprost zrzuty ze stron internetowych, jak i założoną ekspertyzę, która jest sporządzona również w dużym zakresie w oparciu o takie informacje, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do tego, aby informacje zaczerpnięte ze stron internetowych, (nie wiadomo przez kogo zostały fragmentarycznie przetłumaczone), mogły stanowić dowód, w oparciu o który Izba mogłaby uwzględnić odwołania w zakresie zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty (...) z SIWZ. W tej materii istnieje bogate orzecznictwo zarówno sądów okręgowych jak i KIO gdzie prezentowana jest jednolite stanowisko, że informacje zamieszczone w Internecie nie posiadają cech dokumentu mogącego stanowić dowód w sprawie. Treści zawarte w Internecie nie mają charakteru wyczerpującego. W sprawie przywołać należy stanowisko zawarte w wyroku SO w Białymstoku z dnia 7.10.2009 roku sygn. akt II Ca 718/09, gdzie Sąd stwierdził, że informacje zamieszczone na stronach internetowych nie mogą stanowić jakiegokolwiek źródła odniesienia przy ocenie oferty, albowiem decydujące znaczenie mają oświadczenia wykonawców zawarte w treści skonkretyzowanej oferty przeanalizowane pod kątem treści SIWZ. Informacje zawarte w ulotkach, na stronach internetowych i innych publikacjach reklamowych nie mogą być dowodem w sprawie, gdyż nie mają mocy wiążącej.

Warto również przytoczyć stanowisko z orzeczenia KIO z dnia 10 maja 2012 roku (sygn. akt KIO 877/12), gdzie Izba uznała, że „niedopuszczalne jest stwierdzanie niezgodności oferty, wbrew jej treści, wyłącznie na podstawie informacji ze stron internetowych, które co do zasady mają charakter pogładowy, informacyjny, nieskierowany do konkretnego adresata – w przeciwieństwie do skonkretyzowanego, adresowanego do zamawiającego i wiążącego wykonawcę oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w złożonej ofercie”.

Art. 191 ust. 2**219. Sygn. akt: KIO 2427/13, Wyrok KIO z dnia 31 października 2013 r.**

Biorąc pod uwagę przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, pomimo potwierdzenia się dwóch zarzutów, skład orzekający Izby nie uwzględnił odwołania, uznając że stwierdzone naruszenia nie miały wpływu na wynik konkursu. Uwzględnione zarzuty dotyczyły bowiem dwóch prac sklasyfikowanych przez sąd konkursowy na miejscu 7 i 9, a zatem na miejscach, które nie mają żadnego wpływu na wynik konkursu, tj. przyznanie I nagrody i rekomendację pracy, której przyznano I nagrodę do realizacji (art. 123 ust. 1 ustawy Pzp). Co więcej, nawet gdyby wynik konkursu rozumieć szerzej i odnieść do wszystkich przewidzianych Regulaminem konkursu nagród i wyróżnień, to także wówczas stwierdzone naruszenia nie miały żadnego wpływu na wynik konkursu, ponieważ dotyczyły prac, którym nie przyznano ani nagród, ani wyróżnień (nagrody i wyróżnienie zostały przyznane pracom sklasyfikowanym na miejscach 1-5).

Art. 192 ust. 3**220. Sygn. akt: KIO 2844/13, Wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.**

Z uwagi na fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza uchyliła zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie i zamawiający zawarł umowę z przystępującym, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie i stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 192 ust. 7**221. Sygn. akt: KIO 2346/13, Wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r.**

(...) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując na dwie przyczyny. Po pierwsze, niezgodny z wymaganym przez Zamawiającego, sposób pakowania koreczków. Po drugie, brak oznaczenia wyrobu w języku polskim na opakowaniu jednostkowym. Tymczasem Odwołujący przedmiotem odwołania uczynił jedynie pierwszą ze wskazanych okoliczności. Kwestionowanie zaś drugiej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego na dalszym etapie postępowania należy uznać za nieskuteczne, bowiem z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, poza rozstrzygnięciem Izby pozostają zarzuty, które nie były przedmiotem odwołania. Skoro zaś na gruncie niniejszego postępowania, zarzut to substrat okoliczności faktycznych i prawnych to nie budzi wątpliwości, iż w niniejszej sprawie Odwołujący, który dopiero w toku postępowania odwoławczego podnosi argumentację dla odparcia twierdzenia Zamawiającego o niewłaściwym oznaczeniu wyrobu w języku polskim, z uwagi na powołany przepis, nie może uczynić tego skutecznie. To z kolei oznacza, że Odwołujący we wskazanym zakresie nie zakwestionował decyzji Zamawiającego i już chociażby z tej przyczyny odwołanie winno podlegać oddaleniu.

