

URZĄD ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 18

WARSZAWA, grudzień 2014

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH ZESZYT NR 18

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Małgorzata Stręciwilk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)
Izabela Niedziałek - Bujak (Krajowa Izba Odwoławcza)
dr Izabela Rzepkowska (Urząd Zamówień Publicznych)

pod kierownictwem
Małgorzaty Stręciwilk

Opracowanie techniczne:
Małgorzata Stręciwilk

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 991/14, KIO 1001/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.	15
Art. 7 ust. 1	15
2. Sygn. akt: KIO 969/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.....	15
3. Sygn. akt: II Ca 373/12, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r.....	15
4. Sygn. akt: V Ga 106/12, Wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r.	16
Art. 8	16
5. Sygn. akt: KIO 594/14, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r.....	16
Art. 14	18
6. Sygn. akt: KIO 991/14, KIO 1001/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.....	18
Art. 15	18
7. Sygn. akt: V Ca 1599/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 28 września 2012 r.....	18
Art. 15a	19
8. Sygn. akt: V Ca 3341/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 19 marca 2013 r.....	19
9. Sygn. akt: V Ca 3443/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2013 r.	21
Art. 22 ust. 1 pkt 1	22
10. Sygn. akt: KIO 510/14, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r.....	22
Art. 22 ust. 1 pkt 4	23
11. Sygn. akt: KIO 274/14, Wyrok KIO z dnia 3 marca 2014 r.....	23
12. Sygn. akt: KIO 1097/14, KIO 1104/14, Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r.....	24
Art. 22 ust. 4	24
13. Sygn. akt: KIO 395/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r.....	24
14. Sygn. akt: KIO 501/14, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r.....	25
15. Sygn. akt: KIO 938/14, Wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2014 r.....	25
Art. 23	26
16. Sygn. akt: KIO 278/14, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2014 r.....	26
17. Sygn. akt: IX Ga 39/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 19 marca 2012 r.....	26
Art. 24 ust. 1 pkt 4 – 11	27
18. Sygn. akt: KIO 482/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.....	27
19. Sygn. akt: KIO 493/14, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2014 r.....	28
20. Sygn. akt: KIO 831/14, Wyrok KIO z dnia 26 maja 2014 r.....	30
21. Sygn. akt: KIO 1028/14, KIO 1029/14, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r.....	31
22. Sygn. akt: X Ga 205/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 25 maja 2012 r.....	31

23. Sygn. akt: II Ca 680/12, Wyrok SO w Kaliszu z dnia 21 lutego 2013 r.....	33
24. Sygn. akt: XXIII Ga 683/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 maja 2013 r.....	34
Art. 24 ust. 2 pkt 1	35
25. Sygn. akt: KIO 983/14, Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2014 r.....	35
26. Sygn. akt: VI Ga 8/13, Wyrok SO w Legnicy z dnia 12 marca 2013 r.....	36
Art. 24 ust. 2 pkt 3	36
27. Sygn. akt: KIO 391/14, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r.....	36
28. Sygn. akt: KIO 395/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r.....	37
29. Sygn. akt: KIO 757/14, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2014 r.....	38
30. Sygn. akt: KIO 1048/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r.....	38
31. Sygn. akt: KIO 1053/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.....	39
32. Sygn. akt: KIO 1071/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.....	40
33. Sygn. akt: IV Ca 683/12, Wyrok SO w Warszawie - Pradze z dnia 19 lipca 2012 r.....	41
34. Sygn. akt: VI Ga 134/12, Wyrok SO w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r.....	42
Art. 24 ust. 2 pkt 5	43
35. Sygn. akt: KIO 460/14, KIO 463/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.....	43
36. Sygn. akt: KIO 1181/14, KIO 1182/14, KIO 1183/14, KIO 1194/14, KIO 1195/14, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r.....	44
Art. 24 ust. 2a	45
37. Sygn. akt: KIO 1111/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	45
Art. 24b	46
38. Sygn. akt: KIO 1028/14, KIO 1029/14, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r.....	46
Art. 25 ust. 1 pkt 1	47
39. Sygn. akt: KIO 795/14, Wyrok KIO z dnia 7 maja 2014 r.....	47
40. Sygn. akt: KIO 969/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.....	47
41. Sygn. akt: KIO 1048/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r.....	48
42. Sygn. akt: KIO 1071/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.....	48
43. Sygn. akt: KIO 1083/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	49
44. Sygn. akt: KIO 1028/14, KIO 1029/14, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r.....	50
45. Sygn. akt: XIX Ga 460/12, Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 sierpnia 2012 r.....	51
46. Sygn. akt: VIII Ga 137/12, Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r.....	53
47. Sygn. akt: XII Ga 580/12, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r.....	54
Art. 25 ust. 1 pkt 2	55
48. Sygn. akt: KIO 1051/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r.....	55
49. Sygn. akt: KIO 293/14, KIO 294/14, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r.....	56

Art. 26 ust. 2b	56
50. Sygn. akt: KIO 383/14, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r.....	56
51. Sygn. akt: KIO 460/14, KIO 463/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.....	57
52. Sygn. akt: KIO 482/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.....	58
53. Sygn. akt: KIO 715/14, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r.....	59
54. Sygn. akt: KIO 707/14, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2014 r.....	61
55. Sygn. akt: KIO 851/14, Wyrok KIO z dnia 13 maja 2014 r.....	62
56. Sygn. akt: KIO 1187/14, Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2014 r.....	63
57. Sygn. akt: XII Ga 73/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2012 r.....	64
58. Sygn. akt: V Ca 147/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2012 r.....	64
59. Sygn. akt: X Ga 128/12, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 24 września 2012 r.....	64
Art. 26 ust. 3	65
60. Sygn. akt: KIO 340/14, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2014 r.....	65
61. Sygn. akt: KIO 278/14, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2014 r.....	65
62. Sygn. akt: KIO 532/14, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r.....	66
63. Sygn. akt: KIO 649/14, KIO 655/14, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r.....	67
64. Sygn. akt: KIO 892/14, Wyrok KIO z dnia 16 maja 2014 r.....	67
65. Sygn. akt: KIO 908/14, Wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r.....	67
66. Sygn. akt: KIO 921/14, Wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r.....	68
67. Sygn. akt: KIO 1083/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	68
68. Sygn. akt: KIO 1147/14, Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2014 r.....	69
69. Sygn. akt: V Ca 895/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 czerwca 2012 r.....	69
Art. 26 ust. 4	69
70. Sygn. akt: KIO 537/14, KIO 599/14, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.....	69
Art. 29 ust. 1 i 2	70
71. Sygn. akt: KIO 329/14, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2014 r.....	70
72. Sygn. akt: KIO 398/14, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2014 r.....	70
73. Sygn. akt: KIO 809/14, Wyrok KIO z dnia 7 maja 2014 r.....	71
74. Sygn. akt: KIO 1099/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	71
75. Sygn. akt: XII Ga 152/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r.....	72
76. Sygn. akt: XXIII Ga 2137/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2013 r.....	73
77. Sygn. akt: V Ca 2948/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 18 lutego 2013 r.....	74
Art. 36 ust. 1 pkt 4	75
78. Sygn. akt: KIO 1081/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.....	75

Art. 36 ust. 1 pkt 11	76
79. Sygn. akt: KIO 1074/14, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2014 r.....	76
Art. 36b	77
80. Sygn. akt: V Ca 147/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2012 r.....	77
Art. 38	79
81. Sygn. akt: KIO 1099/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	79
Art. 45	79
82. Sygn. akt: KIO 484/14, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2014 r.....	79
83. Sygn. akt: KIO 579/14, Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.....	80
84. Sygn. akt: KIO 641/14, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r.....	81
85. Sygn. akt: KIO 1073/14, KIO 1088/14, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2014 r.....	81
86. Sygn. akt: VIII Ga 65/12, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 6 marca 2012 r.....	83
87. Sygn. akt: XIII Ga 379/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 21 września 2012 r.....	84
Art. 46 ust. 3	84
88. Sygn. akt: KIO 987/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.....	84
Art. 46 ust. 4a	84
89. Sygn. akt: KIO 1026/14, KIO 1034/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r.....	84
90. Sygn. akt: XIX Ga 460/12, Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 sierpnia 2012 r.....	85
Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a	85
91. Sygn. akt: KIO 529/14, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r.....	85
Art. 84	87
92. Sygn. akt: XIX Ga 160/12, Wyrok SO w Katowicach z dnia 17 kwietnia 2012 r.....	87
Art. 87 ust. 1	87
93. Sygn. akt: KIO 479/14, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2014 r.....	87
94. Sygn. akt: KIO 784/14, Wyrok KIO z dnia 14 maja 2014 r.....	88
95. Sygn. akt: KIO 950/14, Wyrok KIO z dnia 26 maja 2014 r.....	88
Art. 87 ust. 2 pkt 3	88
96. Sygn. akt: KIO 354/14, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2014 r.....	88
97. Sygn. akt: KIO 431/14, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2014 r.....	90
98. Sygn. akt: KIO 460/14, KIO 463/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.....	92
99. Sygn. akt: KIO 793/14, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2014 r.....	92
100. Sygn. akt: KIO 996/14, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2014 r.....	93
101. Sygn. akt: KIO 1106/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.....	93
102. Sygn. akt: KIO 1115/14, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2014 r.....	94
103. Sygn. akt: KIO 1138/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	95

Art. 89 ust. 1 pkt 1	96
104. Sygn. akt: KIO 453/14, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2014 r.....	96
Art. 89 ust. 1 pkt 2	98
105. Sygn. akt: KIO 376/14, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r.....	98
106. Sygn. akt: KIO 575/14, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2014 r.....	99
107. Sygn. akt: KIO 754/14, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r.....	100
108. Sygn. akt: KIO 734/14, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r.....	100
109. Sygn. akt: KIO 992/14, KIO 1000/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.....	101
110. Sygn. akt: V Ca 1981/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 23 października 2012 r.....	102
111. Sygn. akt: II Ca 680/12, Wyrok SO w Kaliszu z dnia 21 lutego 2013 r.....	102
112. Sygn. akt: VII Ca 986/12, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 27 lutego 2013 r.....	103
Art. 89 ust. 1 pkt 3	104
113. Sygn. akt: KIO 309/14, Wyrok KIO z dnia 3 marca 2014 r.....	104
114. Sygn. akt: KIO 654/14, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.....	106
115. Sygn. akt: KIO 813/14, Wyrok KIO z dnia 7 maja 2014 r.....	107
Art. 89 ust. 1 pkt 4	109
116. Sygn. akt: KIO 510/14, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r.....	109
117. Sygn. akt: KIO 1049/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r.....	110
118. Sygn. akt: XII Ga 73/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2012 r.....	110
Art. 89 ust. 1 pkt 5	111
119. Sygn. akt: KIO 987/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.....	111
120. Sygn. akt: KIO 1053/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.....	112
Art. 89 ust. 1 pkt 6	112
121. Sygn. akt: X Ga 271/12, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 14 czerwca 2012 r.....	112
122. Sygn. akt: XXIII Ga 1442/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 listopada 2012 r.....	113
Art. 89 ust. 1 pkt 8	115
123. Sygn. akt: KIO 537/14, KIO 599/14, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.....	115
Art. 90 ust. 1 – 3	116
124. Sygn. akt: KIO 304/14, KIO 308/14, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r.....	116
125. Sygn. akt: KIO 327/14, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2014 r.....	118
126. Sygn. akt: KIO 382/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r.....	120
127. Sygn. akt: KIO 572/14, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.....	121
128. Sygn. akt: KIO 1056/14, KIO 1059/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.....	121
129. Sygn. akt: XII Ga 73/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2012 r.....	123
130. Sygn. akt: I Ca 117/12, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r.....	124

131. Sygn. akt: V Ga 106/12, Wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r.....	125
Art. 91 ust. 2	126
132. Sygn. akt: KIO 1056/14, KIO 1059/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.....	126
133. Sygn. akt: KIO 1150/14, Wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2014 r.....	126
134. Sygn. akt: X Ga 25/12, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 13 kwietnia 2012 r.....	127
Art. 91 ust. 3a	128
135. Sygn. akt: KIO 1153/14, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2014 r.....	128
Art. 91a - c	129
136. Sygn. akt: KIO 423/14, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2014 r.....	129
Art. 92	129
137. Sygn. akt: KIO 340/14, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2014 r.....	129
138. Sygn. akt: KIO 413/14, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2014 r.....	130
139. Sygn. akt: KIO 421/14, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2014 r.....	131
140. Sygn. akt: KIO 737/14, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r.....	131
141. Sygn. akt: KIO 866/14, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2014 r.....	132
142. Sygn. akt: KIO 946/14, Wyrok KIO z dnia 23 maja 2014 r.....	132
Art. 93 ust. 1 pkt 4	133
143. Sygn. akt: KIO 392/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r.....	133
Art. 93 ust. 1 pkt 6	134
144. Sygn. akt: KIO 293/14, KIO 294/14, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r.....	134
145. Sygn. akt: V Ca 1599/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 28 września 2012 r.....	135
Art. 93 ust. 1 pkt 7	136
146. Sygn. akt: V Ca 788/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 sierpnia 2012 r.....	136
Art. 93 ust. 1a	136
147. Sygn. akt: KIO 619/14, KIO 620/14, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r.....	136
Art. 96 ust. 3	138
148. Sygn. akt: KIO 1056/14, KIO 1059/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.....	138
Art. 139 ust. 1	139
149. Sygn. akt: KIO 283/14, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2014 r.....	139
150. Sygn. akt: KIO 380/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r.....	140
151. Sygn. akt: KIO 398/14, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2014 r.....	141
152. Sygn. akt: KIO 1023/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.....	141
Art. 172	142
153. Sygn. akt: KIO 1046/14, Wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2014 r.....	142
Art. 179 ust. 1	143
154. Sygn. akt: KIO 622/14, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2014 r.....	143

155. Sygn. akt: KIO 560/14, KIO 569/14, Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.....	144
156. Sygn. akt: KIO 719/14, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r.....	145
157. Sygn. akt: KIO 1042/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.....	146
158. Sygn. akt: KIO 1057/14, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2014 r.....	146
159. Sygn. akt: KIO 1083/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	146
160. Sygn. akt: KIO 1099/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	146
161. Sygn. akt: IX Ga 39/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 19 marca 2012 r.....	147
162. Sygn. akt: XII Ga 92/12, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r.....	147
Art. 180 ust. 2.....	148
163. Sygn. akt: KIO 1064/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.....	148
164. Sygn. akt: KIO 2904/13, Postanowienie KIO z dnia 23 grudnia 2013 r.....	149
Art. 180 ust. 5.....	149
165. Sygn. akt: X Ga 248/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 13 lipca 2012 r.....	149
Art. 182.....	150
166. Sygn. akt: KIO 341/14, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2014 r.....	150
167. Sygn. akt: KIO 839/14, Postanowienie KIO z dnia 16 maja 2014 r.....	150
168. Sygn. akt: KIO 1099/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	151
Art. 186.....	152
169. Sygn. akt: KIO 465/14, Postanowienie KIO z dnia 24 marca 2014 r.....	152
170. Sygn. akt: KIO 604/14, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r.....	153
171. Sygn. akt: KIO 537/14, KIO 599/14, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.....	154
172. Sygn. akt: KIO 641/14, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r.....	154
173. Sygn. akt: KIO 1040/14, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2014 r.....	155
174. Sygn. akt: VIII Ga 118/12, Postanowienie SO w Szczecinie z dnia 24 sierpnia 2012 r.....	156
175. Sygn. akt: IX Ga 329/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 12 października 2012 r.....	158
176. Sygn. akt: XII Ga 580/12, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r.....	158
Art. 187 ust. 3.....	159
177. Sygn. akt: KIO 431/14, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2014 r.....	159
178. Sygn. akt: KIO 440/14, Postanowienie KIO z dnia 26 marca 2014 r.....	160
179. Sygn. akt: X Ga 46/12, Postanowienie SO w Gliwicach z dnia 16 marca 2012 r.....	160
180. Sygn. akt: XXIII Ga 1372/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 października 2012 r.....	161
Art. 187 ust. 8.....	162
181. Sygn. akt: KIO 1129/14, Postanowienie KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.....	162
182. Sygn. akt: KIO 1113/14, Postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2014 r.....	162
183. Sygn. akt: KIO 1119/14, Postanowienie KIO z dnia 16 czerwca 2014 r.....	162

Art. 189 ust. 2 pkt 2	162
184. Sygn. akt: KIO 1106/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.....	162
Art. 189 ust. 2 pkt 3	163
185. Sygn. akt: KIO 584/14, Postanowienie KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.....	163
186. Sygn. akt: KIO 679/14, Postanowienie KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.....	164
187. Sygn. akt: KIO 1153/14, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2014 r.....	165
Art. 189 ust. 2 pkt 6	165
188. Sygn. akt: KIO 737/14, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r.....	165
189. Sygn. akt: KIO 1130/14, Postanowienie KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.....	167
Art. 189 ust. 2 pkt 7	168
190. Sygn. akt: KIO 309/14, Wyrok KIO z dnia 3 marca 2014 r.....	168
191. Sygn. akt: KIO 574/14, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r.....	168
192. Sygn. akt: KIO 597/14, Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.....	169
193. Sygn. akt: KIO 1060/14, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2014 r.....	169
194. Sygn. akt: KIO 1117/14, Postanowienie KIO z dnia 16 czerwca 2014 r.....	170
Art. 190 ust. 1 - 3	171
195. Sygn. akt: KIO 654/14, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.....	171
196. Sygn. akt: KIO 1060/14, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2014 r.....	171
197. Sygn. akt: KIO 1090/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.....	172
198. Sygn. akt: XII Ga 73/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2012 r.....	172
Art. 190 ust. 7	172
199. Sygn. akt: V Ca 895/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 czerwca 2012 r.....	172
200. Sygn. akt: V Ca 147/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2012 r.....	173
201. Sygn. akt: IX Ga 281/12, Wyrok SO w Lublinie z dnia 24 sierpnia 2012 r.....	173
202. Sygn. akt: II Ca 680/12, Wyrok SO w Kaliszu z dnia 21 lutego 2013 r.....	174
Art. 191 ust. 3	175
203. Sygn. akt: KIO 1128/14, Postanowienie KIO z dnia 16 czerwca 2014 r.....	175
Art. 192 ust. 2	175
204. Sygn. akt: KIO 626/14, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r.....	175
Art. 192 ust. 7	175
205. Sygn. akt: KIO 293/14, KIO 294/14, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r.....	175
206. Sygn. akt: KIO 1038/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.....	176
207. Sygn. akt: I Ca 117/12, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r.....	177
208. Sygn. akt: XII Ga 92/12, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r.....	178
209. Sygn. akt: XXIII Ga 2137/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2013 r.....	178

Art. 192 ust. 9 i 10	178
210. Sygn. akt: KIO 960/14, KIO 961/14, Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2014 r.....	178
211. Sygn. akt: II Ca 523/12, Postanowienie SO w Bielsku-Białej z dnia 23 października 2012 r.....	179
212. Sygn. akt: XII Ga 517/11, Wyrok SO w Krakowie z dnia 22 listopada 2012 r.....	180
213. Sygn. akt: IX Ga 361/12, Wyrok SO w Lublinie z dnia 30 listopada 2012 r.....	182
214. Sygn. akt: XII Ga 73/13, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r.....	182
Art. 198a ust. 2	184
215. Sygn. akt: VII Ga 36/12, Postanowienie SO w Białymstoku z dnia 25 kwietnia 2012 r.....	184
216. Sygn. akt: XII Ga 379/12, Postanowienie SO w Krakowie z dnia 9 października 2012 r.....	184
217. Sygn. akt: X Ga 728/12, Postanowienie SO w Poznaniu z dnia 27 grudnia 2012 r.....	184
218. Sygn. akt: V CZ 49/12, Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2012 r.....	185
Art. 198b ust. 1	185
219. Sygn. akt: XXIII Ga 2137/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2013 r.....	185
Art. 198b ust. 2	185
220. Sygn. akt: VIII Ga 65/12, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 6 marca 2012 r.....	185
221. Sygn. akt: X Ga 88/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 3 kwietnia 2012 r.....	186
222. Sygn. akt: XXIII Ga 436/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 maja 2012 r.....	187
223. Sygn. akt: XXIII Ga 1372/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 października 2012 r.....	188
224. Sygn. akt: XXIII Ga 2118/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 7 stycznia 2013 r.....	189
Art. 198c	189
225. Sygn. akt: X Ga 25/12, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 13 kwietnia 2012 r.....	189
226. Sygn. akt: XIX Ga 508/12, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 11 września 2012 r.....	189
Art. 198e ust. 1	191
227. Sygn. akt: II Ca 420/12, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 29 czerwca 2012 r.....	191
228. Sygn. akt: IX Ga 245/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 24 sierpnia 2012 r.....	191
229. Sygn. akt: IX Ga 303/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 11 października 2012 r.....	192
Art. 198f ust. 2	193
230. Sygn. akt: X Ga 216/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 4 czerwca 2012 r.....	193
231. Sygn. akt: V Ca 147/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2012 r.....	193
232. Sygn. akt: XIII Ga 298/12, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 5 października 2012 r.....	194
Art. 198f ust. 5	195
233. Sygn. akt: X Ga 271/12, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 14 czerwca 2012 r.....	195
234. Sygn. akt: VIII Ga 118/12, Postanowienie SO w Szczecinie z dnia 24 sierpnia 2012 r.....	195
235. Sygn. akt: VI Gz 187/12, Postanowienie SO w Rzeszowie z dnia 18 września 2012 r.....	196
236. Sygn. akt: XIII Ga 379/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 21 września 2012 r.....	197

237. Sygn. akt: XII Ga 297/12, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 10 października 2012 r.....	197
238. Sygn. akt: XXIII Ga 2137/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2013 r.....	198
239. Sygn. akt: XII Ga 73/13, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r.....	198
240. Sygn. akt: V Ca 3101/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 31 lipca 2013r.....	199
Indeks rzeczowy.....	201
Akty prawne przywołane w orzeczeniach.....	205

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Zeszyt nr 18, który w imieniu Zespołu Redakcyjnego Zeszytów Orzeczniczych chciałam Państwu zaprezentować, zawiera 240 tez wybranych z orzeczeń, tak Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych, które rozpoznają skargi na orzeczenia Izby. Wybór ten został poprzedzony analizą około 800 orzeczeń wydanych przez Izbę w okresie od marca do czerwca 2014 r. oraz blisko 150 orzeczeń sądów okręgowych dotyczących spraw z 2012 r.

Efekt prac Zespołu Redakcyjnego to szeroki przekrój orzecznictwa dotyczącego ustawy Prawo zamówień publicznych. I tak można tu polecić Państwu sporo tez orzeczniczych dotyczących interpretacji art. 26 ust. 2b ustawy, które pokazują kierunki wykładni tej niełatwej regulacji, wskazywane nie tylko przez Izbę, ale również przez sądy okręgowe (Sąd Okręgowy w Krakowie - teza nr 57, Sąd Okręgowy w Warszawie – teza nr 58 i Sąd Okręgowy w Gliwicach – teza nr 59). Zeszyt ten mieści również kilka orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, odnoszących się do oceny podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, związanych z przynależnością do tej samej grupy kapitałowej (tezy nr 35-38). Myślę, że interesujące mogą być też dla Państwa rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego w Warszawie dotyczące tak rzadko pojawiających się w orzecznictwie kwestii, jak działalność centralnego zamawiającego (art. 15a) oraz organizacja zamówień publicznych w ramach jednostek zamawiającego (art. 15). W Zeszycie nr 18 zamieściliśmy wybrane fragmenty orzeczeń odnoszących się do badania ceny rażąco niskiej w ofertach wykonawców (tezy nr 116-118 oraz 124-131). Tezy te z oczywistych względów nie odnoszą się jeszcze do znowelizowanych ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) przepisów - art. 90 ust. 1 i 2, jednak w ocenie Zespołu Redakcyjnego pozostają w dalszym ciągu aktualne, dając w tym zakresie generalne wytyczne dla adresatów ustawy co do interpretacji tych kwestii. Istotne są także zamieszczone w tym Zeszycie wyciągi z orzeczeń, przede wszystkim sądów okręgowych, odnoszące się do rozstrzygnięć o kosztach postępowania – tak postępowania odwoławczego (tezy nr 211-214), jak i skargowego (tezy nr 233-240). Wyjątkowo cenne jest również rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w Łodzi (teza nr 230), który wyraźnie wskazał na to, że sąd okręgowy rozpoznający skargę na orzeczenie Izby jest sądem meriti, zobowiązanym do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania w przypadku braku ich rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Brak jest zatem w takiej sytuacji podstaw do uchylecia postanowienia Izby i przekazania odwołania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Życząc dobrej lektury, mam jednocześnie nadzieję, że to krótkie resume zachęciło Państwa do zapoznania się z najnowszym Zeszycem Orzeczniczym.



Małgorzata Stręciwiłk
Redaktor Zeszytów
Orzeczniczych
Członek KIO

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	- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: 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 Karny
KRS	- Krajowy Rejestr Sądowy
KSH lub ksh	- Kodeks Spółek Handlowych
lit.	- litera
nr	- numer
Ustawa Pzp, pzp, PrZamPub 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
ZNKU lub znku, 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
ZUS	- Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Art. 2 pkt 7a**1. Sygn. akt: KIO 991/14, KIO 1001/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.**

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego (...) S.A., że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter administracyjny i kończy się z wyborem najkorzystniejszej oferty.

W uchwale z 17 grudnia 2010 r. sygn. akt III CZP 103/10 Sąd Najwyższy jednoznacznie wskazał, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pogląd ten jest również jednolicie wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyroki w sprawach KIO 2591/13 oraz KIO 2774/13 i 2775/13). Izba w składzie rozpoznającym odwołania w pełni go podziela.

Tym samym zamawiający, w razie stwierdzenia, że na etapie między przesłaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty a przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego zaistniały okoliczności powodujące konieczność unieważnienia postępowania, jest zobowiązany do dokonania tej czynności, która może zostać wzruszona przez wnoszenie środków ochrony prawnej.

Odwołania wniesione wobec czynności unieważnienia postępowania dokonanej po wyborze najkorzystniejszej oferty podlega zatem rozpoznaniu przez Izbę.

Art. 7 ust. 1**2. Sygn. akt: KIO 969/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.**

SIWZ po upływie terminu składania ofert nie może być zmieniana, a zamawiający nie może nadać jej postanowieniom treści innych niż wynikające z jej jednoznacznego brzmienia bez obrazy art. 7 ust. 1 Pzp. Zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji zobowiązują bowiem zamawiającego do przestrzegania wymagań zapisanych w SIWZ i dokonywania czynności w postępowaniu zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Z kolei wykonawcy zobowiązani są do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przygotowania merytorycznej treści oferty w sposób odpowiadający opisanym wymaganiom zamawiającego.

3. Sygn. akt: II Ca 373/12, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 31 maja 2012 r.

Podkreślenia wymaga, że publikacja ogłoszenia w określonych w ustawie miejscach stanowi w procedurze udzielania zamówienia publicznego istotny etap. Jest gwarancją zapewnienia zasady uczciwej konkurencji i równości traktowania wykonawców, które są fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. Ogłoszenie ma też walor informacyjny umożliwiający wykonawcom ocenę swoich możliwości i przygotowanie wniosków. Jednocześnie podkreślić trzeba, że ogłoszenie ma charakter wiążący w całej dalszej procedurze.

W związku z tym Sąd Okręgowy uznał, że kwestionowanie ogłoszenia o udzielenie zamówienia publicznego winno odbyć się na wcześniejszym etapie, czyli przed złożeniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Kwestie te precyzuje art. 182 ustawy Pzp, wskazując terminy składania odwołań. Skoro wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zaniechał aktywności na wcześniejszym etapie nie może obecnie wnosić o postulowaną zmianę. (...)

W świetle powyższego Sąd Okręgowy uznał zarzuty dotyczące naruszenia art.

26 ust. 2b a co za tym idzie i art. 51 ust. 1-3 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp za niezasadne. Skarżący nie wykazał też, by na innej podstawie doszło do naruszenia zasad z art. 7 ustawy Pzp. Podstawą oceny zachowania przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji są postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Sąd Okręgowy w zaskarżonym zakresie nie dostrzega uchybień.

4. Sygn. akt: V Ga 106/12, Wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r.

Z przepisu art. 7 ust. 1 wynikają dwie, fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady ogólne:

- równe traktowanie podmiotów biegających się o zamówienie publiczne (zasada równości);
- przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji).

Szczególnie druga zasada odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Realizację tej zasady ma zapewnić, m.in. obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców niezapewniających złożenia uczciwej i rzetelnej oferty (art. 24 ust. 1). Przy ocenie ofert zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję, m.in. poprzez sprawdzenie, czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 ze zm.) albo czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przy realizacji tej zasady należy pamiętać, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach.

Gdy przedmiotem zamówienia są pakiety zbioru rzeczy, tj., jak w niniejszym przypadku, nie bez znaczenia jest czy przedmiot zamówienia będzie tożsamy z przedmiotem umowy. Ta kompatybilność musi istnieć, bo w przeciwnym przypadku, cała istota zamówień publicznych byłaby zniweczona. Słusznie zatem Izba zbadała tę relację. Jak wskazano stan faktyczny w tym zakresie nie jest kwestionowany, bo ostatecznie liczy się to nie jakie jest zamówienie i jego przedmiot, ale jaka jest umowa, która rodzi katalog praw i obowiązków dla stron. W tych okolicznościach nie można wykluczyć, że zamawiający manipulując w proporcjach zamawianych elementów w pakiecie (np. pomijając w zamówieniu najtańszy element) przepłaci za pozostałe, czyli złamie zasady przetargu na korzyść dostawcy. Ale możliwa jest też sytuacja odwrotna, że zamówi tylko element najtańszy. A także działanie i ułożenie stosunku umownego wyklucza uczciwe działanie i naruszenie zasady przetargu publicznego.

Art. 8

5. Sygn. akt: KIO 594/14, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r.

Przepis art. 8 ustawy Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady. Przepis art. 8 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający

może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. (...)

Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (tak w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59): informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 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. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa 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.

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów oraz zacytowaną wyżej definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba uznała, że informacje zawarte we wniosku przystępującego, który jako jedyny zastrzegł informacje o wykonanych realizacjach, a dotyczące przedmiotu zrealizowanych zamówień, odbiorców, dat realizacji i parametrów spalin nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a ich zastrzeżenie nie powinno podlegać ochronie. Należy przy tym zauważyć, że wykonawca zastrzegając tajemnicę nie wykazał zajścia przesłanek skutecznego zastrzeżenia i nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów na poparcie stanowiska. Poza deklaracją własną nie wskazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania żądanej poufności. Należy przy tym wskazać, że szereg wykazanych zamówień zostało przez wykonawcę [ujęte – *przyp. red.*] w jawnym dokumencie pn. Wyjaśnienie, zawartym na stronach 36 i 37 wniosku. Ponadto zastrzeżenie tajemnicy o niektórych inwestycjach z wykazu nie może być uznane za skuteczne, skoro odwołujący wykazał, że jest dostępna w sieci internetowej niezależnie od faktu, czy przedstawione przez niego informacje pochodzą z urzędowych portali, czy innych. Odnośnie odmiennej argumentacji zamawiającego w tym zakresie skład orzekający zauważa, że zamawiający wskazał na orzecznictwo dotyczące utrzymywanych związków biznesowych, cen i przedmiotu dostaw, które mogą stanowić informacje stanowiące wartość gospodarczą mogące być objęte ochroną przed konkurentami w celu m. in. utrudnienia przejścia klientów. Wypada wskazać, że warunki udziału w niniejszym postępowaniu dotyczą zakończonych robot budowlanych co do zasady nie kontynuowanych, stąd ryzyko przejścia takich prac i związków biznesowych przez konkurenta jest dalece wątpliwe.

Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie jest wynikiem uznania przez skład orzekający, że z zastrzeżeniem prawa do utajniania niektórych informacji, prawo to nie może uchybiać zasadzie jawności służącej najczęściej w praktyce umożliwieniu wzajemnej kontroli przez wykonawców konkurujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze, że istotą tej kontroli jest wzajemna ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w sprawie rozpoznawanej w szczególności oceny zasadności zakwalifikowania wykonawców do kolejnego etapu postępowania Izba uznaje, że niezasadne jest ograniczanie dostępu do treści wniosków.

Art. 14**6. Sygn. akt: KIO 991/14, KIO 1001/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.**

Do natury prawnej postępowania o udzielenie zamówienia odniósł się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 września 2001 r. w sprawie o sygn. akt IV CKN 381/2000 ((...) Biuletyn Sądu Najwyższego 2001/12 str. 8), gdzie wskazał, że celem norm zawartych w ustawie o zamówieniach publicznych jest zapewnienie ochrony interesu publicznego, mają one więc charakter publicznoprawny. Jednocześnie Sąd Najwyższy zauważył jednak, że powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych.

Pogląd o cywilnoprawnym charakterze postępowania o udzielenie zamówienia jest wyrażany również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych (wyrok z dnia 21 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2591/13, KIO 2593/13, wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z 13 lutego 2014 r., sygn. akt I Ca 495/13 niepubl.).

Podobna ocena wyłania się z orzecznictwa sądów administracyjnych. Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z 27 września 2011 r. sygn. akt GSK 1842/11 (www.nsa.gov.pl) wywiódł, że umowa w sprawie zamówienia publicznego ma charakter cywilnoprawny, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i związane z nim postępowanie odwoławcze mają charakter spraw cywilnych.

Publicznoprawny charakter regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych nie może dawać zamawiającemu możliwości dowolności działań motywowanych nieokreślonym interesem publicznym. Zdaniem Izby, publicznoprawny charakter przepisów ustawy oznacza, że zawarte w niej normy cywilnoprawne stanowią, w zakresie którego dotyczą, modyfikację przepisów kodeksu cywilnego i zawierają odstępstwo od zasady autonomii stron, na jakich jest oparta swoboda kontraktowania.

Zamawiający, mimo że jako wszczynający i prowadzący postępowanie jest niejako w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, pozbawiony został m.in. możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, nie może też według swego uznania odstąpić od czynności zmierzających do zawarcia umowy. Publicznoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia jest bowiem realizowany przez zamawiającego w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa.

Art. 15**7. Sygn. akt: V Ca 1599/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 28 września 2012 r.**

W dniu 28 października 2010 roku na podstawie art. 15 ust. 2 PZP dyrektor CPI (...) Zbigniew O. został upoważniony przez dyrektora CPD (...) do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup niespersonalizowanych blankietów dowodów osobistych wyposażonych w mikroprocesor (k. 246,48).

Na podstawie wskazanej wyżej decyzji i pełnomocnictwa udzielonego przez CPD (...) CPI opracowało SIWZ (k.264- 272), ogłosiło przetarg i prowadziło postępowanie. Podkreślić należy, iż zastosowanie znalazły tu § 1 ust. 3 pkt. 2 statutu (wymóg wydania decyzji o akceptacji) w związku z § 1 ust. 4 i ust. 5 statutu (upoważnienie) oraz z art. 15 ust. 2 i ust. 3 PZP, zgodnie z którym zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej, a podmiot, któremu powierzono przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania działa jako pełnomocnik zamawia-

jącego, czyli działa w jego imieniu i na jego rzecz. Prawidłowe zatem jest ustalenie KIO, iż zamawiającym było CPD, natomiast CPI działało tylko i wyłącznie w oparciu o upoważnienie z dnia 28 października 2010 roku zaakceptowane decyzją (...). Nie można natomiast przyjąć, jak twierdzi skarżący, iż działało we własnym imieniu.

Ponadto podkreślić należy, iż CPI zostało upoważnione tylko do przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Zakres powierzonych czynności jest uzależniony od zamiaru i woli zamawiającego. W ocenie sądu odwoławczego zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, iż upoważnienie obejmowało wykonanie czynności typowych zarówno w procesie przygotowania postępowania (opracowanie SIWZ, IPU - Istotnych Postanowień Umowy i pozostałej dokumentacji przetargowej, etc.), jak i powierzenie czynności przeprowadzenia postępowania (k.291-292- powołanie komisji przetargowej, zamieszczenie ogłoszenia o przetargu, etc.). Zdaniem sądu odwoławczego obejmowało także występowanie w postępowaniu przed KIO w następstwie prowadzonych postępowań w związku z wniesieniem odwołań przez uczestników trwającego przetargu. Pełnomocnictwo to nie obejmowało natomiast upoważnienia do unieważnienia przetargu, nie jest to bowiem czynność zmierzająca do przygotowania bądź przeprowadzenia postępowania.

Powyższe tłumaczy, dlaczego z chwilą zaistnienia przesłanek do unieważnienia przetargu, udzielono zastępcy dyrektora CPI pełnomocnictwa do unieważnienia prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (k. 248, 46 - upoważnienie z dnia 16 kwietnia 2012 r., k. 49, k. 50, k. 51-52 - pełnomocnictwo z dnia 16 kwietnia 2012 r. wraz z projektem decyzji o unieważnieniu przetargu), odwołując jednocześnie pełnomocnictwo w dnia 28 października 2010 roku (k. 473), a także dlatego w postępowaniach przed KIO toczących się w trakcie trwania postępowania przetargowego (załączone do akt odpisy wyroków - k. 327 -400) uczestniczyło CPI (jako podmiot przeprowadzający postępowanie), zaś po unieważnieniu postępowania Skarb Państwa reprezentowało CPD.

W świetle powyższych uwag nie budzi wątpliwości, iż decyzja CPI wydana w oparciu o upoważnienie zamawiającego w postępowaniu (CPD (...)) wywołuje skutki prawne w postaci unieważnienia postępowania, nie doszło zatem do naruszenia prawa materialnego, tj. art. 93 ust. 1 w związku z art. 15 ust. 1 PZP.

Art. 15a

8. Sygn. akt: V Ca 3341/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 19 marca 2013 r.

Zamawiający tj. X w W. wnosząc skargę określił jako skarżących jednostki administracji państwowej, na rzecz których dokonuje zamówienia publicznego. Co więcej, w uzasadnieniu skargi, zgłoszonych w niej zarzutach oraz na rozprawie w dniu 19 marca 2013 r. wyraźnie wskazał, że w jego ocenie stroną postępowania są wyłącznie te jednostki, natomiast zamawiający pełni jedynie funkcję ich pełnomocnika dokonując zamówienia na ich rzecz i w ich imieniu. W ocenie Sądu Okręgowego być może zamawiający nawiązywał tym samym do uregulowania art. 16 Pzp, który to przepis pozwala na wspólne prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia przez większy krąg zamawiających, przy wyznaczeniu spośród nich zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.

Bezspornie jednak w niniejszej sprawie z uwagi na określony cel działalności X, formę powołania i powierzenia mu konkretnych zadań dla oceny działań zamawiającego X zastosowanie powinien mieć nie art. 16, ale art. 15a Pzp traktujący o central-

nym zamawiającym. X nie był bowiem jedną z zamawiających jednostek, został też wskazany jako centralny zamawiający zarządzeniem Prezesa Rady Ministrów nr 16 z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na potrzeby jednostek administracji rządowej, podczas gdy w odniesieniu do art. 16 Pzp zamawiającego mogą wskazać minister kierujący działem administracji rządowej lub organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego.

Samo X jest instytucją gospodarki budżetowej utworzoną zarządzeniem nr 16 Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 października 2010 r., której powierzono przygotowanie i prowadzenie zamówień, udzielanie zamówień oraz zawieranie umów ramowych dla 61 wskazanych jednostek administracji rządowej, wpisaną do Krajowego Rejestru Sądowego. W zakresie określonym w zarządzeniu zamawiający wskazani na liście stanowiącej załącznik do zarządzenia są zobowiązani do nabywania dostaw lub usług od X, bądź wybranych przez nie wykonawców lub korzystania z zawartych umów ramowych.

Ustalenie zadań X w wyżej wskazanym zakresie stanowi wprowadzenie dyrektyw UE. Zgodnie z art. 1 ust. 10 dyrektywy 2004/18/WE centralna jednostka zakupująca oznacza instytucję zamawiającą, która nabywa dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających, udziela zamówień publicznych lub zawiera umowy ramowe na roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających. Z uzasadnienia do dyrektywy 2004/18/WE wynika, że ze względu na dokonującą się w krajach członkowskich koncentrację zakupów spowodowaną faktem, iż duże wolumeny zakupów pomagają w zwiększeniu konkurencji i usprawnieniu procesu dokonywania zakupów publicznych, należy przewidzieć w przepisach wspólnotową definicję centralnych organów ds. zakupów. W dyrektywie 2004/17/WE zdefiniowano warunki, na podstawie których instytucje zamawiające będą mogły dokonywać zakupu robót budowlanych, dostaw i (lub) usług za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej.

Możliwy zakres dopuszczalnych czynności centralnego zamawiającego zdefiniowany został w art. 15a ust. 1 Pzp. Działania te mogą być ograniczone do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. W takim przypadku po definitywnym wyborze najkorzystniejszej oferty (a więc również po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów), umowy w sprawie zamówienia z wybranym wykonawcą będą zawierać samodzielnie zamawiający, na których rzecz przygotowano i przeprowadzono postępowanie. Działania centralnego zamawiającego mogą również obejmować udzielenie zamówienia. W takim przypadku centralny zamawiający zawiera umowę o roboty budowlane, stając się jej stroną, lub nabywa na własną rzecz dostawy lub usługi. Następnie na podstawie art. 4 pkt 11 może przekazywać (w tym odsprzedawać) je zamawiającym, których potrzeby mają zaspokajać nabyte zamówienia. Bezsprzecznie także w tym przypadku, jak wskazano wyżej, nie tylko w toku postępowania o zamówienie publiczne jest on jego stroną, ale jest także stroną umowy z określonym wykonawcą.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy zważyć, że w przypadku udzielenia zamówienia na „Dostawę komputerów stacjonarnych, komputerów przenośnych i tabletek dla jednostek administracji państwowej” zakres działania centralnego zamawiającego, tj. X w W. jest szeroki. Z zapisów SIWZ wynika bezspornie, że zamawiającym jest właśnie to X, ponadto w rozdziale I „Informacje ogólne” wyraźnie zostało wskazane, że X co prawda działa na rzecz wymienionych

w załączniku nr 3 do SIWZ jednostek administracji państwowej, ale występuje w imieniu własnym. Co więcej, w rozdziale II w części dotyczącej przedmiotu zamówienia zostało wskazane, że zamawiający X po przeprowadzeniu postępowania zawrze umowę z wykonawcą w imieniu tych jednostek. Ponadto z treści całej korespondencji prowadzonej z wykonawcami, w szczególności pism zawierających informacje o odrzuceniu ofert czy unieważnieniu przetargu nie wynika, aby X działało wyłącznie jako pełnomocnik jednostek administracji państwowej. Z wystąpień przedstawicieli X w toku postępowania przed KIO i złożonych przez nich pełnomocnictw również nie wynikało, żeby to nie X jako zamawiający było właściwą stroną postępowania.

W ocenie Sądu Okręgowego niewątpliwym jest, że zgodnie z art. 198a Pzp wnieść skargę od orzeczenia KIO mogą strony postępowania, czyli zamawiający oraz odwołujący się wykonawca i uczestnicy postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego w oparciu o art. 185 ust. 2 Pzp. W tym przypadku skargę mogli więc wnieść X oraz Jacek M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A z siedzibą w Z., B Sp. z o.o. z siedzibą w Ż. i C Sp. j. (...) z siedzibą w B.

Sąd Okręgowy uznał przy tym za bezprzedmiotowe zwracanie się do jednostek administracji państwowej z żądaniem przedstawienia stosownych pełnomocnictw procesowych do występowania przed sądem w niniejszej sprawie zważywszy, że nawet w przypadku złożenia takich pełnomocnictw i tak sama skarga pochodziła od podmiotów nieuprawnionych i jako taka podlegała odrzuceniu.

Z uwagi na fakt, że skarga nie została wniesiona przez X ani wykonawców biorących udział w postępowaniu przed KIO, Sąd Okręgowy uznał ją za niedopuszczalną i w oparciu o art. 370 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 Pzp odrzucił.

9. Sygn. akt: V Ca 3443/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2013 r.

Jolanta R. prowadząc działalność gospodarczą pod firmą (...), złożyła odwołanie w sprawie o sygn. KIO 2416/12, które zostało uwzględnione, albowiem Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Odwołująca tytułem wpisu od wniesionego środka zaskarżenia przed KIO uiściła w dniu 2 listopada 2012 r. wpis w kwocie 15.000 zł. Umocowała również radę prawnego Michała M. do reprezentowania jej w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W imieniu Skarbu Państwa występował X, który podczas posiedzenia i rozpraw przed KIO działał jako zamawiający. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadził również ten podmiot. W zaskarżonym wyroku w punkcie 2.2. Izba orzekła o dokonaniu wpłaty 3.600 zł. od wskazanej Spółki na rzecz zamawiającego X, tytułem uzasadnionych kosztów strony stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika. W tej części skarżący nie negował swej legitymacji do ich pozyskania jako zamawiający, natomiast gdy koszty KIO przyznało od zamawiającego, neguje on podstawę i zasadność takiego rozstrzygnięcia. W ocenie Sądu Okręgowego taki ewidentny dysonans skarżącego stanowi o wadliwości wniesionego środka zaskarżenia. Gdy bowiem ma miejsce przysporzenie w postaci należnych stronie kosztów postępowania odwoławczego, to zamawiający jest władny do ich uzyskania na swoją rzecz, nie zaś innego podmiotu. Natomiast gdy koszty te skarżący ma zapłacić wobec uwzględnienia odwołania wykonawcy, w jego ocenie nie posiada legitymacji strony zobowiązanej w tym przedmiocie. Podkreślenia także wymagało, że skarżący działał w postępowaniu jako zamawiający, zatem brak jest podstaw aby na etapie postępowania skargowego podmiot ten relegować z tego postępowania, skoro działał w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako zamawiający. Nawet

pełnomocnictwo udzielone Andrzejowi B. do występowania przed sądem w ramach skargi, zostało udzielone przez Dyrektora X do reprezentowania X, również w skardze określono w/w jako pełnomocnika zamawiającego.

Nie sposób uznać zarzutów wniesionego środka zaskarżenia skoro X występował w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako strona tegoż postępowania, brak jest dokumentu z którego wynikałoby, że podmiot ten był pełnomocnikiem innych *stationes fisci* Skarbu Państwa. Niewątpliwie więc X jako centralny zamawiający, był i jest stroną postępowania, brak przesłanek dla odmiennej konstatacji. Z zarządzenia nr 16 Prezesa Rady Ministrów z 30 marca 2011 r. wynika, że X jako instytucja gospodarki budżetowej jest centralnym zamawiającym właściwym do realizacji zamówień centralnych, w którego gestii jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowań o udzielenie zamówień publicznych w imieniu i na rzecz zamawiających. Z powołanego zarządzenia wynika również, że skarżący może samodzielnie realizować zamówienia publiczne, co jednoznacznie wynika z toku całego postępowania. Także ze Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia wynika, że zamawiającym jest skarżący, działający w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz jednostek administracji państwowej. Zatem X jest specyficznym podmiotem nadrzędnym, w którego kompetencjach skupia się prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w istocie na rzecz konkretnych podmiotów Skarbu Państwa. Powyższa konstatacja nie zmienia jednak faktu, że to centralny zamawiający występował w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, odwoławczym, a także skargowym, jako strona, która podlega zasadzie przewidzianej w art. 192 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych rozważań wynika, że KIO w zaskarżonym punkcie 3 wyroku miała podstawę w trybie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych do rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego, które ponoszą strony postępowania stosownie do jego wyniku. Skoro więc skarżący, będący stroną postępowania, przegrał przed KIO, brak jest podstaw do negatywnej oceny skarżonego rozstrzygnięcia. Zakaz przyznania kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika ponad kwotę 3.600 zł. nie został naruszony, bowiem pełnomocnik odwołującej złożył rachunek opiewający na kwotę 3.597,75 zł.

Art. 22 ust. 1 pkt 1

10. Sygn. akt: KIO 510/14, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r.

Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Są to jedynie warunki ogólne, blankietowe, których konkretyzacja może być dokonana przez zamawiającego poprzez opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp). W ramach opisu warunku z 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może uznać, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy legitymujący się w szczególności koncesjami, zezwoleniami lub licencjami, jeżeli z przepisów prawa wynika obowiązek ich posiadania i nałożyć na nich obowiązek złożenia takich dokumentów (por. art. 25 ust. 1, art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Izba ustaliła, że w analizowanej sprawie zamawiający nie dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Powyższe wynikało w sposób jednoznaczny z postanowienia pkt 5.1.1 SIWZ, w którym zamawiający wskazał, że zamawiający nie precyzuje w tym zakresie żadnych wymagań. Również w pkt 6 SIWZ, obejmujący wskazanie katalogu dokumentów, jakie wykonawcy obowiązani są złożyć celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, nie wymagano składania żadnych koncesji, zezwoleń lub licencji. W szczególności zaś zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą pozwolenie na wytworzenie, transport i utylizację odpadów niebezpiecznych, jak wywodził w odwołaniu odwołujący. W konsekwencji zaniechania przez zamawiającego opisu warunku z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przystępujący nie miał obowiązku składania ww. pozwolenia. Uszło uwadze odwołującego, że jak wynika z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca obowiązany jest wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie i na żądanie zamawiającego. Żądanie zamawiającego przejawia się w zaś w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku i katalogu dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku. Jednakże, jak wynikało z przywołanych postanowień SIWZ, żadnych żądań w tym zakresie nie sformułowano. W konsekwencji przystępujący nie miał obowiązku składania wraz z ofertą pozwoleń, na które powoływał się odwołujący. Podkreślenia wymaga również to, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, które wykazuje się na etapie ofertowania a czym innym jest opis przedmiotu zamówienia. Z postanowienia pkt 5.37 załącznika nr 1 do SIWZ wynikało, iż wykonując usługę wykonawca zapewne stosowne pozwolenie na wytworzenie odpadów będzie musiał posiadać. Jednakże nie było obowiązku załączania takiego pozwolenia do oferty celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, gdyż taki warunek nie został przez zamawiającego opisany.

Art. 22 ust. 1 pkt 4

11. Sygn. akt: KIO 274/14, Wyrok KIO z dnia 3 marca 2014 r.

Odwołujący w złożonym wniosku nie wskazał, na którą część zamówienia składa swój wniosek, załączając do wniosku polisę OC, która nie obejmowała swoją wartością wszystkich części zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo wywiódł, że odwołujący złożył swój wniosek na wszystkie 4 części zamówienia, dlatego też wezwał odwołującego do uzupełnienia wniosku o dokument polisy OC, która swoją wartością obejmowałaby wszystkie części zamówienia. W odpowiedzi odwołujący złożył wyjaśnienia, że przedmiot złożonego wniosku obejmuje wyłącznie 1 część zamówienia, nie przedkładając jednocześnie polisy OC obejmującej pozostałe części zamówienia (cyt. „Mimo, iż wykazane przez nas doświadczenie w formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do wniosku o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu jest odpowiednie dla wszystkich czterech części zamówienia, to oświadczamy, że bierzemy udział jedynie w części pierwszej zamówienia. Złożone dokumenty, a w tym polisa ubezpieczeniowa nr (...) spełniają wymagania uczestnictwa w postępowaniu w zakresie części pierwszej zamówienia.”). Izba ustaliła, że okoliczność, iż odwołujący złożył swój wniosek tylko na 1 część zamówienia nie wynikała z treści złożonego wniosku. Izba uznała, że niedopuszczalnym jest, aby na późniejszym (niż dzień złożenia wniosku, czy też dzień składania ofert) etapie postępowania odwołujący mógł dowolnie kreować treść swojego oświadczenia woli. Powyższe wynika z faktu, że odwołujący posiadając wiedzę, co do jego sytuacji w po-

stępowaniu mógłby statuować swoją pozycję odpowiednio precyzując, która z części zamówienia daje mu większą szansę na pozyskanie zamówienia publicznego. Zachowanie takie wypacza bowiem zasadę uczciwej konkurencji statuując odwołującego w korzystniejszej sytuacji od innych wykonawców. Podnieść również należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje duży stopień formalizmu, formalizmu, dzięki któremu wszyscy uczestnicy postępowania są traktowani w sposób równy. Skoro zatem odwołujący nie dopełnił obowiązku dotyczącego skonkretyzowania części zamówienia, na które składa wniosek, a przymus taki wynikał bezpośrednio z treści ogłoszenia o zamówieniu, jak też nie odpowiedział w sposób prawidłowy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to stwierdzić należało, że odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania (w zakresie wszystkich części zamówienia) na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

12. Sygn. akt: KIO 1097/14, KIO 1104/14, Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2014 r.

Izby uznała, że Opinia bankowa złożona przez (...) S.A. potwierdziła spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej. Po pierwsze należy stwierdzić, że zdolność kredytowa nie jest tożsama z przyrzeczeniem udzielenia kredytu, lecz stanowi ocenę, że określony podmiot jest wiarygodnym klientem banku, zdolnym do spłaty przyszłego zobowiązania. Zamawiający nie wymagał (i w świetle przepisów nie mógł wymagać) legitymowania się przez wykonawcę promesą kredytu. Z treści złożonej Opinii bankowej wynika, że (...) S.A. ma możliwość uzyskania kredytu w wymaganej przez Zamawiającego kwocie, bowiem może ubiegać się o finansowanie do kwoty 50.000.000,00 zł. Bank (...) S.A. uznał, że wykonawca ten może ubiegać się o finansowanie do kwoty 50.000.000,00 zł, czyli wskazał, że takie środki finansowe będzie mógł starać się pozyskać z tego banku. Procedury bankowe zawsze wymagają od kredytobiorcy dopełnienia określonych formalności czy spełnienia warunków na etapie przyznawania kredytu, ale dotyczy to sytuacji, w której kredytobiorca chce uzyskać konkretny kredyt. Izby podziela prezentowane w orzecznictwie KIO stanowisko, zgodnie z którym od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia wymaga się jedynie dysponowania takim potencjałem finansowym, który potencjalnie umożliwiałby mu i uprawdopodobniał wykonanie danego zamówienia. W przypadku realizacji zamówienia publicznego wybrany wykonawca nie jest bowiem zobowiązany do uzyskania kredytu i nie musi danej inwestycji finansować z takich źródeł. Jego możliwości finansowe bada się pod kątem potencjalnej możliwości wykonania zamówienia, którą można ustalić również na podstawie wstępnej oceny zdolności wykonawcy, dokonanej przez bank, która potwierdza możliwość spłaty kredytu o określonej wysokości. Należy również mieć na uwadze fakt, że informacja wystawiana przez bank bądź spółdzielczą kasę oszczędnościowo – kredytową jest dokumentem, który nie ma określonej przepisami prawa treści ani nazwy, każdorazowo to podmiot go wystawiający decyduje o informacjach w nim zawartych, co oczywiście nie stanowi podstawo do uznawania za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu dokumentów, które nie odnoszą się w swej treści do wymagań prawnych.

Art. 22 ust. 4

13. Sygn. akt: KIO 395/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 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 jest 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. (...)

Po pierwsze, 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.

14. Sygn. akt: KIO 501/14, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r.

Izba jednocześnie stwierdza, że Zamawiający nie może na etapie oceny ofert interpretować wymagań specyfikacji w sposób np. bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to – bez względu na pobudki zamawiającego – do nieuprawnionej modyfikacji [zmiany] warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, o których to zasadach stanowi art. 7 ust.1 ustawy Pzp.

Izba zauważa, że w niniejszej sprawie Odwołujący definiuje sporny warunek przez pryzmat przedmiotu zamówienia i doświadczenia, jakie powinno być w jego opinii pożądane od wykonawcy. Jednakże takie prowadzenie wykładni celowościowej nie mieści się w regułach wykładni językowej oświadczenia woli, wynikającego z danego postanowienia specyfikacji opisującego dane wymaganie i z tego też powodu taka interpretacja warunku w tej sprawie jest nieuprawniona. Izba podkreśla, że rozstrzygające znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma jego literalne brzmienie w specyfikacji, a nie oczekiwany przez wykonawcę sposób interpretacji spornego warunku w świetle przedmiotu zamówienia, czy też intencja zamawiającego niewyartykułowana w określonym postanowieniu specyfikacji, nawet uwzględniając jego adekwatność i proporcjonalność do przedmiotu zamówienia, albowiem takie przesłanki mogą być brane pod uwagę wyłącznie na etapie badania postanowień specyfikacji, a nie na etapie oceny ofert.

15. Sygn. akt: KIO 938/14, Wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2014 r.

Zasada proporcjonalności odnosząca się do opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki

udziału w postępowaniu winny być uzasadnione wartością, charakterystyką, złożonością i zakresem przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. W wyroku z dnia 16 września 1999 roku, C-414-97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, ETS wskazał, że ocena czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie ograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

Art. 23

16. Sygn. akt: KIO 278/14, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2014 r.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba, dokonując oceny zarzutu dotyczącego przedłożenia przez członka konsorcjum polisy z datą po upływie terminu składania wniosków, zobligowana była dokonać wykładni wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Przed wszystkim Izba nie uznała, by Zamawiający mógł wymagać przedłożenia polisy przez każdego z członków konsorcjum na kwotę minimum 1 mln zł oraz, by w przypadku konsorcjum nie było wystarczające złożenie wymaganej polisy przez jednego z jego członków. Inne rozumienie wymagań Zamawiającego rażąco naruszałoby art. 7 Pzp oraz art. 23 Pzp, gdyż nakładałoby na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ciężary większe niż poniósłby wykonawca, który złożył ofertę samodzielnie, jak również pozostawałoby w sprzeczności z celem i istotą tworzenia konsorcjum, a więc z prawem połączenia potencjałów w celu spełnienia wymogów warunkujących udział w postępowaniu i możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia.

Należy dodatkowo wskazać na ujęcie wymogu dotyczącego polisy poprzez dopuszczenie alternatywnej możliwości wykazania, że suma ubezpieczeń wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wynosi nie mniej niż jeden milion złotych. W ocenie Izby sposób sformułowania oraz wykładania tej części Ospw pozwala na uznanie spełnienia warunku w przypadku przedłożenia wymaganej polisy minimum przez jednego członka konsorcjum. W świetle powyższej wykładni okoliczność opatrzenia przedłożonej polisy jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia datą 14 stycznia 2014 r., nie mogła przesądzić o niespełnieniu przez całe konsorcjum warunku ekonomicznego z rozdziału IV ust. 5 Ospw. Stanowisko przeciwne pozostawałoby w sprzeczności z istotą konsorcjum, jak również prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.

17. Sygn. akt: IX Ga 39/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 19 marca 2012 r.

Przepis art. 23 ust. 3 nadto oznacza nie tylko to, że łącznie występujący wykonawcy winni być traktowani jak wykonawca, ale również to, że każdy z takich wykonawców z osobna też winien być traktowany jak wykonawca. Taka konstrukcja przepisu i jego cel, którym jest ułatwienie uzyskiwania zamówień wykonawcom

niebędącym w stanie ich uzyskać samodzielnie, sprawiają, że szczególnie dokładnie należy rozważyć, jakie prawa i obowiązki wykonawców przysługują konsorcjum tylko wtedy, gdy działa wspólnie, a jakie są przypisane każdemu z członków. W świetle orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa np. w art. 24. ustawy Pzp. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, tj. dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. 1 pkt 4). Należy się tu również opowiedzieć za brakiem obowiązku posiadania uprawnień ustawowych (art. 22 ust. 1 pkt 1) przez wszystkich członków konsorcjum. Wyjątek będzie jednak stanowić sytuacja, w której wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagają posiadania uprawnień, gdyż wówczas konsorcjant, który ich nie posiada, nie mógłby w ogóle uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest również korzystanie ze środków ochrony prawnej. Zarówno orzecznictwo Zespołu Arbitrów (np. postanowienie z dnia 30 czerwca 2005 r., UZP/ZO/O-1579/05), jak i wyroki ETS (np. wyrok z dnia 8 września 2005 r., C-129/04, Espace Trianon SA Espace Trianon SA i Societe wallonne de location-fmancement SA (Sofibail) v. Office communautaire et regional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM), ECR 2005, nr 8-9A, poz. 1-07805) wskazują na niedopuszczalność korzystania ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeśli taka była wola ustawodawcy krajowego (a tak jest zgodnie z polskimi przepisami).

Art. 24 ust. 1 pkt 4 – 11

18. Sygn. akt: KIO 482/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.

Izba nie podzieliła oceny wyrażonej przez Odwołującego. Zdaniem składu orzekającego przepis § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów dopuszcza możliwość przedłożenia dokumentu zawierającego oświadczenie wykonawcy mającego potwierdzać w opisanych tam okolicznościach (tj. w przypadku, gdy w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 powołanego rozporządzenia), że poszczególni, urzędujący członkowie organu zarządzającego nie zostali prawomocnie skazani w zakresie, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp – podobnie Izba w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 823/12 („Nie można powiedzieć, aby § 4 ust. 3 wprost nakazywał konieczność złożenia oświadczenia w zakresie niekaralności przez każdego z członków organu zarządzającego. Nie wynika to z literalnego brzmienia tego przepisu.”), a także w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1926/12 („Co do niemożliwości złożenia przez osobę upoważnioną do reprezentacji spółki oświadczenia za pozostałe osoby wchodzące w skład zarządu, to stanowisko Odwołującego należy uznać za wadliwe. Uszło uwadze Odwołującego rozróżnienie pomiędzy oświadczeniem woli za oświadczeniem wiedzy. Oświadczenie wiedzy może złożyć osoba, która posiada informację o danym stanie rzeczy, co oznacza, iż nie jest wykluczone złożenie takiego oświadczenia przez pełnomocnika spółki.”). Zauważyć przy tym należy, iż przywołane orzeczenia wydane zostały w oparciu o poprzednio obowiązujące 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). Powołany akt prawny został zastąpiony przez obecnie obowiązujące rozporządzenie w sprawie dokumentów. Zestawiając treść § 4 ust. 3 poprzednio obowiązującego rozporządzenia, z treścią § 4 ust. 3 rozporządzenia obecnie obowiązującego, dostrzec można, iż w treści nowego przepisu (mającego zastosowanie do rozpoznawanej sprawy z uwagi na datę wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z § 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów), po frazie „dokumentem zawierającym oświadczenie” dodane zostało następujące sformułowanie: „w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy”. Okoliczność ta zdaje się wzmacniać przytoczone powyżej, a zaczerpnięte z wcześniejszych orzeczeń Izby, argumenty przemawiające za dopuszczeniem składania takich oświadczeń przez wykonawcę. Tym bardziej, iż w przepisie tym brak jakiegokolwiek zapisu mogącego sugerować, iż to nowo dopisane sformułowanie odnosić się ma tylko i wyłącznie do wybranych dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Również z uzasadnienia projektu tegoż rozporządzenia, wysnuć można wniosek, iż taki był zamiar prawodawcy (<http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//4/85736/85767/dokument65652.pdf>). Zawarto tam następujące stwierdzenie „Równocześnie wprowadzono regulację, zgodnie z którą w oświadczeniu należało będzie określić także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy. Regulacja ta ułatwi zamawiającym badanie treści składanych oświadczeń. Obecnie, w sytuacji, gdy zachodzą wątpliwości, czy osoba, która złożyła oświadczenie jest uprawniona do reprezentacji wykonawcy, zamawiający musi się zwracać do wykonawcy z prośbą o przedstawienie stosownych wyjaśnień.”.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że dopuszczalnym było złożenie spornego oświadczenia przez Przystępującego, a tym samym przez należycie umocowanego przez niego pełnomocnika. Odwołujący we wniesionym odwołaniu nie kwestionował prawidłowości umocowania Pani Huang T. do działania w imieniu Przystępującego, nie kwestionował również prawdziwości tez zawartych w samym oświadczeniu zawartym na stronach 17-20 oferty. Dlatego też, Izba, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, pomimo niewykazania przez tego wykonawcę w dokumentacji dołączonej do jego oferty, że urzędujący członek organu zarządzającego wykonawcy, tj. pan Li Y. nie był karany w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

19. Sygn. akt: KIO 493/14, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2014 r.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że w świetle przepisów Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. [Dz. U. z 2013 r. poz. 231], powtórzonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu, co do zasady, w odniesieniu do podmiotu nieposiadającego swojej siedziby lub miejsca zamieszkania na terenie RP winien być składany, w celu wykazania braku przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy, m.in. dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym podmiot ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Zasadą jest zatem składanie dokumentów wystawionych przez właściwe organy innego kraju. Dopiero na wypadek, gdyby w miejscu zamieszkania osoby lub w państwie, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydawało się powyższych dokumentów urzędowych, zastępuje

się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Zatem możliwość składania ww. oświadczenia nie powinna być traktowana jako alternatywne rozwiązanie w stosunku do dokumentów urzędowych. Dołączanie do oferty oświadczeń jest wyjątkiem od zasady, dopuszczalnym tylko wtedy, gdy określonego dokumentu urzędowego w danym kraju się nie wydaje, co w niniejszej sprawie nie zachodzi. Stąd prawidłowo Zamawiający nie brał pod uwagę złożonego przez wykonawcę X sp. z o.o. w W. oświadczenia przed notariuszem dotyczącego braku upadłości i likwidacji podmiotu udostępniającego temu wykonawcy zasobów. Nie ma tutaj znaczenia podana w piśmie tego wykonawcy z dnia 11 lutego 2014 r. argumentacja, że „Zamawiający słusznie wskazuje, że z zamieszczonego w załączniku do Wniosku wyciągu z rejestru firm dotyczącego spółki Y Hungaria [tłumaczenie polskie znajduje się na str. 163-167 wniosku] nie wynika bezpośrednio, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości spółki Y Hungaria. Na Węgrzech nie wydaje się dokumentów, które bezpośrednio potwierdzałyby te okoliczności. W związku powyższym, działając zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 lit „a” w związku z § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231, dalej „Rozporządzenie”), Wykonawca załączył do Wniosku o Dopuszczenie złożone przed notariuszem oświadczenie spółki Y Hungaria o braku likwidacji lub ogłoszenia upadłości (str. 189-194 Wniosku).” – wyboldowanie własne wykonawcy. Istotna jest w tym zakresie nie sfera subiektywna wykonawcy i jego wyobrażenie o tym, jakie dokumenty należy złożyć w celu wykazania okoliczności wymaganych w postępowaniu, ale to, jakie dokumenty, zgodnie z właściwymi przepisami są wymagane. Wykonawca złożył przy tym Nyilvános cégadatok kivonata [węgierski Wyciąg z publicznego wpisu do rejestru firm], wystawiony przez Ministerstwo Administracji i Sprawiedliwości, Służbę Informacji o Przedsiębiorstwach oraz Elektronicznego Postępowania Rejestrowego, który to dokument obejmuje informacje rejestrowe firmy, takie jak dotyczące oddziałów, aktu założycielskiego, zakresu prowadzonej działalności, kapitału podmiotu, ilości udziałów i ich wartości nominalne, osób upoważnionych do reprezentacji podmiotu oraz zasad reprezentacji, dane dotyczące przekształcenia, numery podatkowe i statystyczne, dane dotyczące rachunków bankowych. Z powyższego wynika, że złożony wyciąg z rejestru ma znaczenie analogiczne jak wyciąg z polskiego rejestru spółek. Podzielono przy tym argumentację wykonawcy X sp. z o.o. w W., zgodnie z którą w tym wyciągu – jeśli danego podmiotu dotyczy stan upadłości lub likwidacji, to te informacje są do rejestru wpisywane, zaś fakt pominięcia pozycji tego rejestru od nr 22 do 31 oznacza, że w tych pozycjach zawarte byłyby ewentualne informacje o ogłoszeniu upadłości lub otwarciu likwidacji.

Sporną w sprawie jest kwestia, czy dokument złożony przez X sp. z o.o. w W., tj. Nyilvános cégadatok kivonata [węgierski Wyciąg z publicznego wpisu do rejestru firm] jest tym właściwym, który potwierdza w kraju jego wystawienia [Węgry] fakt, że wobec podmiotu Y Hungaria nie ogłoszono upadłości ani nie otwarto likwidacji. Zdaniem Odwołującego, wykonawca winien w takim wypadku złożyć inny dokument urzędowy, to jest zaświadczenie z Krajowego Biura ds. Sądownictwa, potwierdzające, że w stosunku do spółki nie wpłynął żaden wniosek o otwarcie postępowania

upadłościowego lub likwidacyjnego, ani też nie toczy się wobec niej postępowanie likwidacyjne na podstawie złożonych wniosków, jak również nie wydano żadnego prawomocnego orzeczenia nakazującego jej likwidację.

Biorąc pod uwagę tak spolaryzowane stanowiska stron, pokreślenia wymaga, że Odwołujący nie udowodnił, że na Węgrzech właściwym dla wykazania, że wobec podmiotu nie ogłoszono upadłości i nie otwarto likwidacji jest zaświadczenie z Krajowego Biura ds. Sądownictwa, potwierdzające, że w stosunku do spółki nie wpłynął żaden wniosek o otwarcie postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego, ani też nie toczy się wobec niej postępowanie likwidacyjne na podstawie złożonych wniosków, jak również nie wydano żadnego prawomocnego orzeczenia nakazującego jej likwidację. Strony były zgodne, że tego rodzaju dokument w ogóle nie jest wymagany w postępowaniu o zamówienie publiczne na Węgrzech. Istotne jest jednak, jakie dokumenty w świetle prawa węgierskiego są wystawiane dla celów potwierdzenia tego rodzaju okoliczności, niezależnie, czy są one wymagane w postępowaniu o zamówienie publiczne w tym kraju. Uznano, że złożony przez wykonawcę Wyciąg z publicznego wpisu do rejestru firm stanowi właściwy dokument, opisujący cały status podmiotu gospodarczego. Odwołujący stawiając tezę, że istnieje jeszcze inny dokument, który winien służyć do wykazania, że wobec podmiotu nie ogłoszono upadłości lub likwidacji, nie wykazał powyższej okoliczności. Zaakcentowania wymaga w tym miejscu, że postulowany przez Odwołującego jako prawidłowy dokument, jest dokumentem, obejmującym inne okoliczności, to jest, że nie ogłoszono upadłości lub nie otwarto likwidacji, ale odnosi się do złożenia ewentualnych wniosków w tym przedmiocie, których los nie został przesądzony. Inny jest więc przedmiot takiego zaświadczenia. Podobnie, złożona przez Odwołującego na powyższą okoliczność opinia prawna nie pozwala na przesądzenie, że ten właśnie dokument jest tym właściwym, który należało złożyć. Z opinii tej wynika jedynie to, co podano w odwołaniu - na podstawie art. 6 (1d) Ustawy XLIX z 1991 r. o postępowaniu upadłościowym i postępowaniu likwidacyjnym, spółka może zwrócić się do Krajowego Biura ds. Sądownictwa z wnioskiem o wydanie zaświadczenia, iż w stosunku do spółki nie wpłynął żaden wniosek o otwarcie postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego, ani też nie toczy się wobec niej postępowanie likwidacyjne na podstawie złożonych wniosków, jak również nie wydano żadnego prawomocnego orzeczenia nakazującego jej likwidację.

Potwierdza taki wniosek wreszcie zawartość systemu *e-certis*. O ile dane tam zawarte prezentują w pierwszym rzędzie informacje dotyczące dokumentów, jakie w świetle ustawodawstwa danego kraju są potrzebne w celu ubiegania się o zamówienie w tym kraju, to wskazują one, jakie dokumenty należy złożyć na okoliczność przykładowo, jak ma to miejsce w analizowanej sprawie, wykazania, że podmiot nie jest w stanie upadłości albo nie otwarto wobec niego likwidacji.

20. Sygn. akt: KIO 831/14, Wyrok KIO z dnia 26 maja 2014 r.

Odwołujący wskazał, iż zaświadczenia wydane przez Federalny Urząd Sprawiedliwości w Bonn nie odpowiadają swoim zakresem art. 24 ust. 1 pkt 5 i 8 oraz 11 ustawy Pzp, bowiem w prowadzonym w Niemczech rejestrze nie ujawnia się skazań, w wyniku których orzeczono karę pieniężną nie przekraczającą więcej niż 90 stawek dziennych i karę pozbawienia wolności lub areszt wojskowy do trzech miesięcy, jeżeli w rejestrze nie jest wpisana inna kara. Izba stwierdziła, że przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może wymagać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane ustana-

wiają prymat zaświadczenia odpowiedniego organu. § 3 ust. 3 ww. rozporządzenia stanowi jednoznacznie, iż w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w odniesieniu do osób, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy Pzp, mających miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób, z tym, że w przypadku, gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń – zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem. Przywołany przepis ustanowił pierwszeństwo dokumentów urzędowych wystawianych przez właściwe organy sądowe lub administracyjne różnych państw. W ocenie Izby, ustanawiając ww. wymaganie ustawodawca nie mógł pominąć oczywistych różnic w porządkach prawnych poszczególnych państw. Przyjęcie innego założenia prowadziłoby w istocie do braku możliwości składania zaświadczeń, o których mowa powyżej z uwagi na brak tożsamości porządków prawnych różnych państw. Tym samym, brak jest podstaw do twierdzenia, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: X i Y GmbH powinni złożyć oświadczenia złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego lub przed notariuszem.

21. Sygn. akt: KIO 1028/14, KIO 1029/14, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r.

Izba uznała, że podanie w treści oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania w związku z okolicznościami zawartymi w art. 24 ust. 1 Pzp niepełnej nazwy jednego z uczestników Konsorcjum tj. X, gdy członkiem konsorcjum jest X (...) S.A. nie dyskwalifikuje tego oświadczenia.

Po pierwsze: mimo, że wskazane oświadczenie to nie jest oświadczeniem woli sensu stricto, to jego ocena powinna następować z uwzględnieniem dyrektyw wykładni oświadczeń woli. Tym samym oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania podlega interpretacji z uwzględnieniem okoliczności jego złożenia (arg. a simili z art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp). Izba uznała, że skoro oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania zostało złożone wraz z ofertą w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia to pochodzi od jednego z członków konsorcjum, które ofertę złożyło – X (...) S.A. Jeśli odwołujący twierdzi przeciwnie, winien twierdzenie swoje udowodnić. Tymczasem wyniki postępowania dowodowego nie uzasadniają podniesionego zarzutu.

Same wątpliwości odwołującego nie mogą prowadzić do potwierdzenia zarzutu. Postępowanie odwoławcze ma charakter sporny i unieważnienie czynności zamawiającego powinno mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy została dowiedziona jej wadliwość.

22. Sygn. akt: X Ga 205/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 25 maja 2012 r.

Jak wynika z § 2 ust. 1 pkt 6 Rrd [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiającego od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), któremu aktualnie odpowiada § 3 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.], w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed

upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Przepis ten określa termin, od którego zaświadczenie takie może być wystawione (*terminus a quo*), nie wskazuje jednak najpóźniejszej daty, z której zaświadczenie takie może pochodzić (*terminus ad quem*). Odpowiedzi na ostatnie pytanie udziela jednak art. 26 ust. 2a PZP, zgodnie z którym m.in. wykonawca zobowiązany jest wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 PZP. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że zaświadczenie z KRK, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 6 rRD może pochodzić najpóźniej z ostatniego dnia składania ofert. Pośrednio wynika to również z art. 44 PZP, skoro bowiem wraz z ofertą wykonawca winien złożyć stosowne dokumenty, to mogą one pochodzić najpóźniej z tej daty (*a contrario* nie mogą pochodzić z daty późniejszej, albowiem w takim wypadku nie mogłyby zostać załączone do oferty).

Orzecznictwo zaś jednolicie wskazuje, że również w wypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 PZP, uzupełniane przez niego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (vide: teza z uzasadnienia wyroku KIO z 16 czerwca 2011 r. KIO 1151/11, (...)) teza z uzasadnienia wyroku KIO z 19 sierpnia 2010 r. KIO 1694/10, (...), teza z uzasadnienia wyroku KIO z 14 maja 2010 r. KIO 761 /10, (...)). W szczególności należy tu przywołać tezę, z której wynika, że również zaświadczenie wystawione po dniu składania ofert, o ile zawiera adnotację uprawnionego podmiotu, że wykonawca spełniał warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego na dzień składania ofert, również może być uznane za skuteczne (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 15 października 2009 r. KIO/UZP 1249/09, (...)).

Tym samym Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym niniejszą skargę nie podziela odosobnionego poglądu wyrażonego w orzecznictwie, zgodnie z którym skoro w praktyce nie jest możliwe uzupełnienie braków w zakresie zaświadczeń z KRK z uwagi na bieżącą aktualizację danych w tym rejestrze, to za wystarczające należy uznać takie zaświadczenie złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 PZP, jakie jest możliwe do wydania przez KRK w oparciu o przepisy, na podstawie których rejestr ten funkcjonuje (vide teza z uzasadnienia wyroku KIO z 30 lipca 2009 r. KIO/UZP 905/09, (...)). Przeciwno takiemu rozumowaniu przemawia przede wszystkim okoliczność, że ustawodawca, jak już wskazano, jednoznacznie przesądził, że składane przez wykonawcę dokumenty mają wskazywać na brak podstaw do jego wykluczenia z postępowania nie później niż na dzień składania ofert. (...)

Przy czym dla porządku należy wskazać, że jeśli chodzi o odpowiedzialność, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP, a więc o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, to nie jest tak, że odpowiedzialność ta podlega zatarciu zgodnie z przepisami Kodeksu karnego, jak to przywołuje spółki (...) w uzasadnieniu skargi. Kwestie te reguluje art. 43 ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz.1661 ze zm.), zgodnie z którym zatarcie orzeczenia stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary następuje z mocy prawa z upływem 10 lat od wykonania lub darowania albo przedawnienia wykonania kary pieniężnej, przepadku, zakazów oraz podania wyroku do publicznej wiadomości.

Skarżąca zdaje się sugerować, że zamawiająca winna dokonać oceny, czy wo-

bec konkretnego wykonawcy zatarcie orzeczenia stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary mogło nastąpić w okresie pomiędzy ostatnim dniem na zgłaszanie ofert, a datą odpowiedzi wykonawcy na wezwanie z art. 26 ust. 3 PZP. W konsekwencji stwierdzenie przez zamawiającą, że wobec jednego wykonawcy zatarcie orzeczenia mogłoby nastąpić w tym okresie, musiałyby skutkować obciążeniem go ciężarem przedstawienia zaświadczenia z KRK na dzień składania ofert; natomiast stwierdzenie, że wobec innego wykonawcy takie zatarcie nie mogłoby nastąpić, prowadziłyby do wniosku, że może on przedstawić takie zaświadczenie stwierdzające stan na dzień późniejszy (po dniu składania ofert). Takie różnicowanie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest niedopuszczalne. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 1 PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Niezależnie więc od tego, czy w konkretnym wypadku odnoszącym się do skarżącej, można domniemywać z zaświadczenia z KRK oddającego stan na 24 stycznia 2012 r., że również wg stanu na 9 stycznia 2012 r. nie figurowała w KRK jako podmiot, co do którego wydano orzeczenie stwierdzającego odpowiedzialność podmiotu zbiorowego za czyn zabroniony pod groźbą kary, zasadnie KIO zważyła, że skoro skarżąca nie przedstawiła zaświadczenia wystawionego w okresie pomiędzy 9 lipca 2011 r. a najpóźniej 9 stycznia 2012 r., to skarżąca nie wykazała dokumentem z § 2 ust 1 pkt 6 rRD [j.w. – przyp. red.] braku przesłanek jej wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 PZP.

23. Sygn. akt: II Ca 680/12, Wyrok SO w Kaliszu z dnia 21 lutego 2013 r.

Z ogłoszenia o zamówieniu skarżącego wynika, że zostało ono zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, na tablicy ogłoszeń w siedzibie zamawiającego przy ul. Krakowskiej (...) oraz na stronie internetowej zamawiającego w dniu 28.09.2012 r. Informacje dotyczące zapytania o karalności osób działających obu spółkach zostały udzielone w miesiącu czerwcu 2012 r. i złożone wraz z ofertami w miesiącu październiku 2012 r. Natomiast ustawą z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, która weszła w życie z dniem 21 lipca 2012 r., ustawodawca znowelizował katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dodając dwie dodatkowe okoliczności skutkujące wykluczeniem z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 wykluczeniem z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skutkuje skazanie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia prawomocnym wyrokiem za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przez okres 1 roku od dnia uprawomocnienia się wyroku. Wykluczeniu podlegają również spółki jawne, spółki partnerskie, spółki komandytowe, spółki komandytowo-akcyjne lub osoby prawne, których odpowiednio wspólnika, partnera, członka zarządu, komplementariusza lub urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za wymienione przestępstwa.

Uwzględniając charakter informacji o treści kartoteki karnej Krajowego Rejestru Karnego pochodzącej od organu państwowego jakim jest Minister Sprawiedliwości jest ona dokumentem urzędowym, który zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa RM

z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów [...] [aktualnie przepisowi temu odpowiada § 3 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiającego od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.] nie traci swojej aktualności, jeżeli wystawione zostało nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, stanowiąc domniemanie zgodności treści w niej zawartych z rzeczywistym stanem prawnym, w tym wypadku dotyczącym karalności wykonawcy za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 w brzmieniu obowiązującym na dzień udzielania informacji.

Wprawdzie art. 26 ust. 3 pzp dopuszcza, aby zamawiający wezwał wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, co obejmuje także sytuację, w której wykonawca przedłoży wprawdzie wymagane przez zamawiającego dokumenty, jednak z ich treści nie wynika, iż wykonawca opisany warunek udziału spełnia (lub wynika, że nie spełnia). Dotyczy to również sytuacji, gdy dokument został wprawdzie złożony i nie zawiera błędów, ale z jego treści nie wynika spełnianie warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie można w sposób niebudzący wątpliwości uznać, że wykonawca przedłożył dokument potwierdzający spełnianie tego warunku.

W rozpoznawanej sprawie informacje z Krajowego Rejestru Karnego obejmowały okres do końca grudnia 2012 r., a zatem były aktualne i ze względu na treść (niekaralność) względem obu wykonawców spełniały formalny wymóg dopuszczenia do udziału w przetargu na dzień otwarcia ofert, który miał miejsce w dniu 9 listopada 2012 r. Zatem wzywanie przez zamawiającego do uzupełnienia złożonych dokumentów urzędowych, w celu weryfikacji ich treści, która nie budziła wątpliwości, było pozbawione zarówno podstaw faktycznych, jak i prawnych.

24. Sygn. akt: XXIII Ga 683/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 maja 2013 r.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia został wskazany obowiązek przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy prawo zamówień publicznych, w zakresie odnoszącym się do niniejszej sprawy, a więc dotyczącym przetargu nieograniczonego, wykonawca na żądanie zamawiającego jest obowiązany wykazać, nie później niż na dzień składania ofert, brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Stosownie bowiem do treści art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędujący członkowie zarządu zostali prawomocnie skazani za przestępstwa wskazane w tym przepisie. Zważywszy, że skarżący składając ofertę nie przedstawił zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym członków zarządu (...) sp. z o.o., zatem zamawiający w ramach art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych, wezwał spółkę do uzupełnienia. Celem instytucji uzupełnienia jest uzyskanie oferty poprawionej pod względem załączenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie treść art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych wskazuje, że złożone dokumenty na wezwanie zamawiającego, powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W niniejszej sprawie w ogóle nie ma zastosowania ta część przepisu, która odnosi się do terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, bowiem w przetargu nieograniczonym

nie są składane wnioski o dopuszczenie do udziału. Takie wnioski dotyczą przetargu ograniczonego, dialogu konkurencyjnego.

Mając na uwadze, iż termin składania ofert upłynął 30.11.2012 r., to zaświadczenie z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące informacji o niekaralności członków zarządu oferenta, jak słusznie uznała Izba Odwoławcza, powinno potwierdzać stan na ten dzień. Natomiast skarżący przedstawił zaświadczenie dotyczące jednego z członków zarządu, na dzień 3.12.2012 r., co nie spełniało wymogu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Informacja bowiem z KRK wystawiona w danym dniu nie potwierdza stanu za okres wcześniejszy. Zatem informacja z KRK dotycząca prezesa zarządu (...) sp. z o.o., nie potwierdzała stanu na dzień składania ofert (30.11.2012 r.) skoro została wystawiona 3.12.2012 r. Okoliczność powyższa wynika z faktu, że zgodnie z art. 14 ustawy o KRK dane osobowe podlegają usunięciu z rejestru w przypadku zatarcia skazania. Również w przypadku zaświadczeń o niezaleganiu z podatkami, wydane zaświadczenie potwierdza stan faktyczny i prawny istniejący w dniu wydania zaświadczenia, co wynika z ordynacji podatkowej. Zatem informacja z KRK nie jest jedynym dokumentem stwierdzającym stan w dniu wydania dokumentu.

Skarżący uzyskał informację z KRK wystawioną w dniu 29.11.2012 r. (a więc przed terminem składania ofert), dotyczącą wiceprezesa spółki, chociaż w tym samym czasie nastąpił zarówno wybór prezesa, jak też wiceprezesa, dla których skarżący miał obowiązek przedstawić informację z KRK. Nie jest więc zasadny zarzut skarżącego, że uzyskanie informacji z KRK w ogóle nie było możliwe, ze względu na datę wyboru nowych członków zarządu.

Art. 24 ust. 2 pkt 1

25. Sygn. akt: KIO 983/14, Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2014 r.

Izba zauważyła również, że nie była sporna między stronami okoliczność, że Bogdan C. opracował dokumenty składające się na opis przedmiotu zamówienia (PFU i WKI). Stąd też, mając na względzie, że – po pierwsze – dokumenty te zostały użyte w Postępowaniu, po drugie – Zamawiający powołał się na tą okoliczność w piśmie informującym Odwołującego o jego wykluczeniu z udziału w Postępowaniu i – po trzecie – sam Odwołujący przyznał, że Bogdan C. przygotowywał opis przedmiotu zamówienia należało uznać – wbrew zapatrywaniom Odwołującego – że wykazana została przesłanka bezpośredniości, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp. (...)

(...)Izba zauważa, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, z uwagi na jego sankcyjny charakter, powinien być wykładany ściśle. Wobec tego nie sposób zgodzić się z interpretacją Zamawiającego, że pojęcie posłużenia się określoną osobą w celu sporządzenia oferty „[...]obejmuje także szczegółowe ustalenia mające wpływ na cenę oferty, jej treść, a co za tym idzie efekt końcowy w postaci prawidłowego i terminowego zrealizowania przedmiotu zamówienia.[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 3). Należy bowiem zauważyć, że z treści omawianego przepisu nie wynika, aby zawartą w nim sankcję należało odnosić, jak chce tego Zamawiający, do etapu realizacji zamówienia publicznego. Trzeba mieć także na względzie, że użyty w komentowanej regulacji wyraz „sporządzić” należy tłumaczyć jako „wykonać”, „przygotować” (www.sjp.pl) i brak jest – w ocenie Izby – podstaw do innego niż językowe tłumaczenia tego sformułowania. W konsekwencji nieuprawnione jest twierdzenie, że wskazanie konkretnej osoby w wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji

zamówienia (czyli w dokumencie składanym w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 *in fine* Pzp – argument z § 1 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz.U.2013.231) stanowi o posłużeniu się taką osobą w celu sporządzenia oferty, z czym mielibyśmy przykładowo do czynienia, gdyby wykonawca powierzył jej przygotowanie oferty, doprowadzając do sytuacji, w której miałaby ona rzeczywisty wpływ na treść zawartego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy w zakresie szeroko rozumianego sposobu spełnienia przez niego świadczenia w przypadku wyboru jego oferty. Gdyby jednak przyjąć zapatrywanie Zamawiającego odnośnie prawidłowej interpretacji przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp (do czego – w ocenie Izby – brak jest podstaw z przyczyn omówionych powyżej), to w jego treści znalazłoby się sformułowanie „w celu uzyskania zamówienia”, nie zaś „w celu sporządzenia oferty”.

26. Sygn. akt: VI Ga 8/13, Wyrok SO w Legnicy z dnia 12 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza słusznie uznała, że ustalone w sprawie fakty uzasadniały odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. X sp. z o.o. w K. i Y sp. z o.o. w G. Wybór przez zamawiającego oferty przedstawionej przez konsorcjum obu wymienionych firm dokonany został bowiem z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 1 p.z.p. W myśl powołanego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Sąd Okręgowy podziela ustalenie Izby, że spółka X poprzez wykonanie na zlecenie zamawiającego opracowania „Analiza zanieczyszczenia środowiska spowodowana składowaniem stłuczki szklanej na działce nr (...) w B.” bezpośrednio wykonywała czynności związane z przygotowaniem zamówienia. Świadczy o tym fakt, że rezultat jej pracy przedstawiony w w/w opracowaniu odnoszący się do wartości zamówienia - 2.898 920,00 zł oraz metody unieszkodliwiania odpadów, został w całości i bez istotnej ingerencji wykorzystany przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Wskazana okoliczność, jak również nie opublikowanie przedmiotowego opracowania w sposób przyjęty dla przekazywania do wiadomości dokumentacji postępowania spowodowały, że uczestniczące w postępowaniu konsorcjum X dysponowało wiedzą, która zapewniała mu istotną przewagę nad innymi wykonawcami oraz, że wiedza ta wykraczała poza ramy równej i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 i 2 p.z.p.). Wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania stworzyła konsorcjum X możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, bądź też dysponowania dodatkowymi informacjami o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, nieznanymi dla pozostałych wykonawców.

Art. 24 ust. 2 pkt 3

27. Sygn. akt: KIO 391/14, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający ma obowiązek wykluczyć wykonawcę, który złożył w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykluczenie wykonawcy na podstawie tego przepisu może nastąpić zatem po spełnieniu się dwóch przesłanek. Pierwsza - dotyczy stwierdzenia, że in-

formacje złożone przez wykonawcę w ofercie są nieprawdziwe, tj. nie odpowiadają rzeczywistości, a druga – że złożone przez wykonawcę informacje mogły lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, który należy rozumieć, jako wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych ugruntowany jest pogląd, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie wówczas, gdy złożenie nieprawdziwych informacji jest wynikiem celowego i zamierzonego zachowania wykonawcy, działającego z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia. Pomiedzy czynnością złożenia nieprawdziwych informacji, a wynikiem postępowania, musi istnieć zatem związek przyczynowo-skutkowy. (...)

Nie można podzielić stanowiska zamawiającego, że sam fakt złożenia oświadczenia przez odwołującego w trybie § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów *[jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) – przyp. red.]* może świadczyć, o tym, że wykonawca zdawał sobie sprawę, że nie uzyska stosownego poświadczenia od podmiotu, na rzecz którego zamówienie było wykonywane. Po pierwsze, jak wynika z dokumentacji postępowania, odwołujący złożył podobne oświadczenia także w odniesieniu do innych zadań wskazanych w wykazie, (podobnie jak inni wykonawcy), co nie oznacza, że oświadczenia te zostały złożone w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd co do należytego wykonywania tych usług. Powyższe okoliczności nie potwierdziły się w wyniku podjętych przez zamawiającego czynności wyjaśniających. Po drugie, w toku postępowania żaden dowód na tę okoliczność nie został przeprowadzony przez zamawiającego. Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie nie została spełniona druga przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, dotycząca wpływu nieprawdziwej informacji na wynik prowadzonego postępowania. (...)

Skoro usługa wskazana w pozycji 8 wykazu nie byłaby w ogóle brana pod uwagę do oceny spełnienia warunku udziału, jak i do kwalifikacji wykonawców, to oznacza to, że ww. usługa nie ma i nie może mieć żadnego znaczenia dla możliwości wykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu ani dla możliwości zakwalifikowania się do drugiego etapu postępowania, otrzymania zaproszenia do złożenia oferty, i w konsekwencji – dla możliwości złożenia oferty i wyboru tej oferty, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zamawiający podnosił w odpowiedzi na odwołanie, że wykluczając odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, wziął pod uwagę potencjalny wpływ nieprawdziwej informacji na wynik postępowania. W ocenie Izby, potencjalny wpływ na wynik postępowania nie może być oceniany w sposób abstrakcyjny, tj. w oderwaniu od warunków tego konkretnego zamówienia (warunków udziału i warunków kwalifikacji wykonawców). Podkreślić należy, że to zamawiający określa warunki udziału i sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zapewniający wyłonienie wykonawcy, gwarantującego należyte wykonanie zamówienia (art. 22 ust. 4 i 5 Pzp). Na etapie oceny wniosków zamawiający nie może zaostriżyć tych wymagań, gdyż prowadziłoby to wprost do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

28. Sygn. akt: KIO 395/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r.

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 szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego 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 nie wskazał i nie przedstawił dowodów, na czym owo świadome i celowe działanie bądź też zaniechanie Odwołującego miałyby polegać. Wszystkie złożone dokumenty, na podstawie których Zamawiający wyrokował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia są ze sobą spójne. Oświadczenia złożone przez Burmistrza Miasta Z. są jednoznaczne, nie zawierają żadnych sprzeczności, nie znajdują się także w opozycji do informacji wynikających z wykazu robót zamieszczonego w ofercie wykonawcy. Nie sposób domyślić się na czym owo złożenie nieprawdziwych informacji, czy też próba wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez wykonawcę miałyby polegać i w jakim miejscu oferty lub złożonych wyjaśnień wykonawca mija się ze stanem faktycznym.

29. Sygn. akt: KIO 757/14, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2014 r.

Co do zarzutu podania we wskazanym zakresie nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum (...) Izba stwierdziła, iż zarzut ten również nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ramach tej przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania konieczne zatem jest wykazanie okoliczności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje, jak również okoliczności, iż te informacje mają lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Obydwie okoliczności zatem w ramach wskazanego przepisu powinny być wypełnione łącznie. W przedmiotowej sprawie, niezależnie od tego, czy Konsorcjum (...) w swojej ofercie podało prawdziwe, czy też nieprawdziwe informacje co do doświadczenia Pana Mirosława P. z całą pewnością nie została wypełniona druga okoliczność, o której mowa we wskazanym przepisie ustawy Pzp. Z pewnością ewentualnie nieprawdziwe informacje, czego Izba w tym zakresie nie przesądza, nie miałyby wpływu na wynik postępowania, bowiem Konsorcjum (...) bez oceny doświadczenia Pana Mirosława P. – jak wskazano powyżej - wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu co do potencjału kadrowego - wskazanie minimum trzech osób na stanowisko specjalisty ds. geodezji i kartografii (żadne zarzuty co do tych pozostałych trzech osób nie były podnoszone). Tym samym zatem skoro jedna z istotnych okoliczności, mających znaczenie dla wypełnienia się dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowiącego podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie znalazła wypełnienia w niniejszym stanie faktycznym, zarzut należało uznać za niezasadny.