222. Sygn. akt: KIO 2732/13, KIO 2742/13, Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2013 r.

Granice zarzutów odwołania określone są przez okoliczności faktyczne i prawne dotyczące czynności lub zaniechań zamawiającego, wobec których jest wnoszone odwołanie. Tym samym nie jest dozwolone toczenie na rozprawie merytorycznego sporu dotyczącego okoliczności faktycznych lub prawnych, które nie były wskazane w informacji o czynności zamawiającego. Pogląd przeciwny prowadziłby do obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 192 ust. 7 Pzp oraz do zachwiania równości stron kontraktoryjnego postępowania odwoławczego. Odwołujący w toku rozprawy popiera zarzu-

ty odwołania, przedkłada dowody na ich poparcie oraz powinien być przygotowany na odparcie twierdzeń przeciwnych zamawiającego i przystępujących po jego stronie wyłącznie w odniesieniu do zarzutów odwołania, nie zaś do obrony swojej oferty w całości.

223. Sygn. akt: KIO 2715/13, KIO 2718/13, KIO 2726/13, Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.

Izba zaznacza na wstępie, że wszystkie sprawy rozpoznane zostały w granicach zarzutów zawartych w poszczególnych odwołaniach, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Za ugruntowane w orzecznictwie Izby należy uznać stanowisko, że poprzestanie na przywołaniu przepisu, którego naruszenie zarzuca się zamawiającemu, bez skonkretyzowania okoliczności prawnych i faktycznych wskazujących na jego naruszenie, nie jest wystarczające dla uznania zarzutu za skutecznie podniesiony. W konsekwencji, niezależnie od wymienienia na wstępie odwołania zarzutu naruszenia określonego przepisu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Okoliczności te mają decydujące znaczenie ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut. O ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. W konsekwencji Izba pominęła dowody dotyczące wyłącznie zarzutów podniesionych dopiero na rozprawie, a treść ustnych i pisemnych stanowisk zaprezentowanych w toku postępowania odwoławczego została wzięta pod uwagę jedynie w zakresie dodatkowej argumentacji na poparcie zarzutów, które były zawarte uprzednio w odwołaniu.

Art. 192 ust. 9 i 10

224. Sygn. akt: KIO 2979/13, KIO 2987/13, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2014 r.

Izba nie przyznała przystępującemu kosztów związanych z zastępstwem prawnym, gdyż możliwość taka istnieje wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni w całości zarzuty odwołania, rozpoznanie odwołania następuje w wyniku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego. Stanowią o tym art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 Pzp, § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Art. 196 ust. 1

225. Sygn. akt: KIO 119/14, Postanowienie KIO z dnia 4 lutego 2014 r.

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2010 Nr 48, poz. 280 i Dz. U. z 2013 r. poz. 232) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A
Aukcja elektroniczna – 13, 164, 165, 166, 167

B
Błąd w obliczeniu ceny – 141, 142, 143, 168, 179

C
Cena – 3, 4, 30, 73, 75, 100, 123, 127, 132, 133, 135, 136, 139, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 170, 171

– **brutto** – 160

– **jednostkowa** – 137, 160

– **rażąco niska** – 4, 71, 94, 132, 135, 137, 138, 139, 140, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 115, 145, 148, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 179, 180

– **ryczałtowa** – 115, 145, 148

– **sposób obliczenia** – 133, 160

Certyfikat – 112, 119

Ciężar dowodowy – 41, 43, 56, 71, 144, 146, 150, 152, 155, 192, 215

Czyn nieuczciwej konkurencji – 132, 133, 134, 135, 136

D
Dokumentacja projektowa – 35

Dokumenty – 46, 47, 59

– **podmiotowe** – 45, 46, 47, 48, 49, 50, 55

– **język** – 63

– **przedmiotowe** – 51, 52, 53, 61, 63, 66, 69, 91, 112, 118, 119, 128

– **uzupełnianie** – 31, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70

– **wyjaśnienia** – 43, 70

Dowody – 77, 128, 192, 215, 217, 218, 222, 223

F
Formularz ofertowy – 64, 99, 100, 104, 110, 111, 114, 125, 141

Fax – 62, 72, 198, 199, 201, 214

G
Gwarancja – 36
Grupa kapitałowa – 40, 44

H
Harmonogram – 129, 130

I
Interes: we wniesieniu środka ochrony prawnej – 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 191, 200