30. Sygn. akt: KIO 1048/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r.

Analiza art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowaniu w przypadku ziszczenia się następujących przesłanek: (i) złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia; oraz (ii) stwierdzenia, że dana informacja ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Co do pierwszej przesłanek, należy

wskazać, że ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji „nieprawdziwych informacji”. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że informacja nieprawdziwa to informacja, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości, to informacja niezgodna ze obiektywnie ustalonym stanem faktycznym. Informacje takie mogą mieć charakter zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy i dotyczyć wszelkich elementów postępowania. Dla wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu podania nieprawdziwych informacji stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że dana informacja nie odzwierciedla stanu rzeczywistego. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewnego wywołanego np. nieścisłością czy też podaniem informacji, które nie w pełni oddają stan rzeczywisty. Ciężar dowodu wykazania nieprawdziwości informacji spoczywa na wykonawcy domagającym się wykluczenia innego wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji. W tym miejscu należy przywołać wyrok 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 nieprawdziwości danej informacji.

31. Sygn. akt: KIO 1053/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dla wypełnienia wskazanej przesłanki do wykluczenia wykonawcy konieczne zatem jest wykazanie przez podmiot, który z twierdzenia o podaniu nieprawdziwych informacji wywodzi określone skutki prawne, że po pierwsze faktycznie podano nieprawdziwe informacje, a po drugie, iż mają one lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. W pierwszej kolejności zatem należy każdorazowo ustalić, czy określona informacja ma charakter informacji nieprawdziwej. W tym zakresie może mieć znaczenie wielokrotnie przywoływany w orzecznictwie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99, w którym Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak jak jest w rzeczywistości, co *a contrario* oznacza, że nieprawdziwa informacja to taka, która prezentuje określoną wypowiedź w sposób odbiegający od stanu istniejącego w rzeczywistości. Z kolei dla wykazania, iż określone informacje złożone przez konkretnego wykonawcę w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w świetle regulacji art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 2004/18/WE wymaga się wykazania, że wykonawca jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania określonych informacji.

W tym zakresie stanowisko orzecznictwa dotyczącego zamówień publicznych zostało utrwalone przez orzeczenia sądów okręgowych rozstrzygających sprawy skarg na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Istotne znaczenie mają tutaj wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12), Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. (sygn. akt VI Ga 134/12) i Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. (sygn. akt II Ca 1285/12). Zgodnie z tymi orzeczeniami dla ustalenia czy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do podania nieprawdziwych informacji konieczna jest analiza przez Zamawiającego w toku tego postępowania stanu świadomości wykonawcy w chwili składania oferty i przesądzenia, czy dana informacja niezgodna z rze-

czywistością została złożona przez wykonawcę w celu świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego. Niewątpliwie zatem w świetle powyższego dla wykazania okoliczności podania nieprawdziwych informacji w postępowaniu konieczna jest każdorazowo indywidualna ocena sytuacji faktycznej i prawnej zaistniałej w postępowaniu i niewątpliwie stwierdzenie, że wykonawca w sposób celowy wprowadził zamawiającego w błąd, podając informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Dopiero niewątpliwie stwierdzenie tych okoliczności powinno skutkować dalszym badaniem w sprawie, tj. ustaleniem, czy podane przez wykonawcę w sposób celowy informacje, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, mają wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, czy też unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne.

32. Sygn. akt: KIO 1071/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stał się podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu - z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Interpretacja treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być dokonywana przez pryzmat z art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, z którego wynika, że z udziału z postępowania można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. Regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i kładzie ona nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji. Aby zatem stwierdzić zaistnienie przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp koniecznym jest przeprowadzenie analizy i ustalenie czy podanie, nawet niezgodnych z rzeczywistością informacji, było świadomym i celowym działaniem wykonawcy, czy też wynikało z jego mylnego przekonania co do faktów. Dokonując wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający musi zatem uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy mającym na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie wynikiem omyłki. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem w tej materii przyjmuje się, że złożenie nieprawdziwej informacji ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z 7 stycznia 2009 r., sygn. akt XII Ga 433/08 stwierdził, że dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, nie jest więc wystarczające jedynie „uprawdopodobnienie” przez zamawiającego złożenia nieprawdziwych informacji. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd.

Okoliczności rozpatrywanej sprawy wskazują, że odwołującemu nie można przypisać celowego działania zmierzającego do wprowadzenia zamawiającego w błąd co do faktów. Odwołujący, składając oświadczenie o zakończeniu i należyтым wykonaniu usługi polegającej na pełnieniu funkcji kompleksowego nadzoru inwestorskiego na realizację inwestycji pn. Przebudowa istniejącego budynku (...) i koordynowania inwestycji, działań i działań nadal w przekonaniu, że usługa wykazana celem potwierdzenia spełniania warunku wymaganego doświadczenia, została po pierwsze - zakończona a po drugie - wykonana w sposób należyty. Z uwagi właśnie

na brak elementu świadomego, celowego działania, który mógłby wprowadzić zamawiającego w błąd co do faktów, zdaniem Izby nie ziszcila się przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, która legła u podstaw wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu.

Nie można podzielić stanowiska zamawiającego, który opierając się na piśmie Instytutu (...) z dnia 13.05.2014 roku wywiódł, że oświadczenie odwołującego z dnia 23.04.2014 roku zawiera nieprawdziwe informacje, które miały wprowadzić zamawiającego w błąd. Instytut (...) w piśmie z dnia 13.05.2014 roku stwierdził jedynie, że „trwają roboty w ramach rękojmi, związane z usuwaniem ujawniających się wad”, co zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom zamawiającego oznacza, że zarówno roboty budowlane jak i usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego, objęte umową zostały zakończone a aktualne prace wykonywane są wyłącznie z tytułu roszczeń związanych z rękojmią. Pismo z dnia 13.05.2014 roku nie zawiera jednoznacznej odpowiedzi na pytanie zamawiającego czy usługa nadzoru inwestorskiego świadczona przez X Sp. z o.o. została wykonana należycie. Świadczą o tym użyte w treści pisma sformułowania: „udzielenie precyzyjnej czy jednoznacznej odpowiedzi na Państwa pytania” czy „jednoznaczna ocena, czy usługa została przez X Sp. z o.o. z siedzibą w W. „wykonana należycie”, jest przedwczesna” Analizując treść pisma z dnia 13.05.2014 roku, które było podstawą dla zamawiającego do stwierdzenia podania przez odwołującego nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania podkreślić należy, że w żadnym miejscu Instytut (...) nie wskazał, że usługa wykonana przez odwołującego nie została zakończona albo też została wykonana nienależycie. Zamawiający, opierając się na treści pisma Instytutu (...) nie miał zatem żadnych podstaw, aby stwierdzić, że oświadczenie złożone przez X Sp. z o.o. jest niezgodne z prawdą.

33. Sygn. akt: IV Ca 683/, Wyrok SO Warszawa Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r.

Sąd Okręgowy nie podziela poglądu Krajowej Izby Odwoławczej, iż złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących kwalifikacji podmiotowych wykonawcy zawsze ma wpływ/może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz że wykluczenie przez Zamawiającego wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winno nastąpić automatycznie - bez względu na przyczyny, z powodu których miało miejsce podanie nieprawdziwych informacji. W ocenie Sądu powołany przepis ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. (...)

Ponadto - w ocenie Sądu Okręgowego - przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych

na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Nie ulega wątpliwości, że przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji". Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od Zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd. (...)

Ma rację skarżący, że żaden z wykonawców nie mógł świadomie czy celowo wprowadzić Zamawiającego w błąd, podając w wykazie, że w związku z zaprojektowaniem i wykonaniem (...) w P. w okresie od sierpnia 2005 r. do marca 2009 r. wykonał prace polegające m. in. na „zabudowaniu urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych”, gdyż powyższe zamówienie (przy realizacji którego wykonawcy w istocie nie wykonywali takich prac), było realizowane również na zamówienie (...) SA, Zamawiający był więc świadomy, że inwestycja wskazana przez wykonawców w poz. 1 wykazu wykonanych robót nie obejmowała swym zakresem spornych prac. Podanie tego rodzaju nieprawdziwej informacji nie miało zatem i nie mogło mieć korzystnego dla tych wykonawców wpływu na wynik postępowania.

Sąd Okręgowy podziela pogląd, że celem regulacji zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie świadcząc nieprawdę wprowadzają w błąd Zamawiającego co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania, nie jest natomiast takim celem eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo czy nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością - i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Nie można zrównywać pozycji wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje wskutek błędu lub popełnił omyłkę w złożonej ofercie (jak wykonawcy w sprawie niniejszej) z pozycją wykonawcy, który świadomie zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z całą pewnością nie było celem ustawodawcy wprowadzenie obowiązku automatycznego wykluczenia z postępowania każdego wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje - bez względu na przyczyny. Na podkreślenie zasługuje też fakt, że obaj wykonawcy na dzień składania ofert w istocie spełniali wymagany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu (polegający na zabudowaniu urządzeń ssp na 5 przejazdach kolejowych), co potwierdzili złożonymi dokumentami. Gdyby zatem w złożonym wykazie w ogóle nie wskazano, że powyższe prace były przez wykonawców zrealizowane w innych przetargach, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp byłby zobligowany wezwać ich do uzupełnienia wykazu, a wykonawcy — po przedstawieniu posiadanych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia- zostaliby dopuszczeni do udziału w postępowaniu, brak byłoby bowiem podstaw do ich wykluczenia.

34. Sygn. akt: VI Ga 134/12, Wyrok SO w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r.

Nie powinno być wątpliwości, że funkcją art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu wykonawcy, który poprzez podanie nieprawdzi-

wych informacji, mających na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd, dąży do uzyskania korzystnego dla siebie wyniku postępowania. Jak trafnie podnosi skarżący przesłanek z art. 24 ust. 2 pkt 3 p.u.n. nie można interpretować w oderwaniu od art. 45 ust. 2 „g”, dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi /DZ. U. U.E. nr 134, poz. 114 z późn. zm./, zgodnie z którym z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego z wykonawców, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych dyrektywą. Wprowadzenie w błąd musi mieć przy tym charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy. Niewątpliwie dokonana w zaskarżonym wyroku KIO wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest nie tylko niezgodna z dyrektywą 2004/18/WE, a więc z prounijną wykładnią przepisów krajowych, ale także z jego literalnym brzmieniem i w odniesieniu do kolejnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 4 p.z.p. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie w sposób jednoznaczny dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie /art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p./. Pozyskaniu stosownej wiedzy w tym kierunku służyć powinno postępowanie wyjaśniające przeprowadzone w trybie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p.

Dokonując oceny dokumentów i oświadczeń zawartych w ofercie zamawiający powinien w pierwszej kolejności wykluczyć zaistnienie błędnej interpretacji istotnych warunków zamówienia lub omyłki wykonawcy i ocenić, czy omyłka ta wpływa /może wpływać/ na wynik postępowania. W przypadku dokonania przez wykonawcę wadliwej interpretacji SIWZ w zakresie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i pozostawania w przekonaniu o spełnieniu tychże warunków, a w konsekwencji przedstawienia dokumentów, które nie potwierdzałyby spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca taki, jak słusznie wywodzi skarżący, automatycznie objęty zostałby sankcją wykluczenia z udziału w postępowaniu z powodu złożenia nieprawdziwych informacji. Taka interpretacja art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. nie może się ostać w sytuacji, gdy niewskazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu /art. 24 ust. 2 pkt. 4 p.z.p./ stanowi przecież odrębną podstawę wykluczenia. Za przedstawioną w skardze wykładnią art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. przemawia także brzmienie art. 25 p.z.p., 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 5

35. Sygn. akt: KIO 460/14, KIO 463/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że rację ma Odwołujący, który wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu fakt ewentualnej jego przynależności do grupy kapitałowej nie mógłby mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, z uwagi na to, że w tym konkretnym postępowaniu nie występował drugi podmiot, który przynależałby do tej samej grupy kapitałowej co Odwołujący. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu nie może być mowy o jakimkolwiek oddziaływaniu na uczciwą konkurencję poprzez fakt powiązań podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

Niemniej jednak należy także wskazać, że w danym postępowaniu o udzie-

lenie zamówienia publicznego Odwołujący złożył dwa oświadczenia o sprzecznej treści. Do oferty załączył bowiem informację z dnia 29 stycznia 2014 roku [str. 491 oferty], z której wynika, że nie należy do grupy kapitałowej. Zamawiający powziął wątpliwości w tym zakresie, dlatego też w dniu 13 lutego 2014 r. wystosował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień czy przynależy on do grupy kapitałowej oraz do ewentualnego uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Odwołujący w odpowiedzi przedłożył informację, że należy do grupy kapitałowej i przedłożył listę podmiotów zatytułowaną: „Lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej”. Zarówno w odwołaniu, jak i w toku rozprawy, Odwołujący wskazywał, że nie należy do żadnej grupy kapitałowej, a jedynie z daleko idącej ostrożności (...) przedstawił Zamawiającemu listę zawierającą wszystkie spółki w jakikolwiek sposób związane z Odwołującym.

Izba podkreśla, że wywody Stron i uczestnika postępowania w zakresie rozumienia definicji grupy kapitałowej nie mają większego znaczenia dla oceny zarzutów podnoszonych przez Odwołującego. Jak już zostało wskazane w przedmiotowym postępowaniu nie występowały podmioty, które wchodziłyby w skład tej samej grupy kapitałowej, a zatem Zamawiający nie był zobowiązany do badania powiązań między takimi podmiotami i do oceny czy powiązania te nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w tym postępowaniu, w myśl art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

**36. Sygn. akt: KIO 1181/14, KIO 1182/14, KIO 1183/14, KIO 1194/14,
KIO 1195/14, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r.**

Przesłankami wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp są, oprócz przynależności do tej samej grupy kapitałowej (okoliczność wyżej rozstrzygnięta), złożenie odrębnych ofert w tym samym postępowaniu oraz stwierdzenie, że istniejące powiązania między członkami grupy kapitałowej prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Oceniając zaistnienie drugiej przesłanki należy zauważyć, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiot zamówienia obejmuje pięć odrębnych części (rejonów), a każdy wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę na dowolnie wybraną część zamówienia. W tych okolicznościach, jakkolwiek zamawiający prowadzi postępowanie na cały przedmiot zamówienia, to jest ono złożone z pięciu autonomicznych części. W każdej z tych części odrębnie oceniani są wykonawcy z punktu widzenia spełnienia warunków podmiotowych i ewentualnych przesłanek wykluczenia oraz odrębnie i niezależnie oceniane są oferty co do zgodności ich treści z postanowieniami SIWZ i przepisów ustawy pzp. W rzeczywistości zatem w odniesieniu do każdej części prowadzone są niezależne postępowania „częstkowe” w ramach całości postępowania. Dla porównania zasadności takiego wnioskowania w analogicznych sytuacjach warto przytoczyć przepis art. 93 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych przesłanki unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się odpowiednio do poszczególnych części. Niesporne jest, że pomimo braku literalnego sformułowania w przepisach ustawy także inne czynności postępowania, w tym wskazane powyżej, prowadzi się w poszczególnych częściach. W obszarze będącym przedmiotem sporu racjonalne zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 powinno być odnoszone do każdej z części postępowania, a sformułowanie w przepisie „w tym postępowaniu” winno być rozumiane jako dotyczące postępowania w określonej części. Gdyby nawet przyjąć wykładnię zastoso-

waną przez zamawiającego, iż chodzi o całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, czyli wprost zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu należy dojść do wniosku, że z uwagi na rozłączność części i wskazane zasady składania odrębnych ofert nie sposób dopatrzeć się ryzyka zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Niesporne jest, że odwołujący się wykonawcy złożyli oferty na różne części zamówienia. Okoliczność ta pozwala na stwierdzenie, że nie zachodzą wobec nich przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Te same ustalenia prowadzą także do wniosku, iż twierdzenie, iż złożenie ofert przez odwołujących stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest niezasadne. Należy w szczególności zauważyć, że z uwagi na przedstawione wyżej zasady udziału w postępowaniu, odwołujący się wykonawcy nie rywalizują o to samo zamówienie publiczne.

Art. 24 ust. 2a

37. Sygn. akt: KIO 1111/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

Mając na względzie powyższą normę, nie można uznać, iż ma ona zastosowanie w sposób automatyczny w przypadku zaistnienia przesłanek w niej wskazanych. Stanowisko takie stałoby w sprzeczności dyspozycją art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r., w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi [dalej także, jako „Dyrektywa”] i wykładnią tego przepisu dokonaną w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r., w sprawie C-465/11. W wyroku tym Trybunał wskazał, iż pojęcie „poważnego wykroczenia”, o którym mowa we wskazanym przepisie Dyrektywy, należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym, Trybunał stwierdził, iż jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest równoważne z poważnym wykroczeniem. We wskazanym wyroku Trybunał stwierdził również, że pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca. Przechodząc na grunt niniejszej sprawy, w ocenie Izby, Zamawiający badając przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania winien był dokonać pro unijnej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, podczas gdy okoliczności niniejszej sprawy wskazują, iż oparł się on wyłącznie na stwierdzeniu, iż do rozwiązania umowy nr 1/2013/UP z dnia 18 lutego 2013 r., doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, tj. znacznego opóźnienia w realizacji umowy i wykonywania umowy nienależycie w sposób sprzeczny z umową. W ocenie Izby dokonując wykluczenia Odwołującego, Zamawiający nie dokonał konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy Odwołującego przy realizacji w/w umowy. Zdaniem Izby Zamawiający pominął okoliczności związane z różną interpretacją postanowień umowy, sposobu dokonywania odbiorów wykonanych prac, czy wreszcie niejasności związane z Jednostką Nadzorującą, która w imieniu Zamawiającego dokonywała odbiorów i konfliktu tej jednostki z Odwołującym, tj. tych okoliczności, które faktycznie miały bezpośredni wpływ na terminowość realizacji zamówienia, jak i uznanie czy prace wykonywane są należycie. Oczywiście bezspornym jest, iż w trakcie odbiorów na obszarze kontrolowanym znajdowane były również przedmioty metalowe niebezpieczne pochodzenia wojskowego, któ-

re Odwołujący zobowiązany był usunąć, jednakże były to sytuacje incydentalne w stosunku zarówno do powierzchni oczyszczonego obszaru, jak i ilości zebranych przedmiotów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego. Okoliczności te mogły wskazywać, co najwyżej na nieprawidłowe, niedokładne czy niskie jakościowo wykonywanie przedmiotowej umowy. W ocenie Izby brak było jednak podstaw do przyjęcia, iż Odwołujący realizując umowę nr 1/2013/UP działał z zamiarem uchyczenia ciążącym na nim obowiązkiem czy, że dopuścił się poważnego niedbalstwa. Tym samym w przedmiotowym stanie faktycznym przy uwzględnieniu pro unijnej wykładni dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp [aktualnie, tj. od 19.10.2014 r., przepis ten przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) został uchylony, ale znalazł swój właściwy (zmodyfikowany według wytycznych przywołanego orzeczenia TS UE) odpowiednik w regulacji art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, która może być stosowana wedle decyzji zamawiającego w postępowaniu – przyp. red.], nie można było uznać, iż zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o wskazany przepis. Prawidłowa ocena zachowania Odwołującego przy wykonywaniu umowy nr 1/2013/UP, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności faktycznych związanych z przyczynami jej rozwiązania winna była prowadzić, do wniosku, iż Odwołujący nie dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego przy jej realizacji. Tym samym nie zaistniały również podstawy do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Art. 24b

38. Sygn. akt: KIO 1028/14, KIO 1029/14, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r.

Istotą sporu jest ustalenie, czy złożenie nieprawdziwego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej skutkuje koniecznością wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d Pzp.

Izba uznała również, że sam fakt niezgodności informacji albo listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej z rzeczywistym stanem rzeczy nie może prowadzić do zwolnienia zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia prawidłowego dokumentu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, które to wezwanie powinno poprzedzać ewentualne wykluczenie wykonawcy. Przepisy art. 24b ust. 2 oraz art. 26 ust. 2d Pzp należy bowiem czytać łącznie. Wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia podlega zatem wykonawca, który mimo wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył informacji, że nie należy do grupy kapitałowej albo listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej. Złożenie powołanych informacji albo listy nie jest warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Jednak ustawodawca w odniesieniu do tych dokumentów nakazał, w mającym imperatywny charakter art. 26 ust. 2d zdanie drugie Pzp, stosować takie same zasady, jak w przypadku oświadczeń i dokumentów wskazujących na zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, odnoszą się one bowiem do sytuacji podmiotowej wykonawcy.

W konsekwencji złożenie informacji, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej w sytuacji, gdy powinna być złożona lista podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej albo listy podmiotów obciążonej błędami (nie tylko formalnymi, ale również co do treści listy) pociąga za sobą – co do zasady obowiązek zamawiającego wezwania do złożenia prawidłowego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W przeciwnym razie wykonawcy, którzy nie złożyli ani informacji, ani listy podmiotów byłiby w lepszej sytuacji od wykonawcy, który dokument taki złożył, jednak

zawiera on błędy. Sytuacja taka jest niedopuszczalna na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż prowadzi do nierównego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Zamawiający nie jest zobowiązany do dokonania wezwania w sytuacji, gdy omawiane błędy w treści oświadczenia lub listy podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej powodują obowiązek wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 albo art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp).

Art. 25 ust. 1 pkt 1

39. Sygn. akt: KIO 795/14, Wyrok KIO z dnia 7 maja 2014 r.

(...) Zamawiający na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego posiadania osób zdolnych do wykonania zamówienia zażądał dokumentu wykraczającego poza dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, a których zamknięty katalog został określony w wydanym na mocy art. 25 ust. 2 pzp rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w § 1 ust. 1 rozporządzenia przewidziano możliwość zażądania dwóch rodzajów dokumentów: w pkt 7) – wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; w pkt 8) – oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia. (...)

Izba zważyła, że skoro aktualnie obowiązujące przepisy nie pozwalają na żądanie od wykonawców przedstawienia dokumentów potwierdzających uprawnienia osób, Zamawiający nie mógł sobie przyznać takiego uprawnienia na mocy postanowienia s.i.w.z. Przede wszystkim Odwołujący nie może ponieść z tego tytułu negatywnych konsekwencji. Następnie zauważyć należy, że Zamawiający wykluczył Odwołującego *de facto* za brak przedstawienia dokumentu potwierdzającego dodatkowo to, co prawidłowo zostało potwierdzone przez niego w stosownym oświadczeniu, czyli fakt posiadania przez Witolda K. wymaganych uprawnień, które zostały opisane w wykazie osób. Zamawiający nie wzywał bowiem do uzupełnienia tych dwóch dokumentów, których przedstawienia miał prawo żądać na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp. Również w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający powołał się na brak potwierdzenia odrębnym dokumentem uprawnień Witolda K., a nie na niewystarczający ich opis w wykazie, w ogóle nie odnosząc się do załączonego również oświadczenia potwierdzającego uprawnienia osoby wskazanej w wykazie. W konsekwencji decyzję Zamawiającego z powołaniem się na art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp należało uchylić jako nieprawidłową.

40. Sygn. akt: KIO 969/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.

Izba uznała, że czynność wykluczenia odwołującego została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż wynikająca z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów możliwość składania dokumentu w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę odnosi się do wszystkich dokumentów wskazanych w tym rozporządzeniu. Dostrzec bowiem trzeba, że ten akt wykonawczy nie różnicuje pod względem formy dokumentów urzędowych, wystawionych przez

podmiot zewnętrzny i dokumentów prywatnych – oświadczeń własnych wykonawcy lub innych podmiotów. Ustawodawca konsekwentnie w tytule aktu prawnego oraz w poszczególnych przepisach rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów pojęcia „dokument” używa zarówno w odniesieniu do dokumentów urzędowych, jak i oświadczeń własnych wykonawcy, (np. wykaz wykonanych umów) oraz oświadczeń innych podmiotów (np. potwierdzających należyte wykonanie umów). Tym samym brak jest podstaw ku temu, aby wbrew brzmieniu przepisu i ukształtowanej praktyce nakładać na wykonawcę ciężar posłużenia się dokumentem oryginalnym.

Istotnie, kwestionowanie terminu wyznaczonego przez zamawiającego na uzupełnienie dokumentu jest spóźnionym działaniem odwołującego. Wezwanie dokonane przez zamawiającego nie może jednak przynieść konsekwencji w postaci wykluczenia odwołującego z postępowania, skoro było dokonane bezpodstawnie. Odwołujący złożył bowiem wraz z ofertą dokument w wymaganej formie, którego treść nie jest kwestionowana. Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 9 Pzp.

41. Sygn. akt: KIO 1048/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r.

W pierwszej kolejności, Izba zauważa, że przepisy ustawy Pzp nie określają wymaganej treści referencji. Jediną informacją jaka powinna znaleźć się w ich treści to potwierdzenie należytego wykonania danej usługi. Nie ulega również wątpliwości, że sama referencja powinna identyfikować podmiot, na rzecz którego jest ona wystawiona oraz podmiot, na rzecz którego dana usługa została wykonana.

42. Sygn. akt: KIO 1071/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.

Przepisy 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) dopuszczają możliwość posłużenia się oświadczeniem złożonym przez samego wykonawcę jako dowodem potwierdzającym należyte wykonanie usługi. Możliwość ta została jednak ograniczona do sytuacji, w której z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. Wykazanie istnienia „obiektywnych przyczyn” braku możliwości uzyskania poświadczenia leży po stronie samego wykonawcy, korzystającego z takiego sposobu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Podkreślić należy, że ocenę zaistnienia sytuacji, która uzasadnia posłużenie się przez wykonawcę oświadczeniem własnym należy dokonywać w konkretnych okolicznościach sprawy. Jak wynika z treści złożonego przez wykonawcę oświadczenia, jak również z jego wyjaśnień złożonych do protokołu rozprawy, Instytut (...) odmówił wydania zaświadczenia o należywym wykonaniu usługi z uwagi usuwanie wad w okresie rękojmi i gwarancji na wykonane roboty. Okoliczność realizacji robót w ramach rękojmi została potwierdzona w treści pisma z dnia 13.05.2014 roku, gdzie sam Instytut (...) stwierdza, że „trwają roboty w ramach rękojmi, związane z usuwaniem ujawniających się wad”.

Z wyjaśnień złożonych przez Jacka C. - Prezesa Zarządu X sp. z o.o. do protokołu rozprawy wynika, że prowadził on rozmowy telefoniczne z osobą wyznaczoną do kontaktów ze strony Instytutu (...) - Mirosławem K. odnośnie możliwości uzyskania stosownych referencji potwierdzających należyte wykonanie usług nadzoru inwestorskiego, jednak uzyskał informację, że aktualnie nie jest możliwe otrzymanie takich dokumentów z uwagi na trwające roboty związane z usuwaniem wad w ramach rękojmi. Z uwagi na takie stanowisko X sp. z o.o., licząc się z odmową wydania referencji, nie występował do Instytutu (...) z formalnym wnioskiem o ich wydanie. Oświadczenie złożone przez odwołującego w tym zakresie nie stoi w sprzeczności

z treścią pisma z dnia 13.05.2014 roku, w którym Instytut (...) oświadczył, że „X Sp. z o.o. (...) nie zwracała się do Instytutu o wydanie referencji poświadczających należyte wykonanie usługi”. Okoliczność braku możliwości uzyskania od Instytutu (...) potwierdzenia należytego wykonania usługi, wynika z treści samego pisma z dnia 13.05.2014 roku, w którym stwierdzono, że „mając na uwadze całokształt postępowania przetargowego, wygranego przed Krajową Izbą Odwoławczą (...) jednoznaczna ocena, że usługa została przez X Sp. z o.o. z siedzibą w W. „wykonana należyście” jest przedwczesna”.

Uwzględniając powyższe okoliczności faktyczne sprawy zachodzi w tym przypadku, obiektywna przyczyna braku możliwości uzyskania referencji do Instytutu (...). Instytut ten odmawia wydania poświadczenia, tkwiąc w błędnym przekonaniu, że jest to niemożliwe z uwagi na usuwanie wad w ramach rękojmi i gwarancji, podczas gdy umowa o roboty budowlane, jak również nadzór inwestorski nad tymi robotami zostały już ukończone. Podkreślić należy, że przedmiotem prac wykonywanych przez X sp. z o.o. na rzecz Instytutu (...), na podstawie umowy z dnia 21 marca 2012 roku było pełnienie obowiązków nadzoru inwestorskiego i koordynatora inwestycji polegającej na przebudowie istniejącego budynku (...) i Instytutu (...). Inwestycja ta była realizowana przez wykonawcę Y Sp. z o.o. O ile, niewątpliwie należyte wykonanie usługi nadzoru inwestorskiego jest ściśle związane z zakończeniem i należyтым wykonaniem robót budowlanych, objętych tym nadzorem, o tyle pamiętać należy, że są to dwie odrębne umowy świadczone przez różne podmioty. O należyтым wykonaniu i zakończeniu realizacji umowy dotyczącej nadzoru inwestorskiego świadczą złożone przez odwołującego dowody w sprawie: faktury nr 12/02/2013, 57/09/2012 oraz 81/12/2012 wraz z historią rachunku potwierdzającą fakt otrzymania zapłaty do Instytutu (...) oraz potwierdzenie zwrotu należytego zabezpieczenia umowy w wysokości 3 690 zł w dniu 3.01.2014 roku. Z przedłożonych przez odwołującego dowodów wynika, że umowa z dnia 21 marca 2012 roku została całkowicie rozliczona, zaś okoliczność dokonania zwrotu należytego zabezpieczenia umowy, świadczy o tym, że zamówienie zostało ukończone i uznane przez zamawiającego za należyte wykonane - taki wniosek wypływa z brzmienia art. 151 ust. 1 *in fine*, który zezwala zamawiającemu na zwrot zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane. Pozostałe dowody złożone przez odwołującego: umowa na roboty budowlane z dnia 4 czerwca 2012 roku zawarta między Instytutem (...) a Y Sp. z o.o. wraz z aneksami, zgłoszenie zakończenia prac budowlanych wraz z protokołem odbioru z dnia 29 października 2013 roku i wykazem usterek, świadczą o zakończeniu robót budowlanych, co pośrednio dowodzi także tego, że usługi nadzoru inwestorskiego nad realizowaną inwestycją również zostały ukończone.

43. Sygn. akt: KIO 1083/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

Określenie w polisie przedstawionej przez wykonawcę A działalności podlegającej ubezpieczeniu - w zakresie inżynierii i związanej z nią doradztwem technicznym - jest na tyle pojemne, że może mieścić w sobie zarówno czynności geodezyjne, jak i w dziedzinie informatyki. Wymieniona polisa nie nawiązuje wprost w jej treści do oznaczonych kodów PKD.

Odwołujący potwierdził, iż wymienione grupowanie 71.12.Z PKD obejmuje przynajmniej:

- wykonywanie pomiarów geodezyjnych, w tym dla potrzeb ewidencji;
- opracowywanie map topograficznych i ogólnie geograficznych oraz map

tematycznych, w tym ortofotomap.

Wprawdzie przedmiot zamówienia obejmuje także utworzenie i udostępnienie dedykowanego narzędzia informatycznego w postaci interaktywnego serwisu internetowego, jednakże bez znaczenia pozostawało, że omawiana polisa ubezpieczeniowa o numerze (...) wystawiona przez X S.A. - przy odniesieniu się do klasyfikacji PKD - nie obejmowałaby działalności w zakresie oprogramowania i doradztwa z dziedziny informatycznej. Polisa przedstawiona przez odwołującego wydana przez Y S.A. również nie potwierdza w swej treści objęcia ochroną ubezpieczeniową OC tego zakresu działalności.

Przepis 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), tj. § 1 ust. 1 pkt 11 odnoszący się do opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, mówi o działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a nie o polisie *stricte* odpowiadającej przedmiotowi zamówienia. Wystarczyło, więc wykazanie powiązania w znaczącym elemencie, jakim w tym przypadku są prace geodezyjne.

Przedstawione przez odwołującego ogólne warunki ubezpieczenia – nie stanowiły dowodu przeciwnego, ani też odesłanie do odrębnych warunków ubezpieczenia OC dla oznaczonych profesji, w tym geodety i zawarte tam wyłączenia. Przy ubezpieczeniach majątkowych, co do zasady, to samo zdarzenie nie stanowi podstawy do wypłaty dwóch odszkodowań, chociażby było objęte dwoma polisami. Zamawiający jest związany wyznaczonymi warunkami uczestnictwa w przetargu, które podał do wiadomości wykonawców. Podstawą oceny potencjału finansowego i ekonomicznego skarżonego wykonawcy powinna być przedstawiona polisa, a nie ogólne warunki ubezpieczenia w zakresie OC. Trudno nawet wymagać, aby każdorazowo wykonawca, ubiegający się o zamówienie publiczne, który prowadzi oznaczoną działalność miał dostosowywać ściśle posiadane asekuracje ubezpieczeniowe OC - do przedmiotu zamówienia, nie mając przy tym pewności, że zamówienie to otrzyma. Polisa OC wymagana jest na moment złożenia oferty, a jej ważność nie musi obejmować okresu realizacji zamówienia.

44. Sygn. akt: KIO 1028/14, KIO 1029/14, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że złożenie wyłącznie bilansu oraz rachunku zysków i strat nie spełnia wymagania wynikającego z postanowienia 6.20 SIWZ. § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów daje zamawiającemu wybór. Zamawiający może żądać złożenia całego sprawozdania finansowego, albo ograniczyć się do rachunku zysków i strat. Zamawiający w pkt 6.20 SIWZ wyraźnie dokonał wyboru pierwszej możliwości, zatem wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani na podstawie odrębnych przepisów do sporządzania sprawozdań finansowych powinni złożyć co najmniej informację dodatkową, która obejmuje wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz dodatkowe informacje i objaśnienia. Złożenie bilansu i rachunku zysków i strat, w sytuacji gdy zamawiający żąda złożenia całego sprawozdania finansowego, nie może być uznane za spełnienie dyspozycji art. 26 ust. 2c Pzp. Zdaniem Izby przepis ten umożliwia wykonawcy przedstawienie zamawiającemu dokumentu innego niż roczne sprawozdanie finansowe albo jego część, jeśli sprawozdanie finansowe dotyczące okresu wskazanego przez zamawiającego nie zostało jeszcze sporządzone, albo

wykonawca działający z należytą starannością nie może go złożyć zamawiającemu. W takiej sytuacji wykonawca może złożyć inne dokumenty, przykładowo sprawozdania kwartalne albo półroczne.

45. Sygn. akt: XIX Ga 460/12, Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 sierpnia 2012 r.

Punktem wyjścia rozważań, czy w zakresie wymogów uczestnictwa w postępowaniu wykonawca spełniał kryteria co zawarcia umowy ubezpieczenia OC jest podkreślenie, że cytowane wcześniej zapisy SIWZ, szczególnie określone w Rozdziale V wprost nawiązują pojęciowo do § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia [W wyroku tym mowa o § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 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), któremu aktualnie odpowiada § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.], a to oznacza, że dla rozstrzygnięcia skargi fundamentalne znaczenie nabiera wykładnia tego przepisu. Zgodnie z postanowieniem zawartym w tej normie prawnej, w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może domagać się od wykonawców przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Rozwikłując znaczenie pojęciowe tego przepisu w pierwszej kolejności należy sięgnąć do jego wykładni gramatycznej mającej pierwszeństwo przed innymi metodami wykładni. Reguły językowe bowiem są podstawowym instrumentem komunikowania się prawodawcy z adresatami jego norm. Ponadto adresaci norm prawnych winni działać w zaufaniu do tego co zostało napisane w tekstach aktów prawnych. Dopiero wtedy, gdy wynik wykładni językowej prowadzi do sprzeczności z inną normą prawną, czy też powoduje oczywistą i rażącą niesprawiedliwość, względnie wniosek wynikający z takiej wykładni jest absurdalny z punktu widzenia logiki, należy sięgnąć do wykładni systemowej, a gdy ta nie usuwa wątpliwości interpretacyjnych koniecznym staje się sięgnięcie do wykładni funkcjonalnej (por. uzas. uchw. 7 SN z 1.03.07 r., III CZP 94/06, OSNC2007, Nr 7-8, poz. 95). Odczytując literalnie treść wskazanego tutaj przepisu należy dojść do wniosku, że w przypadku, gdy ubezpieczyciel w związku z zawartą umową ubezpieczenia wystawił polisę, to wykazanie przez wykonawcę udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia polega na przedłożeniu dowodu opłacenia umowy ubezpieczenia:

- w całości, bez względu na określone w umowie raty;
- bez względu na okoliczność, czy ubezpieczyciel podnosi odpowiedzialność przed datą płatności składki ubezpieczeniowej;
- bez względu na datę płatności składki ubezpieczeniowej, choćby ta płatność miała miejsce już po zakończeniu terminu składnia ofert.

Jeśli natomiast nie wystawiono polisy, a inny dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, to językowe znaczenie analizowanej normy prawnej pozwala na przyjęcie tezy, że opłacenie składki dla spełniania wymogów uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest irrelevantne.

Trzeba tutaj powiedzieć, że art. 809 § 1 k.c. stanowi, że ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia. Na potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczyciel może wystawić polisę, legitymację ubezpieczeniową, certyfikat ubezpieczeniowy, tymczasową legitymację tymczasową, nie mniej jednak nazwa dokumentu ubezpieczenia nie jest istotna, ważne jest jedynie to,

by był on wystawiony, doręczony ubezpieczającemu, oraz potwierdzał fakt zawarcia konkretnej umowy ubezpieczenia. Innymi słowy, każdy dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia, bez względu na jego nazwę ma takie samo znaczenie: stanowi jedynie dowód zawarcia umowy, która obowiązuje nawet bez jego wystawienia, w związku z czym jego niewystawienie nie wpływa na ważność tego rodzaju stosunku obligacyjnego.

Wskazując na powyższe rozumienie analizowanego przepisu dochodzimy do takiego oto wniosku, że w różny sposób traktuje się wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - w zależności od tego, jaki wystawił ubezpieczyciel dokument na potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia, co z punktu widzenia art. 809 § 1 k.c., a zatem skuteczności zawarcia umowy ubezpieczenia nie ma znaczenia prawnego. W przypadku wystawienia polisy warunkiem uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu będzie jej opłacenie, w przypadku wystawienia innego dokumentu takiego wymogu taki warunek nie obowiązuje, nawet wtedy, gdy przed opłatą składki ubezpieczyciel nie ponosi odpowiedzialności za zdarzenie objęte ochroną ubezpieczeniową. Takie rozumienie § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia [j.w. – *przyp. red.*] prowadzi do wniosków *ad absurdum*, a nadto jest rażąco niesprawiedliwe dla tych ubezpieczonych, którym na potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia wystawiono polisę - co jest zasadą. Dalej idąc, takie odczytywanie znaczenia tego przepisu zachęcałoby wręcz do zawierania tego rodzaju umów ubezpieczenia, gdzie wystawiane są inne dokumenty niż polisa. Dawałoby to możliwość nieopłacenia umowy ubezpieczenia, a mimo to wykonawca spełniałby warunki uczestnictwa w postępowaniu. Ze wskazanych tutaj przyczyn zasadnym staje się wniosek, że przy rozpoznawaniu znaczenia normy § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia [j.w. – *przyp. red.*] należy odejść od jego literalnego rozumienia - na rzecz innych metod wykładni języka aktów prawnych - do wykładni systemowej. Zdaniem Sądu Okręgowego nie dość jasne pojęcie „opłaconej polisy” należy wiązać ze skutecznością powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela z umowy ubezpieczenia. Przy interpretowaniu § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia [j.w. – *przyp. red.*] należy sięgnąć do art. 814 § 1 k.c. W tym przepisie wprowadzono regułę, która uzależnia początek odpowiedzialności ubezpieczyciela od zapłacenia przez ubezpieczającego składki, w związku z czym początek jego odpowiedzialności nie jest tożsamy z momentem zawarcia umowy ubezpieczenia. Zważywszy na fakt, że przepis ten ma charakter dyspozytywny w umowie ubezpieczenia można w sposób odmienny od przyjętego przez ustawodawcę wzorca określić początek odpowiedzialności ubezpieczyciela, również także poprzez utożsamienie ram czasowych umowy ubezpieczenia z odpowiedzialnością ubezpieczyciela, bez względu na datę opłacenia składki. Innymi słowy, ogólne warunki ubezpieczenia lub umowa mogą przewidywać powstanie początku odpowiedzialności ubezpieczyciela od daty początkowej trwania umowy, także i przed opłaceniem składki, co ma miejsce wtedy, gdy składka ma być opłacona w czasie późniejszym - w określonych umownie ratach. W rezultacie spełnienie wymogu wynikającego z § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia [j.w. – *przyp. red.*] należy tłumaczyć w powiązaniu o treść art. 814 § 1 k.c., tj. czy zawarcie umowy ubezpieczenia powoduje powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela, czy też koniecznym do tego jest opłacenie składki. Jeśli zatem w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca wykaże, że opłacił składkę ubezpieczeniową, względnie, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność z umowy także przed opłaceniem składki, to należy przyjąć, że oba przypadki mają zatem jednakowe znaczenie dla wykazania wymogów z § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia [j.w. – *przyp. red.*]. W obu bo-

wiem przypadkach ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność wynikającą z umowy ubezpieczenia, a jedynie to ma znaczenie z punktu wymogów tego przepisu. Można w takiej sytuacji przyjąć, że o ile wykonawca wykaże stosownym dokumentem, że ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność bez względu na opłacenie składki, to nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p.

Wskazane tutaj rozumienie § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia [j.w. – *przyp. red.*] można wzmocnić także argumentami *ratio legis*. Celem tej regulacji było, aby nie dopuścić do takiej sytuacji, gdy ubiegający się o zamówienie wykonawca legitymuje się umową ubezpieczenia, z której nie wynika powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela. Wskazać tutaj trzeba, na nieobowiązujący już § 1 ust. 3 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), w którym, nie było wymogu przedłożenia „opłaconej polisy”, a jedynie polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności. Wprowadzenie zatem pojęcia „opłacanej polisy” do aktualnie obowiązującego Rozporządzenia wiąże się z wprowadzeniem wymogu zapewnienia skuteczności ochrony ubezpieczeniowej - odpowiedzialności ubezpieczyciela, co zazwyczaj wiąże się z opłatą składki. Niemniej jednak, taki rezultat zostanie osiągnięty również i wtedy, gdy umowa ubezpieczenia przewiduje odpowiedzialność ubezpieczyciela wcześniej - już z datą wskazaną jako początek obowiązywania umowy. Żadne racjonalne względy nie przemawiają za różnym traktowaniem obu przypadków.

Stan faktyczny niniejszej sprawy wskazuje jednoznacznie, że wykonawca w dacie złożenia oferty posiadał ubezpieczenie OC, które mimo nieopłacenia składki w dacie zawarcia umowy powodowało powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela. Składka zresztą miała być płacona już po upływie terminu składania ofert. Nie można w takim przypadku mówić, że wykonawca nie wykazał dokumentami spełnienia wymogów uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej sytuacji jego wykluczenie w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. z tego postępowania było bezzasadne.

46. Sygn. akt: VIII Ga 137/12, Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 23 października 2012 r.

Stanowisko powyższe jest zgodne z treścią § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [(Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Według aktualnie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231) przepisowi temu odpowiada § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia – *przyp. red.*], gdyż przepis ten stanowi o możliwości żądania załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Tym samym dokument ten musi, zdaniem Sądu, zawierać treść, która w danym postępowaniu, mając na uwadze całą specyfikę zamówień publicznych pozwoli na dokonanie tej oceny. Ocena ta jednakże każdorazowo należy do zamawiającego, która jest dokonywana dopiero w warunkach konkretnego postępowania. Taka interpretacja powyższego przepisu znalazła wyraz w licznych orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, na którą powołuje się skarżący, a wyraża się w stwierdzeniach, że referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, ale mają charakter ogólny, nie można zatem wymagać i egzekwować od wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie,

konkretnego, zindywidualizowanego warunku, bądź też, że dokument referencji nie musi wprost zawierać stwierdzenia, że określona dostawa lub usługa została wykonana należycie bowiem istotne jest, aby z treści dokumentu wynikała prawidłowość wykonania dostawy lub prac.

Z tym kierunkiem orzecznictwa zgodne jest również orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2012 r. stwierdzające, że przez należyte wykonanie zamówienia - w kontekście przepisów § 1 ust. 1 pkt 3 cyt. Rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mają być składane – [j.w. – *przyp. red.*] należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 kc w zw. z art. 14 ustawy PZP staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju przy czym ocena należytej staranności powinna uwzględniać całokształt zachowań dłużnika, a nie tylko prawidłowe techniczne wykonanie czynności. Orzeczenie to, co prawda zostało wydane w sprawie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odnosi się do konkretnego stanu faktycznego, ale wbrew odmiennie ocenia skarżącego, również ono weszło, tak jak inne orzeczenia, które obszernie cytuje skarżący uzasadniając swoje stanowisko, do dorobku orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i na które można się powoływać w praktyce stosowania ustawy PZP oraz w orzecznictwie. Konkludując należy zatem stwierdzić, że dokument referencyjny musi posiadać treść, niezależnie czy w postaci stwierdzenia wprost czy też opisowy, ale pozwalający na wyciągnięcie wniosku wynikającego z przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 cyt. rozporządzenia [j.w. – *przyp. red.*] o należyтым wykonaniu lub wykonywaniu dostawy lub usługi.

47. Sygn. akt: XII Ga 580/12, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r.

Jedną z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych jest wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych zasada równego traktowania wykonawców. Zasada ta oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procedurą sformalizowaną, co służy zachowaniu w tym postępowaniu m.in. wyżej przywołanej zasady równego traktowania wykonawców. Kwalifikacja wykonawców do udziału w postępowaniu, w ocenie Sądu Okręgowego, winna być dokonywana wyłącznie na podstawie dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawców w celu wykazania spełnienia poszczególnych wymogów określonych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie jest bowiem rolą zamawiającego dokonywanie takiej oceny złożonych przez wykonawcę dokumentów, która prowadzi do czynienia przez niego samodzielnych ustaleń w zakresie okoliczności mających wprawdzie znaczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, na które jednak nie powołuje się nawet sam wykonawca je składający. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Wykonawca (...) S.A. ani składając dokumenty celem wykazania spełnienia warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu, ani w wyniku wezwania do uzupeł-

nienia dokumentu potwierdzającego doświadczenie zawodowe Macieja S., nie powoływał się na okres dwóch lat praktyk, które odbywała ta osoba przed uzyskaniem uprawnień budowlanych. Rzeczą drugorzędna jest przy tym czy sposób sformułowania w ogłoszeniu o zamówieniu wymogu wykazania doświadczenia zawodowego dotyczył jedynie okresu po nabyciu uprawnień budowlanych, czy także przed tą datą. Wskazać bowiem należy, iż sam zamawiający przed oceną spełniania przez poszczególnych wykonawców warunków dopuszczenia do udziału w postępowaniu nie brał pod uwagę okresu praktyki zawodowej Macieja S. przed nabyciem uprawnień zawodowych, skoro zobowiązał wykonawcę (...) S.A. do uzupełnienia dokumentów w zakresie okresu doświadczenia zawodowego wskazując, iż wykonawca ten nie wykazał koniecznego okresu. Wezwania takiego nie kwestionował też wykonawca.

Zadaniem Sądu Okręgowego prawidłowe jest zatem stanowisko Izby, iż skoro wykonawca sam nie powołał się w swym oświadczeniu na okres dwuletniej praktyki zawodowej Macieja S. przed datą nabycia przez niego uprawnień budowlanych, brak było podstaw aby to oświadczenie wiedzy wykonawcy zamawiający uzupełniał *de facto* swoim wnioskiem dokonany w oparciu o inne złożone przez wykonawcę dokumenty. Przepis art. 26 ust. 2a prawa zamówień publicznych wskazuje bowiem, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1. Na wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie publiczne spoczywa ciężar udowodnienia, że spełnia warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1. Trudno zaś mówić o wykazaniu przez wykonawcę spełnienia wskazanych wyżej warunków, skoro się na powołane okoliczności nawet w ogóle nie powołuje. (...)

Postulat dokonania oceny całokształtu okoliczności dotyczących spełnienia określonego warunku udziału w postępowaniu nie może zaś prowadzić do zastępowania aktywności danego wykonawcy odpowiednią interpretacją dokumentów dokonywaną przez zamawiającego. Takie zachowanie zamawiającego stanowiłoby bowiem niejako uzupełnienie braków dokumentów poza mechanizmem określonym w art. 26 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych. Działanie takie narusza, zdaniem Sądu Okręgowego, wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych zasadę równego traktowania wykonawców oraz przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, bowiem do udziału w postępowaniu zakwalifikowano wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Art. 25 ust. 1 pkt 2

48. Sygn. akt: KIO 1051/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r.

Tytułem wstępu zauważyć należy, że nie miał racji Odwołujący twierdząc o braku uprawnienia Zamawiającego do żądania, na gruncie postępowania, dokumentów przedmiotowych w postaci karty katalogowej lub innego oficjalnego dokumentu pochodzącego od producenta oferowanych przez wykonawców paneli, potwierdzających m.in. wymóg zachowania określonego poziomu sprawności w 12-letnim okresie czasu. Świadczą o tym zapisy Rozdziału 2 SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”), które Izba uznała za spójne, konsekwentne i sformułowane w sposób niepowodujący wątpliwości odnośnie zakresu oczekiwania Zamawiającego. Nie można było zgodzić się przy tym z zapatrywaniem Odwołującego, jakoby informacja o dokumentach przedmiotowych winna znaleźć się w treści ogłoszenia o zamówieniu, bowiem jego minimalną treść określa przepis art. 41 Pzp, który nie odnosi się do kwestii katalogu dokumentów składanych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty

budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. (...)

Za nieuzasadnione uznane zostało twierdzenie, że przedłożone przez Odwołującego oświadczenie z dnia 7 maja 2014 r. zostało złożone przez osobę nieposiadającą stosownego umocowania od organu powołanego do reprezentacji (...) sp. z o.o., wobec czego nie zostało ono złożone skutecznie. Ocena kwestii skuteczności oświadczenia dotyczy bowiem oświadczeń woli, czyli takich, które wywołują określone skutki prawne, podczas gdy treść omawianego oświadczenia wskazuje na inny jego charakter (oświadczenie wiedzy, czyli zdarzenie polegające na przekazaniu przez podmiot informacji, będących uzewnętrznieniem treści intelektualnych przez niego posiadanych, innemu podmiotowi lub podmiotom). Osoba, która złożyła omawiane oświadczenie poinformowała o udzielanej przez producenta gwarancji sprawności modułu.

49. Sygn. akt: KIO 293/14, KIO 294/14, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r.

Zgodzić się trzeba ze stanowiskiem, że wykonawca, który zamierza wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, polegając na zasobach innych podmiotów na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania. Podkreślenia jednak wymaga, że w analizowanej sytuacji wykonawca (...) sp. z o.o. złożył kopię pisemnego zobowiązania nie w celu wykazania postawionego warunku udziału w postępowaniu, ale dla wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego. (...)

Z treści wymagania, dla którego przedstawiono zobowiązanie podmiotu trzeciego [Rozdział IX, Dział C ust. 9 pkt 1] SIWZ], a także wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu wynika więc wyraźnie, że Zamawiający wymagał złożenia jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego integrację systemów, zaś samo wymaganie nie odnosiło się do warunku udziału w postępowaniu, którego dotyczy regulacja art. 26 ust. 2b ustawy i wynikający z niego obowiązek złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w oryginale. Przystępujący złożył zobowiązanie podmiotu w celu wykazania nie warunku udziału w postępowaniu, ale dla potwierdzenia, że oferowany system RIS/PACS został choć raz zintegrowany z systemem (...), tym samym wymóg wynikający z art. 26 ust. 2b ustawy, by sporne zobowiązanie było składane w oryginale, dotyczy wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu a nie innych okoliczności. Dla wykazania, że oferowany system był zintegrowany z systemem (...), wystarczające było złożenie jakiegokolwiek dokumentu i takim dokumentem może być złożona kopia zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Potwierdza to wreszcie końcowa część wezwania do uzupełnienia dokumentu, gdzie mówi się, że integracja może zostać potwierdzona w treści dowolnego dokumentu.

Art. 26 ust. 2b

50. Sygn. akt: KIO 383/14, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r.

Izba uznała, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania zgodnie z przepisami ustawy. Art. 26 ust. 2b Pzp wskazuje na otwarty katalog dowodów, które może złożyć wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu, a wymienione w nim pisemne zobowiązanie jest jedynie przykładowym środkiem dowodowym. Powołany przepis ustawy zawiera wprawdzie podstawowe elementy relewantne dla powołania się na zasoby innego podmiotu, jednak zamawiający jest uprawniony do tego, aby z zachowaniem zasad zawartych w art. 7 ust. 1 Pzp wskazywać w postanowieniach SIWZ kwestie szczególnie istotne dla pozytywnej oceny możliwości skorzystania z zasobów innego podmiotu. Zdaniem Izby było to możliwe już przed

wejściem w życie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 19 lutego 2013 r. [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.] i a tym bardziej jest dopuszczalne w obecnym stanie prawnym. Skoro § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wskazuje w sposób taksatywny zakres wyjaśnień, jakich żądać może zamawiający od wykonawcy powołującego się na zasoby innego podmiotu, to tym bardziej zamawiający w postanowieniach SIWZ może żądać udzielenia stosownych informacji już na etapie złożenia oferty.

Postanowienie pkt III.B).2).b) SIWZ jasno wskazywało zakres informacji, których złożenia zamawiający żąda w przypadku powołania się na zasoby innego podmiotu. Oczekiwane przez zamawiającego informacje mogły zostać udzielone w treści piśmennego zobowiązania innego podmiotu, albo wynikać z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą. Treść zobowiązania X z siedzibą w O. oraz inne dokumenty złożone wraz z ofertą przez odwołującego nie wskazywały na charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zatem w tym zakresie zamawiający zasadnie skorzystał z trybu wskazanego w art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego, a wezwanie w odniesieniu do tej samej okoliczności nie może być ponawiane. Nie jest też dopuszczalne, aby dokumenty żądane w sposób wyraźny w SIWZ były zastępowane własnym oświadczeniem wykonawcy w sytuacji, gdy dotyczą one zachowania podmiotu innego, niż wykonawca.

Decyzja o dopuszczeniu produktu leczniczego do obrotu, nie może stanowić wystarczającego dowodu w świetle wymagań art. 26 ust. 2b Pzp, gdyż - po pierwsze - wskazuje X Limited z siedzibą w L., podczas gdy swe zasoby udostępnił X z siedzibą w O. Po drugie, cywilnoprawne relacje biznesowe dotyczące produkcji leku nie mogą być automatycznie przekładane na podstawie domniemań zamawiającego na etap wykonania umowy. Zakresem dowodu, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp objęty jest etap wykonania zamówienia (*verba legis* „zasoby niezbędne do wykonania zamówienia”), gdyż celem tego przepisu nie jest jedynie formalne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz wzmocnienie potencjału wykonawcy przy realizacji umowy.

51. Sygn. akt: KIO 460/14, KIO 463/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.

W ocenie Izby dokumenty przedłożone Zamawiającemu przez Odwołującego w postaci zobowiązania (...) spółki z o. o. z dnia 24 stycznia 2014 r., jak i oświadczenie tej Spółki z dnia 20 lutego 2014 r., nie potwierdzają, że (...) Spółka z o.o. w sposób bezwarunkowy i realny udostępniła Odwołującemu swoją sytuację ekonomiczną i finansową niezbędną do realizacji zamówienia. Wręcz przeciwnie, z treści oświadczenia (...) z dnia 20 lutego 2014 roku wynika, iż udostępnienie zasobów nastąpi w ramach podwykonawstwa oraz jeżeli zajdzie taka potrzeba to spółka ta zobowiązała się wspierać Odwołującego w niezakłóconym finansowaniu zamówienia i udzielać niezbędnych poręczeń i gwarancji – ale „według własnego uznania i pod warunkiem zawarcia odpowiednich umów”.

Należy przyznać rację Zamawiającemu, który w odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 marca 2014 roku wskazywał, że „Nie ulega wątpliwości, iż instytucja z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie służy „papierowemu” wykazywaniu spełniania warunków przy pomocy podmiotów trzecich jedynie w celu uzyskania zamówienia, lecz jest silnie związana z realnym dysponowaniem zasobami podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia. Wymowa europejskich (art. 54 ust. 5 dyrektywy 2004/17WE)

i polskich przepisów jest jednoznaczna – należy dopuścić posiłkowanie się zasobami podmiotów trzecich, jeśli ma 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 ocenie Izby Zamawiający słusznie wywiódł, iż treść zobowiązania (...) sp. z o. o. z dnia 24 stycznia 2014 roku, którą należy odczytywać także przez pryzmat oświadczenia (...) sp. z o. o. datowanego na dzień 20 lutego 2014 r., nie potwierdza rzeczywistego dostępu do zasobów tej spółki w postaci sytuacji ekonomiczno-finansowej. Odwołujący w toku rozprawy wielokrotnie podnosił, że o realnym charakterze udostępnienia zasobów w postaci sytuacji ekonomiczno-finansowej przesądza już sam fakt, że (...) sp. z o. o. jest podwykonawcą Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić, mając na uwadze treść obu oświadczeń (...) sp. z o. o. Otóż, oświadczenia te wskazują na warunkowy charakter udostępniania sytuacji ekonomiczno-finansowej i na uznaniowość (...) sp. z o. o. w tym zakresie, co w istocie nie potwierdza realnego udostępnienia sytuacji ekonomiczno-finansowej tej spółki na rzecz Odwołującego.

52. Sygn. akt: KIO 482/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.

Oceniając zasadność twierdzeń Odwołującego o braku możliwości uznania, że Przystępujący wykazał rzeczywiste dysponowanie zasobami podmiotów trzecich (X i Y) w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba uwzględniła to, iż ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuścił możliwość, aby wykonawca polegał m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Pamiętać należy, że w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Z przepisem tym koresponduje regulacja zawarta w § 1 ust. 6 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), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Zgodnie z powołanym przepisem, gdy wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać w szczególności:

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

Skład orzekający Izby podziela w odniesieniu do powołanych przepisów ich interpretację zawartą w orzeczeniu Izby wydanym w sprawie KIO 2182/13, gdzie Izba stwierdziła co następuje: „stwierdzić należy na wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany tymi przepisami, aby w trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez

odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy". Podobnie Izba w sprawie KIO 2292/13.

Podkreślenia wymaga jednak przy tym fakt, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, jak również tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Jak to zostało przywołane powyżej, w rozpoznawanym przypadku, Zamawiający skorzystał z uprawnienia wpływającego z § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów i zawarł w SIWZ w pkt 7.23 SIWZ żądanie przedstawienia odpowiednich dokumentów wskazanych wyraźnie w treści tegoż przepisu rozporządzenia. Dlatego też obowiązkiem Przystępującego, który powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego, było przedstawienie dokumentów i oświadczeń takiej treści, aby wykazać Zamawiającemu, że dysponuje zasobami tegoż podmiotu w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także tego, że stosunek łączący go z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów. Obowiązek ten ciąży bowiem na wykonawcy niezależnie od sposobu planowanego wykorzystania udostępnianego mu potencjału, nawet w przypadku wskazanego powyżej dopuszczenia powoływania się na „różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy”.

53. Sygn. akt: KIO 715/14, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r.

(...) udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozdzielnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy. Co do zasady zaangażowanie to może przybrać różnorakie formy, w tym również przekazania *know-how*, konsultacje, doradztwo, co nie jest tożsame z udziałem w realizacji zamówienia sensu *stricto*. Warunkiem powołania się na taki sposób przekazania zasobów jest wykazanie, że przekazanie to realnie nastąpi. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia

wienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Niewykluczone są więc, zdaniem Izby, sytuacje, w których realne przekazanie potencjału zostanie zagwarantowane właśnie poprzez podwykonawstwo. Izba nie podziela jednak stanowiska, że brak podwykonawstwa jednoznacznie przesądza o bezwzględnej niemożliwości udostępnienia wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.

W przedmiotowym postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, za formę w najwyższym stopniu gwarantującą faktyczne udostępnienie wiedzy i doświadczenia, należałoby uznać podwykonawstwo. Nie można jednak z góry – bez analizy konkretnej formy przekazania tych zasobów – przesądzić, że każdy inny sposób tego przekazania jest wykluczony. Możliwa jest – zdaniem Izby – sytuacja, że wykonawca ułoży swoją współpracę z podmiotem trzecim w sposób, który zapewni realne przekazanie wiedzy i doświadczenia bez podwykonawstwa w sensie ścisłym. Konieczne jest wówczas udowodnienie tego Zamawiającemu. Jednakże, zakładając możliwość przekazania wiedzy i doświadczenia w przypadku niniejszego zamówienia, bez uczestnictwa w wykonaniu przedmiotu umowy w charakterze podwykonawcy, nie można uznać, że Odwołujący skutecznie powołał się na zasoby innego podmiotu, a tym samym wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. O niewykazaniu spełniania tych warunków przesądziła – w ocenie Izby – nie tyle kwestia podwykonawstwa, co niewystarczającego wykazania, czy i jak to przekazanie nastąpi.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, warunkiem koniecznym powołania się na zasoby innych podmiotów jest wykazanie, że zostaną one udostępnione. Zgodnie z powyższym przepisem, wykonawca powołujący się na zasoby innych podmiotów, może wykazać dysponowanie nimi w szczególności poprzez złożenie zobowiązania podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania, niemniej jednak formułuje on konieczność udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania, a wykonawca winien być w stanie wykazać, że udostępnienie zasobów w tej formie rzeczywiście będzie możliwe. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu mogłoby prowadzić do fikcji, służącej jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Załączone do oferty Odwołującego oświadczenie podmiotu trzeciego nie określa konkretnej formy i zakresu udostępnienia zasobów. Z kolei zobowiązanie przedłożone w wyniku wezwania wskazuje na konsultacje i doradztwo, jednak Odwołujący nie uszczegółowił tych ogólnikowych twierdzeń i nie wyjaśnił, jak w praktyce będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Ze stanowiska Odwołującego wynika, że łączy go z podmiotem udostępniającym umowa o współpracy, twierdzenia te jednak są po pierwsze gołosłowne (umowy nie przedstawiono na rozprawie), po drugie - wynika z nich, że są to tylko ramowe, ogólnikowe ustalenia na przyszłość, nie dotyczące konkretnego zamówienia i nie są zawarte na czas jego realizacji. Sam Odwołujący nie potrafił sprecyzować podczas rozprawy, na czym ta współpraca ma polegać i jak w praktyce będzie przebiegać. W związku z powyższym Izba stanęła na stanowisku, że zobowiązanie złożone przez Odwołującego nie dowodzi, że wiedza i doświadczenie zostaną Odwołującemu realnie przekazane. Tymcza-

sem na wykonawcy korzystającemu z możliwości określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

54. Sygn. akt: KIO 707/14, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2014 r.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy X S.A. z siedzibą w G., z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz złożonego oświadczenia o poleganiu na potencjale podmiotu trzeciego, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut ten – wobec przedstawionej dokumentacji - należy uznać za zasadny.

Na wstępie przypomnieć należy, iż to wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu - powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, niezależnie od charakteru łączących go stosunków - powinien przedstawić pisemne zobowiązanie tego podmiotu co do faktycznego umożliwienia wykonawcy korzystania z jego zasobów. To na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że wykonawca pierwotnie – wraz z ofertą – złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego, jednak – wbrew wymaganiom Zamawiającego – złożone wraz z ofertą zobowiązanie nie zawierało wszystkich elementów wymaganych SIWZ – Rozdziału IX ust. 6b SIWZ, tj. zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu (Y sp. z o.o.), sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu (Y sp. z o.o.) przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem (Y sp. z o.o.), oraz zakresu udziału innego podmiotu (Y sp. z o.o.) przy wykonywaniu zamówienia, a następnie wezwany do uzupełnienia pismem z dnia 17 marca 2014 r., uzupełnił wymagane dokumenty, jednak złożone pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego (Y sp. z o.o.), na którego wiedzę i doświadczenie powołał się wykonawca X S.A. było niewłaściwe.

Izba – w tak zaistniałym stanie faktycznym - uznała, że w takim wypadku wykluczenie wykonawcy z postępowania należy uznać w pełni za zasadne, gdyż to na wykonawcy, a nie na Zamawiającym, ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro zatem wykonawca wezwany do uzupełnienia, zdecydował się polegać na potencjale podmiotu trzeciego, to do niego należał obowiązek udowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, poprzez złożenie właściwego w swej treści zobowiązania. Powyższe nie miało miejsca w niniejszym stanie faktycznym. Dokument, na który powołał się wykonawca, nie zawierał podstawowych elementów takiego zobowiązania. Złożone w wyniku uzupełnienia zobowiązanie podmiotu trzeciego nie potwierdzało rzeczywistego dostępu wykonawcy X S.A. do wymaganych przez Zamawiającego zasobów, gdyż Y Sp. z o.o. udostępnił wykonawcy X S.A. jedynie kadrę inżynierską z wiedzą i doświadczeniem w realizacji obiektów kubaturowych. Z oświadczenia firmy Y sp. z o.o. nie wynikało, że podmiot ten udostępnił wykonawcy X S.A. swoją wiedzę i doświadczenie w zakresie budowy budynku użyteczności publicznej wraz z infrastrukturą towarzyszącą o minimalnej kubaturze 50 000 m³. Ponadto podmiot trzeci (Y sp. z o.o.) nie wskazał również, że kadra, którą zamierza udostępnić posiada doświadczenie przy budowie budynku użyteczności publicznej wraz z infrastrukturą towarzyszącą o minimalnej kubaturze 50 000 m³. Ze zobowiązania nie wynikało w sposób dostateczny jaka kadra została wykonawcy X S. A. udostępniona. Zatem wobec wyczerpania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasadnym było wykluczenie wykonawcy X S.A. z siedzibą

w G. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

55. Sygn. akt: KIO 851/14, Wyrok KIO z dnia 13 maja 2014 r.

W ocenie Izby wszystkie okoliczności w przedmiotowej sprawie wskazują, że Odwołujący w sposób prawidłowy i zgodny z obowiązującymi przepisami prawa (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.]) powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego. Powyższe – zdaniem Izby – wnikało z treści samego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i załączonych do niego dokumentów i bez znaczenia w tym względzie pozostaje wezwanie do uzupełnienia dokumentów, skierowane w tym względzie przez Zamawiającego do Odwołującego. Podkreślić należy, że złożone przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało przygotowane specjalnie dla Odwołującego w związku z ubieganiem się przez niego o przedmiotowe, konkretne zamówienie publiczne (wskazano nazwę tego postępowania).

W swojej treści zobowiązanie to wskazuje wyraźnie elementy konieczne do wykazania przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego przez wykonawcę dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a wynikające z przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów, które mają wskazywać na rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego wskazuje bowiem na zakres udostępnianych wykonawcy zasobów innego podmiotu (wiedza i doświadczenie), okres, na jaki zostają one udostępnione (czas, w którym będzie wykonywane niniejsze zamówienie publiczne), sposób wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia (konsultacje i doradztwo w procesie projektowania), charakter stosunków, jaki będzie łączył podmiot trzeci z wykonawcą (umowa o współpracy) oraz zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia (wsparcie i doradztwo w zakresie projektowania części zadań i pełny okres realizacji umowy). Wszystkie wskazane powyżej elementy zobowiązania podmiotu trzeciego, uwzględniając również charakter przedmiotu zamówienia, wskazują, że Odwołujący w sposób realny będzie korzystał w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia z potencjału wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Przedmiotem zamówienia są bowiem usługi projektowania, przy realizacji których posłużyć się cudzym doświadczeniem w formie konsultacji i doradztwa w trakcie procesu projektowania jest obiektywnie i realnie możliwe. Jest to bowiem potencjał o charakterze intelektualnym, *know-how*, zdobyte przez dany podmiot przy realizacji zamówienia poprzez wykonywanie usług projektowych. Jeśli zatem to doświadczenie podmiotu trzeciego będzie przekazywane wykonawcy w trakcie realizacji zamówienia poprzez poszerzenie zespołu projektantów wykonawcy o moce projektowe podmiotu trzeciego, będzie możliwe realne wykorzystanie uzyskanej przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia w zakresie usług projektowych właśnie w czasie wykonywania takich usług dla Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W zobowiązaniu wskazuje się też wyraźnie, że podmiot trzeci będzie świadczył Odwołującemu tak doradztwo, jak i konkretne wsparcie przy projektowaniu części zadań objętych przedmiotem zamówienia.

Nie bez znaczenia w tym zakresie jest też charakter stosunków istniejących pomiędzy Odwołującym a podmiotem trzecim, co zostało także wskazane w treści wniosku, jak również dodatkowo wyjaśnione Zamawiającemu na skutek jego we-

zwania do uzupełnienia dokumentów. Jak wynika z odpisu z KRS Odwołującego firma (...) S.A. z siedzibą w Hiszpanii jest jedynym udziałowcem Odwołującego (str. 8-9 wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Mamy tu zatem do czynienia ze ścisłymi związkami o charakterze kapitałowym i gospodarczym istniejącymi pomiędzy tymi dwoma podmiotami. W zobowiązaniu podmiotu trzeciego także wprost wskazano, że w związku z niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy tymi podmiotami zostanie zawarta umowa o współpracy. Dodatkowo w trakcie rozprawy przed Izłą Odwołujący oświadczył, że samodzielnie, bez zgody swojej spółki matki nie może podjąć żadnych decyzji o ubieganiu się o dane zamówienie publiczne. Przy tego rodzaju stosunkach istniejących pomiędzy podmiotem trzecim a Odwołującym, który powołuje się na jego wiedzę i doświadczenie, jak też – jak wskazano powyżej - biorąc pod uwagę charakter niniejszego przedmiotu zamówienia, nie można kwestionować realności udostępnionego Odwołującemu potencjału przez podmiot trzeci.

56. Sygn. akt: KIO 1187/14, Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2014 r.

W ocenie Izby wszystkie elementy zobowiązania, które odwołujący wymienił w swoim odwołaniu tj.:

- zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- charakter stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, zostały w zobowiązaniu zawarte, gdyż:
 - wskazano wiedzę i doświadczenie (...) jako zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
 - udział w realizacji części zamówienia wraz ze wskazaniem tej części na str. 7 oferty przystępującego jako sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
 - podwykonawstwo jako charakter stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
 - każdy zakres oraz w każdy sposób, który okaże się konieczny lub użyteczny dla prawidłowej realizacji zamówienia oraz okres przez jaki obowiązuje zobowiązania obejmuje niezależnie do okresu wykonania zamówienia, okres składania oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz wykonywanie przez zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji jako zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby tak ukształtowane zobowiązanie odpowiada wymogom tak art. 26 ust. 2b ustawy, jak i oczekiwaniom odwołującego wyrażonym w odwołaniu. Co więcej sam odwołujący wskazał w odwołaniu, że „(...) doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. (...)”. W przedmiotowym postępowaniu odwołujący podjął próbę oddzielenia doświadczenia od przedsiębiorstwa podwykonawcy i zogniskowania go osobach fizycznie wykonujących poszczególne prace, co nie jest logiczne w świetle cytowanego stanowiska odwołującego. W przedmiotowej sprawie bowiem doświadczenie zawarte w przedsiębiorstwie będzie właśnie udostępnione wykonawcy przez osobisty udział

podmiotu trzeciego wraz z jego przedsiębiorstwem w realizacji części przedmiotowego zamówienia.

57. Sygn. akt: XII Ga 73/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2012 r.

Nie można podzielić stanowiska Skarżącego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszone zostały normy art. 26 ust. 2 lit. b ustawy pzp. Słusznie wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na skargę, że przedstawienie przez wykonawcę pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnych zasobów jest jedynie jednym ze sposobów przykładowo podanych w regulacji art. 26 ust. 2 lit. b ustawy pzp. Wobec takiej redakcji wskazanej normy, nie do przyjęcia jest pogląd prezentowany w odwołaniu i następnie w skardze, że jedynie dokument zawierający w swej treści precyzyjne dane, parametry techniczne urządzeń, czy też oświadczenia woli rodzące skutek zobowiązaniowy w rozumieniu odpowiednich regulacji kodeksu cywilnego, spełnia wymogi, o których mowa w art. 26 ust. 2 lit. b ustawy pzp. Gdyby taka była intencja ustawodawcy, to zapewne znalazłoby to swoje odbicie w odpowiedniej redakcji wskazanej normy. Wydaje się, iż nie ma przeszkód, aby bardziej rygorystyczne wymogi w tym zakresie zamieszczone były w SIWZ, jednakże w tym konkretnym postępowaniu takich wymogów nie było. Zasadnie zatem Izba nie podzieliła tego zarzutu odwołania.

58. Sygn. akt: V Ca 147/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2012 r.

Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia. Zatem prawidłowo KIO oceniła, że oświadczenia podwykonawców przedłożone przez (...) o udostępnieniu potencjału technicznego spełniają wymogi art. 26 ust. 2b p.z.p.

59. Sygn. akt: X Ga 128/12, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 24 września 2012 r.

Nie sposób podzielić stanowiska skarżącego, że fakt powoływania się na wiedzę i doświadczenie dwóch pomiotów zwykle konkurujących ze sobą na rynku jest niedopuszczalne, zmierza jedynie do uzyskania lepszej oceny w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie stanowi natomiast realnej możliwości skorzystania z wiedzy i doświadczenia tych podmiotów w toku wykonywania zadania.

Konkurencja w działaniu na rynku nie oznacza i nie powinna sprowadzać się do niemożliwości współpracy przy wspólnych inwestycjach. Konkurencyjność rynkowa ma na celu umożliwienie oferowania usług i towarów wszystkim podmiotom na równych zasadach, z korzyścią dla odbiorców tych usług, ale w żadnym razie nie wyklucza współdziałania konkurujących na rynku podmiotów przy realizacji pewnych przedsięwzięć. Na istnienie rozbieżności w stosowanych technologiach uniemożliwiających wspólne działanie ze względu na stosowane technologie skarżący nie wskazywał. Fakt konkurowania na rynku, nie wyklucza udostępnienia innemu podmiotowi własnych zasobów technicznych i personelu posiadającego wymaganą wiedzę i doświadczenie. Skarżący nie wykazywał, aby sposoby działań, stosowane technologie obu firmy były odmienne tak dalece, że nie jest możliwe wykorzystanie jednocześnie wiedzy i doświadczenia obu tych podmiotów. Przeciwnie skarżący przyznał, że w wypadku gdyby działały w jednej grupie kapitałowej to taka współpraca byłaby możliwa - a zatem nie zachodzi „konflikt technologii” wykluczający wykorzystanie jednocześnie środków technicznych oraz personelu obu konkurujących ze

sobą na rynku podmiotów.

Art. 26 ust. 3

60. Sygn. akt: KIO 340/14, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2014 r.

(...) na marginesie zasadnym wskazanie jest Zamawiającemu – za wyrokiem KIO z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1971/09 oraz KIO/UZP 1980/09 – iż „(...) bezwzględny obowiązek Zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, jest zawsze dokładne opisanie dlaczego Zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie (...). Wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2009 r. nie zawiera enumeratywnie wymienionych braków w wykazie osób Odwołującego B. samo żądanie uzupełnienia, polega jedynie na przytoczeniu treści odnośnych wymagań zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu, i to w sposób niepełny, ponieważ Zamawiający pominął przytoczenia ewidentnie niespełnionego w pierwszym spełnionym wykazie tego wykonawcy, warunku legitymowania się przez wymienione osoby minimum 3 letnim doświadczeniem zawodowym w danej dziedzinie. Wezwanie należy uznać za nieprecyzyjne, ograniczające się do wykazania sposobu spełniania wymagań, bez przywołania stosownego warunku udziału, dla którego zostały ustanowione. Bez względu na sposób odczytania tych wymagań i prawidłowości ich wypełnienie przez innych uczestników tego postępowania, wykonawcy zawsze przysługuje uprawnienie, aby został wezwany do uzupełnienia wadliwego lub złożenia brakującego dokumentu, z grupy wskazanej w art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.”. Zatem w ocenie Izby wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów, musi być na tyle precyzyjne, aby wykonawca wiedział, w jakiej części nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku udziału. Jak słusznie zauważył Odwołujący Zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia nie wskazał mu jaki błąd wykonawca popełnił i w jakim zakresie nie spełnia warunku Zamawiającego. W jego ocenie treść wezwania wskazywała na to, że wykonawca w ogóle nie złożył takiego dokumentu. Gdyby wykonawca wiedział - co według Zamawiającego jest nie tak i w jakim zakresie nie spełnia warunków, to w zależności od treści wezwania wykonawca złożyłby uzupełniony, bardziej precyzyjny załącznik albo mógłby wykazać się inną osobą na potwierdzenie postawionego warunku.

61. Sygn. akt: KIO 278/14, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2014 r.

W realiach niniejszej sprawy należy jednocześnie podkreślić – co Odwołujący pominął w swojej argumentacji – że kwestionowana polisa obejmuje okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2014 r., a więc okres, którego bieg początkowy przypadał przed upływem terminu składania wniosków w niniejszym postępowaniu. Ponadto, na podstawie zgromadzonej w sprawie dokumentacji, Izba ustaliła, że zapłata składki ubezpieczeniowej została dokonana w dniu 4 stycznia 2014 r., a więc także przed terminem składania wniosków. W konsekwencji, nawet przy hipotetycznym przyjęciu argumentacji Odwołującego, brak byłoby podstaw do uznania w sposób bezsprzeczny, że na moment upływu terminu składania wniosków wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rozumienie warunku posiadania polisy nie powinno być zawężane jedynie do obowiązku fizycznego dysponowania dokumentem ubezpieczenia datowanym najpóźniej na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Istota wymogu Zamawiającego dotyczy bowiem wykazania, że sytuacja

ekonomiczna danego wykonawcy pozwala na posiadanie ochrony ubezpieczeniowej oraz, by obie te przesłanki (istnienie ochrony ubezpieczeniowej oraz wykazanie sytuacji ekonomicznej pozwalającej na uzyskanie tej ochrony) istniały najpóźniej w momencie upływu określonego w danym postępowaniu terminu składania wniosków czy terminu składania ofert. W niniejszej sprawie pomimo przedłożenia dokumentu polisy z datą późniejszą niż termin składania wniosków, nie ulega wątpliwości Izby, że zarówno opłacenie polisy, jak również rozpoczęcie ochrony ubezpieczeniowej nastąpiło przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dokumenty uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp mogą być oznaczone datą późniejszą – istotne jest bowiem wykazanie spełnienia warunku na określony dzień, zatem decyduje treść dokumentu, a nie data jego wystawienia (por. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1602/14).

62. Sygn. akt: KIO 532/14, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r.

Biorąc pod uwagę przywołaną powyżej dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie ma racji Zamawiający opierając wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, arbitralnie zakładając, że Odwołujący postawionego warunku nie spełnia. Należy pamiętać, iż wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie zwalnia Zamawiającego – wobec stwierdzenia po złożonych wyjaśnieniach, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu – od obowiązku wystąpienia do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Ponadto należy również jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem Zamawiający nie jest uprawniony zamiennie – dowolnie wobec swego uznania – stosować procedury przewidziane w art. 26 ust. 3 oraz ust. 4 ustawy Pzp. Należy pamiętać, że czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełniania warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Niezależnie czy wykonawca jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz czy posiada wymagane specyfikacją dokumenty wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość ich uzupełnienia, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, potwierdzić, spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź nie. Jednak Zamawiający nie jest zwolniony z zastosowania procedury wzywania do uzupełnienia, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też nawet jeśli z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów wynika, że wykonawca nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku, nie można arbitralnie wykluczyć, że wykonawca jest w posiadaniu innych niż przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, które potwierdzają spełnienie postawionego warunku. Wykonawca może również potwierdzić spełnianie warunku innym, nieprzedstawionym wcześniej dokumentem (czy też niewykazany doświadczeniem). Ponadto wobec treści art. 26 ust. 2 b)

ustawy Pzp – czego również nie można wykluczać – wykonawca może polegać na potencjale podmiotów trzecich. Taki zakres uzupełnienia został przewidziany w ustawie i nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponadto niezastosowanie przez Zamawiającego w niektórych wybranych przez niego sytuacjach procedury przewidzianej dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może do dowolności w ocenie czy wykonawca *de facto* jest w stanie wykazać się spełnianiem warunków udziału a uzależnianie od tego możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego w świetle dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału, a wykonawca ma prawo w sposób przewidziany w ustawie dowieść, że warunki udziału w postępowaniu spełnia. Gdyby na skutek wezwania to wykazał i przedłożył wymagane dokumenty, jego oferta powinna zostać poddana dalszemu badaniu i ocenie.

63. Sygn. akt: KIO 649/14, KIO 655/14, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r.

Stosownie do brzmienia § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. W związku z powyższym, kopie dokumentów dotyczących X S.A. winny zostać poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez ten podmiot, podczas gdy załączone do Wykazu referencje wystawione dla X S.A. (str. 73-76 oferty) zostały przedstawione w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Konsorcjum Y. W powyższym zakresie dokument ten podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

64. Sygn. akt: KIO 892/14, Wyrok KIO z dnia 16 maja 2014 r.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Przywołany artykuł obejmuje swoim zakresem zarówno sytuacje, w których dany wykonawca nie złożył żądanego dokumentu, przedłożył dokument zawierający braki formalne, jak również sytuacje niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba podziela stanowisko wyrażone w piśmiennictwie oraz w orzecnictwie, iż sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym przedłożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu (tak np. wyrok KIO 1557/11).

65. Sygn. akt: KIO 908/14, Wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r.

Nie budzi wątpliwości fakt, że termin 5-dniowy na uzupełnienie dokumentów nie stanowi okoliczności uzasadniającej przedstawienie przez odwołującego oświadczenia własnego w trybie § 1 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

składane (Dz. U. poz. 231) – *przyp. red.*]. Jest to termin racjonalny, umożliwiający uzupełnienie dokumentów i niewątpliwie uzasadniony z punktu widzenia ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto należy dodać, że odwołujący nie zaskarżył powyższej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 26 marca 2014 r. i nie zaskarżył też w postępowaniu odwoławczym czynności odmowy zamawiającego na wniosek złożony przez odwołującego o przedłużenie tego terminu. W tym zakresie zarzuty zostały podniesione już po upływie ustawowego terminu, a w związku z powyższym nie były rozpoznawane przez Izbę w niniejszym postępowaniu.

66. Sygn. akt: KIO 921/14, Wyrok KIO z dnia 21 maja 2014 r.

Dostrzeżenia wymagają, że z obowiązku wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wywodzi się konieczność dochowania precyzji i jednoznaczności w stosownym wezwaniu. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwala bowiem na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu, zaś skutek nieuzupełnienia dokumentów w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest daleko idący. Konieczność precyzyjnego i jednoznacznego żądania obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy (tak m.in. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10). Podnieść należy, że szczegółowość wezwania uzależniona jest od okoliczności danego stanu faktycznego. Przykładowo, w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą nie składa żadnych wymaganych dokumentów, wystarczającym może okazać się żądanie ich złożenia w określonym terminie. Jednakże w sytuacji, gdy wykonawca wraz z ofertą składa dokumenty w celu spełnienia wymogów określonych w SIWZ, zwłaszcza w sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu jest rozbudowany i składa się na niego wiele przesłanek, takie postępowanie zamawiającego może naruszać przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w takim przypadku zamawiający winien wskazać, które elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i jakie są powody takiej oceny zamawiającego. W przeciwnym wypadku wezwanie do złożenia dokumentów może mieć charakter iluzoryczny.

67. Sygn. akt: KIO 1083/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

Wykonawca Daniel J. podlegałby wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu, stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże na obecnym etapie postępowania przetargowego czynność taka byłaby przedwczesna, albowiem przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje wezwanie wykonawców, którzy w oznaczonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy - do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta podlega odrzuceniu. Złożone na wezwanie oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołujący nie podnosił, iż oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu z innych względów, a wręcz zarzucał naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez nie zawezwanie konkurencyjnego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Stąd też konieczne było nakazanie zamawiającemu wezwanie wykonawcy Daniela J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) Daniel J. do uzupełnienia doku-

mentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...).

68. Sygn. akt: KIO 1147/14, Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2014 r.

Nie ulega wątpliwości, że na gruncie ustawy Pzp spełnienie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy wykazują na moment upływu terminu składania ofert. Powyższe wynika jednoznacznie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykazał takich warunków. Czynności takiej zamawiający obowiązany jest dokonać, po uprzednim wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. po wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, z których wynikałoby spełnienie warunku. Co istotne, jak wynika z art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, uzupełniane w wyniku powyższego wezwania oświadczenia lub dokumenty mają potwierdzać spełnienie warunku nie później niż na dzień upływu terminu składania ofert.

69. Sygn. akt: V Ca 895/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 czerwca 2012 r.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, w ocenie Sądu Okręgowego, że wniosek wykonawcy – wbrew wymogom wynikającym z Ogłoszenia o zamówieniu oraz przepisów Ustawy, w ogóle nie zawierał m.in. wykazu wykonanych zamówień w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonawcy, jak również wykazu potencjału kadrowego, który miałby uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Na Zamawiającym ciąży obowiązek precyzyjnego i jasnego wskazania uchybienia w złożonych dokumentach oraz wskazania dokumentów, których uzupełnienia żąda na potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie Skarżącego do uzupełnienia braków wniosku powyższe wymogi, w ocenie Sądu Okręgowego, spełnia. Należy zgodzić się z Izłą Odwoławczą, że skoro skarżący – wezwany do złożenia wykazów, mających potwierdzić spełnienie wymagań zamawiającego zdecydował się polegać na potencjale podmiotu trzeciego, winien udowodnić możliwość dysponowania tym potencjałem poprzez złożenie co najmniej pisemnego zobowiązania oraz dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu, skoro obowiązek taki Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, a który wynika również z w/w przepisów ustawy. Tym bardziej, że odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie negował, iż dokumentów powyższych nie złożył i wskazał, że nie budzi wątpliwości, iż dokumenty te stanowiące tzw. dokumenty podmiotowe podlegają uzupełnieniu.

Odnosząc się do zarzutów skarżącego podnieść wypada, że zamawiający nie ma obowiązku domyślania się, czy wykonawca będzie polegał na potencjale podmiotu trzeciego, a w związku z tym informowanie go w wezwaniu do złożenia wykazów, że gdyby w wykazach tych Skarżący chciał się powołać na potencjał podmiotu trzeciego, to koniecznym byłoby również przedłożenie dodatkowych – o których mowa w art. 26 ust. 2b Ustawy oraz w postanowieniach Ogłoszenia – odpowiednich dokumentów dotyczących tych podmiotów.

Art. 26 ust. 4

70. Sygn. akt: KIO 537/14, KIO 599/14, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez wykonawcę X spełnienia

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, Izba ustaliła, że na potwierdzenie spełniania tego warunku w zakresie zadania 3 (treść warunku prawidłowo przytoczona w odwołaniu) Przystępujący X złożył wraz z ofertą wykaz zawierający dwie usługi: 1) dostawa, instalacja, konfiguracja i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej w ZOZ o wartości 2.009.470,54 zł, zrealizowana na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego (...) w S., 2) dostawa, instalacja, konfiguracja i wdrożenie zintegrowanego systemu szpitalnego (HIS) w części białej i szarej w ZOZ o wartości 5.995.645,34 zł, zrealizowana na rzecz Szpitala Specjalistycznego (...) w N. (...)

W ocenie Izby żądanie wykluczenia oferty Przystępującego z postępowania było przedwczesne. Na dzień zamknięcia rozprawy brak było podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia. Decyzja w przedmiocie oceny spełniania tych warunków powinna być poprzedzona wyczerpaniem procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Art. 29 ust. 1 i 2

71. Sygn. akt: KIO 329/14, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2014 r.

W ocenie Izby naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp wystąpi i będzie mogło być stwierdzone, tylko wtedy, gdy wystąpią i wykazane zostaną konkretne braki w kompletności lub jasności opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwiające poprawne przygotowanie oferty. Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż Przystępujący, jako podmiot obecnie świadczący usługę był w sytuacji uprzywilejowanej Izba wskazuje, iż zarzut preferowania przez zamawiającego wykonawcy, który wcześniej świadczył usługę, nie może opierać się wyłącznie na fakcie posiadania przez tego wykonawcę bardziej szczegółowej wiedzy, którą nabył w trakcie świadczenia tej usługi. Konieczne byłoby wykazanie lub przynajmniej uprawdopodobnienie, że zamawiający nie podał w SIWZ konkretnych informacji, których brak uniemożliwia innemu wykonawcy przygotowanie prawidłowej oferty. W ocenie Izby takich okoliczności nie wykazano, a o tym, iż SIWZ zawierała wszystkie niezbędne informacje umożliwiające przygotowanie prawidłowej oferty świadczy choćby fakt, iż Odwołujący w konsorcjum z innymi podmiotami złożył ważną ofertę. Izba wskazuje, iż choć przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, a wystarczające jest udowodnienie możliwości takiego naruszenia, a więc jego prawdopodobieństwa, to osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje. Niewątpliwie powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane, czego Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił.

72. Sygn. akt: KIO 398/14, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2014 r.

Izba w tym zakresie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, uznając, że zarzut nie potwierdził się, i nie można – przy takiej konstrukcji postanowień SIWZ zarzucić Zamawiającemu, że termin na ukończenie, jest terminem określonym w sposób niejednoznaczny. Nie można zatem przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 29 ustawy Pzp. Termin ten został przez Zamawiającego określony w sposób jasny i klarowny dla wszystkich wykonawców. Ponadto jak słusznie zauważył Zamawiający brak możliwości dotrzymania przez wykonawcę terminu realizacji zamówienia lub jego poszczególnych etapów, czy też możliwości jego realizacji można jedynie od-

nosić do zdarzeń o charakterze obiektywnym. Ponadto o niemożności dotrzymania terminu realizacji zamówienia Odwołujący powoływał się wyłącznie w kategoriach hipotetycznej sytuacji, na potrzeby składanego odwołania.

73. Sygn. akt: KIO 809/14, Wyrok KIO z dnia 7 maja 2014 r.

W ocenie Izby takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który zobowiązuje do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Postanowienia zamieszczone we wzorze umowy nie odpowiadają tym wymaganiom, nie dają bowiem wiedzy co do zakresu ilościowego zamówienia lub przyczyn uzasadniających jego zmniejszenie.

Podkreślić należy, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty, obliczenie ceny zamówienia i przygotowanie jego realizacji z uwzględnieniem wszystkich wpływających na to czynników. Daleko idąca, oparta na nieostrych przesłankach możliwości rezygnacji przez Zamawiającego z dostaw będących przedmiotem umowy, utrudnia wycenę zamówienia i przerzuca na wykonawców całe ryzyko wynikające z niepodlegających żadnej kontroli decyzji Zamawiającego. Brak jakiegokolwiek pewności wykonawców co do zakresu dostaw, które zostaną zrealizowane, czy też co do przyczyn uzasadniających zmniejszenie zakresu dostaw, utrudnia im również należyte ukształtowanie współpracy z producentami sprzętu medycznego, od których sprzęt ten będzie nabywany. Izba nie kwestionuje, że realizacja przedmiotu zamówienia jest uzależniona od bieżącego zapotrzebowania Zamawiającego na sprzęt medyczny jednorazowego użytku i że zapotrzebowanie to uzależnione jest od czynników zmieniających się w toku wykonywania umowy, a zakup sprzętu przekraczającego bieżące zapotrzebowanie jest niecelowy z uwagi na ograniczenia terminu przydatności poszczególnych rodzajów sprzętu. W związku z tym nie tylko trudne, ale również niecelowe jest odgórne ustalenie dokładnej ilości zamawianego sprzętu, bez przewidzenia jakichkolwiek odstępstw wynikających z okoliczności powstałych w toku wykonywania umowy. Niemniej jednak nie można zaakceptować postanowień umowy dających Zamawiającemu całkowitą, nieograniczoną pod względem ilościowym i pozostającą poza wszelką kontrolą dowolność w podjęciu decyzji o zmniejszeniu zakresu dostaw będących przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający, na podstawie swojego doświadczenia z lat ubiegłych oraz uśrednionych danych dotyczących liczby określonego rodzaju procedur medycznych wykonywanych w ciągu roku, mógł określić minimalny poziom dostaw odpowiadający zapotrzebowaniu na poszczególne rodzaje sprzętu. Dotyczy to zwłaszcza tych rodzajów sprzętu jednorazowego, który jest stale stosowany w bieżącej, typowej działalności szpitala (jak np. igły, strzykawki, cewniki, dreny, odzież ochronna, itp.). Nie jest to również wykluczone w odniesieniu do sprzętu stosowanego w obsłudze specjalistycznych urządzeń medycznych. Zamawiający nie przedstawił przekonującej argumentacji pozwalającej uznać, że określenie gwarantowanego zapotrzebowania nie jest możliwe, nie zróznicował również możliwości zmniejszenia ilości dostaw w zależności od rodzaju sprzętu i jego specyfiki. Przeciwnie, Zamawiający w odniesieniu do każdego z pakietów przewidział możliwość niczym nieograniczonego zmniejszenia, chociaż przyznał na rozprawie, że w odniesieniu do ok. 80% pakietów jest w stanie określić zapotrzebowanie z dużym prawdopodobieństwem.