Interwencja uboczna – 200

K
Komisja przetargowa – 136, 167
Konkurs – 219

Konsorcjum – 29, 33, 44, 111, 211, 212

Kosztorys – 102, 104, 108, 110, 115, 117, 125, 137

Koszty – 210, 224

Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 32, 33, 34, 47

Krajowy Rejestr Sądowy (KRS) – 15, 67

Kryteria – 93, 133, 145, 160, 162, 163

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 170, 171, 177, 178, 181, 184

N
Należyta staranność – 39, 194

Należyte wykonanie zamówienia – 28

Normy – 83

Nieprawdziwe informacje – 39, 40, 41, 42

O
Odwołanie:
– **cofnięcie** – 210
– **oddalenie** – 185
– **odpowiedź** – 212
– **odrzućenie** – 180, 191, 212, 213
– **uwzględnienie przez zamawiającego** – 205, 206, 207, 208, 209
– **wniesienie** – 211, 213, 214

Oferta:
– **badanie i ocena** – 1, 6, 7, 8, 89, 97, 124, 126, 128, 154, 162, 167, 168, 169, 187, 194, 216
– **częściowa** – 134, 171, 184
– **najkorzystniejsza (wybór)** – 1, 7, 167, 170

- nieważna – 110, 111, 123
- odrzucenie – 92, 94, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 130, 131, 136, 137, 144, 146, 150, 151, 152, 158, 159, 161, 162, 167, 168, 169, 180, 183, 215, 216
- otwarcie – 136
- przygotowanie – 73, 74, 75
- treść – 52, 61, 91, 92, 108, 109, 110, 120, 127, 128, 129, 130, 131
- wyjaśnienie treści – 43, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 104, 111, 112, 121, 129, 216
- złożenie – 136
- zmiana – 3, 61, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 104, 106, 109, 129
- Ogłoszenie o zamówieniu** – 86, 90, 195, 196
- Omyłka:**
 - inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 95, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 123, 125, 141
 - pisarska – 98, 99
 - rachunkowa – 3, 100
- Opcje** – 74, 84
- Opozycja** – 200, 20
- Organizacja uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej** – 182
- Orzeczenie** – 225
- Oświadczenie:**
 - woli – 71, 72, 85, 95, 106, 107, 109, 110, 111, 116, 120, 123, 127, 128
 - wiedzy – 39, 42
- P**
- Pełnomocnictwo / Pełnomocnik** – 36, 65, 67, 111, 211, 212, 215
- Pilna potrzeba udzielenia zamówienia** – 90
- Pisemność** – 12, 13, 71, 72, 110, 111, 123, 150, 154, 197, 198, 201, 203
- Podatek VAT** – 3, 100, 125, 141, 142, 143
- Podmiot trzeci** – 54, 55, 56, 57, 58
- Podpis** – 45, 47, 64, 110, 111, 125, 164
- Podwykonawca** – 17
- Polisa** – 25, 26
- Postępowanie odwoławcze** – 8
- Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego** – 1, 6, 18
- przygotowanie – 35
- Potencjał:**
 - ekonomiczny (finansowy) – 24, 25, 26, 57, 58
 - kadrowy – 11, 23, 45, 158
- Próbka** – 118
- Przedmiot zamówienia** – 16, 18, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 83, 98, 102, 106, 131, 143, 163
- Przetarg ograniczony** – 35, 89, 90
- Przystąpienie/Przystępujący** – 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 224
- R**
- Referencje** – 19, 45, 48
- Roboty budowlane** – 117
- Rozprawa** – 210
- Równoważność** – 81, 82, 83, 103, 122
- Rzetelność** – 28
- S**
- Sąd Apelacyjny (SA)** – 144
- Sąd Najwyższy (SN)** – 1, 11, 218
- Sąd Okręgowy (SO)** – 88, 133, 140, 144, 150, 153, 155, 159, 214, 215, 218
- Solidarna odpowiedzialność** – 29, 57
- Specyfikacja** – 12, 21, 73, 74, 75, 76, 79, 80, 82, 85, 86
 - modyfikacja – 85, 86, 196
 - zapytania i wyjaśnienia – 75, 107, 195
- Spółka komandytowa** – 33, 34
- Spółka komandytowo-akcyjna** – 32, 33, 34
- Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** – 33, 34
- Sprzeciw** – 224
- Szkoda** – 177, 178, 180, 181, 182, 184
- Ś**
- Środki ochrony prawnej** – 13, 89, 176, 177, 180, 181, 182, 187, 189, 190, 191, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206
- Świadczenia złożone** – 142, 143
- T**
- Tajemnica przedsiębiorstwa** – 9, 10, 11, 155, 169, 194
- Termin** – 38
 - odwołanie – 89, 194, 195, 196, 211, 213, 214
 - realizacji zamówienia – 79, 94, 129