74. Sygn. akt: KIO 1099/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

W ocenie Izby, Zamawiający udzielił jasnej odpowiedzi, iż oczekuje od wyko-

nawców, że system musi zapewniać przeprowadzenie wszystkich procedur o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z ustawą Pzp. Wskazał również, że w wymaganiach określonych od ZP.1 do ZP.45 Zamawiający zawarł warunki jakie musi spełniać system. W ocenie Izby, taka odpowiedź Zamawiającego w sposób jednoznaczny odpowiadała na zapytanie Odwołującego. Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykonał przedmiot zamówienia z uwzględnieniem wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba uznała za słuszną w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż ustawa jest obowiązująca, a jej treść jest publicznie dostępna. Oczywistym jest, wobec tego, że do przygotowania i oszacowania oferty, niezbędne jest, aby wykonawcy dokonali, poza analizą SIWZ, również analizy aktów prawnych powszechnie obowiązujących, w tym wypadku ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe wymagania nie uniemożliwiają Odwołującemu złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Wymagają jedynie posiadania zespołu niezbędnych specjalistów, którzy zapewnią, iż oferowany przez Odwołującego system będzie spełniał wymagania Zamawiającego. Ewentualne koszty związane z zatrudnieniem ewentualnych specjalistów powinny być uwzględnione w cenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że Zamawiający naruszył art. 38 ust. 1 ustawy Pzp czy też art. 29 ustawy Pzp.

75. Sygn. akt: XII Ga 152/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 27 czerwca 2012 r.

Istota przedmiotowego sporu zasadza się *de facto* na twierdzeniu odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 7 pzp. Naruszenie to ma przejawiać się w takiej konstrukcji dodatkowo wprowadzonych kryteriów oceny SIWZ, która realnie uniemożliwia konkurowanie ofert wykonawców innych niż (...) SA. Z kolei (...) SA jawić się ma jako jedyny oferent zdolny do sprostania wymogom warunków SIWZ w maksymalnie krótkim terminie, także jej oferta pozostanie bezkonkurencyjna. (...)

Rozważając tę kwestię należy zauważyć, iż uprawdopodobnienie naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuując w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność z za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu art. 6 kc. Nie jest też zadaniem Izby ustalanie czy modyfikacje SIWZ należycie urzeczywistniają zasadę uczciwej konkurencji /wyrok KIO z dnia 10 października 2011 r., KIO 2009/11/.

Skarżący ma zatem rację co do zasady, iż odwołujący winien był udowodnić zasadność swoich zarzutów. Nie oznacza to jednak, iż twierdzenia skarżącego o braku przeprowadzenia skutecznego dowodu są trafne. Trzeba bowiem zwrócić uwagę i na ten aspekt, z którego wynika, że dla uznania, że zamawiający naruszył powołany przepis wystarczającym jest jedynie wykazanie, że opisując przedmiot zamówienia dokonał on tego w sposób, który jedynie potencjalnie mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, nie jest tym samym konieczne udowodnienie realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też nie jest konieczne ze strony odwołującego wykazywanie w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, iż zamawiający poprzez poszczególne zapisy utrudnił uczciwą konkurencję. Wystarczającym jest jedynie, iż opis będący częścią SIWZ, zawiera zapisy, które mogłyby ją utrudnić, potencjalnie jej zagrozić /wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2010 r., KIO/UZP 961/10/. Zasada ta znajduje pełne zastosowanie w przypadkach kryteriów oceny ofert. (...)

Sformułowanie kryteriów oceny ofert stanowi niewątpliwie jedną z fundamen-

talnych czynności zamawiającego, dlatego też winna być ona dokonana z poszanowaniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp. Zakazane są zatem takie kryteria oceny ofert, które, wprawdzie nie bezpośrednio, lecz pośrednio i potencjalnie mogą wpłynąć na ograniczenie konkurencji. (...)

Przyjmuje się też, a stanowisko to nie budzi sprzeciwu tut. Sądu, że zamawiający, działając w granicach ustawy, może precyzować warunki zamówienia publicznego poprzez określenie kryteriów /tu: głównie czasowych/, o ile nie są one wymogami zbędnymi i wygórowanymi/. Ograniczenie uczciwej konkurencji jest niedopuszczalne z tym, że zakaz nie dotyczy konkurencji jako takiej. Dopuszczalne są warunki brzegowe jeśli są one możliwe do spełnienia przez przeciętnego wykonawcę /wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r., III CA 88/09/. Reasumując dyskryminacja wykonawców może przybrać różną formę, także formę sprecyzowania kryteriów oceny ofert w sposób typujący jednego z nich na faworyta przetargu. Mamy wówczas do czynienia z dyskryminacją pośrednią.

76. Sygn. akt: XXIII Ga 2137/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2013 r.

Zatem, w ocenie Sądu Okręgowego, nie można podzielić argumentacji (...) Sp. z o.o., że wskazany w SIWZ opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób ograniczający zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający chce nabyć usługę reprofilacji torów metodą, która jest najmniej wymagająca pod względem przygotowania toru do reprofilacji. Taką metodą jest szlifowanie rotacyjne, które zgodnie z Warunkami Technicznymi jest metodą bardziej odpowiednią i skuteczną w przypadku nierówności toru oraz dużego zużycia falistego szyn.

Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa, zamawiający związany jest treścią art. 29 ust. 2 P.z.p., jednak dokonuje on opisu przedmiotu zamówienia stosownie do swoich potrzeb, bowiem ww. przepis nie ma charakteru absolutnego (wyrok KIO z dnia 12 października 2012 r. sygn. akt 2084/12, (...)). Ponadto, zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku KIO z dnia 13 lipca 2012 r. sygn. akt 1366/12, (...), które Sąd orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela, zamawiający ma pełne prawo opisać przedmiot zamówienia stosownie do swoich potrzeb, nie ma zaś obowiązku zapewnić realizacji zamówienia wszystkim wykonawcom, tym bardziej, że co do zasady jest to niemożliwe; brak jest reguły, która nakazywałaby zamawiającemu redukcję swoich potrzeb tylko w tym celu, aby jak największa ilość wykonawców mogła złożyć ofertę, a za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży z uwagi na to, że w swoim profilu działalności nie posiada akurat sprzętu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności. W innym orzeczeniu KIO wyrażono trafny pogląd, że okoliczność, iż na rynku występują wykonawcy nie produkujący danego przedmiotu lub, dla których jego realizacja jest utrudniona czy nie opłacalna, nie przesądza o możliwości naruszenia zasady uczciwej konkurencji; zamawiający ma prawo do takiego sformułowania swoich wymagań, by mógł wybrać ofertę najlepiej odpowiadającą jego, często specyficznym, potrzebom (wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2012 r. sygn. akt 1723/12 (...)). Powyższe poglądy są aprobowane również w doktrynie (...).

W odniesieniu do podniesionego przez (...) Sp. z o.o. zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wskazać należy dodatkowo na okoliczność, iż pełnomocnik skarżącego na rozprawie przed Sądem Okręgowym oświadczył, iż przeciwnik skargi nie posiada żadnych dowodów na okoliczność, że tylko jedna firma jest w posiadaniu maszyny szlifierskiej dopuszczonej do eksploatacji w Polsce. Z oświadczenia pełnomocnika skarżącego wynika ponadto,

że jeden podmiot w Polsce ma świadectwo dopuszczenia do ruchu na torach określonego typu pociągu szlifierskiego, co oznacza, że inne firmy mające pociąg tego samego producenta mogą wykonywać usługę szlifowania torów oraz że inny podmiot jest w trakcie uzyskiwania świadectwa na maszynę szlifierską innego typu. Natomiast pełnomocnik przeciwnika skargi oświadczył na rozprawie przed Sądem Okręgowym, że nie posiada dowodu na to, że tylko jedna firma posiada maszynę szlifierską dopuszczoną do eksploatacji w Polsce.

Tymczasem wskazać należy, że przepis art. 29 ust. 2 P.z.p. nie tworzy domniemania, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający jego dyspozycję, dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, nie następuje więc przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego; art. 29 ust. 2 P.z.p. nie wymaga pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, wystarczy udowodnienie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia, co nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, które przepis ten wskazuje.

77. Sygn. akt: V Ca 2948/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 18 lutego 2013 r.

Zamawiający Skarb Państwa reprezentowany przez (...) w W. prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup szyfratorów IP. Jednym z wymogów, jakie miały spełniać dostarczone urządzenia, była konieczność posiadania w momencie ich dostawy Certyfikatu Ochrony Kryptograficznej wydanego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego albo Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, zapewniający ochronę informacji niejawnych o klauzuli „poufne” z terminem ważności minimum 4 lata od dnia dostawy urządzeń szyfrujących IP do Zamawiającego. W ocenie Skarżącego tak określony warunek SIWZ ograniczał uczciwą konkurencję, bowiem urządzenie tego typu może dostarczyć tylko jeden dostawca – (...) Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. Urządzenie nosi nazwę (...) K2 w wersji 1.3.0. Certyfikat na to urządzenie wydany został w dniu 14 czerwca 2012 r. z terminem ważności 30 czerwca 2018 r. Okoliczność powyższa była bezsporna, niemniej jednak w ocenie Sądu Okręgowego trafnie Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że wymóg ważności certyfikatu ustalony został nie w celu oceny spełniania warunków przedmiotowych przez potencjalnych wykonawców, lecz jest odniesiony do konkretnych dostaw, mających być wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, iż niezwykle istotną kwestią wpływającą na taką właśnie ocenę, jest to, że dostarczane urządzenia mają posiadać certyfikat o określonym terminie ważności w dniu dostarczania przedmiotu zamówienia do Zamawiającego. Tym samym nie jest tak jak podnosi Skarżący, iż zapis ten wyłącza uczciwą konkurencję. To, że obecnie tylko jeden dostawca legitymuje się prawidłowym certyfikatem, nie przesądza o tym, że w dniu dostawy również inne podmioty będą je posiadać. Słusznie bowiem w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza zauważyła, iż przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych nie uniemożliwiają uzyskania nowego certyfikatu na określone urządzenie w okresie znacznie wyprzedzającym termin upływu ważności, w tym np. na potrzeby udziału w konkretnym zamówieniu publicznym.

Skarżący przyznał, że powszechnie stosowaną przez producentów szyfratorów praktyką jest odnawianie certyfikatów pod koniec upływu terminu ich ważności, jednakże z uwagi na to, że jest to proces długotrwały, to nie ma możliwości jego uzyskania na potrzeby niniejszego zamówienia. Jednocześnie w uzasadnieniu skargi wniesionej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zaproponował, nakaza-

nie Zamawiającemu zmiany przedmiotowego postanowienia SIWZ w ten sposób, iż oferowany przez Wykonawcę szyfrator IP będzie posiadał ważny certyfikat ochrony kryptograficznej przez okres najmniej 1 roku od dostawy i wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia nowego certyfikatu na co najmniej 3 miesiące przed upływem ważności certyfikatu. Jak z powyższego wynika sam Skarżący zakłada, iż możliwe jest uzyskanie stosownego certyfikatu w terminie nie przekraczającym 9 miesięcy. Zamawiający w niniejszym postępowaniu argumentował, iż zamawiane szyfratory IP są częścią całego systemu teleinformatycznego zbudowanego na bazie urządzeń i narzędzi kryptograficznych. System taki wymaga akredytacji, a warunkiem jej otrzymania jest między innymi wymóg posiadania przez urządzenia wchodzące w skład systemu certyfikatu ochrony kryptograficznej. Akredytacja systemu jest wydawana na okres nie dłuższy niż 5 lat, tym samym racjonalne jest, aby urządzenia stanowiące części składowe całego systemu miały certyfikat ważny przez okres przewidywanej akredytacji systemu.

Z argumentacją powyższą nie sposób się nie zgodzić, oczywistym jest, iż do prawidłowego funkcjonowania całego systemu i to zarówno w sensie technicznym, jak i zabezpieczeń (certyfikaty, akredytacja), konieczne jest funkcjonowanie wszystkich jego elementów. Brak certyfikatu na poszczególne składniki, pociąga za sobą brak lub utratę akredytacji systemu, a tym samym wyklucza prawidłowe działanie, czy też ściślej mówiąc możliwość faktycznego i legalnego wykorzystania danego systemu. Trudno w takiej sytuacji postawić Zamawiającemu zarzut, iż dobierając parametry dla poszczególnych składników systemu tak, aby cały system działał prawidłowo, narusza uczciwą konkurencję.

Skarżący próbując uzasadnić, iż wystarczające dla zabezpieczenia ww. interesów Zamawiającego byłoby zastrzeżenie w umowie kar umownych, możliwości odstąpienia od umowy bądź odszkodowania za konieczność ponownej akredytacji, zdaje się nie dostrzegać, że wystąpienie przez dostawcę o przedłużenie certyfikatu, stanowi w istocie wniosek o wydanie kolejnego, nowego certyfikatu, poprzedzonego nowym badaniem dostarczonego urządzenia. Tym samym proces ten z założenia obarczony jest ryzykiem jego niepowodzenia. Uzyskanie bowiem certyfikatu - co oczywiste - nie jest automatyczne, nawet jeśli dotyczy istniejącego i funkcjonującego już na rynku urządzenia. Wniosek może spotkać się z odmową udzielenia certyfikatu, bowiem samo złożenie wniosku nie jest tożsame z bezwzględną koniecznością wydania certyfikatu. Przy takim rozumowaniu proces ten pozbawiony byłby sensu. Tym samym trudno dziwić się Zamawiającemu, że chce zabezpieczyć swoje interesy poprzez stosowne zapisy w SIWZ. Zastosowanie kar umownych, czy też innych podobnych instytucji prawa cywilnego, nie eliminuje ryzyka związanego z niepewnością w wypadku utraty ważności certyfikatu w czasie obowiązywania akredytacji systemu, zabezpiecza jedynie aspekt finansowy Zamawiającego.

Art. 36 ust. 1 pkt 4

78. Sygn. akt: KIO 1081/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.

Zamawiający przyznał w toku rozprawy i przedłożył dokumenty, z których wynika, że w ogłoszeniu o zamówieniu podał datę rozpoczęcia realizacji zamówienia 1.07.2014 r., która jest datą nierealną w sytuacji, gdy termin składania ofert upływa w dniu 30 czerwca 2014 r. W ogłoszeniu o zamówieniu Sekcja II: Przedmiot zamówienia, II.3 Czas trwania zamówienia lub termin realizacji, zamawiający podał daty - Rozpoczęcie 1.07.2014, Zakończenie 31.12.2015. W pkt 5 SIWZ – zamawiający

opisując: Termin realizacji przedmiotu zamówienia do dnia 31.12.2015 roku lub do czasu wyczerpania ilości objętej przedmiotem zamówień - nie określił początkowej daty i nie wskazał innego zdarzenia oznaczającego rozpoczęcie terminu realizacji zamówienia. W związku z wniesionym odwołaniem, zamawiający dokonał częściowej zmiany postanowienia w § 1 ust. 4 Istotnych warunków umowy - załącznik nr 6 do SIWZ, dodając w treści opisu sposobu ustalania terminów dostarczania poszczególnych partii produktu, zdanie: Pierwsze zamówienie zostanie złożone nie wcześniej niż po upływie 3 dni od daty podpisania umowy - opis odnoszący się do sposobu wykonania zamówienia i niewskazujący terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia, gdyż nie wcześniej niż po upływie 3 dni od daty podpisania umowy oznacza, że czynność może nastąpić po upływie 3 dni od daty zawarcia umowy w każdym czasie. Zatem, jedynym wskazanym terminem rozpoczęcia realizacji zamówienia jest termin podany w ogłoszeniu o zamówieniu - 1.07.2014, termin nierealny ze względu na termin składania i otwarcia ofert w dniu 30.06.2014 r. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, że zamawiający nie określił konkretnej daty kalendarzowej, jako terminu rozpoczęcia świadczenia dostaw, gdyż przeczy temu treść ogłoszenia o zamówieniu.

Zarzut odwołania dotyczy ogłoszenia o zamówieniu, stąd Izba uwzględniając odwołanie nakazała zamawiającemu wykreślenie tej daty. Natomiast określenie daty faktycznego rozpoczęcia realizacji zamówienia należy do uprawnień zamawiającego. Doprecyzowanie i uściślenie opisów SIWZ przez zmianę treści § 1 ust. 4 Istotnych warunków umowy przez dodane zdanie - Pierwsze zamówienie zostanie złożone nie wcześniej niż po upływie 3 dni od daty podpisania umowy - jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - mające na celu uzależnienie terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia od daty podpisania umowy i umożliwienie wykonawcy przygotowania pierwszej dostawy zgodnie z umową - nie usuwa nierealności daty rozpoczęcia terminu realizacji zamówienia wobec wskazanego terminu składania i otwarcia ofert.

Przepisy - art. 41 pkt 6 dotyczącego ogłoszenia o zamówieniu oraz art. 36 ust. 1 pkt 4 Pzp dotyczącego SIWZ - zobowiązują zamawiającego do zamieszczenia w tych dokumentach terminu wykonania zamówienia. Terminy podane w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, wobec tożsamej treści wskazanych przepisów, powinny być również tożsame.

Izba uwzględniając zarzut - wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu konkretnej daty kalendarzowej, jako momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia pomimo, że nie jest możliwe przewidzenie kiedy postępowanie zostanie zakończzone i powstałej w ten sposób kolizji w związku z wyznaczonym terminem składania ofert do dnia 30.06.2014 r. (argumentacja odwołującego podniesiona na rozprawie) - jako zasadny, nie podzieliła żądania odwołującego - nakazania zamawiającemu ustalenia początkowego terminu realizacji zamówienia przez wskazanie miesięcznego terminu liczonego od dnia zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Termin wykonania zamówienia, w tym rozpoczęcia realizacji dostawy, należy do wyłącznych uprawnień zamawiającego i nie może być wynikiem nakazu, ze skutkiem dogodnym dla jednego z potencjalnych wykonawców.

Art. 36 ust. 1 pkt 11

79. Sygn. akt: KIO 1074/14, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2014 r.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 84 ust. 2 Pzp przez zwrot oferty odwołującego, pomimo że oferta ta została złożona w terminie – zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający postanowił w § 13 specyfikacji, że miejscem

składania ofert będzie pok. 310 Urzędu Miasta (...). Oferty należało składać w terminie do cyt. »20 maja 2014 r. godz. 11:30«. (...)

Zdaniem składu orzekającego Izby złożenie oferty należy uznawać za wejście do pokoju 310 osoby z ofertą. Samo wpisywanie, czyli rejestrowanie oferty jako czynność techniczna wykracza już poza pojęcie składania oferty. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28 grudnia 2011 r. (KIO 2688/11, (...)). Jednak przedstawiony tam stan faktyczny był odmienny, gdyż tam występujący zamawiający wystosował do zainteresowanego pisemne powiadomienie o spóźnionym złożeniu oferty i dysponował cały czas ofertą. Można sobie wyobrazić sytuację, gdy w ostatniej chwili do zamawiającego próbuje złożyć oferty kilku wykonawców. Ze względu na równe traktowanie wykonawców zamawiający powinien przyjąć oferty od wszystkich wykonawców, którzy zdołali dotrzeć do miejsca składania ofert w odpowiednim terminie i kolejno zarejestrować oferty. Zamawiający nie powinien wtedy brać pod uwagę czasu rejestracji, ale czas dotarcia oferty do miejsca składania ofert wskazanego przez zamawiającego w specyfikacji. Właśnie m.in., aby uniknąć kłopotów związanych z koniecznością rejestrowania większej liczby ofert wniesionych w ostatniej chwili – termin otwarcia jest zwykle odległy o pewien czas od upływu terminu składania ofert. Nastawieniem zamawiającego, że termin składania ofert upływa o 11:30:00 można tłumaczyć, postawę pracownic zamawiającego, które widząc graniczny czas na komputerze stwierdziły, że wniesienie oferty odbywa się po upływie terminu, gdyż pracownicy zamawiającego mogły zamierzać jeszcze uwzględnić czas konieczny na zarejestrowanie wniesienia oferty. Pracownicy mogły również niewłaściwie odczytywać wskazania zegara – nie pokazały tych wskazań składającym ofertę pracownikom odwołującego. Ponadto zamawiający oświadczył, że nie posiada szczegółowego uregulowania wewnętrznego czynności składania ofert, cyt. »a sytuacja składania ofert co do sekundy jeszcze u zamawiającego nie wystąpiła«. Na dokładne wyjaśnienie tej kwestii ma wpływ brak okazania przez pracownice zamawiającego wskazań zegara komputerowego przedstawicielom odwołującego w trakcie próby złożenia oferty. Pani Brygida P., a miała możliwość spoglądania tylko na zegar ścienny znajdujący się w pokoju 310. Ale nie jest to zegar nastawiony ze szczególną pieczołowitością i tylko służący pomocniczo, niejako orientacyjnie. (...)

Skład orzekający Izby stwierdza, że nie ma wpływu na działanie z należytą starannością wykonawcy składanie oferty nawet w ostatnich sekundach przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający starał się zasugerować w swojej odpowiedzi, że składanie oferty w ostatnim momencie może być prognostykiem niedbałego wykonania zamówienia. Jednak późne składanie ofert nie może to być jakimkolwiek zarzutem w stosunku do wykonawców ani powodem niższego oceniania oferty.

Art. 36b

80. Sygn. akt: V Ca 147/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2012 r.

Przechodząc do oceny samej skargi, to należy przypomnieć, że w tym postępowaniu o zamówienie publiczne Krajowa Izba Odwoławcza wydała uprzednio wyrok w dniu 2 listopada 2011 r. Wyrokiem tym KIO uwzględniła poprzednie odwołanie X Sp. z o.o. unieważniła czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy Y Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert. W wykonaniu tego wyroku Zamawiający pismem z dnia 16 listopada 2011 r. we-

zwał wykonawcę do przełożenia dokumentów do dnia 22 listopada 2011 r. Pismem z dnia 21 listopada 2011 r. Y złożył szereg oświadczeń podwykonawców zawierających zobowiązania do oddania do dyspozycji Y Sp. z o.o. zasobu w postaci potencjału technicznego na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia. Wśród tych oświadczeń znalazły się również zobowiązania Mariana G. i Henryka K., których oświadczeń Y Sp. z o.o. nie składał przy pierwotnej ofercie.

Odnosnie podwykonawców zamawiający, zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp Pzp [aktualnie, po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 8.11.2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1473), przepis ten został uchylony, łącznie z art. 36 ust. 5 i ustawodawca w to miejsce wprowadził nowe regulacje: art. 36a i 36b ustawy Pzp, przewidujące możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom ze wskazaniem możliwości żądania przez zamawiającego podania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców w sytuacji wykazywania się przez nich podwykonawcami, na zasoby których powołują się oni na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – przyp. red.], wymagał wskazania przez wykonawcę w ust. 7 formularza oferty części zamówienia, których wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom, nie zaś wskazania podwykonawców. W związku z tym, jak słusznie stwierdziła KIO, przystępujący mógł na żądanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp złożyć zamawiającemu dokumenty od innych podmiotów niż od podmiotów występujących w pierwotnej w ofercie. Wskazanie nowych podmiotów nie stanowiło zmiany oferty, gdyż oferta nie dotyczyła tych podmiotów, a jedynie zakresu wykonywanych przez podwykonawców czynności. Wskazany w ofercie zakres wykonywanych przez podwykonawców czynności nie uległ zmianie mimo wskazania nowych podwykonawców. Przepis art. 36 ust. 5 [j.w. – przyp. red.] - wykonawcy pozostawia się swobodę co do decyzji o powierzeniu wykonania zamówienia lub jego części podwykonawcom. Jedynie w wyjątkowych sytuacjach związanych ze specyfiką przedmiotu zamówienia zamawiający będzie uprawniony do zastrzeżenia wykonania części lub całości wykonania przedmiotu zamówienia osobiście przez wykonawcę. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, a więc wykonawca mógł powierzyć wykonanie nawet całego zamówienia podwykonawcom.

Ustawa nie przyznaje zamawiającemu uprawnienia do żądania wskazania w ofercie nazw proponowanych podwykonawców [j.w. – przyp. red.], a jedynie wskazanie zakresu prac, jaki będzie zlecony podwykonawcom. Rozwiązanie takie jest spójne z brakiem co do zasady możliwości weryfikowania przez zamawiającego zdolności podwykonawców do wykonania określonych zadań. Zamawiający nie może żądać przedstawiania przez podwykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie przez nich jakichkolwiek warunków. Ponieważ to wykonawca jest odpowiedzialny za prawidłową realizację zamówienia, czyli prawidłowe wykonanie ciągłego na nim zobowiązania, na nim spoczywa obowiązek wyboru podwykonawców zapewniających prawidłową realizację powierzonych im zadań. Z tego samego względu, nawet jeśli wykonawca w ofercie poda nazwy proponowanych podwykonawców, nie oznacza to braku możliwości ich zmiany w trakcie wykonywania zamówienia. Zamawiający natomiast w drodze postanowień umowy może zapewnić sobie dostęp do informacji o podwykonawcach wykonujących określone prace w ramach zamówienia.

Wyjątkiem od opisaney zasady braku możliwości żądania dokumentów od podwykonawców będzie sytuacja, w której wykonawca potwierdza spełnianie wa-

runków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b przez wskazanie potencjału podwykonawcy. Przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231 - przyp. red.)], tworzą możliwość żądania dokumentów określonych w § 2 potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawcy również od podwykonawcy. Dyspozycja przepisu dotyczy szerzej podmiotów, które będą brały udział w realizacji zamówienia, co obejmuje swoim zakresem podwykonawców. Żądanie jednak takich dokumentów nie uprawnia w przypadku ich negatywnej weryfikacji do wykluczenia wykonawcy (...).

Art. 38

81. Sygn. akt: KIO 1099/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

Co do pytań oznaczanych numerami 24, 29, częściowo pytanie nr 36, pytanie nr 39, 40, 49, 50, 61, 67, 69, 78, 82, 90, 114, 116, 174, 187, Izba uznała, że celem ich było wyjaśnienie wątpliwości związanych z treścią SIWZ. Izba uznała, że wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego były rzeczowe i wyczerpujące, a ich treść była determinowana treścią pytania otrzymanego od Odwołującego. Należy jednocześnie podkreślić, że wyjaśnienia udzielane przez Zamawiającego nie mogą być kwestionowane przez danego wykonawcę tylko i wyłącznie na tej podstawie, że zamawiający nie uwzględnił wszystkich postulatów i wniosków sformułowanych przez wykonawców w pytaniach skierowanych do zamawiającego. Jak wynika z art. 38 ust. 1, pytania wykonawcy powinny dotyczyć treści SIWZ i zmierzać do jej wyjaśnienia, nie zaś do uwzględnienia wszystkich postulatów wykonawców. Realizacja postulatów danego wykonawcy co do zmiany opisu przedmiotu zamówienia lub warunków udziału w postępowaniu powinna nastąpić co do zasady poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej gwarantowanych wykonawców w ustawie Pzp.

Art. 45

82. Sygn. akt: KIO 484/14, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2014 r.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. (...)

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby i Sądów okręgowych opisanie zabezpieczonego rezultatu niekoniecznie musi nastąpić poprzez przywołanie numerów przepisów ustawy Pzp. Wystarczające jest określenie wynikających z ww. przepisów czterech okoliczności, które uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium. Dopuszczalne jest również odesłanie do ustawowych przesłanek zatrzymania wadium opisanych w innych dokumentach, jednakże odesłanie to powinno być jasne, pewne, niebudzące wątpliwości oraz nierodzące podstaw do wątpliwości interpretacyjnych. Jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe. Nie ulega również wątpli-

wości, że określenie warunków zapłaty gwarancji bankowej w sposób węższy aniżeli ustawowe warunki zatrzymania wadium powoduje, że gwarancja bankowa nie może być uznana za prawidłowe ustanowienie wadium. (...)

W ocenie Izby ww. wymogów odnośnie warunków możliwości zabezpieczenia się z gwarancji nie spełnia gwarancja bankowa złożona przez odwołującego wraz z ofertą. Z gwarancji bankowej wystawionej w dniu 7 lutego 2014 r. przez VUB Banka w Bratysławie wynikało, że gwarant zobowiązał się do zapłaty kwoty na wypadek gdyby „oferent nie dopełnił swoich zobowiązań w stosunku do Was w myśl oferty przetargowej i musicie bliżej sprecyzować niedotrzymane zobowiązania”. Izba wzięła pod uwagę, że sformułowanie „zobowiązania w myśl oferty przetargowej” jest sformułowaniem rodzącym poważne wątpliwości interpretacyjne, które w treści gwarancji nie zostało w żadne sposób doprecyzowane i w konsekwencji dyskwalifikowało złożoną gwarancję. Powyższe skutkowało koniecznością wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu niewniesienia wadium. (...)

Tym samym Izba podtrzymuje dotychczasowe stanowisko wynikające z orzecznictwa Izby i Sądów Okręgowych co do konieczności wyraźnego, jasnego i konkretnego określenia w gwarancji wszystkich przypadków uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, które do orzecznictwo trafnie zostało przywołane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i przez przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. Z ostatnich orzeczeń Sądów Okręgowych prezentujących ww. pogląd należy wskazać na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13 (dostępny na stronie internetowej uzp.gov.pl), w którym wskazano, że „nie ma konieczności w treści gwarancji cytowania przepisów Pzp oraz że gwarancja może odwoływać się do innego dokumentu, w którym przesłanki te są wskazane, jednakże to odesłanie musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości”.

83. Sygn. akt: KIO 579/14, Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.

Przedmiotem sporu jest ocena, czy wniesienie wadium w pieniądzu w wysokości wymaganej przez zamawiającego, które zostało zarejestrowanego na rachunku bankowym zamawiającego jako wpłata od poprzednika prawnego odwołującego, czyni zadość obowiązkowi wniesienia wadium przez wykonawcę, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis stanowi *in initio*, że – w zależności od wartości zamówienia - zamawiający żąda lub może żądać od wykonawców wniesienia wadium.

Izba nie miała wątpliwości, że wadium przed upływem terminu składania ofert oraz w wysokości wymaganej przez zamawiającego zostało wniesione przez odwołującego. Zgodnie z art. 552 k.s.h. spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki przekształconej do rejestru (dzień przekształcenia). Jednocześnie sąd rejestrowy z urzędu wykreśla spółkę przekształcaną. Skoro w dniu przekształcenia podmiot przekształcany zostaje wykreślony z rejestru to jego byt w tej formie prawnej ustaje. Nie istniejąca w dniu dokonania wpłaty wadium spółka działająca pod firmą (...) Sp. jawna (spółka przekształcana) nie mogła zatem wnieść wadium. Wpłaty kwoty wadium na rachunek bankowy zamawiającego mógł dokonać i dokonał odwołujący (spółka przekształcona).

Stosownie do art. 553 § 1 k.s.h. spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, zatem spółka ta nie wstępuje, ale jest cały czas podmiotem tych praw i obowiązków *ex lege*. W przypadku kontynuacji nie ma poprzednika i następcy prawnego, ale istnieje ta sama spółka w zmienionej formie

(Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 12 września 2013 r., sygn. akt I ACz 1170/13, (...)). W przypadku przekształcenia zarówno przed jak i po przekształceniu mamy do czynienia z tym samym podmiotem (przedsiębiorcą), który jedynie zmienia „szatę prawną” (Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. akt I SA/Gl 704/10, (...)).

Nie budzi więc najmniejszej wątpliwości Izby, że ewentualnego zwrotu wadium zamawiający powinien dokonać na numer rachunku podany w załączonym dowodzie dokonania przelewu, w którym wskazana została aktualna forma prawna i firma, pod jaką działa odwołujący a ewentualne zatrzymanie wadium byłoby prawnie skuteczne wobec odwołującego. Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że nie wiedziałby komu miałby wadium zwrócić. Jak było wskazane wcześniej zamawiający dysponował stosownymi informacjami, ujawnionymi w KRS.

84. Sygn. akt: KIO 641/14, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r.

Ostatnią kwestią wymagającą oceny pozostaje zatem, czy zwrócenie wadium odwołującemu po wyborze najkorzystniejszej oferty uniemożliwia zamawiającemu, który powtarza czynność w postępowaniu, wyciągnięcie wobec odwołującego konsekwencji wynikających z wadliwości wadium. Rozpoznając spór w tym zakresie Izba zważyła, że zasadą wynikającą z art. 26 ust. 2a i 3 Pzp jest ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia oraz złożonej przez niego oferty według stanu istniejącego w dniu, w którym upływał termin składania ofert.

Analogicznie reguła ta znajduje również zastosowanie w odniesieniu do wadium, co do którego powinno być stwierdzone, że w dniu, w którym upływał termin składania ofert spełniało ono wszystkie wymagania wynikające z ustawy. Nie można uznać, że sam fakt wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie istnienia zabezpieczenia wadium, uniemożliwia późniejsze wykluczenie wykonawcy, który nie wniósł wadium zgodnego z wymaganiami ustawy. Przyjęcie argumentacji odwołującego prowadziłoby do wniosku, że każde wadium, które nie zabezpiecza oferty przez cały okres związania, jest prawidłowe, jeśli zamawiający dokonuje w postępowaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w okresie ważności wadium. Pogląd ten jest oczywiście sprzeczny z art. 85 ust. 4 Pzp.

W konsekwencji wykonawca, który wniósł wadium, podlega wykluczeniu z postępowania również na jego późniejszym etapie. Powtórzenie czynności w postępowaniu oznacza bowiem poprawienie przez zamawiającego czynności wadium wykonanej pierwotnie – z uwzględnieniem stanu rzeczy istniejącego w dniu dokonywania wadium, nie zaś stanu powstałego w toku postępowania. Błąd zamawiającego polegający na zaniechaniu – na etapie pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty - wykluczenia odwołującego z powodu niewniesienia wadium obejmującego cały okres związania ofertą, nie znosi wadium. Zwrot wadium lub upływ terminu ważności wadium niesie bowiem skutek w postaci utraty przez zamawiającego możliwości zaspokojenia się z wadium, nie sanuje natomiast błędu zamawiającego polegającego na zaniechaniu wykluczenia odwołującego.

85. Sygn. akt: KIO 1073/14, KIO 1088/14, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2014 r.

Wadium ma zabezpieczyć ważność oferty na czas udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium zabezpiecza ofertę, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, tylko wtedy, gdy zamawiający ma możliwość dysponowania wadium niezależnie od formy jego wniesienia, od momentu upływu terminu składania ofert. Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicz-

nych. Tym samym zgodnie z dyspozycją przepisu art. 45 ust 3 ustawy Pzp winno być wniesione przed upływem terminu wniesienia ofert.

Kwestia, iż wadium wpłynęło na konto zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2014 roku o godzinie 9:58, wobec treści ww. pisma Banku, jest niesporne. Za zbyt późne odnotowanie wpływu kwoty wadium na konto zamawiającego, odwołujący obciąża bank zamawiającego, stwierdzając, iż nie jest wiadomym dlaczego dopiero o tej godzinie dopiero zaksięgował kwotę wadium na koncie zamawiającego. Zarzucił - jak stwierdza w odwołaniu, iż „z umowy rachunku bankowego odwołującego wynika, że kwota wadium została przelana w systemie umożliwiającym niemal natychmiastowe przelewy, w których różnica momentu obciążenia rachunku dłużnika (zleceniodawcy przelewu) oraz uznania kwoty na rachunku wierzyciela (zaksięgowania kwoty na rachunku odbiorcy) wynosi kilkanaście minut, nie zaś ponad 20 godzin, jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu”. Nadto na rozprawie stwierdził, że nie jest zasadnym obciążanie go konsekwencjami wynikającymi z terminów realizacji wykonywania zleceń międzybankowych, dotyczących uznania rachunku zamawiającego kwotą dokonanego przelewu. Izba, na podstawie przedstawionych przez zamawiającego dokumentów, a to w szczególności ww. pisma NBP - z banku zamawiającego oraz wydruku z dokonanych operacji pieniężnych na koncie zamawiającego (których to treści nie kwestionował odwołujący) stwierdziła, że odwołujący złożył dyspozycję dokonania przelewu kwoty wadium o godzinie 15:33 w dniu 14 kwietnia 2014 roku. Stwierdzić należy, że odwołujący wiedział lub mógł wiedzieć z regulaminu swojego banku o godzinach sesji międzybankowych, mających wpływ na termin przyjęcia przelewu do realizacji i faktycznego jego dokonania. Aby przelew mógł być zaksięgowany przed godziną 8:00 rano dnia 15 kwietnia 2014 r. to winien był być złożony w banku odwołującego do godziny 14:25 w dniu 14 kwietnia 2014 r., gdyż o godzinie 15:00 jest ostatnia sesja przelewów międzybankowych. Natomiast dyspozycja złożona o godzinie 15:33, tj. po terminie ostatniej w tym dniu sesji dokonywania przelewów międzybankowych, powodowała, że realna możliwość wydania dyspozycji dokonania przelewu w postaci obciążenia rachunku odwołującego i uznania rachunku zamawiającego mogła mieć miejsce nie wcześniej niż po godz. 8:30 dnia następnego – w rzeczywistości była to godzina 9:58. Termin upływu składania ofert upływał w dniu 15 kwietnia o godzinie 8:00. (...)

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił informacje zawarte w wydruku z operacji finansowych na jego koncie bankowym, co potwierdziło późniejsze pismo tegoż banku, prawidłowo dokonał czynności wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. Nie dopuścił się zamawiający także naruszenia art. 45 ust. 3 i 7 ustawy Pzp.

Podsumowując powyższe ustalenia Izba uznała, że odwołujący dokonując wpłaty wadium na rachunek bankowy zamawiającego, obowiązany był dokonać przelewu w takiej dacie, aby kwota wadium znalazła się na koncie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Każdy wykonawca jako profesjonalista winien przewidzieć możliwość wystąpienia różnego rodzaju opóźnień i to nie tylko wynikających z regulaminu banku, ale również, np. z powodu awarii systemu komputerowego banku, braku łączności internetowej, itp., które powodują, że od daty złożenia dyspozycji dokonania przelewu do terminu jego fizycznej realizacji upływa określony okres czasu i to niejednokrotnie dłuższy niż winno to wynikać z normalnego funkcjonowania systemów bankowych. Dla istoty wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert, nie mają znaczenia przeszkody jakie napotkał [wy-

konawca – przyp. red.] w spełnieniu tego wymogu. Termin na wniesienie wadium jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu. Dlatego też brak wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert zobowiązuje zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania stosownie do przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

86. Sygn. akt: VIII Ga 65/12, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 6 marca 2012 r.

Zarzuty Zamawiającego, który nie kwestionował możliwości dokonania wpłaty wadium przez podmiot trzeci w istocie zmierzały do wykazania, iż wpłacone przez X Praha A.S wadium nie zabezpieczało oferty Odwołującego tj. X Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. — nie wskazywało bowiem na czyją rzecz wpłata wadium została dokonana.

Podnosząc powyższe zarzuty Skarżący eksponuje jedynie okoliczność niewskazania w treści polecenia przelewu, iż wpłata dotyczy oferty złożonej przez X Polska, pomijając jednocześnie pozostałe okoliczności rozpoznawanej sprawy a zwłaszcza fakt, iż ofertę złożyła jedynie X Polska (nie wpłynęła zaś oferta od X Praha) oraz, że do oferty złożonej przez wykonawcę X Polska, na stronie 14, załączono potwierdzenie przelewu wadium w kwocie 30.000 zł od X Praha, potwierdzone „za zgodność z oryginałem” przez pracownika wykonawcy X Polska, który jako jego pełnomocnik złożył również ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dodać należy w tym miejscu, iż nie ma żadnego uzasadnienia, aby dokument ten nie oceniać inaczej jak integralną część złożonej przez tego wykonawcę dokumentacji ofertowej. Kwestią niewątpliwą w niniejszym postępowaniu było również załączenie do oferty złożonej przez X Polska, na stronie 15 oferty, a więc na następnej stronie po potwierdzeniu przelewu wadium, oświadczenie X PRAHA AS z dnia 17 listopada 2011 roku o udostępnieniu X Polska swoich zasobów w zakresie doświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wszystkie te okoliczności te - jak prawidłowo uznała Krajowa Izba Odwoławcza - świadczą, że wpłata przez X PRAHA AS wadium na rachunek Zamawiającego nastąpiła w imieniu i na rzecz X Polska. W ocenie Sądu Okręgowego okoliczności badanej sprawy nie dawały podstaw do wysnucia innych, logicznie uzasadnionych wniosków. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do celu, w jakim Odwołujący dołączył do swojej oferty dokument w postaci potwierdzenia przelewu wpłaty wadium w wysokości i na rachunek wskazany w SIWZ przez firmę czeską (zarejestrowaną jako Oddział zagranicznego przedsiębiorcy w Polsce), która nie zgłosiła odrębnej oferty, podnosząc jedynie, że nie ma on charakteru dokumentu urzędowego. Zgodzić się należy również w tej kwestii z Przeciwnikiem skargi, że dołączenie powyższego dokumentu do oferty wskazuje jednoznacznie na zamiar dokonania wpłaty tej kwoty tytułem wadium przez X Praha A.S na rzecz X Polska.

Za nieuzasadnione należy uznać zgłaszane przez Zamawiającego obawy co do ewentualnych problemów z zatrzymaniem wadium w sytuacji, gdy wpłata wadium nie nastąpiła osobiście przez wykonawcę składającego ofertę. Jak wskazano to w zaskarżonym orzeczeniu KIO - obowiązujące przepisy przewidują dla skuteczności wniesienia wadium w formie pieniężnej osobistego świadczenia pieniężnego w tym zakresie przez wykonawcę (w przepisie art. 45 ust 3 Pzp jest mowa tylko o tym, że „wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert”). W świetle przeprowadzonych w sprawie dowodów istniały - jak wskazano to wcześniej - pełne podstawy do ustalenia na czyją rzecz wpłata wadium nastąpiła oraz jakiego dotyczy postępowania. Powyższe oznacza, iż oferta Odwołującego - wbrew stanowisku skarżącego - została prawidłowo zabezpieczona wadium. W konsekwencji niewątpliwa kwestia uznania rachunku Zamawiającego wpłatą wymaganej kwoty wadium do prowadzo-

nego w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia prowadzi do uznania, iż w Zamawiający jako wierzyciel - w razie spełnienia przesłanek zatrzymania wadium, wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp - uprawniony był do zatrzymania powyższej kwoty. Podkreślić przy tym trzeba, iż bez znaczenia dla sprawy pozostają rozważania co do możliwości wystąpienia przez X Praha A.S z ewentualnym żądaniem zwrotu wpłaconego wadium i konsekwencji z tego wynikających. Sytuacja taka nie tylko nie zaktualizowała na etapie oceny ofert, jak również - w świetle załączonego do odwołania oświadczenia firmy X Praha z dnia 15 listopada 2011 roku - jej zaistnienie wydaje się być wykluczonym.

87. Sygn. akt: XIII Ga 379/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 21 września 2012 r.

(...) w sytuacji gdy wadium zostało złożone w pieniądzu, a wykonawca nie złożył wniosku do zamawiającego o zwrot takiego pieniężnego zabezpieczenia oferty, wadium pozostaje w dyspozycji zamawiającego i prawidłowo zabezpiecza ofertę, także na przedłużony okres związania ofertą. Nie ma w takiej sytuacji potrzeby składania w tym zakresie odrębnych oświadczeń przez wykonawcę o woli przedłużenia tak wpłaconego wadium.

Art. 46 ust. 3

88. Sygn. akt: KIO 987/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.

Jak wynika ze wskazanego przepisu [art. 46 ust. 3 Pzp – przyp. red.], wykonawca zobowiązany jest do ponownego wniesienia wadium, jedynie w przypadku, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W przedmiotowym postępowaniu oferta odwołującego, w wyniku powtórnej oceny ofert, nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Biorąc pod uwagę ww. przepisy zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty odwołującego w związku z podstawami do wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż wykonawca-odwołujący w ogóle nie był zobowiązany do ponownego wniesienia wadium.

Art. 46 ust. 4a

89. Sygn. akt: KIO 1026/14, KIO 1034/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r.

W kwestii zarzutu dotyczącego zatrzymania wadium Izba wyraża pogląd, iż Zamawiający nie rozważył należycie wszystkich okoliczności tej sprawy, ani nie uzasadnił w sposób wyczerpujący zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 46 ust. 4a Pzp [aktualnie art. 46 ust. 4a uległ pewnej zmianie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr poz. 1232). W nowej regulacji w dalszym ciągu zwraca się uwagę na zatrzymanie wadium w przypadku nieuzupełniania określonych dokumentów, których katalog uległ znacznemu poszerzeniu, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – przyp. red.]. Zasadne należało uznać w tym względzie argumenty pełnomocnika Odwołującego dotyczące samej istoty i celu instytucji zatrzymania wadium na podstawie ww. przepisu. W szczególności, okoliczności sprawy nie dają podstaw do uznania, iż nieuzupełnienie dokumentów było działaniem celowym i zwinionym lub związanym z dokonaniem zmywu przetargowej. Brak uzupełnienia dokumentów spowodowany był odmienną, błędną interpretacją treści SIWZ i spóźnioną oraz nie posiadającą uzasadnionych podstaw próbą przymuszania swojego rozumienia wymogów SIWZ. W wyroku z dnia 7 listopada 2013 r., sygn. akt V CSK 531/12, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a Pzp i zatrzyma-

nie wadium, ponieważ ocenie w kontekście zawinienia wykonawcy muszą podlegać wszystkie okoliczności niewykonania w sposób ścisły wezwania o uzupełnienie m.in. dokumentów i wpływu tego uchybienia na przebieg postępowania przetargowego. Odnosząc się do problematyki dotyczącej wykładni art. 46 ust. 4a Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, orzecznictwo sądowe jest jednak rozbieżne. Warto zwrócić uwagę, iż stawiło to jeden z powodów wniesienia skargi kasacyjnej przez Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie o sygn. akt I ACa 684/12, w której wskazano m.in., że „Generalna kategoria „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, które mogą przesądzić o braku zatrzymania wadium, pozwala na znaczny margines ocennej przy określeniu zastosowania przepisu, czyli przeprowadzenia subsuncji rzeczywistości do zrekonstruowanej normy prawnej. Niemniej jednak zbadanie konkretnych okoliczności sprawy musi jednocześnie zmierzać do ustalenia, czy doszło do zawinionego zachowania wykonawcy, do którego konieczna jest zgodnie z orzecznictwem całkowita bierność, umyślność, celowość oraz nasilenie złej woli w nie podporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego, jak również czy miało miejsce dążenie do obejścia prawa poprzez zмовę z innymi wykonawcami. Nie bez znaczenia, dla oceny czy zamawiający może zatrzymać wadium jest wpływ uchybienia wykonawcy na przebieg postępowania - tak: wyrok SN z dnia 10 maja 2013 r. (sygn. akt I CSK 422/12), z dnia 14 marca 2013 r. (sygn. akt I CSK 444/12), z dnia 22 listopada 2012 r. (sygn. akt II CSK 448/12) oraz z dnia 7 lipca 2011 r. (sygn. akt II CSK 675/10), a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20 maja 2010 r. (sygn. akt I ACa 357/10)”.

Skład orzekający w niniejszej sprawie przychylił się do powyższego kierunku wykładni. Okoliczności niniejszej sprawy nie potwierdziły, by zaistniały powyższe przesłanki uzasadniające zastosowanie sankcji w postaci zatrzymania wadium. Zamawiający bynajmniej nie uzasadnił w sposób należyty swojej decyzji w tym zakresie. Pominął okoliczności, że Odwołujący starał się o przedłużenie terminu. Postulaty te zasadnie nie uwzględnione przez Zamawiającego powinny jednak mieć znaczenie przy ocenie, co do sposobu zachowania Odwołującego, który starał się pozostać w postępowaniu, a nie dążył do obejścia prawa, czy celowego niepodporządkowania się wezwaniu Zamawiającego.

90. Sygn. akt: XIX Ga 460/12, Wyrok SO w Katowicach z dnia 30 sierpnia 2012 r.

W konsekwencji niezasadnego wykluczenia Wykonawcy Zamawiający w sposób nieuprawniony zatrzymał wadium, albowiem art. 46 ust. 4 a p.z.p. może mieć zastosowanie w niniejszej sprawie jedynie do przypadku jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1. Po pierwsze, z treści oferty - polisy i załącznika Wykonawcy wynikało, że umowa ubezpieczenia powoduje powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela przed datą uregulowania składki - w związku z tym wezwanie do uzupełnienia braków oferty w tym zakresie było zbędne. Po drugie, w odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył certyfikat ubezpieczeniowy z dnia 29 maja 2012 roku, który potwierdza fakty wynikające z oferty.

Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a

91. Sygn. akt: KIO 529/14, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r.

(...) ustawa Pzp ustanawia prymat trybów konkurencyjnych w procesie udzielania zamówień publicznych (art. 10 ust. 1 ustawy Pzp). Zasadą więc winno być udzielanie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego albo nieograniczonego. Skoro tak, to jako wyjątek od reguły należy traktować sytuację, w której

zamówienie publiczne udzielane jest w innym trybie. Zresztą wyjątkowość wykorzystania trybów niekonkurencyjnych w toku udzielania zamówienia publicznego wyartykułował sam ustawodawca stanowiąc, iż Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp).

Przechodząc do analizy przesłanek zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp odnotować należy, iż zgodnie z treścią powołanego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Oznacza to, że w danym miejscu i czasie dane zamówienie może zrealizować tylko jeden wykonawca, a źródła zaistniałego stanu rzeczy należy poszukiwać w przyczynach technicznych, z zastrzeżeniem, że muszą mieć one charakter obiektywny. Podstawą zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające wykazanie, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi być on wykonawcą, który jest jako jedyny zdolny do realizacji danego zamówienia publicznego, a względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy tak, aby można było wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe i że ta okoliczność ma charakter nieprzewidywalny. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Obowiązek wykazania zaistnienia tej właśnie przesłanki ciąży na zamawiającym, a zamawiający w niniejszym stanie faktycznym okoliczności jej wystąpienia niewątpliwie nie wykazał. To zamawiający zobowiązany jest bowiem wykazać zaistnienie „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, które uzasadniają zastosowanie tej przesłanki, a mianowicie tego, że udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi jest nie tylko utrudnione, ale z uwagi na charakter danego zamówienia niemożliwe. Powołanie się na tą przesłankę musi być bowiem poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia. Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tej przesłanki nie może być natomiast subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Zamawiający powołując jako podstawę prawną prowadzonego postępowania przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp w istocie zaniechał wykazania przesłanek uprawniających do prowadzenia postępowania w oparciu o powołaną podstawę. Na próżno bowiem w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy poszukiwać okoliczności, które świadczą o niemożliwości wykonania zamówienia przez innego wykonawcę z przyczyn technicznych. Konsekwentnie Zamawiający nie zajmował stanowiska w tym przedmiocie również na rozprawie. Powyższe pozwala zatem na konstatację, że Zamawiający nie wykazał, że przesłanki zawartej w powołanym przepisie zaktualizowały się w okolicznościach niniejszej sprawy.

Art. 84**92. Sygn. akt: XIX Ga 160/12, Wyrok SO w Katowicach z dnia 17 kwietnia 2012 r.**

Przepis art. 84 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość zmiany oferty przez wykonawcę, jeżeli dokona tego przed upływem terminu do składania ofert. Przepis ten poza ograniczeniem czasowym uprawnień wykonawcy do zmiany, czy też wycofania oferty, nie zawiera innych ograniczeń. Nie uzależnia dopuszczenia zmiany oferty od żądania przez wykonawcę zwrotu uprzednio złożonej, nie wskazuje też formy w jakiej należy dokonać zmiany oferty. Z tych przyczyn stanowisko skarżącego prezentowane w skardze w tym zakresie nie znajduje uzasadnienia w treści art. 84 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak jest bowiem podstaw do podzielenia zarzutu skarżącego, że dokonując zmiany złożonej oferty wykonawca ma równocześnie żądać zwrotu uprzednio złożonej.

Prawidłowo Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie wykonawca złożył ofertę, którą w terminie określonym w art. 84 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych zmienił w ten sposób, że w kopercie z adnotacją zmiana złożył zmieniony formularz oferty. Skoro wykonawca pozostaje prawnym dysponentem oferty to może ją wedle własnego uznania zmieniać, oczywiście w terminie określonym art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stosownie do art. 82 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę i to pod rygorem nieważności w formie pisemnej, chyba że zamawiający wyrazi zgodę na złożenie oferty w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. (...)

Trafnie zatem wskazała Izba, że okoliczności w jakich nowy formularz oferty został złożony, nie pozostawiają wątpliwości, że wykonawca - działający przez osobę umocowaną - działał w celu zmiany uprzednio złożonej oferty. Oświadczenie woli wykonawcy w postaci oferty wraz z oświadczeniem woli o jej zmianie dotarły do zamawiającego równocześnie. Zatem stosownie do art. 61 § 1 k.c. odwołanie czy też zmianę uprzedniej oferty w części dotyczącej formularza ofertowego uznać należało za skuteczną. Nie można też przyjąć, jak chce tego skarżący, iż w niniejszym postępowaniu przetargowym wykonawca złożył dwie oferty, naruszając przepis art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 87 ust. 1**93. Sygn. akt: KIO 479/14, Wyrok KIO z dnia 26 marca 2014 r.**

Izba wskazuje, że zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp, jest uprawnieniem zamawiającego, możliwym do korzystania w każdej sytuacji, kiedy okoliczności sprawy, w ocenie zamawiającego, tego wymagają. Na taki charakter przepisu wskazuje jego treść: (...) „zamawiający może żądać” (...). W orzecznictwie przyjęto jednoznaczne stanowisko, że zastosowanie przepisu lub zaniechanie jego zastosowania nie stanowi podstawy do formułowania roszczeń wykonawcy z tego tytułu. Zatem, korzystanie z uprawnienia żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert lub zaniechanie żądania wyjaśnień, nie może stanowić naruszenia przepisów Pzp. Wskazany przepis mający na celu wyjaśnienie treści oferty, jednocześnie zakazuje prowadzenia między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jeśli więc zamawiający nie żąda wyjaśnień wykonawcy dotyczących treści złożo-

nej oferty, uznając na jej podstawie, że jest niezgodna z treścią SIWZ, a niezgodność nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej, oczywistej omyłki rachunkowej, czy innej omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści, oferty, nie korzystanie przez zamawiającego z uprawnienia ustawowego, nie stanowi naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 Pzp. Okoliczności te nie mogą przedmiotem zarzutu, chociażby też z tego powodu, że zgodnie z art. 180 ust.1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przedmiotem zarzutu może być wyłącznie czynność lub zaniechanie określone w Pzp, jako obowiązek zamawiającego, a nie jego uprawnienie.

94. Sygn. akt: KIO 784/14, Wyrok KIO z dnia 14 maja 2014 r.

Podnoszony przez odwołującego, z ostrożności procesowej, zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby również nie znajduje uzasadnienia. Z przepisu tego wynika bowiem, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. W okolicznościach przedmiotowej sprawy brak możliwości zastosowania przedmiotowego przepisu, wynika z faktu, iż brak jest w ofercie odwołującego przedmiotu (treści), która mogłaby podlegać procedurze wyjaśnienia. Wyjaśnieniu może bowiem podlegać jedynie treść niejasna, nieczytelna, niewiarygodna czy niemożliwa, a odwołujący wprost żadnej wymaganej przez zamawiającego treści nie zawarł, tym samym brak przedmiotu wyjaśnień uniemożliwia zastosowanie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Żądanie odwołującego zastosowania wskazanego przepisu prowadziłoby bowiem *de facto* do negocjowania treści oferty, co z kolei jest niedopuszczalne, jak też naruszać może zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

95. Sygn. akt: KIO 950/14, Wyrok KIO z dnia 26 maja 2014 r.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty, z wyjątkiem poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie.

Biorąc pod uwagę treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niezrozumiałym jest żądanie odwołującego się, by zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Wyjaśniać można bowiem to, co w ofercie już się znajduje, nie zaś to, czego w ofercie nie ma. Jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone w danym stanie faktycznym prowadziłyby w istocie do uzupełnienia braków oferty stanowiących jej elementy przedmiotowo istotne. Izba zwraca uwagę, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może być podstawą do uzupełnienia tego rodzaju uchybień, ponieważ wykracza poza wskazanie, w jaki sposób należy rozumieć treść oferty.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

96. Sygn. akt: KIO 354/14, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2014 r.

Dostrzeżenia w pierwszym rzędzie wymaga, iż poprawienie omyłek pisarskich

i rachunkowych oraz niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi obowiązek zamawiającego, który aktualizuje się, ilekroć zajdą okoliczności opisane w dyspozycji powołanego przepisu. Jeśli chodzi o poprawienie niezgodności oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, istotnym jest, czy w wyniku takiej poprawy ma miejsce negocjowanie oferty lub ukształtowanie oświadczenia wykonawcy w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, że nastąpi powstanie nowego oświadczenia woli, które w istocie sprowadzi się do wytworzenia nowej oferty, istotnie zmienionej. Z treści powołanego przepisu wprost wynika zmiana oferty w wyniku dokonania jej poprawy przez zamawiającego, a zatem każdorazowo przy zastosowaniu tej regulacji ma miejsce zmiana uprzednio złożonego oświadczenia woli wykonawcy. Przepis wymaga jednak, by ta poprawa, ingerując każdorazowo w oświadczenie woli wykonawcy składające się na ofertę, nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Chodzi zatem o oddanie intencji wykonawcy, wyrażonych w niedoskonały sposób w treści złożonej oferty, czy wynikających z niedostatecznego odczytania wymagań zamawiającego. Ustawodawca wprowadził mechanizm służący potwierdzeniu tej intencji poprzez możliwość niewyrażenia zgody na dokonaną z zastosowaniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy poprawę, której skutkiem jest odrzucenie oferty [art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy]. Powyższe oznacza, że instrument służący poprawie niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma służyć jak najpełniejszemu, jak najbliższemu rzeczywistej intencji wykonawcy oddaniu jego woli, rekonstrukcji oświadczenia, jakie wykonawca ten złożyłby, gdyby w sposób poprawny jego oferta odpowiadała na wymagania postawione w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Granice czynności Zamawiającego wyznacza przy tym przepis art. 87 ust. 1 ustawy, który dając zamawiającemu podstawę do wyjaśnienia treści złożonej oferty, jednocześnie wprowadza zakaz ingerencji w treść oferty – negocjowania jej treści oraz z zastrzeżeniem wynikających z przepisu art. 87 ust. 1 a i ust. 2 wyjątków – zakaz zmian w treści oferty.

Przez ten pryzmat należy zatem postrzegać sposób dokonywania poprawy z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. W analizowanej sprawie, poprawienie podanych w sposób niezgodny z SIWZ cen w formularzach ofertowych zmuszałoby Zamawiającego do prowadzenia swoistych negocjacji przed dokonaniem poprawek, w celu ustalenia jakie pozycje zamiast błędnie wstawionych należałoby wpisać, co sprzeciwia się treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zatem nie mogło zostać dokonane. Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek, ponadto zaburzyłoby wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów jest taka praktyka jest niedopuszczalna [tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 stycznia 2010 r., V Ca 1051/10]. Na gruncie treści oferty Odwołującego – składających się na nią formularzy cenowych, Zamawiający nie ma bowiem punktu zaczepienia w treści oferty, do którego miałby odnosić dokonywane poprawki, jeśli w ofercie w ramach danego zakładu podana została większa ilość cen za dostawę tony podsypki. Zamawiający nie może bowiem odgadywać zamiaru wykonawcy, która z przykładowo trzech cen dla danego zakładu jest tą właściwą dla dokonywanej poprawy: czy przyjąć pierwszą z podanych kilkakrotnie cen, czy też dokonać uśrednienia, czy może według innego algorytmu. Nie można także na gruncie analizowanego stanu faktycznego przyjąć,

że takim punktem odniesienia jest konkretny zapis SIWZ, skoro niezgodność oferty z SIWZ w tym wypadku nie ma postaci niezachowania wyraźnie narzuconego wymagania, które ma być przeniesione wprost do oferty, ale dotyczy oświadczenia wytworzonego przez wykonawcę samodzielnie, jakim jest zestaw podawanych w formularzu cen jednostkowych.

Tym samym, poprawienie niezgodności oferty z SIWZ musiałyby się sprowadzać do samodzielnego określenia przez Zamawiającego cen jednostkowych za dostawy 1 tony podsypki tłuczniowej dostarczanej w poszczególnych typach wagonów w ramach dostaw realizowanych na rzecz każdego Zakładów (...), co jest równoznaczne z określeniem przez Zamawiającego ceny, co jest wyłączną domeną wykonawcy. Przy braku w ofercie takich informacji, które naprowadzałyby Zamawiającego na sposób właściwej poprawy, to jest na to, która z cen jednostkowych byłaby tą referencyjną, Zamawiający w celu dokonania ewentualnej poprawy musiałby sam ukształtować ceny jednostkowe. Co więcej, ponieważ te ceny jednostkowe determinują dalszy ciąg czynności arytmetycznych – składają się na cenę za dostawę na poziomie zakładu, zadania a następnie na cenę całej oferty, dokonanie takiej poprawy w oparciu o jedną z cen podanych przez wykonawcę, albo z zastosowaniem innego, nieokreślonego przecież algorytmu, musiałyby być traktowane jako działanie uznaniowe, a zarazem kształtujące za wykonawcę jego najważniejsze oświadczenie woli, jakim jest podanie ceny za wykonanie zamówienia. Potwierdza to stanowisko zaprezentowane w odwołaniu, zmierzające do wykazania, że Zamawiający może swobodnie dokonać wyboru metody poprawy – zgodnie z tezą Odwołującego, „Zamawiający wg. własnych potrzeb, tj. [cena dla zakładu lub dla zadanie] może wykonać przeliczenia samodzielnie bez udziału wykonawcy z danych zawartych w treści oferty.” W takich okolicznościach, nie można byłoby próby poprawienia cen jednostkowych traktować jednak inaczej, jak przekroczenie granic stawianych treścią art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający dla dokonania poprawy, co postuluje Odwołujący, nie mając w samej ofercie źródła wiedzy dla dokonania takiej poprawy i takiego punktu zaczepienia, który wskazywałby na kierunek i sposób ewentualnej poprawy, musiałby albo uzyskać stanowisko Odwołującego, na jaką cenę jednostkową należy dokonać poprawienia, co byłoby równoznaczne z negocjowaniem oferty oraz jej zmianą, albo stać się rzecznikiem Odwołującego, samodzielnie wytwarzając za niego oświadczenie.

97. Sygn. akt: KIO 431/14, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2014 r.

Stosownie natomiast do treści art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający poprawia w ofercie następujące kategorie omyłek: 1) oczywiste omyłki pisarskie; 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Intencją ustawodawcy w zakresie wskazanego przepisu było umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczania do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Zamiar ten ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień

wień publicznych oraz niektórych innych ustaw [(Dz. U. Nr 171, poz. 1058) – *przyp. red.*], którą wprowadzono zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.” Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89. ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

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

całkowicie inne przedmioty aniżeli wyspecyfikowane w ofercie. (...)

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, iż nie można tracić z pola widzenia, że intencją wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty niewadliwej, która podlega ocenie i może być wybrana jako najkorzystniejsza. Nie sposób więc czynić założenia, że wykonawca w sposób celowy pomija pewien zakres świadczenia, nie obejmując go treścią oferty. Najczęściej jest to wynik niezamierzonego pominięcia, mieszczącego się w kategorii omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

98. Sygn. akt: KIO 460/14, KIO 463/14, Wyrok KIO z dnia 27 marca 2014 r.

(...) Zamawiający miał prawo przypuszczać, że Konsorcjum (...) zaferowało dławik zgodny z jego wymaganiami i dokonać poprawy omyłek w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Było to w ocenie Izby możliwe pod względem prawnym. Izba wskazując na możliwość dokonania takich zmian w treści oferty zwraca uwagę przede wszystkim na fakt, że poprawienie omyłek nie wpłynęłoby na zakres świadczenia zaferowanego przez Konsorcjum (...).

Należy podkreślić, że ustawodawca wprowadzając zmiany w treści przepisu art. 87 ust. 2 Pzp i dopuszczając możliwość poprawiania omyłek w treści ofert, polegających na ich niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w taki sposób, by jednocześnie nie prowadziło to do istotnych zmian w treści oferty, miał na celu ograniczenie sytuacji, w których oferty były odrzucane tylko z powodu zaistnienia nieistotnych omyłek, które w żaden sposób nie wpływały na zakres i przedmiot zamówienia oraz na oświadczenie woli wykonawcy w tym zakresie. Niemniej jednak Zamawiający nie powinien dokonywać tych poprawek automatycznie, nawet za zgodą wykonawcy.

99. Sygn. akt: KIO 793/14, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2014 r.

W kosztorysie ofertowym odwołujący nie zmienił, nie dodał ani nie pominął żadnych pozycji, a tylko nie zastosował zaokrągleń pośrednich wyników w 20 pozycjach, co skutkowało odstępstwem w wysokości kilkunastu złotych w porównaniu do ceny ofertowej wynoszącej prawie 550 000 zł, a więc odstępstwo zamykało się w stutysięcznych częściach procenta.

Tak nikłe odstępstwo wyników wykazanych przez odwołującego w kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiarów, zdaniem składu orzekającego Izby, nie sposób uznać za istotne. Dlatego zamawiający powinien zastosować się do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawić w ofercie (załączniku do oferty) inne omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Art. 87 ust. 2 pkt 3 brzmi „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”.

Nie ma znaczenia liczba omyłek, ale ich istotność w całej ofercie. Dlatego zamawiający rozważając „inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją” powinien skupić się na niezgodności oferty ze specyfikacją, a nie na przyczynach wystąpienia tego odstępstwa. Odwołujący wskazał, że omyłka jest działaniem niezamierzonym powodującym złożenie oświadczenia woli wykonawcy wbrew jego intencjom. A podstawowym zamiarem wykonawcy jest złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu, a więc zgodnej ze specyfikacją. Jeżeli nawet zamawiający błędnie odczyta zamysły wykonawcy odnośnie oferty i zaistniałych w niej błędów oraz poprawek dokonanych przez odwołującego, to wykonawca może nie zgodzić się na poprawę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp, który to przepis brzmi: „Zamawiający

odrzuca ofertę, jeżeli [...] wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3”.

100. Sygn. akt: KIO 996/14, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2014 r.

Niewątpliwym jest, iż omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powinny mieć taki charakter, aby ich poprawienia zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Dopuszczalnym jest poprawienie w ofercie innych omyłek jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Dopuszczalnym jest również poprawienie omyłek niemających charakteru oczywistego, pod warunkiem, że poprawienie innej omyłki nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Niemniej jednak wprowadzone poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w ofercie. Działania zamawiającego nie mogą bowiem prowadzić do negocjacji z wykonawcą ani też modyfikacji istotnych zapisów jego oferty.

(...) Podstawę oceny w przedmiocie zgodności treści oferty z treścią SIWZ stanowi bowiem nie tylko oświadczenie wykonawcy zawarte formularzu oferty, ale całość dokumentów, jakie się na ofertę składają, a które opisują oferowany przedmiot - oferowany przełącznik KVM. Formularz oferty, jak i certyfikat CE to dokumenty, które miały potwierdzać, że oferowany przełącznik KVM odpowiada wymaganiom zamawiającego postawionym w SIWZ, a w tym konkretnym stanie faktycznym spełnienia wymagań zamawiającego nie potwierdzają. I sam odwołujący w piśmie z dnia 23 kwietnia 2014 wskazał, iż zaoferowany przełącznik KVM nie spełnia wymagań zamawiającego, tym samym potwierdzając niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ. W celu poprawienia w ofercie innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest ustalenie, czy stwierdzona niezgodność jest omyłką i nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty. Niezgodność w ofercie odwołującego nie jest omyłką, gdyż z treści oferty (załącznika w kwestionowanej części, jak i certyfikatu CE) wynika, iż odwołujący zaoferował przełącznik niezgodny z wymaganiami zamawiającego. Nawet gdyby przyjąć, iż jest to jednak omyłka to należy rozważyć czy powoduje ona istotne zmiany w treści oferty. W ocenie Izby, dokonanie takiej zmiany jakiej oczekuje odwołujący, stanowiłoby istotną zmianę treści jego oferty. Treść oferty stałaby się wówczas całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami zamawiającego. Nie może być więc mowy o jej nieistotności. Przeciwnie zmiany te są istotne z punktu widzenia funkcjonalności i to w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Dlatego też Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

101. Sygn. akt: KIO 1106/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko zamawiającego, iż oświadczenie woli Konsorcjum (ofertę) należy wyklądać z zastosowaniem art. 65 § 1 k.c. (nie było to kwestionowane przez odwołującego).

W przedmiotowym stanie faktycznym oznacza to konieczność uwzględnienia, poza okolicznościami wskazanymi powyżej, również:

1. okoliczności, że zamawiający nie nadał wzorowi Załącznika nr 2, po zmianach z dnia 13 lutego 2014 r., treści uwzględniającej dokonaną, co do terminu ukończenia robót, zmianę – zamawiający nie wprowadził „wersji ujednocionej” tego Załącznika, chociaż w przypadku innej dokonanej przez zamawiającego zmiany [dotyczącej Tabeli 4 Tomu IV SIWZ (Rozbicie ceny ofertowej)] zamawiający sporządził

i udostępnił wykonawcom wersję ujednoliconą tej Tabeli; skłania to raczej do uznania, że to zamawiający omyłkowo nie zmienił wzoru Załącznika nr 2 do IDW,

2. nakazu dołączenia do oferty wypełnionych przez wykonawcę dokumentów dołączonych do SIWZ (załączniki wg wzorów), przy jednoczesnym zakazie dokonywania przez wykonawców w treści załączonych do SIWZ dokumentów jakichkolwiek zmian (skrótów, opuszczeni, poprawek, dopisków) za wyjątkiem miejsc wykropkowanych, przeznaczonych do wypełnienia lub specjalnie oznaczonych np. przypisem (pkt 12.5 i 12.6 IDW).

Uwzględnienie wszystkich wskazanych okoliczności prowadzi do wniosku, że niezgodność polegająca na wskazaniu przez Konsorcjum w Załączniku nr 1 terminu ukończenia robót: „30 kwietnia 2015 r.” – poprzez pozostawienie tego terminu zgodnie ze wzorem Załącznika nr 2 do IDW (co jednocześnie było zgodne z pkt 12.5 i 12.6 SIWZ) w sytuacji, gdy termin ten został 13 lutego 2014 r. zmieniony (przy niezmienionym wzorze Załącznika nr 2) – wymagało poprawy: na „31 sierpnia 2015 r.,” co doprowadziło do zgodności oferty z SIWZ. Omyłka w ofercie Konsorcjum to w istocie powielenie omyłki zamawiającego, który zmieniając termin ukończenia robót nie zmienił wzoru Załącznika nr 2 do IDW przy postawionych restrykcyjnych postanowieniach pkt 12.5 i 12.6 IDW (co uznać należy za „zwolnienie” wykonawców od monitorowania zgodności oferty z SIWZ przy stosowaniu wzorów narzucanych przez zamawiającego).

102. Sygn. akt: KIO 1115/14, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2014 r.

Izba stwierdziła, że przystępujący (...) rzeczywiście załączył do oferty m.in. formularz cenowy dotyczący części III zamówienia, w którym nie wypełniono wiersza „razem” oraz wiersza dot. szkolenia nr 28 (szkolenie Cisco – INCD 2 – Interconnecting Cisco Networking Devices Part 2). Istotnym w sprawie był jednak fakt, że wykonawca złożył formularz ofertowy, w którym wskazał globalną cenę za wykonanie całej części III przedmiotu zamówienia na poziomie 249.990 zł. Nie było sporne, że suma cen szkoleń wymienionych przez wykonawcę w pozostałych wierszach formularza cenowego (tj. 1-27 i 29) wynosiła 248.020 zł brutto. Odjęcie od kwoty 249.990 zł ceny szkoleń wymienionych w wierszach 1-27 i 29, tj. 248.020 zł brutto dawało różnicę w wysokości 1970 zł. W ocenie Izby zaistniały stan faktyczny należało uznać za niezgodność oferty przystępującego z treścią SIWZ. Zgodnie z rozdziałem XVI pkt 7 wykonawca zobowiązany był bowiem wypełnić wszystkie pozycje formularza cenowego, w tym m.in. podać informację na temat wartości szkolenia z wiersza 28. Informacja ile kosztują poszczególne szkolenia miała pewne znaczenie dla zamawiającego, o czym świadczyły postanowienia wzoru umowy, w którym przewidziano fakturowanie częściowe po każdym zrealizowanym szkoleniu (§ 5 ust. 1 wzoru umowy). Jednakże takie ustalenie nie prowadziło do konieczności odrzucenia oferty przystępującego.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy niemożliwym jest zastosowanie instytucji poprawy innej omyłki uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie zaś do treści art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie m.in. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Cytowana regulacja została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr

171 poz. 1058). *Ratio legis* tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na powyższą intencję ustawodawcy wskazuje uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Dostrzeżenia wymaga, że z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego poprawienia omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

103. Sygn. akt: KIO 1138/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

Odwołujący złożył ofertę, w której zaproponował produkt spełniający około 20% wymagań technicznych postawionych przez Zamawiającego. Doprowadzenie treści oferty Odwołującego do zgodności z SIWZ wymagałoby uzupełnienia oświadczeń wykonawcy potwierdzających szczegółowe wymagania techniczne w stosunku do przedmiotu zamówienia, określonego w załącznikach nr 3 w stosunku do 80% wymagań. Dokonanie takiej zmiany w treści oferty wykracza poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Pominięcie w ofercie 49 pozycji nie ma charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż w sposób zasadniczy zmieniałoby zakres oferowanego przez Odwołującego produktu. Nie ma znaczenia przy tym fakt, iż poprawienia powyższej omyłki może nastąpić poprzez proste skreślenie słowa „nie spełnia”, na co wskazywał Odwołujący. W świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba ocenia istotność dokonanej zmiany, nie zaś sposób jej dokonania.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego o omyłkowym niewypełnieniu 49 wymaganych w Załączniku nr 3. Podczas rozprawy, sam Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił z czego wynikała owa omyłka, czym kierował się Odwołujący przy wypełnieniu Załącznika nr 3. Nie wskazał na żadne niejasności interpretacyjne treści Załącznika nr 3, które mogłyby stanowić uzasadnienie dla działania Odwołującego. W ocenie Izby, z techniczną omyłką w wypełnieniu treści Załącznika nr 3 moglibyśmy mieć do czynienia w przypadku pominięcia jednej czy dwóch rubryk, a taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego, że złożenie ogólnego oświadczenia w pkt 1

formularza ofertowego o zgodności oferowanego produktu w wymaganiach określonych w treści SIWZ oraz WZTT [*Wstępne Założenia Taktyczno-Techniczne – przyp. red.*] wskazuje w sposób jednoznaczny na fakt, że Odwołujący oferuje produkt odpowiadający wymaganiom Zamawiającego. W ocenie Izby, wskazane oświadczenie woli ma bowiem charakter ogólny i nie może sanować istotnych niezgodności oferty z treścią SIWZ. Oświadczenie takie stanowi niewątpliwie potwierdzenie zaistniałej sprzeczności i niejednoznaczności oferty wykonawcy i daje podstawę Zamawiającemu do dokonania analizy i ustalenia przyczyn owych sprzeczności i niejednoznaczności czyli podjęcia czynności określonych w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jako samoistna argumentacja o złożeniu oświadczenia o zgodności oferty z treścią SIWZ potwierdzającym spełnienie wszystkich jej wymogów nie może się ostać. (...)

Podkreślić należy również, że zgodność treści oferty z treścią specyfikacji nie jest okolicznością, którą można domniemywać lub zakładać na podstawie ogólnego oświadczenia wykonawcy, wówczas gdy wymagane jest w treści SIWZ potwierdzenie szczegółowych wymagań technicznych.

Art. 89 ust. 1 pkt 1

104. Sygn. akt: KIO 453/14, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2014 r.

Zgodzić należy się za stronami postępowania odwoławczego, że w przedmiotowej sprawie osiłą sporu było zagadnienie natury prawnej. Wbrew jednak argumentacji Odwołującego nie sprowadza się ono do oceny możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP w okolicznościach ustalonego przez Izbę i niespornego między stronami stanu faktycznego, a do analizy podstaw odrzucenia oferty Odwołującego. Wobec tak postawionego problemu skład orzekający doszedł do przekonania, że powodem wskazanego powyżej rozstrzygnięcia Zamawiającego była niezgodność oferty Odwołującego z ustawą (przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP), nie zaś niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, którą to można konwalidować w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP (argument z art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP). Niezgodności z ustawą (przy czym, rzecz jasna, ustawodawca miał tu na myśli regulację Ustawy PZP, w takim bowiem znaczeniu operuje pojęciem „ustawy” w przepisach powołanego aktu normatywnego), o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP Zamawiający słusznie upatrywał w naruszeniu przez Odwołującego przepisu art. 101 ust. 3 Ustawy PZP, zgodnie z którym oferta składana w wyniku zaproszenia przez wykonawcę, z którym zawarto umowę ramową nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, co zresztą zostało zawarte w treści pisma Zamawiającego z dnia 27 lutego 2014 r. stanowiącego informację o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego.

Z ofertą niezgodną z Ustawą PZP – jak słusznie wskazuje doktryna prawa zamówień publicznych – mamy do czynienia przede wszystkim wówczas, gdy narusza ona przepisy Ustawy PZP adresowane do wykonawców, nie zaś do zamawiających (...). Przepisem takim jest właśnie art. 101 ust. 3 Ustawy PZP, którego adresatem jest wykonawca, bowiem – co nie może ulegać wątpliwości – to on składa ofertę w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego. Natomiast skoro omawiana regulacja ogólnie wskazuje, że tzw. oferta cząstkowa nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, to – *lege non distinguente* – relację owej „korzystności” należy badać w odniesieniu do wszystkich aspektów obu ofert złożonych przez danego wykonawcę (ceny, okresu

gwarancji, rozwiązań technicznych itp.), tym bardziej jeżeli dotyczy ona przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym Izba zwróciła uwagę, że w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej jednym z kryteriów oceny ofert była „[...]stawka dzienna (usługi naprawczej) pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu[...]”, której Zamawiający przypisał wagę 60% (SIWZ w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej, Rozdział II, pkt 6.3, str. 9). Tym bardziej zatem w postępowaniu o udzielenie zamówienia częściowego należało badać relację „korzystności” ofert, skoro dotyczyła ona jednego z kryteriów, na podstawie których Zamawiający wybierał wykonawców, z którymi następnie zawarł umowy ramowe. Z tego też powodu, w ocenie Izby, Zamawiający zawarł w treści Formularza OF.1 pouczenie dotyczące stawki dziennej pracy wykwalifikowanego pracownika serwisu (Sd), która to, tu cytat: „[...]nie może być gorsza niż zaoferowana w ofercie złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej[...]” (Formularz OF.1, na którym Odwołujący złożył ofertę na realizację zamówienia częściowego, str. 7 oferty Odwołującego).

Powyższej konkluzji w żaden sposób nie zmienia fakt, że Zamawiający w treści pisma z dnia 27 lutego 2014 r. wskazał również, jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, na którego to naruszeniu Odwołujący *nota bene* zbudował całą argumentację zawartą w odwołaniu. Zamawiający odniósł powyższą podstawę odrzucenia do wspomnianego powyżej pouczenia zawartego w treści Formularza OF.1. Zdaniem Izby, nawet gdyby jednak wspomniany Formularz OF.1 nie zawierał takiego pouczenia, to nie wyłączałoby to konieczności zastosowania w trakcie procesu oceny ofert przepisu art. 101 ust. 3 Ustawy PZP, mającego charakter normy bezwzględnie obowiązującej (*ius cogens*), podobnie jak art. 89 ust. 1 pkt 1 Ustawy PZP. Co równie istotne, drugi z przytoczonych w poprzednim zdaniu przepisów nie doznaje wyjątków, w przeciwieństwie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, na co wskazuje użyte tam określenie „z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP”. Ze wskazanych przyczyn powoływanie się przez Odwołującego na szczególne (wyjątkowe) okoliczności stanu faktycznego (str. 5 i 6 niniejszego uzasadnienia), odosłone wszak do możliwości poprawienia tzw. innej omyłki w treści jego oferty, nie zaś do jej niezgodności z Ustawą PZP (specyficzna konstrukcja Formularza OF.0, znaczny upływ czasu pomiędzy wyjaśnieniem treści tego formularza przez Zamawiającego i zawarciem z Odwołującym umowy ramowej, a złożeniem oferty częściowej, które łącznie doprowadziły do „zatarcia w pamięci Odwołującego” okoliczności mających istotny wpływ na ocenę ww. oferty) jest chybione. Szczególną okolicznością, o której powinien pamiętać Odwołujący jest bowiem – zdaniem składu orzekającego – fakt, że Postępowanie prowadzone było w następstwie zawarcia umowy ramowej, której celem – zgodnie z definicją legalną z art. 2 pkt 9a Ustawy PZP – jest ustalenie warunków udzielania zamówień publicznych, których następcza realizacja prowadzi do osiągnięcia określonego zamierzenia inwestycyjnego. Zagadnienia dotyczące umowy ramowej zostały umieszczone w osobnej części Ustawy PZP (Dział III „Przepisy szczególne”, Rozdział 1 „Umowy ramowe”, art. 99-101 Ustawy PZP) i każdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej winien wykazywać się ich znajomością. Wiedza o obowiązujących przepisach prawa jest bowiem jednym z mierników kwalifikowanej postaci staranności, której od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, jakim bez wątpienia jest Odwołujący, nie tylko można oczekiwać, ale wręcz należy wymagać.

Brak jest również podstaw do przyznania – jak to wywodził Odwołujący na rozprawie – pierwszeństwa przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3 nad art. 101 ust. 3 Usta-

wy PZP. Podkreślić bowiem należy, że ww. regulacje dotyczą – jak wspomniano – odmiennych aspektów oceny ofert. Pierwszy z nich odnosi się do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, drugi natomiast – zgodności z Ustawą PZP, wobec czego ich klasyfikowanie – zgodnie z intencją Odwołującego – jest zabiegiem niewłaściwym. Na marginesie można stwierdzić, że nawet gdyby jednak dopuścić taką możliwość, to – zdaniem Izby – należy w pierwszej kolejności zbadać ofertę pod kątem zgodności z przepisami powszechnie obowiązującego aktu normatywnego, jakim jest Ustawa PZP, a dopiero następnie z treścią specyfikacji, której sporządzenie znajduje swoje umocowanie w przepisach aktu prawnego, z którym oferta musi być zgodna. Nie sposób bowiem przyjąć, że postanowienia dokumentu sporządzanego na podstawie przepisów aktu normatywnego mają pierwszeństwo przed jego regulacjami.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

105. Sygn. akt: KIO 376/14, Wyrok KIO z dnia 13 marca 2014 r.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę jeżeli treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba, że ofertę można poprawić, gdyż nie odpowiadanie treści oferty treści SIWZ, jest inną omyłką polegającą na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż, jak stwierdził odwołujący, w załączniku nr 5P oświadczył, iż zamierza wykonać zamówienie bez udziału podwykonawców, a jednocześnie korzystał za zasobów podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaś uważał, że korzystając z takiego zasobu podmiotu trzeciego odwołują na podstawie niniejszej SIWZ zobowiązany jest do wskazania podwykonawcy, gdyż nie można uznać za realne skorzystania z zasobu wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego uczestnictwa w realizacji części zamówienia w formie podwykonawstwa. Izba uznała, że wskazana przez zamawiającego podstawa odrzucenia została zastosowana w sposób nieprawidłowy. Zamawiający nie wykluczył możliwości osobistego wykonania zamówienia. W ofercie odwołujący wyraźnie wskazał, że wykona zamówienie samodzielnie i zamawiający tego oświadczenia nie kwestionował. Co więcej ze zobowiązania podmiotu trzeciego w ocenie zamawiającego wynikało również, że podmiot trzeci nie będzie realizował części zamówienia publicznego jako podwykonawca. (...)

Gdyby zamawiający miał wątpliwość co do treści zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. czy jest to zobowiązanie do podwykonawstwa i czy związku z tym zachodzi sprzeczność wewnętrzna oferty pomiędzy zobowiązaniem podmiotu trzeciego, a oświadczeniem wykonawcy w załączniku nr 5P, to mógł tę wątpliwość wyjaśniać w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, ale jak wynika ze stanowiska zamawiającego, zamawiający takiej wątpliwości nie miał. Natomiast zamawiający zakwalifikował fakt braku uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Izby taka kwalifikacja jest nieprawidłowa. Jak już wskazano zamawiający dopuścił możliwość samodzielnego wykonania zamówienia, a skoro tak, to deklaracji wykonawcy zawartej w załączniku nr 5P, że jego podwykonawstwo nie dotyczy, nie można uznać za sprzeczną z treścią SIWZ. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do zastosowania wobec oferty odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

106. Sygn. akt: KIO 575/14, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2014 r.

Zgodnie z ustaleniami Izby, których nie kwestionował także w toku rozprawy Odwołujący, Zamawiający przyjął jako wiążące w niniejszym postępowaniu rozliczenie kosztorysowe z wykonawcami za realizację przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie kosztorysowe zgodnie z art. 629 KC oznacza, że jest to wynagrodzenie ustalane na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. Z tych też względów istotne dla rozliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, które – jak wskazał Zamawiający – miało być rozliczane obmiarowo, są elementy kalkulacyjne dla przyszłych przewidywanych kosztów określonych prac według planowanego przez Zamawiającego zakresu prac. Skoro Zamawiający przyjął określonego rodzaju prace konieczne do wykonania w ramach niniejszego zamówienia i określił je w ramach dokumentacji projektowej, a wykonawca miał je wycenić, rozliczenie obmiarowe następować będzie w oparciu o tę wycenę. W ramach tej wyceny wykonawcy mieli obowiązek ująć wszystkie związane z poszczególnymi jednostkowymi pracami koszty wyspecyfikowane przez Zamawiającego.

Zamawiający jednak w tym postępowaniu żądał również określenia przez wykonawców, niezależnie od wyceny poszczególnych cen jednostkowych, w ramach poszczególnych kosztorysów według określonych przez Zamawiającego formularzy przedmiarowych (załącznik nr 1A, 1B i 1C), wskazania odrębnie dla każdego z nich: narzutów, kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego oraz stawki roboczogodziny. Powyższych elementów dla jednego z kosztorysów (dla branży elektrycznej) Odwołujący nie określił w treści swojej oferty. Powyższe – zdaniem Izby – wskazuje wprost na niezgodność merytoryczną oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Wymogi w tym zakresie były jasne i w sposób precyzyjny określone przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący zresztą nie kwestionował jako takiego wymogu SIWZ – konieczności wskazania w ofercie narzutów: kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego oraz stawki roboczogodziny. Odwołujący wywodził tylko, że wskazany wymóg ma jedynie walor informacyjny dla Zamawiającego i nie stanowi treści oferty, a w związku z tym nie spełnienie tego wymogu nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Izba nie mogła zgodzić się z takim twierdzeniem Odwołującego. Wskazany wymóg, określenia w ofercie wykonawcy odrębnie dla każdego z kosztorysów ofertowych sporządzonych w oparciu o przedmiary przygotowane przez Zamawiającego, elementów kalkulacyjnych (narzutów: kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego oraz stawki roboczogodziny), biorąc pod uwagę charakter kosztorysowego wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, jak również szczególne postanowienia SIWZ w tym zakresie przewidziane przez Zamawiającego, ma niewątpliwie charakter merytoryczny. Zamawiający w postanowieniach umownych przewidział bowiem taką sytuację, w której będzie dokonywał rozliczenia wykonanych prac (które wedle projektu są niezbędne do wykonania robót budowlanych, natomiast w samym przedmiarze zostały pominięte) w oparciu o składniki cenotwórcze do kosztorysowania nie większe jak przyjęte przy opracowaniu oferty wybranego wykonawcy. Te elementy cenotwórcze zatem powinny być określone przez wykonawcę w treści oferty (odrębnie dla każdego z kosztorysów) tak, aby w razie potrzeby wykonywania robót, które są objęte zamówieniem (zostały ujęte w projekcie budowlanym), a nie zostały przez wykonawców wycenione w kosztorysie z racji pominięcia tych prac przez Zamawiającego w przedmiarze, Zamawiający mógł dokonać właściwego rozliczenia obmiarowego z wykonawcą. Przy braku tych elementów kalkulacyjnych w ofercie Odwołującego w sytuacji konieczności wykonania robót elektrycznych określonych w projekcie, a nie ujętych w przedmiarze wykonawca, byłby w dogodnej dla siebie

pozycji i mógłby w sposób dowolny ustalać poziom wynagrodzenia za wykonanie takich robót dopiero na etapie realizacji umowy.

107. Sygn. akt: KIO 754/14, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada SIWZ. Utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Oczywiście jest, że kosztorys, co do zasady, określa elementy i prace, które zostaną wykonane w ramach robót budowlanych. Jednak znaczenie kosztorysu nie jest jednakowe we wszystkich okolicznościach – zależy od ukształtowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ, projektu umowy, a w szczególności – od charakteru wynagrodzenia (czy jest to wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe).

W niniejszym zamówieniu wynagrodzenie określone jako ryczałtowe (art. 632 Kodeksu cywilnego). Brak w SIWZ i projekcie umowy jakichkolwiek postanowień, które przypisywałyby kosztorysowi załączonemu do oferty jakiegokolwiek znaczenie. Jest to konieczne przy wynagrodzeniu ryczałtowym, ponieważ – odmiennie niż przy wynagrodzeniu kosztorysowym - brak jakiegokolwiek „naturalnego” powiązania pomiędzy kosztorysem a wynagrodzeniem czy sposobem realizacji umowy. Kosztorys w takim przypadku (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) nie określa treści świadczenia – zakres robót budowlanych określony jest w dokumentacji projektowej (nawet Zamawiający w § 7 ust. 3 projektu umowy wskazuje, że „wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające wprost z dokumentacji projektowej, a jak również nieujęte, bez których nie można wykonać realizacji zamówienia”); przedmiar załączony do SIWZ miał charakter jedynie pomocniczy, co wyraźnie w SIWZ zaznaczono. Już sam ten fakt uniemożliwiałby porównanie Zamawiającemu złożonych w postępowaniu kosztorysów z zachowaniem równego traktowania wykonawców. Postanowienia umowne w żaden sposób nie odwołują się do kosztorysu ofertowego – rozliczenia (fakturowanie) będzie następować na podstawie protokołów odbioru sporządzonych zgodnie z harmonogramem. Co prawda mowa w postanowieniach umownych o robotach zamiennych i zaniechanych, jednak w ich kontekście również nie przywoływano kosztorysu ofertowego. W konsekwencji trzeba przyjąć, że kosztorys załączony do oferty w tymże postępowaniu miał charakter jedynie informacyjny, i jako taki nie mógł być podstawą odrzucenia oferty.

Reasumując, nie da się z postanowień SIWZ i projektu umowy wywieść, że kosztorys załączony do oferty miał jakiegokolwiek znaczenie przekładające się na zakres przyszłego zobowiązania, które powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. Tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak załączenia do jego oferty kosztorysu szczegółowego z tabelą elementów skalonych.

108. Sygn. akt: KIO 734/14, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 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/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są umieszczane 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, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ewentualnie uzupełnienia lub wyjaśnienia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp (w tym próbki), potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4).

Odnosząc powyższe do rozpatrywanej sprawy oraz rozpatrywanych w jej ramach zarzutów, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty (...) z SIWZ ze względu na brak załączenia do oferty cennika części, stwierdzić należy, iż w tym przypadku w treści SIWZ nie było takiego wymagania, z tego względu nie może być mowy o niezgodności z treścią specyfikacji. W całej treści tego dokumentu brak wskazania, jakoby cennik tego typu miał stanowić część oferty, według cytowanego pkt XII SIWZ ma być jedynie załącznikiem do umowy – wymaganie załączenia ww. dokumentu do oferty stanowi interpretację własną Odwoływającego. Ponadto serwis pozagwarancyjny, którego dotyczy rzeczony cennik części wcale nie jest częścią przedmiotu zamówienia. Tym samym brak w tym przypadku jakiegokolwiek postaci niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

109. Sygn. akt: KIO 992/14, KIO 1000/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.

Zamawiający nie może domyślać się niewyrażonej wprost treści oferty, a braku w opisie przygotowanym przez Wykonawcę obciążają ryzykiem negatywnej oceny oferty, co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Wyjaśnienia, o jakich przeprowadzenia Odwoływający (...) domagał się od Zamawiającego, nie mogły prowadzić do uzupełnienia treści oferty, a w tym przypadku polegałoby to na wskazaniu dodatkowego urządzenia, które występuje oddzielnie od notebooka i pod innym oznaczeniem. Podobnie Izba oceniała brak w opisie Propozycji Wykonawcy zaofiarowania oprogramowania do tworzenia backup-ów (automatycznych i na żądanie). Wykonawca również tego elementu oferty nie opisał, w taki sposób, aby możliwe

było ustalenie spełnienia wymagania minimalnego.

110. Sygn. akt: V Ca 1981/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 23 października 2012 r.

Sąd odwoławczy podziela natomiast zarzuty skarżącego, że wobec brzmienia SIWZ, w których zamawiający dopuścił możliwość zastosowania oprogramowania starej i nowej generacji, nie ma podstaw prawnych do odrzucenia oferty spółki (...) jako niezgodnej z SIWZ. Rację ma skarżący, iż wykonanie wyroku KIO skutkować może odwołaniem uczestnika na niezgodną z prawem czynność zamawiającego. Trafnie także podniósł, iż pozostałyby jeszcze inne oferty oferujące oprogramowanie starego typu, których odrzucenia nie nakazała Izba, co powodowałoby nierówne traktowanie wykonawców. Przypomnieć tu należy art. 7 ust. 1 PZP, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie sądu odwoławczego nie można podzielić stanowiska KIO, że wprowadzenie na rynek nowego programu powoduje automatycznie wycofanie z rynku poprzednich programów komputerowych. Do wniosku takiego nie uprawnia także treść aktualnego cennika, w którym podano jedynie cenę za najnowsze oprogramowanie Microsoftu. Takie działanie spółki Microsoft jest zgodne z przyjętą strategią reklamową, lansowany jest nowy produkt i tylko on jest wymieniany w cennikach, co nie oznacza, że starsze wersje oprogramowania są niedostępne. Należy nadto podkreślić, iż zwykle nowsze wersje programów wymagają sprzętu o lepszych parametrach technicznych, stąd też dla użytkowników sprzętu starszej generacji dostępne jest zwykle starsze oprogramowanie. W przypadku przeprowadzonego przez zamawiającego przetargu zarówno w SIWZ, jak i w odpowiedzi na zapytanie z dnia 8 maja 2012 roku podkreślano, iż zaofertowane oprogramowanie musi być kompatybilne z zainstalowanym już u zamawiającego oprogramowaniem, a dopuszczenie przedstawienia nowego oprogramowanie ograniczono warunkiem, że zaofertowana licencja umożliwi korzystanie z wersji oprogramowania określonej przez zamawiającego w Tabeli B poz. 12. Ustalenia takie były możliwe na podstawie dowodów zgromadzonych w postępowaniu przed KIO, zaś załączone do skargi dokumenty i dowody przeprowadzone na rozprawie przed sądem odwoławczym w dniu 23 października 2012 roku jedynie potwierdziły powyższe wnioski. Ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wynika jednoznacznie, iż oferta złożona przez spółkę (...) była prawidłowa i nie było podstaw do uznania, iż niemożliwe jest dostarczenie oprogramowania starszego typu.