- składania ofert – 14, 87, 90, 136, 173
- związania ofertą – 38, 72, 136, 174, 175
- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości)** – 142, 144, 150, 153
- U**
- Umorzenie postępowania** – 205, 206, 207, 208
- Umowa:**
 - nieważność – 172, 173
 - uchylanie się od zawarcia umowy – 174
 - uchylony zakaz zawarcia umowy – 220
 - wzór – 74, 130
 - zawarcie – 1, 8, 174
- Unieważnienie postępowania** – 1, 7, 86, 170, 171, 172, 173, 177, 178, 181, 184, 202
- Uprawnienia** – 15, 23, 50
- Usługi** – 2, 14, 19, 142, 143
 - niepriorytetowe – 14
 - telekomunikacyjne – 79
 - żywienia – 18
- W**
- Wadium** – 29, 36, 37, 38, 87, 88, 204
- Wartość zamówienia** – 19, 190, 213
- Warunki udziału w postępowaniu** – 1, 2, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 41, 43, 48, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 68, 81, 86, 89, 173
- Wiedza i doświadczenie** – 2, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 28, 45, 48, 50, 55, 56, 60, 81
- Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu** – 89
- Wykluczenie wykonawcy** – 30, 35, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 68, 89
- Wykładnia:**
 - celowościowa – 89
 - funkcjonalna – 89
 - systemowa – 89
- Wynik postępowania** – 13, 42, 167, 194
- Wykonawca** – 33, 49
- Z**
- Zamówienia:**
 - sektorowe – 58, 84
 - uzupełniające – 74, 84
- Zamówienie z wolnej ręki** – 84, 90
- Zarzuty** – 5, 94, 180, 183, 189, 190, 192, 193, 205, 206, 209, 218, 219, 221, 222, 223
- Zasady udzielania zamówień publicznych:**
 - jawności – 10, 11, 12, 89
 - języka polskiego – 63
 - pisemności – 12, 13, 89
 - równego traktowania – 3, 4, 5, 12, 21, 44, 50, 85, 162, 173
 - uczciwej konkurencji – 3, 4, 5, 12, 21, 35, 50, 76, 77, 78, 79, 80, 85
- Zaświadczenie:**
 - US – 46, 47
 - z Ewidencji Działalności Gospodarczej – 31, 49
- Za zgodność z oryginałem** – 46, 47, 62, 69
- Zdolność kredytowa** – 24
- Ż**
- Żądania** – 180, 206, 209

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, 4, 5, 7, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 49, 50, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 129, 130, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 165, 166, 167, 168, 170, 172, 173, 174, 175, 177, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224
- 2) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121) – 7, 36, 37, 38, 39, 61, 65, 71, 88, 107, 110, 111, 123, 127, 150, 155, 160, 192, 199, 209
- 3) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.) – 182
- 4) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 10, 11, 133, 134, 135, 136
- 5) Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2013 r. poz. 932 ze zm.) – 23
- 6) Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 385) – 141
- 7) Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 125 poz. 874 ze zm.) – 50
- 8) Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 125 poz. 874 ze zm.) – 112
- 9) Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 138 poz. 935 ze zm.) – 33
- 10) Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) – 143
- 11) Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.) – 31, 133
- 12) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) – 47, 154
- 13) Ustawa z dnia 18 marca 2008 o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 63, poz. 394) – 23
- 14) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 170, 191, 214
- 15) Ustawa z dnia 5 kwietnia 2013 o zmianie ustawy o transporcie

- drogowym oraz ustawy o czasie pracy kierowców (Dz. U. z 2012 r. poz. 567) – 50
- 16) Ustawa z dnia 9 maja 2014 o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915) – 141
- 17) Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 1-113) – 58, 86, 89
- 18) 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) – 57, 58, 86, 89, 144
- 19) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – 52, 61
- 20) 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) – 210, 224
- 21) 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) – 198, 212, 225
- 22) 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) – 17, 19, 20, 33, 46, 47, 49, 52, 55, 56, 61, 62, 69.