111. Sygn. akt: II Ca 680/12, Wyrok SO w Kaliszu z dnia 21 lutego 2013 r.

Z niespornych między stronami okoliczności sprawy wynika, że wykonawca Firma Budowlana (...) spółka jawna (...) wraz z ofertą złożył kosztorysy ofertowe sporządzone zgodnie z edytowalnym wzorem w formacie pliku ath dla programu przeznaczonego do kosztorysowania „Norma” przedstawionym przez zamawiającego jako załącznik do SIWZ, pobranym ze strony internetowej zamawiającego. Tymczasem dla niektórych branż zamawiający wymagał złożenia pełnych kosztorysów przedmiarowych wg wzorów zamieszczonych na jego stronie internetowej. Ponadto na pytanie 3 z dnia 17 października 2012 r. o treści: „Do oferty należy załączyć kosztorysy przedmiarowe ofertowe, czy w związku z tym, że zamieszczone przez Państwo kosztorysy zgodnie z SIWZ są kosztorysami pomocniczymi Oferent ma prawo zmienić w nich przedmiar lub dopisać pozycję?” zamawiający udzielił odpowiedzi: „Oferent nie ma prawa zmieniać przedmiaru i dopisywać pozycji.” Przedkładając kosztorysy uproszczone wykonawca nie dopisywał żadnych dodatkowych pozycji, lecz przed-

stawił je właśnie w formule uproszczonej, nie wyodrębniając dla poszczególnych pozycji czynników cenotwórczych takich jak robocizna, materiały i sprzęt. W toku postępowania o zamówienie skarżący nie zanegował ceny zaoferowanej przez wykonawcę i w rzeczywistości neguje nie treść oferty i jej zawartość lecz formę kosztorysu ofertowego odmienną od przedmiarowego.

Przyczyny odrzucenia oferty zostały enumeratywnie wymienione w przepisie art. 89 pzp. Sposób sformułowania treści tego przepisu nie pozostawia miejsca na żadną dowolność ani też nie wzbudza żadnych wątpliwości. Nie można odrzucić oferty z przyczyn innych, niż wymienione w tym przepisie (por. Wyrok SO w Warszawie z 3.09.2004 r., V Ca 1738/04.). Zważyć należy, że skoro zgodnie z dyspozycją art. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp podstawą odrzucenia oferty jest niezgodność jej treści z treścią SIWZ, to *a contrario* za sprzeczne z ustawą należy uznać odrzucenie oferty z powodu niespełnienia ustalonych przez zamawiającego wymogów dotyczących jej formy.

Skoro zamawiający zarzucił ofercie odwołującego tylko uchybienia formalne, należy uznać, iż jej treść zgodna jest z SIWZ. Za niezgodność z treścią SIWZ nie może być bowiem uznane prezentowanie treści w ofercie w sposób inny niż oczekiwany przez zamawiającego, jeżeli są to wyłącznie różnice w formie oferty w stosunku do oczekiwań zamawiającego. Uznać zatem należy, że jeżeli cena za przedmiot zamówienia ma być ceną ryczałtową, a zamawiający w specyfikacji wyraźnie domagał się dołączenia do oferty także kosztorysu ofertowego, to jedynie w tej sytuacji złożenie oferty z pominięciem kosztorysu powoduje, iż nie odpowiada ona treści specyfikacji, nie zaś gdy złożony kosztorys nie odpowiada oczekiwanej formie. Gdyby nawet przedstawiona uproszczona forma kosztorysu wpływała na niejasność złożonej oferty w zakresie użytych sformułowań dotyczących zastosowanych do kalkulacji ceny materiałów lub robocizny, to po pierwsze nie mają one wpływu na treść zawartej umowy, albowiem przedmiotem oferty wykonawcy w tym postępowaniu jest jedynie element umowy odnoszący się do zryczałtowanej ceny, zaś pozostałe wiążące strony warunki wynikają ze sporządzonej dokumentacji projektowej i technicznej, po drugie zaś odrzucając ofertę z powodu braków w zakresie zastosowanej formy, zamawiający winien zażądać wyjaśnienia wątpliwości co treści oferty w trybie art. 87 pzp.

Zważyć należy, że ewentualna kontrola zamawiającego co do jakości i ilości wykonanych robót budowlanych podlega przepisom prawa cywilnego art. 647-658 dotyczących umowy o roboty budowlane oraz przepisom prawa budowlanego i przepisów wykonawczych dotyczących warunków technicznych wykonywanych robót budowlanych. W przypadku zatem wyboru oferty na podstawie ceny stanowiącej umówione z góry zryczałtowane wynagrodzenie, żądanie kosztorysu ofertowego służy wyłącznie do zbadania realności oferowanej ceny. Inaczej, gdy wynagrodzenie jest kosztorysowe (art. 629 k.c.) określane na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów i z tego względu, aż do czasu wykonania całości umówionych robót, nie ma charakteru ostatecznego.

112. Sygn. akt: VII Ca 986/12, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 27 lutego 2013 r.

Dołączony do oferty z 28 września 2012 r. (...) spółki (...) kosztorys ofertowy szczegółowy niewątpliwie zawierał braki w zakresie ilości i jednostek miar wskazanych do wykonania. Wykonawca, wezwany do usunięcia tych braków, uczynił to przez dołączenie do swego pisma z 8 października 2012 r. uzupełnionego kosztorysu szczegółowego. Jednakże ta czynności na etapie badania ofert po ich otwarciu była spóźniona. Ustawa bowiem uznaje za niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty i dokonywanie

w niej jakiegokolwiek zmiany, z wyjątkiem omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny (art. 87 ust. 1 i 2 p.z.p.). Powołany przepis reguluje kwestie wyjaśnień treści złożonych ofert, których zamawiający może żądać od wykonawców w toku ich badania i oceny. Wątpliwości zamawiającego muszą powstać „w toku badania i oceny ofert”, nie wcześniej i nie później. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. nie mogą polegać na usunięciu istotnych braków kosztorysu szczegółowego, aby dostosować go do przedmiotu robót, a tak właśnie uczyniła skarżąca spółka. W związku z tym Zamawiający słusznie odrzucił ofertę spółki (...). W tym zakresie Sąd Okręgowy aprobuje wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO, więc nie ma potrzeby ich tu powtarzać.

Art. 89 ust. 1 pkt 3

113. Sygn. akt: KIO 309/14, Wyrok KIO z dnia 3 marca 2014 r.

Postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia nieuczciwej konkurencji i odsyła do przepisów odrębnych. Z kolei art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okoliczności przywołane w art. 3 ust. 2 oraz art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji nie wymieniają wprost zmowy przetargowej. Nie ulega jednak wątpliwości, iż zмова przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji między wykonawcami ubiegającymi się o uzyskanie zamówienia publicznego, dlatego stwierdzenie symptomów mogących dawać podstawy do przypisania wykonawcom uzgodnionych nielegalnych działań w tym zakresie obliguje zamawiającego do wyeliminowania tego rodzaju ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. wykonawców, którzy takimi metodami dążą do pozyskania zamówień publicznych na swoją rzecz. Przy czym zмова przetargowa stanowi czyn wprost zakazany w ustawie i utrudnia dostęp do rynku, przez co narusza interesy innych przedsiębiorców, którzy składając oferty mają prawo oczekiwać, iż uczestniczą w przetargu na zasadach wolnej i uczciwej konkurencji. Przepis art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.), zakazuje porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. W myśl tego przepisu zakazane są więc porozumienia polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców warunków składanych ofert. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 5 uokik pod pojęciem „porozumienia” należy rozumieć nie tylko umowy zawierane między przedsiębiorcami, ale wszelkie uzgodnienia w tym zakresie dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców. Zawarcie powyższego porozumienia, co do uzgadniania przez przedsiębiorców warunków składanych ofert, wyczerpuje pojęcie zmowy przetargowej, jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. czynu wprost sprzecznego z prawem - art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego

2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Bez wątpliwości czyn taki zagraża i narusza interesy wszystkich innych przedsiębiorców uczciwie ubiegających się o zamówienie. Oczywiście jest, że przedsiębiorcy dopuszczający się zmywy przetargowej mając pełną świadomość nielegalności takich działań, czynią to w sposób dyskrecjonalny, z reguły nie tworząc żadnych pisemnych dokumentów, które w razie ich ujawnienia mogłyby świadczyć przeciwko ich twórcom. Porozumienia o charakterze zmywy przetargowej zazwyczaj są zwierane przez zaufany krąg osób utrzymujących kontakty biznesowe, a nierzadko i kontakty towarzyskie. Dlatego też wykrycie zmywy przetargowej w oparciu o reguły dowodowe określone w art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, oparte o dowody w postaci dokumentów, zeznań świadków, przesłuchania stron, byłoby najczęściej niemożliwe. Z powyższych względów istnienie zmywy przetargowej należy oceniać przez pryzmat szerszego spojrzenia, uwzględniając całość towarzyszących okoliczności, a przede wszystkim wynikających z nich skutków. A więc, już w przypadku stwierdzenia pewnych zdarzeń, sytuacji faktycznych w wysokim stopniu uprawdopodobniających zmywę przetargową, zamawiający winien odrzucić ofertę z postępowania. Ustawa prawo zamówień publicznych chroni istnienie mechanizmu niezakłóconej konkurencji, jako optymalnego sposobu udzielania zamówień, zatem każde działanie wymierzone w ten mechanizm godzi w interes publiczny w celu realizacji, którego zamówienie jest udzielane.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że za wystarczające można było przyjąć ustalenia pośrednie – w oparciu o zachowania rynkowe przedsiębiorców: odwołującego X Sp. z o.o. oraz wykonawcy Y Sp. z o.o., które pozwalały na wnioski, że doszło do porozumienia między obydwojma wykonawcami uczestniczącymi w tym samym przetargu, którego przedmiotem było „ustąpienie miejsca” przez wykonawcę, który złożył ofertę z niższą ceną – wykonawcy, który zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wyższą - aby doprowadzić do wyboru droższej oferty. Brak rutynowych dokumentów w obu złożonych ofertach potwierdza, że wykonawcy liczyli się z takim rozwojem sytuacji, gdzie w zależności od ilości złożonych ofert i ich cen, przy jedynym kryterium cenowym oceny ofert, wykorzystując odpowiednio instytucję uzupełniania dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mogliby doprowadzić do konieczności wyboru przez zamawiającego oferty droższej o 226 109,52 zł brutto. Z zasad logicznego rozumowania wynika, że zaistniałe okoliczności nie były zbiegiem przypadku, lecz stanowiły wyraz przemyślanych działań i zamierzeń podmiotów uczestniczących w zmowie przetargowej. W nasilonej konkurencji rynkowej o zamówienia, w tym w szczególności w segmencie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, żaden z wykonawców mając świadomość, że złożył ofertę najkorzystniejszą według jedynego kryterium najniższej ceny – nie zrezygnowałby z uzupełnienia na wezwanie zamawiającego standardowych dokumentów - zaświadczenia z ZUS, czy z urzędu skarbowego o nie zaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, jak też o niezaleganiu z opłacaniem podatków. Tym bardziej, że według dowodów przedstawionych przez zamawiającego – informacji z Urzędu Skarbowego w S. otrzymanej pismem z dnia 24.01.2014 roku (znak: (...)) wynika, że firma Y Sp. z o.o. otrzymała z Urzędu Skarbowego aktualne zaświadczenia w dacie składania ofert. Wykonawca Y Sp. z o.o. był więc w posiadaniu aktualnych zaświadczeń, wystawionych nie później niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, o które wystąpił w listopadzie 2013 r. Uzupełnienie oferty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o ewidentnie przeterminowane zaświadczenia z kwietnia 2013 r. Izba mogła jedynie zakwalifikować, jako uchylenie się tego wykonawcy od sankcji utraty wadium z powodu nie uzupełnieniażądanego

dokumentu, a także, aby nie ujawniać faktu posiadania aktualnych zaświadczeń na datę złożenia oferty. Działania takie otwierały natomiast odwołującemu drogę do uzyskania przedmiotowego zamówienia za wyższą cenę. Faktem jest, że zazwyczaj jeden podmiot nie może ponosić odpowiedzialności za działania innego odrębnego podmiotu samodzielnie uczestniczącego w postępowaniu przetargowym. Jednakże należało w tych okolicznościach zauważyć korzyść, jaką zdolny był uzyskać odwołujący po wyeliminowaniu się z przetargu przez wykonawcę Y Sp. z o.o. Nie są to normalnie spotykane zachowania wykonawcy - czynienia takich gestów, aby zamówienie mógł uzyskać inny oferent - teoretycznie tylko będący konkurentem. Przy tym nie można było pominąć, iż cena oferty Y Sp. z o.o. była zbliżona do kwoty, na jaką zamawiający oszacował zamówienie i zamierzał przeznaczyć na jego realizację. Nawet gdy zamawiający odstąpił od zarzutu, że obydwie podmioty, tj. odwołujący oraz Y przynależały do tej samej grupy kapitałowej, to niewątpliwie łączyła je osoba p. Marcina S. Oferta odwołującego została podpisana przez Dyrektora ds. Strategii i Rozwoju Marcina S. na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Prezesa Zarządu firmy X Sp. z o. o. Jacka S. (...)

W każdym razie zachodziły kontakty osobowe poprzez p. Marcina S., co utwierdziło Izbę w przekonaniu, że doszło do zmowy przetargowej. Żaden z racjonalnie działających wykonawców w warunkach uczciwej konkurencji, nie dopuszcza do sporządzenia oferty, a w szczególności ujawnienia jej ceny osobie, która ze względu na swoje inne zatrudnienia miałaby możliwość wykorzystania tych danych na rzecz konkurencji, a więc przez odwołującego, gdzie p. Marcin S. jest zatrudniony jako Dyrektor ds. Strategii i Rozwoju. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana przepisami Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu przed sądem, jednakże może posługiwać się konstrukcjami prawnymi tam zawartymi, w szczególności, gdy przepisy ustawy Pzp, jak i aktów wykonawczych do tej ustawy, nie zawierają regulacji odrębnych. Wniosek o zawiązaniu zmowy przetargowej, Izba wyprowadziła posługując się domniemaniem faktycznym na wzór art. 231 K.p.c. Według tego przepisu sąd może uznać za ustalone fakty mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, jeżeli wniosek taki można wywieść z innych ustalonych faktów. (...)

Analiza tych działań dała podstawę do ustalenia, że w postępowaniu nastąpiła tzw. „zmowa przetargowa” w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U Nr 50 poz. 331), zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegającym m.in. na uzgodnieniu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert. Takie stanowisko potwierdza Wyrok KIO z dnia 31.05.2010 r. (KIO/UZP867/10), stanowiący, że przykładem „zmowy przetargowej” może być celowe działanie wykonawcy polegające na zaniechaniu uzupełnienia niezłożonych wraz z ofertą dokumentów tak, aby doprowadzić do wyboru oferty wykonawcy proponującemu wyższą cenę i pozostającym z wykonawcą w zмовie. Celem zmowy jest wykonanie zamówienia przez konkretnego wykonawcę - podobnie wyrok KIO z dnia 14.09.2010 r. (KIO/UZP/1874/10), wyrok KIO z dnia 20.06.2013 r. (KIO/UZP/1353/13). W przypadku stwierdzenia pewnych zdarzeń, sytuacji faktycznych zamawiający winien odrzucić ofertę lub wykluczyć oferenta z postępowania - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18.08.2011 r. (Sygn. akt XXIII Ga380/11).

114. Sygn. akt: KIO 654/14, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zawiązania porozumienia pomiędzy za-

mawiającym i przystępującym polegającego na uzgodnieniu warunków oferty przystępującego, tj. zarzutu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Izba uznała ten zarzut za bezpodstawny. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U z 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei w myśl art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zmianami) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Podstawą dla stwierdzenia, iż zamawiający i przystępujący działali wspólnie i w porozumieniu mając na celu uzyskanie możliwości wyprzedzenia na wynik postępowania wbrew założeniom ustawy, a więc w warunkach tzw. zmowy przetargowej, stanowi ocena ustalonych okoliczności faktycznych sprawy. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2013 roku sygn. akt: KIO 517/13 udowodnienie zaistnienia zmowy przetargowej, siłą rzeczy, w większości przypadków opierało się będzie na dowodach i okolicznościach wskazujących na powyższe pośrednio (posługując się terminologią prawnokarną, na tzw. poszlakach). Tym samym na podstawie nagromadzenia pewnych wykazanych faktów, które wystąpią w odpowiednich wadze i ilości, można przyjąć i wywnioskować, istnienie faktów innych – w tym przypadku zaistnienia nielegalnego porozumienia. Powstaje więc w ten sposób domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy przetargowej i naruszenia konkurencji w postępowaniu, stanowiące podstawę do orzeczenia powyższego – co zostało potwierdzone wprost w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r. (III SK 6/06). Nieuzasadnione jest więc postulowanie, aby stwierdzenie zmowy przetargowej było możliwe tylko na podstawie dowodów bezpośrednich, przeważnie możliwych do uzyskania jedynie operacyjnie przez organy śledcze państwa.

Niemniej jednak w ocenie Izby nie wykazano, nawet za pomocą dowodów pośrednich, zaistnienia zmowy pomiędzy zamawiającym i przystępującym. Nie może być w ten sposób oceniony fakt zawarcia umowy z wolnej ręki w sytuacji, gdy termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu wyznaczony został na 26 lutego 2014 roku, natomiast zamówienie z wolnej ręki zostało udzielone w dniu 3 marca 2014 roku, zatem już po złożeniu oferty przez przystępującego. Nie stanowi poszlaki także fakt, że cena ofertowa przystępującego jest znacznie niższa niż jego wynagrodzenie wynikające z zamówienia z wolnej ręki. Jak słusznie zauważył zamawiający, oferta przystępującego w niniejszym postępowaniu jest o 1,5 mln droższa od oferty odwołującego. Trudno zatem zrozumieć, na czym miałyby polegać, w jaki sposób manifestować i jaki skutek miałyby wywołać rzekome porozumienie zamawiającego z przystępującym.

115. Sygn. akt: KIO 813/14, Wyrok KIO z dnia 7 maja 2014 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje czyn nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi oby-

czajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Ustawa jednocześnie wymienia przykładowo poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji, których katalog jednak nie jest zamknięty. W art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawa określa, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. W ust. 2 tego artykułu wskazano, na czym może polegać czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, tj. w szczególności na:

- 1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy;
- 2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym;
- 3) emisji, oferowaniu oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez jednego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców pozostających w związku gospodarczym, w okolicznościach wskazanych w pkt 1 lub 2.

Są to przykłady zmywy cenowej przedsiębiorców. Jednym z rodzajów zmywy cenowej jest zmywa przetargowa, która jest porozumieniem przedsiębiorców prowadzącym do rezygnacji jej uczestników z konkurencji między sobą na rzecz współpracy przy składaniu ofert. Zwykle jest to porozumienie polegające na ustaleniu pomiędzy przedsiębiorcami wysokości cen proponowanych w przetargu lub też na podziale rynku. Zmywa przetargowa podlega penalizacji – stosownie do art. 306 kodeksu karnego, „Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia lub instytucji, na rzecz której przetarg jest dokonywany, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

W ustalonym stanie faktycznym brak jest bezpośredniego dowodu na istnienie zmywy przetargowej zawartej przez firmy: X Katarzyna R., Y Sp. z o.o. oraz odwołującego. Nie ma dowodu w postaci porozumienia, rozumianego jako dokument pisemny. Jednakże nie stanowi to przeszkody w ustaleniu, że porozumienie pomiędzy ww. wykonawcami zostało zawarte na podstawie różnych okoliczności towarzyszących udziałowi tych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i w postępowaniach wcześniejszych. Zwykle w przypadku tego rodzaju praktyk przedsiębiorcy ukrywają swoje zamiary, co jest oczywiste z uwagi na kary grażące za takie nieuczciwe działania. W niniejszej sprawie mamy do czynienia z kilkuletnią historią udziału ww. firm w przetargach organizowanych przez tego samego zamawiającego. Jak wynika z przebiegu udokumentowanych postępowań z lat ubiegłych, sposób działania ww. wykonawców i ich udziału w przetargach jest bardzo czytelny i jednoznaczny, w szczególności w świetle wielokrotnie powtarzanego w poprzednich przetargach identycznego zachowania tych wykonawców, zmierzającego zawsze do wyboru przez zamawiającego, jako oferty najkorzystniejszej, oferty możliwie najdroższej z ofert przez nich złożonych oraz dążeniu do podzielenia pomiędzy siebie poszczególnych części zamówień. Powyższe nie pozostawia wątpliwości, iż ww. wykonawcy działali w porozumieniu w przedmiotowym przetargu. Ww. wykonawcy wielokrotnie występowali w podobnych przetargach prowadzonych przez zamawiającego, składając oferty różniące się ceną w sposób charakterystyczny, tj. np. w przedmiotowym

postępowaniu w każdej z trzech części zamówienia, każda z trzech ofert jest droższa od poprzedniej o charakterystyczną, jakby stałą wartość, tj. o ok. 100 000, 00 zł. Umowy zawarte z wykonawcami wskazują w sposób niewątpliwy na więzy rodzinne istniejące pomiędzy firmą X, w której p. Katarzyna R. jest przedsiębiorcą oraz Y Sp. z o.o., w której Dyrektorem Generalnym jest mąż Katarzyny R. – p. Kazimierz R. Pomiedzy wykonawcami istnieją od lat również inne powiązania osobowe, co dowodzi bliskich związków organizacyjnych i biznesowych pomiędzy tymi przedsiębiorcami. Potwierdzeniem tych okoliczności jest to, że w tym samym czasie, te same osoby występują w umowach zawartych przez ww. wykonawców jako „przedstawiciel wykonawcy” przy realizacji umowy. W umowach zawartych z tymi wykonawcami wskazany jest również ten sam numer telefonu do kontaktu. Podzielić należy także stanowisko zamawiającego, że charakterystyczne jest również w przypadku ww. trzech wykonawców składanie w postępowaniach (również w przedmiotowym postępowaniu) uzupełnianych dokumentów w tym samym dniu (o tej samej godzinie), nieoczekiwane nieuzupełnienie dokumentów w poszczególnych ofertach tylko na niektóre części zamówienia, których złożenie zwykle nie stanowi dla tych przedsiębiorców żadnego problemu i jest bez problemu dokonywane w innych częściach zamówienia. Powyższe działania świadczą o istnieniu pomiędzy wykonawcami umowy przetargowej, polegającej na tzw. rozstawianiu ofert i wycyfywaniu (nieuzupełnieniu) ofert tańszych, po to, aby wygrała oferta możliwie najdroższa z ofert złożonych przez tych wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu, działanie polegające na nieuzupełnieniu ofert przez wykonawców X Katarzyna R. oraz Y Sp. z o.o. miało zatem istotny związek przyczynowo-skutkowy z powodami odrzucenia oferty odwołującego. Było to działanie celowe, wynikające z porozumienia (uzgodnienia) zawartego pomiędzy tymi wykonawcami, które miało na celu doprowadzenie do wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, która zawierała najwyższą cenę spośród ofert tych trzech wykonawców. W takim przypadku odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp podlegają wszystkie trzy oferty złożone przez wykonawców działających w zмовie.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

116. Sygn. akt: KIO 510/14, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako chybiony. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, jak również samej Izby, pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „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”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) [aktualnie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp łącznie z art. 90 ust. 1 uległ poważnym zmianom. Powyższe jest wynikiem nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującej zasadniczo od dnia 19.10.2014 r. W świetle tych regulacji w art. 90 ust. 1 określono otwarty, ale szerszy stosunku do dotychczasowego, katalog okoliczności, które zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy. W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że ciężar dowodowy wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Nowe brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp daje także zamawiającemu nowe wytyczne do podejścia do wyjaśniania z wykonawcą swojego podejrzenia ceny rażąco niskiej – przede wszystkim w zakresie rozbieżności procentowej (30%) pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – przyp. red.]. Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako niezasadne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu. Uwzględnienie żądania odwołującego oznaczałoby, że Izba nakazałaby automatyczne odrzucenie oferty przystępującego z powodu zaferowanej przez niego ceny bez złożenia wyjaśnień. W tej sytuacji właściwym działaniem ze strony odwołującego, który zamierzał kwestionować sposób kalkulowania ceny przez konkurenta, powinno być sformułowanie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, oraz wykazanie odmiennych przesłanek zasadności tego zarzutu, a nie domaganie się automatycznego odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

117. Sygn. akt: KIO 1049/14, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 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 wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

118. Sygn. akt: XII Ga 73/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2012 r.

Jest poza sporem, że przepisy ustawy pzp nie zawierają tzw. legalnej definicji

pojęcia rażąco niskiej ceny i w każdym konkretnym przypadku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, jeżeli zajdzie taka potrzeba, należy tę kwestię badać. Kryteria takiego badania winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach, z dnia 28 kwietnia 2008 roku, XIX Ga 128/08).

Nie można też podzielić stanowiska Skarżącego, że podanie przez wykonawcę w ofercie ceny rażąco niskiej, nawet w przypadku jednej z wielu usług wykonywanych w ramach przedmiotu zamówienia, wyczerpuje już dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy pzp. Oceniając, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej należy brać pod uwagę ceny całkowite oferty, a nie ceny jednostkowe. Nawet jeśli pewne części oferty, czy pewna usługa mogłaby być uznana za rażąco niską, to nie skutkuje to jednak koniecznością odrzucenia oferty jako oferującej cenę rażąco niską (por. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009, KIO/UZP/109/09).

Można zatem zgodzić się z zastrzeżeniami Skarżącego co do niektórych cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy (...). Jednakże całościowa wartość oferty nie może być uznana za wyczerpującą znamiona podania ceny rażąco niskiej. Zasadnie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym na rynku świadczenia usług związanych z oczyszczeniem miasta istnieją znaczne rozbieżności cen, a nadto zauważalna jest silna konkurencja i tendencja do obniżania cen. Nie można tracić z pola widzenia i tego faktu, że Zamawiający początkowo podał wartość zamówienia na kwotę 1.834.791,64 zł, a następnie zmniejszył ją przed otwarciem ofert do kwoty 1.321.050 zł, a więc o kwotę ponad 500 tys. zł. To również stanowi sygnał potwierdzający zasadność tezy o znacznych rozbieżnościach cen w tym sektorze usług. Trafnie Zamawiający wskazuje na przykład wygrania poprzedniego przetargu przez Skarżącego w sytuacji, gdy wycena Zamawiającego wynosiła kwotę 5.291.250 zł, a wygrywająca oferta Skarżącego proponowała cenę w wysokości 3.448.9000 zł. Już tylko wskazana okoliczność powoduje, że rozważanie kwestii podania ceny rażąco niskiej za wykonanie takiego przedmiotu zamówienia, jak w niniejszym sporze, musi uwzględniać tę specyfikę.

Art. 89 ust. 1 pkt 5

119. Sygn. akt: KIO 987/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.

Na wstępie Izba wskazuje, że zamawiający błędnie podał podstawę odrzucenia oferty odwołującego kwalifikując stan faktyczny do podstawy prawnej wyrażonej przepisem art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskazany przepis nakłada bowiem obowiązek na zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna omawianego przepisu odnosi się bowiem do czasu przeszłego, co oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich, jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy. Wynik tej oceny decyduje o zakwalifikowaniu bądź też nie, do dalszego etapu, tj. zaproszenia do składania oferty. Przedkładając powyższe na grunt omawianego przepisu wskazać należy, że znajduje on swoje zastosowanie właśnie do trybów dwuetapowych, gdyż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. pierwszy etap postępowania dwuetapowego zakończył się wynikiem negatywnym dla wykonawcy (został wykluczony z postępowania), a mimo to wykonawca

ten złożył ofertę. Druga z okoliczności, to sytuacja, w której wykonawca pozytywnie przeszedł pierwszy etap (nie został wykluczony), ale ze względu za ograniczoną (wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu) liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert (drugi etap) nie został zaproszony do złożenia oferty, a mimo to złożył ofertę. Taka okoliczność wymusza na zamawiającym zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie obowiązku odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert.

120. Sygn. akt: KIO 1053/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.

Tym samym też nie potwierdziły się zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Przyступującego w postępowaniu, choć zwrócenia wymaga okoliczność, iż wykazywane przez Odwołującego naruszenie w tym względzie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie mogło znaleźć zastosowania w przedmiotowej sprawie. Przywołany przepis dotyczy bowiem sytuacji odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który został wykluczony z udziału w postępowaniu albo nie został zaproszony do składania ofert i ma zastosowanie do postępowań prowadzonych w procedurze wieloetapowej (przetarg ograniczony, dialog konkurencyjny, negocjacje z ogłoszeniem, licytacja elektroniczna), w których ocena składanych przez wykonawców ofert jest poprzedzona oceną wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i dotyczy takich sytuacji, gdy, mimo iż wykonawca po ocenie złożonego wniosku został wykluczony z postępowania albo nie został zaproszony do składania ofert, to ofertę w postępowaniu złożył. W przypadku trybu jednoetapowego, w jakim aktualnie Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (przetarg nieograniczony), podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy, który zostaje wykluczony z postępowania stanowi art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W tym zakresie skutek odrzucenia oferty powstaje w mocy prawa w wyniku wykluczenia wykonawcy z postępowania i Zamawiający w tym zakresie nie musi podejmować żadnych czynności poza jedynie obowiązkiem informacyjnym o uznaniu za odrzuconą określoną ofertę, złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

121. Sygn. akt: X Ga 271/12, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 14 czerwca 2012 r.

(...) wskazać należy, iż art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2011.177. 1054) wprowadza zasadę, według której podstawą opodatkowania jest obrót. Obrotem jest kwota należna z tytułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy lub osoby trzeciej. Przepis ten nakazuje zatem, przy ustalaniu podstawy opodatkowania, brać pod uwagę, co do zasady, całość świadczenia, na które strony umowy umówiły się i zastosować jednolitą stawkę podatku. Dokonanie podziału transakcji na poszczególne składniki, a w konsekwencji zastosowanie różnych stawek podatkowych, jest dopuszczalne, jeżeli strony tak postanowiły i poszczególne roboty mogą być opodatkowane różnymi stawkami podatkowymi (vide: Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi z dnia 9 października 2009 r., sygn. akt: I SA/Łd 566/09,(...)). Wskazać należy na przytoczone w powyższym wyroku orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którym, jeżeli dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika na rzecz nabywcy są ściśle ze sobą związane w taki sposób, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałyby sztuczny charakter, to wszystkie te czynności stanowią - do celów stosowania podatku VAT - jednolite świadczenie i to nawet

wówczas gdy następuje to za zapłatą dwóch lub wielu odrębnych cen (wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 ETS).

W niniejszej sprawie w SIWZ określono przedmiot zamówienia (m.in.) jako: remont pomieszczeń biurowych części budynku dwukondygnacyjnego wraz z zagospodarowaniem piwnic na cele magazynowe Szkoły (...) w P. Wykonawca miał wykonać przedmiot zamówienia jako jedno świadczenie na podstawie jednej umowy, nie przewidywano złożenia oferty częściowej. Innymi słowy - usługi, które były przedmiotem zamówienia, nie podlegały rozdzieleniu. Podlegać one miały całościowemu rozliczeniu na podstawie jednej ceny i jednej faktury. Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego, wykonawca winien był zastosować jedną stawkę podatku składając swoją ofertę dla całości robót. Wykonawca w ofercie natomiast dokonał wyliczenia ceny przy uwzględnieniu różnych stawek, mając na uwadze tę okoliczność, że (m.in.) efektem finalnym podlegającym sprzedaży byłyby lokale mieszkalne w budynku niemieszkalnym (por. k. 41). Nie uwzględniono natomiast tej okoliczności, że objęte zamówieniem prace stanowiły nierozdzielalną całość. Z uwagi na powyższe należało stwierdzić, iż Wykonawca dopuścił się błędu w obliczeniu ceny, a zatem zgodnie z art. 89 § 1 pkt 6 upzp jego oferta podlegała odrzuceniu. Z uwagi na powyższe należało stwierdzić, że podnoszone przez skarżącego zarzuty okazały się niezasadne - w istocie bowiem odnosiły się one do kwestii, które ostatecznie nie mogły mieć znaczenia dla oceny zasadności stanowisk stron. Skargę należało oddalić (art. 198f ust. 2 upzp) bowiem wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 marca 2012 r. odpowiada prawu.

122. Sygn. akt: XXIII Ga 1442/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 listopada 2012 r.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył, iż zamawiający prowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia na „Kompleksową usługę utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach Spółki (...) S.A”. Oceny spełnienia warunku kompleksowości tej usługi dokonać należało zdaniem Sądu Okręgowego - w danym stanie faktycznym sprawy. Sama bowiem fizyczna możliwość podziału (zgodnie z SIWZ około 20) usług wchodzących w skład przedmiotowej usługi na odrębne zamówienia, w tym okoliczność przeprowadzenia przez inny podmiot przetargu na podobny lub nawet tożsamy zakres usług z podziałem na odrębne zamówienia - nie może być przesądzającym dla oceny spełnienia warunku kompleksowości przedmiotowej usługi. Bezsporną jest tu okoliczność, iż na usługę kompleksową z reguły składa się szereg usług, które mają niejako odrębny byt gospodarczy, tj. każda z nich może być zamawiana i wykonywana niezależnie przez różne podmioty, na podstawie odrębnych umów. Dodatkowo każdej z tych usług przypisany jest z reguły odrębny symbol PKWiU i właściwa stawka podatku VAT. Istotnym jest natomiast, czy o kompleksowym charakterze usługi może przesądzać wola zamawiającego ujawniona poprzez ogłoszenie jednego zamówienia, na jedną usługę kompleksową, którą objęte są wszystkie wskazane w SIWZ usługi. W ocenie Sądu Okręgowego okoliczność ta - nie przesądzająca kompleksowego charakteru usługi - winna jednak być brana pod uwagę. W niniejszym stanie faktycznym sprawy zamawiający określił przedmiot zamówienia jako usługę kompleksową, zawierającą w sobie szereg sprecyzowanych w SIWZ czynności mających na celu utrzymanie wagonów i lokomotyw w czystości - od mycia dachów wagonów, okien i ram z zewnątrz, poprzez mycie, odkurzanie, czyszczenie, dezynfekcję wewnątrz wagonów i lokomotyw, wyposażanie wagonów w pakiety sanitarne, kończąc na wywozie śmieci

i wybieraniu nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC. Z punktu widzenia zamawiającego uznać można, iż dopiero wykonanie wszystkich usług w cyklu czynności podejmowanych w ramach zamówionej usługi kompleksowej - składało się na osiągnięcie celu gospodarczego, jakim dla zamawiającego jest utrzymanie taboru w czystości. Z punktu widzenia osiągnięcia tego celu sporne usługi wywozu śmieci z wagonów i wybierania nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC nie stanowią dla zamawiającego nowej, dodatkowej wartości, niezależnej od samego utrzymywania taboru w czystości, ale stanowią środek do osiągnięcia celu jakim jest utrzymanie stanu czystości. Z tych względów należy uznać, iż dopiero wszystkie usługi składające się na objętą zamówieniem usługę kompleksową stanowiły gospodarczą całość. Dodatkowo wskazać należy, iż w ocenie Sądu dwie powyższe, sporne usługi - z perspektywy biznesowej, nie zostałyby zamówione, gdyby nie świadczenia główne, jakimi były same, szeroko rozumiane usługi sprzątania. Wskazać też należy, iż braku charakteru kompleksowości dwóch powyższych usług nie można wywodzić z okoliczności, iż usługi te miały być odrębnie zlecane. Zauważyć bowiem należy, iż wszystkie czynności/usługi składające się na zamawianą usługę kompleksową uzależnione były od zleceń konkretyzujących, wynikających z podziału na linie/trasy, jak i potrzebę wykonania danej czynności. Brak przykładowo — codziennej potrzeby wykonania danej usługi (choćby mycia dachu wagonu czy dezynfekcji), nie może przesądzać o braku potrzeby jej wykonywania dla uzyskania oczekiwanego dla zamawiającego stanu czystości, a tym samym stanowić podstawę do oceny, iż dana usługa nie pozostaje z czynnościami podstawowymi w stosunku kompleksowości.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał, iż sporne usługi wywozu śmieci z wagonów i wybierania nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC składają się na objętą zamówieniem (...) S.A. usługę kompleksową. Powyższe stanowisko w ocenie Sądu Okręgowego zgodne jest z pojęciem usługi kompleksowej, wprowadzonej do praktyki obrotu gospodarczego wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-349/96. W uzasadnieniu tego orzeczenia ETS wskazał, że gdy kilka świadczeń obejmuje jedną usługę, nie można dzielić jej sztucznie dla celów podatkowych. Równocześnie ETS wyodrębnił usługę zasadniczą i pomocniczą wskazując, iż usługa pomocnicza nie może stanowić celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W sprawie C-41/04 ETS wskazał natomiast, iż z punktu widzenia odbiorcy poszczególne świadczenia w usłudze kompleksowej powinny być tak ściśle ze sobą związane, że w aspekcie gospodarczym są jednym świadczeniem, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. W sprawie C-34/99 ETS wskazał, iż w przypadku wykonywania wielu świadczeń, jedno z nich powinno zostać uznane za usługę główną, a pozostałe za usługi pomocnicze (dla celów podatkowych traktowane jak usługa główna) — wtedy, gdy usługi pomocnicze nie są dla nabywcy celem samym w sobie, a są jedynie środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Wskazać tu należy, iż powyższe orzecznictwo ETS i prezentowane w nich tezy wskazywane też były w licznych, powoływanych w toku niniejszego postępowania orzeczeniach, interpretacjach i stanowiskach.

Rozpoznając spór Sąd Okręgowy nie podzielił natomiast stanowiska zawartego w interpretacji indywidualnych ocenianych przez Izbę w toku postępowania odwoławczego. Interpretacje te zostały sporządzone na wniosek innych, niż strony lub uczestnicy niniejszego postępowania podmiotów, stąd nieuprawnionym było ocenianie przedmiotowej oferty przez pryzmat interpretacji wydanej na rzecz innego podmiotu. Odnośnie interpretacji złożonych w toku rozpoznawanej przed Sądem Okręgowym skargi wskazać należy, iż aczkolwiek dotyczyły tego zamówienia i uczestnika

tego postępowania - to w istocie interpretacje te stanowiły odpowiedź na wniosek, w którym zgodnie z art. 14a ustawy ordynacja podatkowa przedstawione winno być zagadnienie wymagające interpretacji. Sądowi Okręgowemu nie został przedstawiony jednak sam wniosek o udzielenie interpretacji, stąd nie wiadomo jak w istocie został on sformułowany, w tym w szczególności - czy zgodnie z SIWZ. Z tych względów w istocie nie pozwalało to na ustalenie, czy przedstawione interpretacje dotyczyły usług stanowiących przedmiot tego postępowania. Zauważyć też należy, iż z samej już treści przedstawionych interpretacji wynika, iż we wniosku o ich wydanie wnioskujący już założył, iż zapytanie to dotyczy zamówienia, w którym (dwie) sporne usługi są odrębne od całego zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 8

123. Sygn. akt: KIO 537/14, KIO 599/14, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.

Stan faktyczny sprawy nie jest między stronami sporny. Ostatnia (druga) strona formularza ofertowego nie został podpisany przez osobę działającą w imieniu wykonawcy. Na niepodpisanej stronie znajdują się oświadczenia wykonawcy dotyczące: zamiaru powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, zapoznania się z SIWZ i akceptacji jej postanowień wraz załącznikami, zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami zapisanymi w SIWZ i załącznikach, akceptacji warunków umowy i zobowiązania się do zawarcia umowy na określonych w SIWZ warunkach, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego, świadomości odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń w celu uzyskania korzyści majątkowych. Ze względu na brak podpisu na str. 2 formularza oferty Zamawiający odrzucił ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający podał m.in., powołując się na art. 82 ust. 2 ustawy Pzp oraz na art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego, że wykonawca nie złożył oświadczenia woli w zakresie obejmującym oświadczenia znajdujące się na stronie 2 formularza, bowiem nie zachował wymaganej przepisami prawa formy tego oświadczenia.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego o nieważności oferty ze względu na niezachowanie formy pisemnej. Art. 82 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że 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. Zgodnie natomiast z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Zatem niepodpisanie treści oświadczenia woli w sytuacji, powoduje - stosownie do art. 73 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp - bezwzględną nieważność czynności prawnej, jaką jest złożenie oferty. Do odmiennego wniosku nie może prowadzić fakt, że pierwsza strona formularza oferty została podpisana. Oświadczenie woli stanowiące ofertę nie zostało bowiem objęte własnoręcznym podpisem w koniecznym, wymaganym przez SIWZ zakresie, co stanowi - w świetle art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego - warunek uznania formy pisemnej za zachowaną.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że forma pisemna została zachowana, bowiem istotne postanowienia przyszłej umowy znalazły się w podpisanej części formularza. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, oświadczenia zamieszczone na str. 2 należy uznać za elementy istotne, wpływające na treść przyszłego stosunku prawnego między Zamawiającym a Wykonawcą. Nie sposób uznać, że treść tego

stosunku, choćby w minimalnym, koniecznym do zachowania zakresie, kształtuje wyłącznie oświadczenie wykonawcy w przedmiocie ceny oferowanej usługi, które znalazło się na podpisanej pierwszej stronie formularza oferty. Warunki przyszłej umowy, określają bowiem postanowienia SIWZ i jej załączników, w tym wzoru umowy, których akceptacja jest warunkiem skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia i zabezpieczenia prawidłowości przyszłych relacji między stronami umowy. Akceptacji tej nie można domniemywać i wyprowadzać jej z faktu złożenia oferty z intencją uzyskania i realizacji zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego, tj. w drodze wykładni oświadczenia woli, bowiem oświadczenie to - jako nieważne z uwagi na niezachowanie formy - takiej wykładni nie podlega.

Zamawiający ma bezwzględny obowiązek odrzucenia oferty złożonej bez zachowania formy pisemnej. Podstawą tej czynności jest zarówno art. 89 ust. 1 pkt 1, jak i art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Izba nie dopatrzyła się podnoszonej przez Odwołującego sprzeczności wskazanych przez Zamawiającego podstaw odrzucenia. Oferta złożona z naruszeniem przepisów o formie jest bowiem sprzeczna z przepisami ustawy Pzp (tj. z art. 82 ust. 2 ustawy) i jednocześnie nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. przepisów Kodeksu cywilnego, określających skutki niezachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Niezachowanie formy pisemnej oferty nie może być w żaden sposób konwalidowane, bowiem skutki braku wymaganej formy określone są bezwzględnie obowiązującymi przepisami, niezależnie od przyczyn niezachowania formy pisemnej, a więc również w sytuacji, gdy jest to wynikiem przeoczenia. Nie można więc podzielić stanowiska Odwołującego o konieczności wyjaśnienia treści SIWZ i poprawienia omyłki.

Art. 90 ust. 1 – 3

124. Sygn. akt: KIO 304/14, KIO 308/14, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r.

Bezsporne jest, że odwołujący nie kwestionowali wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający twierdził, że dokonał rozeznania rynku na podstawie wstępnych zapytań ofertowych u kilku wykonawców i na tej podstawie wyszacował zamówienie. Izba nie miała powodów, aby odmówić wiary tym twierdzeniom, zwłaszcza, że wykonawcy nie przedstawili na rozprawie dowodów na poparcie swoich twierdzeń, że szacunek jest znacząco zawyżony. Zamawiający twierdził także, że wziął pod uwagę ceny złożonych ofert i stwierdził że dwie z nich są „drastycznie” niższe niż jego wartość szacunkowa powiększona o VAT, jak również „drastycznie” niższe niż pozostałe dwie oferty. To twierdzenie zamawiającego znajduje potwierdzenie w protokole postępowania o udzielenie zamówienia, co do rozbieżności pomiędzy ofertami odwołujących, a wartością szacunkową zamówienia i pozostałymi ofertami. W ocenie Izby te okoliczności uprawniały zamawiającego do zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy [aktualnie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp łącznie z art. 90 ust. 1 uległ poważnym zmianom. Powyższe jest wynikiem nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującej zasadniczo od dnia 19.10.2014 r. W świetle tych regulacji w art. 90 ust. 1 określono otwarty, ale szerszy stosunku do dotychczasowego, katalog okoliczności, które zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy. W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że ciężar dowodowy wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Nowe brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp daje także zamawiającemu nowe wytyczne do podejścia do wyjaśniania z wykonawcą swojego podejrzenia ceny rażąco niskiej – przede wszystkim w zakresie rozbieżności procentowej (30%) pomię-

dzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – *przyp. red.*], skoro ceny odwołujących wydawały się mu rażąco niskie. Zamawiający zatem nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy.

W tym zakresie Izba podziela w całości stanowisko Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r. sygn. akt X Ga 127/08 – „Zamawiający na etapie wstępnego badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie ma charakteru ceny rażąco niskiej. W czasie tego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać, co do zasady, całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny zamawiający, który nabierze podejrzeń co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny, wszczyna procedurę wyjaśnienia. Już od samego początku oceny proponowanych w ofertach cen widocznym jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej oceny zamawiającego”. Zatem to ocena przez zamawiającego ceny wykonawcy zaproponowanej w ofercie jest podstawą wszczęcia procedury wyjaśniającej.

Art. 90 ust. 1 ustawy [*j.w. – przyp. red.*] nie zwalnia zamawiającego z obowiązku wystąpienia do wykonawcy o wyjaśnienia w przypadku ustalenia, że wykonawca składający ofertę jest wiarygodny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy w żaden sposób nie uzależnia jego stosowania od właściwości podmiotowych wykonawcy. Z tego względu zamawiający prawidłowo zastosował art. 90 ust. 1 ustawy do obu odwołujących, których ceny odbiegały od jego szacunków i pozostałych ofert. Bezsporne jest, że zamawiający wzywając odwołujących do złożenia wyjaśnień praktycznie zacytował treść art. 90 ust. 2 ustawy [*j.w. – przyp. red.*], oczekując, że odwołujący podadzą 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. Art. 90 ust. 2 ustawy [*j.w. – przyp. red.*] nakazuje zamawiającemu dokonywać oceny wyjaśnień po wyodrębnieniu z nich obiektywnych czynników, ale nie każdych, a tylko takich, które są wyjątkowe (wyjątkowe warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy), oryginalne (projekty wykonawcy), oszczędne (metody wykonania zamówienia) i wywierające wpływ (pomoc publiczne) na cenę. Tym samym częściowo rację należy przyznać odwołującemu (...), że nie ma on obowiązku składając wyjaśnienia przedstawiać szczegółowo i detalicznie kalkulacji oferty z podaniem wszystkich składników, w tym oferty sprzętowej, jeśli zamawiający takiej kalkulacji i szczegółowego opisu oferty nie wymagał w SIWZ. Jednak nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że wystarczające jest, dla złożenia wyjaśnień, powołanie się przez wykonawcę na jakieś obiektywne czynniki. Gdyby bowiem zgodzić się z takim twierdzeniem odwołującego (...), to przepis art. 90 ust.1 – 3 [*j.w. – przyp. red.*] i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy byłyby przepisami blankietowymi, bo wykonawcy powoływaliby się na jakiegokolwiek obiektywne czynniki i zamawiający nie mógłby takich ofert, choć nierealnych cenowo odrzucić. (...)

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że wyjaśnienia muszą wykazać, że z powodu podanych obiektywnych czynników oferta danego wykonawcy mogła odbiegać o znaczący procent od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT i pozostałych złożonych ofert. Nie chodzi zatem o przedstawienie takich czynników obiektywnych, które są dostępne dla każdego wykonawcy, który ubiega się o to zamówienie, ale wskazanie takich, które odróżniają sytuację badanego wykonawcy od innych, a jednocześnie mają wymierne przełożenie na cenę. Zgodnie z ust. 3 art. 90 ustawy 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.

125. Sygn. akt: KIO 327/14, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2014 r.

W ocenie Izby wyjaśnienia przystępującego nie są przekonywujące w tym zakresie i zawierają wewnętrzną sprzeczność, zaś zamawiający poczynił pewne założenia wynikające być może z jego doświadczeń, ale nie mające oparcia w złożonych wyjaśnieniach. Izba podkreśla, że art. 90 ust. 2 ustawy stanowi, iż zamawiający ocenia złożone wyjaśnienia uwzględniając wynikające z nich 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 [aktualnie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp łącznie z art. 90 ust. 1 uległ poważnym zmianom. Powyższe jest wynikiem nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującej zasadniczo od dnia 19.10.2014 r. W świetle tych regulacji w art. 90 ust. 1 określono otwarty, ale szerszy stosunku do dotychczasowego, katalog okoliczności, które zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy. W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że ciężar dowodowy wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Nowe brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp daje także zamawiającemu nowe wytyczne do podejścia do wyjaśniania z wykonawcą swojego podejrzenia ceny rażąco niskiej – przede wszystkim w zakresie rozbieżności procentowej (30%) pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – przyp. red.]. Art. 90 ust. 2 ustawy [j.w. – przyp. red.] nakazuje zamawiającemu dokonywać oceny wyjaśnień po wyodrębnieniu z nich obiektywnych czynników, ale nie każdych, a tylko takich, które są wyjątkowe (wyjątkowe warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy), oryginalne (projekty wykonawcy), oszczędne (metody wykonania zamówienia) i wywierające wpływ (pomoc publiczne) na cenę. Niewystarczające jest, dla złożenia wyjaśnień, powołanie się przez wykonawcę na jakieś obiektywne czynniki. Na takim stanowisku stanął również na gruncie europejskim Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. sygn. akt C 599/10, który w sprawie SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA v. Úrad pre verejné obstarávanie (orzeczenie wstępne) stwierdził, że art. 55 dyrektywy 2004/18 wymaga istnienia w ustawodawstwie krajowym przepisu przewidującego obowiązek skierowania przez instytucję zamawiającą żądania udzielenia wyjaśnienia w przypadku gdy kandydat proponuje rażąco niską cenę. Do sądu krajowego należy dokonanie weryfikacji, czy w świetle całości dostępnych mu akt sprawy żądanie udzielenia wyjaśnienia pozwoliło danemu kandydatowi w wystarczającym stopniu wyjaśnić składowe elementy jego oferty. TSUE mówi zatem o „wystarczającym stopniu wyjaśnienia składowych elementów oferty”. W ocenie Izby w świetle przywołanego orzeczenia prawidłowym jest badanie przez zamawiającego wyjaśnień pod kątem tego czy są one wystarczające. Nie chodzi zatem o przedstawienie takich czynników obiektywnych, które są dostępne dla każdego wykonawcy, który ubiega się o to zamówienie, ale wskazanie takich, które odróżniają sytuację badanego wykonawcy od innych, a jednocześnie mają wymierne przełożenie na cenę.

Jak wskazał na rozprawie odwołujący, a okoliczności tej nie przeczył zamawiają-

cy, odwołujący znajduje się w podobnej sytuacji jak przystępujący, tj. dysponuje własną instalacją mającą status instalacji zastępczej, a mimo to oferty obu wykonawców różnią się między sobą w sposób znaczący. Skoro tak, to w żaden sposób nie można ocenić jako wyczerpujących wyjaśnień przystępującego, że z powodu zagospodarowania zmieszanych odpadów we własnej instalacji uzyskał tak znaczną przewagę konkurencyjną nad odwołującym. Nawet jeśli w dacie składania oferty przystępujący uzyskał informację od RIPOK w Z. i K., że nie przyjmą odpadów z Gminy B. z uwagi na utratę mocy przerobowej i w oparciu o tę daną uznał za możliwe zagospodarowanie całości odpadów zmieszanych we własnej instalacji, to okoliczność ta w żaden sposób nie znalazła odzwierciedlenia w treści złożonych wyjaśnień, ani nie poparto jej dowodami, co więcej, jakieś odpady przystępujący zamierza przekazywać za średnio 78,02 zł, również teza zamawiającego, że przystępujący przetworzy część odpadów i tylko te, których nie będzie mógł przetworzyć przekaże do RIPOK, nie znajduje oparcia w wyjaśnieniach, ani nie została udowodniona, jak już wskazywano wyjaśnienia w tym zakresie są wewnętrznie sprzeczne i nie podają danych jak choćby stopień odzysku odpadów w procedurze przetwarzania, które pozwalają na ocenę ich realnego wpływu na cenę. Nie wiadomo zatem, jaką to konkretnie oszczędną metodę wykonania zamówienia przyjął przystępujący. Izba oceniła zatem, że zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny wyjaśnień przystępującego, które w zakresie zmieszanych odpadów komunalnych są gołosłowne, ogólne i nie pozwalają ustalić jaką metodę wykonania zamówienia przyjął wykonawca i czy jest ona oszczędna. Analogiczna sytuacja dotyczy odpadów zielonych. Poza twierdzeniem, że przystępujący przekaże te odpady do firmy (...) mającej status instalacji zastępczej i wskazaną ceną, na jaką szacował przystępujący szacował koszt takiego przekazania, z wyjaśnień nie wynika ani powód wyboru właśnie tej instalacji z pominięciem RIPOK, mimo, że w tym przypadku zamawiający nie wskazywał na możliwość odzysku w ramach przetworzenia odpadów, a zatem nie wiadomo dlaczego uznał za dopuszczalne przekazanie odpadów zielonych z pominięciem RIPOK wbrew treści art. 91 Pucg [ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 1399) – *przyp. red.*]. Izba abstrahuje przy rozpoznawaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy od dopuszczalności poczynienia takiego założenia w wyjaśnieniach, ale wskazuje przede wszystkim na to, że fakt przekazania do firmy (...) i koszt takiego przekazania nie został poparty jakimkolwiek dowodem, który pozwalałby zamawiającemu ocenić realność zaoferowanej w tym zakresie ceny. Analogiczna sytuacja dotyczy zakładanego zysku ze sprzedaży odpadów segregowanych. Wyjaśnienia przystępującego są w tym zakresie niespójne i nie pozwalają ustalić, czy przystępujący realnie oszacował cenę za ten element oferty, słusznie bowiem zauważa odwołujący, że przystępujący z jednej strony wskazuje, że koszty transportu i zagospodarowania odpadów w zbieranych sposób selektywny typu tworzywa sztuczne i opakowania wielomateriałowe, papier, metale pokrywają zyski uzyskane z ich odsprzedaży, nie wskazuje natomiast czy w całości czy w części, a następnie do kosztów zagospodarowania odpadów zalicza koszty zakupu worków i pojemników do selektywnej zbiórki odpadów, koszt składowania odpadów zielonych, koszty paliwa, płace pracowników i zysk i wskazuje, że jednak cały koszt przekracza zyski ze sprzedaży odpadów segregowanych - jest wartością dodatnią i wynosi 111 826 zł, co by oznaczało, że jednak zyski ze sprzedaży odpadów segregowanych nie pokrywają kosztów ich transportu i zagospodarowania wbrew twierdzeniom przystępującego.

126. Sygn. akt: KIO 382/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r.

Jak wynikało z powyższego, wezwanie miało charakter nad wyraz ogólny i nie odnoszący się do tego, co powinno być przedmiotem wyjaśnień w powołanym stanie faktycznym, a mianowicie sposób kalkulowania całej ceny ofertowej, z szczególnym uwzględnieniem najistotniejszych elementów kosztotwórczych. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie takimi najistotniejszymi elementami były koszty osobowe, koszt projektowania, koszt renowacji kanałów, komór i studzienek. Oczywiście, ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie wyklucza możliwości wyjaśnienia określonych elementów cenotwórczych, a nawet precyzja wezwania niekiedy wręcz wymaga wskazania takich elementów. Jednakże w takiej sytuacji wezwanie powinno dotyczyć wszystkich najistotniejszych elementów cenotwórczych i nie powinno się tracić z pola widzenia całości ceny oferty. W szczególności badaniu nie powinien podlegać jedynie jeden z wielu mniej istotnych elementów cenotwórczych, w sytuacji gdy analizie nie poddawana jest znakomita większość innych, kluczowych elementów ceny. Takie wezwanie bowiem jedynie formalnie wyczerpuje przesłankę z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp [aktualnie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp łącznie z art. 90 ust. 1 uległ poważnym zmianom. Powyższe jest wynikiem nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującej zasadniczo od dnia 19.10.2014 r. W świetle tych regulacji w art. 90 ust. 1 określono otwarty, ale szerszy stosunku do dotychczasowego, katalog okoliczności, które zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy. W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że ciężar dowodowy wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Nowe brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp daje także zamawiającemu nowe wytyczne do podejścia do wyjaśniania z wykonawcą swojego podejrzenia ceny rażąco niskiej – przede wszystkim w zakresie rozbieżności procentowej (30%) pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – przyp. red.] i nie służy wyjaśnieniu przyczyn zaoferowania określonej ceny ofertowej.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp [j.w. – przyp. red.] poprzez ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby pierwsze wezwanie, z przyczyn opisanych wcześniej, miało charakter ułomny. (...)

Jak wyjaśniono wcześniej, pomimo dwukrotnego wezwania, zamawiający nie skierował do przystępującego ani jednego wezwania, które miałyby konkretny charakter i które uwzględniałoby ryczałtowy charakter wynagrodzenia tak, aby można byłoby je uznać za wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp [j.w. – przyp. red.]. Stan niezłożenia wyjaśnień, który skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp to taka sytuacja, gdy w odpowiedzi na prawidłowe wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp [j. w. – przyp. red.] wykonawca uchyla się od odpowiedzi. Ponieważ zaś treść składanych wyjaśnień stanowiła odpowiedź na wezwanie dotyczące jednej z szeregu pozycji, to nie można było odrzucić oferty z powodu tego, że złożone pismo potwierdza fakt zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby to treść ułomnego wezwania zamawiającego zdeterminowała zakres i sposób udzielenia odpowiedzi. Nakazywała przystępującemu skupić się na wyjaśnieniu kalkulacji pozycji 27.4 wykazu cen. W tej sytuacji, nawet gdyby wykonawca niedoskonale wyjaśnił sposób kalkulowania pozostałych pozycji, to nie można było z tego powodu wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, a zwłaszcza odrzucić złożonej przez niego oferty. Nie tego bowiem dotyczyło wezwanie zamawiającego.

127. Sygn. akt: KIO 572/14, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.

Izba nie podziela poglądu odwołującego, że z przepisów ustawy wynika jednoznacznie możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp [aktualnie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp łącznie z art. 90 ust. 1 uległ poważnym zmianom. Powyższe jest wynikiem nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującej zasadniczo od dnia 19.10.2014 r. W świetle tych regulacji w art. 90 ust. 1 określono otwarty, ale szerszy stosunku do dotychczasowego, katalog okoliczności, które zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy. W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że ciężar dowodowy wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Nowe brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp daje także zamawiającemu nowe wytyczne do podejścia do wyjaśniania z wykonawcą swojego podejrzenia ceny rażąco niskiej – przede wszystkim w zakresie rozbieżności procentowej (30%) pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – przyp. red.], jednak - zdaniem Izby – w indywidualnych okolicznościach danego przypadku dopuszczalne jest żądanie przez zamawiającego dalszych wyjaśnień doprecyzowujących informacje wskazane w odpowiedzi na wezwanie.

Obecnie żaden z przepisów ustawy nie udziela wprost odpowiedzi na pytanie, ile razy zamawiający może dokonywać wezwań wykonawcy do udzielenia wyjaśnień rzetelności ceny oferty. W takiej sytuacji wobec braku możliwości oparcia się na wykładni literalnej, mającej pierwszorzędne znaczenie w systemie prawa stanowionego, należy zwrócić się ku wykładni systemowej i celowościowej. Przypomnieć więc trzeba, że celem systemu zamówień publicznych jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią z mocy art. 7 ust. 1 Pzp jeden z fundamentów systemu zamówień publicznych. Stąd też w orzecznictwie KIO oraz Sądów Okręgowych w nawiązaniu do dyrektyw art. 7 ust. 1 Pzp ukształtował się pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę ma charakter jednokrotny (wyrok SO w Poznaniu z 21 maja 2008 r., X Ga 127/08, Wyrok SO Warszawa - Praga w Warszawie z 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt 1299/09), a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu. Kierowanie ponownego wezwania w takiej sytuacji nie tylko godziłoby w prawa innych wykonawców, ale również prowadziłoby do przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego było niejasne lub miało charakter ogólny, skutkiem czego wyjaśnienia wykonawcy nie są dostateczne, zamawiający może zadać dodatkowe pytanie. W podobnym tonie wypowiedział się także Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r. (V Ga 122/10). Zdaniem Izby dopuszczalne jest również dodatkowe badanie poszczególnych elementów wyjaśnień, lecz nie uzupełnianie wyjaśnień. Zamawiający był zatem uprawniony do tego, aby – o ile rzeczywiście miał wątpliwości, co do podanych przez odwołującego kosztów dojazdu inspektorów na budowę, kosztów biura, adekwatności wynagrodzenia inspektorów nadzoru w stosunku do prawidłowego wykonania przypasanych im zadań – żądać od odwołującego dodatkowych wyjaśnień.

128. Sygn. akt: KIO 1056/14, KIO 1059/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.

W orzecznictwie zgodnie uznaje się, że rażąco niską ceną oferty jest cena niwiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od wartości zamówienia osza-

cowanej przez zamawiającego z należytą starannością oraz od wysokości cen pozostałych ofert złożonych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub cen rynkowych, tj. cena, która nie pokrywa kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia „cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładając wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową (patrz: wyrok KIO sygn. akt: KIO 2783/12 z dnia 9 stycznia 2013 r.) Jak stwierdził 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 nieoptyczne”.

W orzecznictwie panuje ugruntowany pogląd, że w każdym przypadku wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny konieczne jest dokonanie indywidualnej oceny, z uwzględnieniem okoliczności charakterystycznych dla danego przedmiotu zamówienia, warunków rynkowych i sytuacji danego wykonawcy (patrz: wyrok KIO sygn. akt KIO 2181/13 z dnia 27 września 2013 r., wyrok KIO sygn. akt KIO 428/13 z dnia 12 marca 2013 r., wyrok KIO sygn. akt KIO 239/13 z dnia 21 lutego 2013 r.). Odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp może nastąpić wyłącznie po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy i tylko wówczas, gdy ocena złożonych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 Pzp). Z uwagi na istotne dla wykonawcy konsekwencje zastosowania procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 Pzp [aktualnie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp łącznie z art. 90 ust. 1 uległ poważnym zmianom. Powyższe jest wynikiem nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującej zasadniczo od dnia 19.10.2014 r. W świetle tych regulacji w art. 90 ust. 1 określono otwarty, ale szerszy stosunku do dotychczasowego, katalog okoliczności, które zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy. W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że ciężar dowodowy wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Nowe brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp daje także zamawiającemu nowe wytyczne do podejścia do wyjaśniania z wykonawcą swojego podejrzenia ceny rażąco niskiej – przede wszystkim w zakresie rozbieżności procentowej (30%) pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – przyp. red.], w szczególności w zakresie przesunięcia na wykonawcę ciężaru dowodu, w orzecznictwie przyjmuje się, że poziom różnicy danej ceny w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen pozostałych ofert musi być zauważalny i budzący wątpliwości w warunkach danego postępowania, co wymaga za każdym razem indywidualnego podejścia i oceny (patrz: wyrok KIO sygn. akt KIO 177/13 z dnia 8 lutego 2013 r., wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu).

W sytuacji stwierdzenia przez zamawiającego, że uzasadnione jest postępowanie wyjaśniające, zamawiający zwraca się w formie pisemnej [aktualnie forma pisemna wyjaśnień nie jest wyznacznikiem wezwania do wyjaśniania podejrzenia ceny rażąco niskiej – przyp. red.] do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na jej wysokość, wyznaczając termin na złożenie wyjaśnień. Wyznacznik arytmetyczny porównania ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia [aktualnie ten wyznacznik jako szczególna podstawa skierowania wezwania do wykonawcy o wyjaśnienie podejrzenia ceny rażąco niskiej został ustalony w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp na poziomie 30% - przyp. red.] powinien być pomocny do

podjęcia decyzji, czy cena oferty może być rażąco niską i uruchomienia procedury wyjaśnień przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp, lecz nie może być wyłącznie decydującej. Zamawiający, zwracając się do wykonawcy o wyjaśnienia, może wskazać na konieczność przedłożenia przez wykonawcę szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwi zbadanie oraz weryfikację kalkulacji dokonanych przez wykonawcę. Co do zasady przepisy Pzp pozostawiają formę i zakres składanych wyjaśnień do decyzji wykonawcy. W toku postępowania wyjaśniającego na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a tym samym, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty związane z prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia. (...)

Jak wyjaśnił zamawiający, wyłącznie w oparciu o kryterium arytmetyczne, uznał, że nie zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny oferty X (oraz oferty konsorcjum Y, które zaoferowało cenę niższą niż X) i nie podjął procedury wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

129. Sygn. akt: XII Ga 73/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2012 r.

Zamawiający słusznie w odpowiedzi na skargę podkreśla, że zapytanie skierowane do wykonawców nie miało charakteru szczegółowego i nie żądał on udzielenia szczegółowych wyliczeń i analiz. Można przyznać rację Skarżącemu, że odpowiedzi udzielone zarówno przez X, jak i Konsorcjum zawierały stwierdzenie o dość znacznym stopniu ogólności. Nie można się jednak zgodzić ze stanowiskiem, że ten stopień ogólności był tak wysoki, że w istocie dyskwalifikował ich merytoryczną wartość. Przekonującym jest np. stanowisko prezentowane w wyjaśnieniu skierowanym do zamawiającego przez X, że odpowiednia organizacja pracy, posiadanie doświadczenia, czy też użycie odpowiednich maszyn pozwala na zaoferowanie stosunkowo przystępnych cen za świadczone usługi. W ocenie Sądu Okręgowego aktualnie nie istnieją w obowiązującym porządku prawnym (w szczególności w regulacji ustawy pzp) sztywne kryteria, jakie winny być spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Stąd oczywistym jest, że ich ocena dokonywana będzie w każdym konkretnym przypadku przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez pryzmat treści zapytania. Nie ulega wątpliwości, że wykorzystanie instytucji wyjaśnień (art. 90 pzp [aktualnie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp łącznie z art. 90 ust. 1 uległ poważnym zmianom. Powyższe jest wynikiem nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującej zasadniczo od dnia 19.10.2014 r. W świetle tych regulacji w art. 90 ust. 1 określono otwarty, ale szerszy stosunku do dotychczasowego, katalog okoliczności, które zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy. W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że ciężar dowodowy wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Nowe brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp daje także zamawiającemu nowe wytyczne do podejścia do wyjaśniania z wykonawcą swojego podejrzenia ceny rażąco niskiej – przede wszystkim w zakresie rozbieżności procentowej (30%) pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – przyp. red.) objęte jest kontrolą w toku postępowania odwoławczego, czy też następnie skargowego. Obowiązkiem zamawiającego jest sformułowanie zapytania do wykonawców w taki sposób, aby treść wyjaśnienia czyniła zadość warunkom postępowania o udzielenie zamówienia. Prawidłowa ocena złożonego wyjaśnienia ciąży na zamawiającym (takie stanowisko zajęła KIO w orzeczeniu z dnia 2 sierpnia 2011 r., KIO 1568/11).

Wbrew stanowisku Skarżącego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający przyjmując wyjaśnienia złożone przez X i Konsorcjum nie naruszył wskazanych w odwołaniu i skardze norm ustawy pzp. Subiektywne przekonanie Skarżącego, że wyjaśnienia były nieprawidłowe, nierzetelne i niespójne nie oznacza automatycznie, że wyjaśnienie należało zdyskwalifikować i oferty wskazanych podmiotów odrzucić. Wyjaśnienia te, niewątpliwie zawierające w swej treści pewne uogólnienia, odpowiadają żądaniom Zamawiającego i wbrew twierdzeniom Skarżącego są adekwatne do przedmiotu zamówienia.

130. Sygn. akt: I Ca 117/12, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r.

Sąd Okręgowy zauważa, że istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. Z chwilą wezwania przez Zamawiającego (skarżącego) wykonawcy Konsorcjum X spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W. w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. [aktualnie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp łącznie z art. 90 ust. 1 uległ poważnym zmianom. Powyższe jest wynikiem nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) obowiązującej zasadniczo od dnia 19.10.2014 r. W świetle tych regulacji w art. 90 ust. 1 określono otwarty, ale szerszy stosunku do dotychczasowego, katalog okoliczności, które zamawiający bierze pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy. W art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, że ciężar dowodowy wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Nowe brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp daje także zamawiającemu nowe wytyczne do podejścia do wyjaśniania z wykonawcą swojego podejrzenia ceny rażąco niskiej – przede wszystkim w zakresie rozbieżności procentowej (30%) pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu – *przyp. red.*] w dniu 1.12.2011 r. Powyższe domniemanie zostało obalone. Na wykonawcę - Konsorcjum X został przerzucony ciężar dowodu wykazania, że skalkulował cenę w sposób rynkowy, (tak KIO 28.09.2011 r.) Konsorcjum X złożyło 5.12.2011 r. wyjaśnienia pisemne na wezwanie Zamawiającego. Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, składające się na koszt wykonania zadania, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, wartości niematerialnej i prawnych, czy wreszcie zysk wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. Rzeczą wykonawcy jest - w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych [*j.w. – przyp. red.*] - udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają w myśl art. 90 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych [*j.w. – przyp. red.*] - ocenie Zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio uмотywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Ustawodawca w art. 90 ust. 2 ustawy [j.w. – *przyp. red.*], przykładowo wymienił kryteria, przez pryzmat których zamawiający winien oceniać złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące elementów kalkulacyjnych oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawodawca w pierwszym rzędzie zaakcentował w tym przepisie obowiązek uwzględnienia przez zamawiającego obiektywnych czynników, a następnie przykładowo wskazał, że takimi czynnikami mogą być: 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. Również te kryteria referują do elementów kalkulacyjnych oferty, mających wpływ na wysokość zaofertowanej ceny. Powyższe determinuje zatem wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych [j.w. – *przyp. red.*] były wyczerpujące miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Wyjaśnienia te bowiem mają dawać realną, opartą na obiektywnej ocenie możliwość przesądzenia, czy cena jest rażąco niską, czy za tę wysokość możliwe jest wykonanie zamówienia bez zagrożeni dla prawidłowej realizacji zadania, czy ponoszenia straty (ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje odrzucenie ofert, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, za taki zaś może być potraktowane oferowanie przedmiotu poniżej kosztów).

Ustawodawca wyraźnie takie znaczenie przypisuje wyjaśnieniom składanym przez wykonawcę na podstawie art. 90 ustawy. Zadaniem tych wyjaśnień nie jest bowiem jedynie potwierdzenie, że wykonawca zrealizuje zamówienie za wskazaną przez siebie cenę, skoro przepis wymaga nie oświadczenia potwierdzającego tę okoliczność, a zaprezentowania (czy też szerzej: wyjaśnienia) elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaofertowanej ceny, czym sięga do elementów struktury tej ceny, jej ekonomicznego aspektu. Te wyjaśnienia polegają wreszcie ocenie Zamawiającego według obiektywnych kryteriów, w celu przesądzenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 ustawy). Dopiero rzetelna analiza wyjaśnień pozwala na ocenę, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe po ustaleniu, że na jej kształt nie miały wpływu obiektywne czynniki (zarówno co do rodzaju, jak i poziomu kosztu). (...)

131. Sygn. akt: V Ga 106/12, Wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r.

Stan faktyczny w świetle wyroku Izby i skargi wykonawcy jawi się jako bezsporny co do tego, że przedmiotem zamówienia był pakiet Nr 18 składający się z 3 elementów, a jeden z nich tj. filtr antybakteryjno-wirusowy elektrostatyczny dla dorosłych jest w niektórych przypadkach zaniżony o 120 razy (0,03 zł). Nie jest też kwestionowane przez skarżącego i to ustalenie Izby, że wykonawca jest obowiązany dostarczać asortyment w zakresie pakietów sukcesywnie na zamówienie, a ewentualne koszty umowne będą naliczane nie od ceny pakietu a od opóźnionej dostawy. Cała istota skargi sprowadza się do wykazania, że wiążąca w zamówieniu była cena pakietu, a nie jej poszczególnych składników, choćby ceny odbiegały od rynkowych, a nawet były nierealne (strona 4 skargi).

Ocenie podlegać zatem będzie to, czy w tym konkretnym bezspornym stanie faktycznym rażąco niska cena jednostkowego towaru sprzedanego w pakiecie, który został określony jako przedmiot zamówienia powinna być podstawą odrzucenia oferty. Dokonując tej oceny sąd musi odnieść się do zasad ogólnych, które wiążą przy wykonywaniu zamówień publicznych. Jedyna z tych zasad i to decydująca w tym

przypadku jest zasada uczciwej konkurencji określona w art. 7 Pzp. Jak każda zasada prawna nadaje konkretnym przepisom kierunek interpretacyjny, a więc ułatwia ich wykładnię. Tym samym, w razie wątpliwości rozstrzyga o sposobie stosowania poszczególnych przepisów ustawy.

Art. 91 ust. 2

132. Sygn. akt: KIO 1056/14, KIO 1059/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, Izba nie dopatrzyła się niejasności w sposobie sformułowania opisu sposobu oceny merytorycznej ofert w ramach kryterium „Metodyka”. Na marginesie tylko należy wskazać, że zarzut ten w odniesieniu do treści SIWZ jest spóźniony na etapie oceny ofert. Na tym etapie wyłącznie istotne wątpliwości dotyczące treści opisu sposobu oceny ofert mogłyby ewentualnie skutkować przyjęciem interpretacji poszczególnych postanowień na korzyść wykonawców. Takie okoliczności nie mają jednak miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Podkryteria oceny ofert w ramach tego kryterium zostały szczegółowo zdefiniowane w SIWZ. W szczególności zamawiający jasno określił, jakie elementy poddawane będą ocenie i jaka liczba punktów może być przyznana. Adekwatność zaproponowanych przez wykonawców w ramach „Metodyki” działań była analizowana i oceniana w kontekście opisu przedmiotu zamówienia.

133. Sygn. akt: KIO 1150/14, Wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2014 r.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zgodnie ze znaczeniem tych kryteriów. Kryteria oceny ofert, to mierniki umożliwiające obiektywne porównanie ofert, jak i gwarantujące zamawiającemu wybór oferty spełniającej w jak najlepszym stopniu jego oczekiwania. W rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne zamawiający, celem wyboru oferty najkorzystniejszej, posłużył się m.in. oceną techniczno - jakościową zaproponowanych rozwiązań, przypisując temu kryterium wagę 50%. Tym samym zamawiający uczynił to kryterium znaczącym dla oceny ofert. Zamawiający większą wagę przypisał zaproponowanym przez wykonawcę rozwiązaniom techniczno - jakościowym aniżeli cenie oferty.

Kryterium techniczno - jakościowe jest ze swej istoty kryterium niemierzalnym, z którym związana jest pewna doza subiektywizmu. Zamawiający, co prawda w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie opisał w sposób szczegółowy sytuacji, po spełnieniu których oferty otrzymają odpowiednią ilość punktów, wskazując jednakże na możliwość przyznania dla każdego z zadań punktacji 1,2,3 i 4. Podkreślić także należy, że okoliczność braku precyzyjnego opisu sytuacji uprawniających do obniżenia punktacji nie była podnoszona przez żadnego z wykonawców w toku postępowania, przed składaniem ofert. Założyć zatem należy, że wykonawcy przyjęli sposób oceny ofert w kryterium jakościowo – technicznym, określony przez zamawiającego, dopuszczający ocenę zaproponowanego rozwiązania zadania i przyznanie punktacji od 1 do 4. Przyjęcie odmiennego stanowiska, i uznanie za słuszne twierdzenia odwołującego, że zamawiający oceniając oferty w kryterium jakościowym winien albo przyznać ofercie maksymalną ilość punktów albo ofertę odrzucić przeczy samej istocie kryterium jakościowego, którego celem jest dokonanie oceny skuteczności, prawidłowości, adekwatności zaproponowanych rozwiązań. Uznanie za prawidłowe stanowiska odwołującego w tym zakresie oznaczałoby, że sformułowane przez zamawiającego jakościowe kryterium oceny ofert stałoby się w efekcie

wymaganiem koniecznym do spełnienia a nie kryterium, w którym wykonawcy mogą uzyskać odpowiednią ilość punktów.

Podsumowując, zdaniem Izby zamawiający mógł ocenić opis zaproponowanych przez wykonawcę rozwiązań (koncepcji rozwiązania każdego z zadań), przyznając poszczególnym zadaniom punktację od 1 do 4, na podstawie oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej oceniającej zrozumienie przez wykonawcę problemu oraz adekwatności rozwiązania do wymaganych przez zamawiającego oczekiwanych wyników przedstawionych w kolumnie opis zadania, oceny możliwości realizacji poszczególnych zadań przez wykonawcę w oczekiwanych terminach, a także oceniając spełnienie określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia 6 elementów, np. informacje prezentujące sposób realizacji zadania oraz jego wdrożenia, obejmujące wyjaśnienie, w jaki sposób wykonawca zamierza zrealizować zadanie i w konsekwencji jakie komponenty oprogramowania zmodyfikować czy informacja nt. sposobu wdrożenia modyfikacji w sposób ograniczający do minimum okresu braku dostępności usług systemu dla użytkowników lub wprowadzających zakłócenia w jego pracy, a także założenia oraz sposób i wyniki obliczeń dotyczące osiągnięcia przez oferowane rozwiązania wartości dla kryteriów odbioru oraz, w jaki sposób wykonawca proponuje dokonać weryfikacji podczas odbioru oprogramowania. Wykonawcy mieli dowolność w opracowaniu samej koncepcji rozwiązania poszczególnych zadań rozwojowych, która jako wytwór działalności intelektualnej podlegała ocenie członków komisji przetargowej.

134. Sygn. akt: X Ga 25/12, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 13 kwietnia 2012 r.

Jakkolwiek zamawiający jest uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu jego uzasadnione potrzeby, to Sąd Okręgowy podzielił stanowisko skarżącego co do generalnie ocenego i uznaniowego charakteru jednego z kryteriów oceny ofert odnoszącego się do ich zawartości merytorycznej zastosowanego przez zamawiającego w pkt 14 SIWZ. Skarżący słusznie zakwestionował kryteria takie jak zawarte w „zasadach organizacji pracy z uwzględnieniem całodobowej obsługi i obsady na poszczególnych odcinkach”, tj. zapewnienie wykonania czynności wskazanych w SIWZ oraz wykonanie dodatkowych czynności ocenionych przez zamawiającego jako korzystnych dla wykonania usługi (...) czy też organizację pracy zapewniającą optymalną obsadę wysoko kwalifikowanego personelu i odpowiednie godziny pracy personelu, wprowadzającą najefektywniejsze rozwiązania.

W art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp wskazano, że specyfikacja istotnych warunków - zamówienia winna zawierać co najmniej m.in. opis kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty zamawiający wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Sąd Okręgowy podzielił stanowisko zamawiającego, iż posługiwanie się wyłącznie kryterium ceny nie jest rozwiązaniem w pełni wystarczającym, zwłaszcza w nowoczesnym i profesjonalnym obrocie, w którym można oczekiwać od wykonawców w toku zamówienia konkurencji także na polu własnych rozwiązań technicznych czy innowacyjności. Na aprobatę zasługuje również stanowisko wyrażone w orzecnictwie sądów okręgowych oraz zespołów arbitrów, które Sąd Okręgowy podzielił, a zgodnie z którym wymaganie przez ustawę prawo zamówień publicznych, aby kryteria oceny ofert były opisane i wskazany został sposób oceny ofert należy interpretować w ten sposób, iż zamawiający ma obowiązek wymienić wszystkie kryteria, szczegółowo opisać do czego się odnoszą oraz w jaki sposób nastąpi ocena treści

oferty przy ich zastosowaniu. Sposób oceny ofert powinien być tak skonstruowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, iż powinna zostać wyłączona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Konieczne jest bowiem zapewnienie weryfikacji prawidłowości oceny ofert w szczególności przez wykonawców oraz organy uprawnione do orzekania o zgodności z prawem przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny i hierarchizacji w rankingu ofert najkorzystniejszych (tak m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04). (...)

Niezależnie od powyższych rozważań Sąd Okręgowy podzielił jednak stanowisko zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i zamawiającego, iż skarżący formułując żądania odwołania, jak i skargi, nie wskazał na konkretne, w jego ocenie wadliwe, rozwiązania, ale sam posłużył się określeniami nieprecyzyjnymi. Skarżący żądał bowiem zmiany opisu kryteriów oceny ofert na jasne, precyzyjne i weryfikowalne oraz wskazujące wymagania zamawiającego. Nie wskazał jednakże skarżący, które z zastosowanych przez zamawiającego rozwiązań nie spełniają tego warunku. Nie wiadomo również, co skarżący rozumie poprzez pojęcie kryteria jasne i precyzyjne, skoro w ślad za tym żądaniem nie idą propozycje rozwiązań, które według skarżącego spełniają te warunki. Nie sprecyzował tym samym skarżący swego roszczenia w sposób pozwalający na jego uwzględnienie.

Natomiast sformułowanie sentencji wyroku musi nastąpić w sposób jasny, umożliwiający jednoznaczne rozumienie tekstu tak, aby jego adresat wiedział, w jaki sposób ma się zachować i nie miał żadnych wątpliwości co do tego jaki rodzaj obowiązku postępowania został na niego nałożony. Powyższemu obowiązkowi nie sprosta sformułowanie sentencji wyroku poprzez nakazanie zamawiającemu modyfikacji pkt 14 SIWZ poprzez zmianę opisu kryteriów oceny ofert na jasne, precyzyjne i weryfikowalne oraz wskazujące wymagania zamawiającego. Wobec powyższego Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 1 pzp oddalił skargę.

Art. 91 ust. 3a

135. Sygn. akt: KIO 1153/14, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2014 r.

Z uwagi na to, że wykonawca (...) jest podmiotem mającym siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i wybór jego oferty spowoduje powstanie obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, to zamawiający był zobowiązany do zastosowania dyspozycji wynikającej z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp i doliczenia do ceny zaproponowanej w ofercie podatku od towarów i usług. Powoduje to, że do oceny i porównania ofert zamawiający przyjął zaproponowaną przez (...) cenę powiększoną o obowiązującą stawkę podatku VAT. W efekcie cena oferty tego wykonawcy wyniosła 2 219 819,80 zł i nadal jest ona ofertą najkorzystniejszą w jedynym kryterium oceny ofert, jakim jest cena. Zamawiający dokonał wyboru oferty w oparciu o ustalone wcześniej kryteria oceny ofert, co powoduje, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 91a - c**136. Sygn. akt: KIO 423/14, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2014 r.**

Przechodząc do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego nie można tracić z pola widzenia, że Izba w rzeczonym wyroku nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy (...) uznając, że etap oceny ofert poprzedzający zaproszenie do aukcji elektronicznej obarczony był błędem. Oznacza to jednocześnie, że krąg wykonawców, którzy mogli wziąć udział w aukcji elektronicznej został ustalony wadliwie. W konsekwencji w aukcji elektronicznej uczestniczył wykonawca, który nie powinien być nawet zaproszony do udziału w aukcji. W tych okolicznościach nie sposób sobie wyobrazić, a czego domaga się Odwołujący, że Zamawiający był uprawniony do unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej jedynie wobec wykonawcy (...), po uprzednim odrzuceniu jego oferty. Czynności zaproszenia do udziału w aukcji nie można postrzegać jedynie w świetle jednostkowego zaproszenia danego wykonawcy do udziału w aukcji. Z rzeczonym zaproszeniem wiążą się daleko idące skutki, ustalony zostaje krąg wykonawców, którzy uprawnieni są do wzięcia udziału w aukcji, otrzymują oni informację o pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji (art. 91b ust. 2 ustawy Pzp) co powoduje, że wraz z przystąpieniem do aukcji mają wiedzę co do warunków faktycznych i podmiotów, względem których konkurują. W związku z powyższym, mając na względzie istotę, charakter i cel przeprowadzania aukcji elektronicznej nie sposób dojść do przekonania, że w okolicznościach niniejszej sprawy wystarczające byłoby unieważnienie czynności zaproszenia do aukcji względem wykonawcy (...), przy jednoczesnym utrzymaniu czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wobec pozostałych wykonawców, a w konsekwencji uznanie, że aukcja elektroniczna została przeprowadzona w sposób prawidłowy. (...)

Jednocześnie dostrzec należy, o czym już była mowa wyżej, że zaniechanie unieważnienia czynności aukcji elektronicznej nie dałoby się pogodzić z istotą tejże instytucji. To oznaczałoby bowiem, że za prawidłową uznaje się aukcję elektroniczną, w której wziął udział wykonawca nieuprawniony do uczestniczenia w aukcji, w konsekwencji oznaczałoby to konieczność przyjęcia, że warunki brzegowe prowadzonej aukcji (po dokonaniu oceny ofert) nie mają znaczenia, choć nie sposób się z tym zgodzić, a dalej, że wynik aukcji, ze względu na fakt, że wziął w niej udział Wykonawca, którego oferta winna być odrzucona, podlega w związku z powyższym pewnym modyfikacjom. Zaaprobowanie takiego działania, w ocenie Izby, z pewnością nie mieści się w zakresie regulacji przepisów art. 91a oraz art. 91b ustawy Pzp. (...)

Wreszcie wskazać należy, iż Zamawiający dokonując unieważnienia aukcji elektronicznej nie unieważnia oświadczeń woli poszczególnych wykonawców. Niejako uchyla czynność przeprowadzenia aukcji, co ma istotny wpływ na oświadczenia złożone w toku aukcji (nie mogą być brane pod uwagę i wywołać określonych skutków), ale co ze względu na uprawnienia Zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i gwaranta przestrzegania regulacji to postępowanie normujących mieści się w granicach jego normatywnych uprawnień.

Art. 92**137. Sygn. akt: KIO 340/14, Wyrok KIO z dnia 6 marca 2014 r.**

Izba wskazuje, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej. W oparciu o jego treść wyko-

nawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Lakoniczność uzasadnienia, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi, jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się Zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez Zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na Zamawiającym. Izba podziela zatem w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to, że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron, a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu, to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji, od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy, przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)”.

138. Sygn. akt: KIO 413/14, Wyrok KIO z dnia 17 marca 2014 r.

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielnie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę; (...). Powyższy przepis nie określa, jak szczegółowe powinno być uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego, jednak nie jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, że uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy czy wykluczeniu go z postępowania warunkuje zakres składanych

środków ochrony prawnej, zatem treść zawiadomienia winna wskazywać przyczyny decyzji zamawiającego. Tak więc to na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego podejmowanych w toku postępowania decyzji w taki sposób, aby wykonawcy mieli pełną wiedzę na temat ich przyczyn. Wykonawca nie powinien domniemywać, na czym polegają stwierdzone przez zamawiającego nieprawidłowości w złożonych przez niego dokumentach.

139. Sygn. akt: KIO 421/14, Wyrok KIO z dnia 20 marca 2014 r.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

140. Sygn. akt: KIO 737/14, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r.

Bezspornym jest, że oferowane przez Odwołującego oprawy lamp nie spełniają wymagań wymienionych w załączniku 10A do SIWZ, a co za tym idzie są niezgodne z SIWZ. W tych okolicznościach nie sposób uznać, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była bezpodstawną.

Nie zmienia tej oceny fakt, że Zamawiający nie podał podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, jaką jest przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Na podstawie uzasadnienia faktycznego czynności Zamawiającego Odwołujący uzyskał wystarczającą wiedzę o przyczynach odrzucenia Jego oferty, pozwalającą mu na podjęcie właściwie ukierunkowanej obrony swoich interesów w tym postępowaniu, co też uczynił wnosząc odwołanie i akcentując, właściwie odczytaną podstawę czynności Zamawiającego. Tym samym należało uznać, iż zakres informacyjny uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego pozwolił Odwołującemu prowadzić rzeczową polemikę z argumentami, które przemawiały za odrzuceniem jego oferty. Mimo to, dostrzeżenia wymaga, że rzeczą Zamawiającego jest wskazać podstawę prawną dokonywanych czynności – zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Powyższe uchybienie, nie tylko nie zostało objęte zakresem odwołania, ale pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

141. Sygn. akt: KIO 866/14, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2014 r.

Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zamawiający uzasadniając w sposób ogólnikowy i niepełny, bez wskazania adekwatnej podstawy prawnej - podjętej wobec oferty odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania i jego uzasadnienia, uchylając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował powody wykluczenia go, czy odrzucenia oferty, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności tak, aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Zdaniem Izby, brak prawidłowego uzasadnienia czynności względem oferty odwołującego, może mieć wpływ na wynik postępowania w rozumieniu postanowień art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie był bowiem w stanie sformułować w złożonym odwołaniu - zarzutów kwestionujących prawidłowość wyeliminowania go z postępowania - z przyczyn podawanych przez zamawiającego dopiero do protokołu rozprawy. Możliwość efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy, uczestniczącego w przetargu publicznym. W tym aspekcie Izba uznała, że okoliczność wadliwego uzasadnienia kwestionowanej czynności mogła mieć wpływ na wynik postępowania, pozbawiając odwołującego możliwości obrony oferty, która jako jedyna złożona miała szansę zostać wybrana. Odwołujący wprost podnosił, że jeśli zamawiający istotnie uważał, że odwołujący nie wykazał spełnienia któregośkolwiek z warunków udziału w postępowaniu to nie ujawnił tego w treści przekazanej informacji, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

142. Sygn. akt: KIO 946/14, Wyrok KIO z dnia 23 maja 2014 r.

Izba uznała, iż uzasadnienie faktyczne decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty nie było pełne i stawiało Odwołującego w trudnej sytuacji, gdyż musiał domyślać się przyczyn negatywnej oceny. Wymóg uzasadnienia czynności nie może sprowadzać się do przytoczenia brzmienia przepisu. Zamawiający mówiąc o opcjach cenowych miał na myśli opisy odnoszące się do kosztów wykonania poszczególnych wizualizacji strojów, które nie były określone kwotowo, a tym samym nie było możliwe ustalenie, w jaki sposób wybór opcji miał wpływać na zmianę kwoty zaoferowanej w formularzu ofertowym. Cena w ofercie była bezsprzecznie określona kwotą brutto. Stąd uzasadnienie było niejasne i mogło wprowadzać w błąd Wykonawcę, a tym samym utrudniać podjęcie skutecznej obrony w postępowaniu odwoławczym. Zamawiający dopiero na rozprawie określił z jakim postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia uznał ofertę Odwołującego za niezgodną, a które

dotyczyło zakazu złożenia oferty wariantowej. Stanowiło to nową nieznaną Odwołującemu okoliczność, przeciwko której nie mógł podjąć skutecznej obrony w związku z zakresem zarzutów. Brak pełnego uzasadnienia, tj. wskazującego na istotne dla oceny okoliczności może mieć znaczenie dla ustalenia wyniku postępowania, tj. jego utrzymania. W sytuacji kiedy Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty nie wskaże wszystkich okoliczności, które miałyby znaczenie dla poprawności czynności, lub powoła okoliczności, które okażą się być niewystarczające, ocena czynności Zamawiającego może opierać się wyłącznie na weryfikacji okoliczności wskazanych w uzasadnieniu. W tym znaczeniu, braki w uzasadnieniu mogą mieć wpływ na wynik postępowania i prowadzić do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 92 ust. 2 ustawy. W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba uznała, iż Zamawiający nie wskazał pełnego uzasadnienia faktycznego, co w sytuacji kiedy okoliczności wskazane w uzasadnieniu okazały się być niewystarczające dla stwierdzenia niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, stanowiło o naruszeniu ustawy mającym wpływ na wynik postępowania.

Art. 93 ust. 1 pkt 4

143. Sygn. akt: KIO 392/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r.

Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. W ocenie Izby określenie przez Zamawiającego kwoty, jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia mieści się w jego dyskrejonalnej władzy, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w żaden sposób tej władzy nie ograniczają. W tym zakresie skład orzekający podzielił opinię wyrażoną w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO 1645/11, gdzie Izba wyjaśniła, że: „Przepisy te ustanawiają proceduralne ograniczenie arbitralności zamawiającego w określeniu kwoty, którą chce/zamierza wydać na sfinansowanie zamówienia na etapie oceny ofert i unieważnienia postępowania w odniesieniu do tej kwoty. Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako «od dołu», tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyżej ograniczany przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w ww. przepisie: «chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty», należy interpretować jak okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia”. Pamiętać należy, że przepisy te nie umożliwiają wykonawcy, na etapie w jakim obecnie znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie, badania rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego, czy też podejmowania próby nakazania Zamawiającemu wydania na dane zamówienie kwoty wyższej niż pierwotnie zaplanowana. Taką właśnie próbę podjął Odwołujący – działanie to nie znajduje podstaw w ustawie Pzp. Uznanie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego prowadziłoby do podważenia celowości ogłaszania bezpośrednio przed otwarciem złożonych Zamawiającemu ofert kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tak jak to nakazuje art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Do tej

właśnie kwoty odnosi się przepis art. 94 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, stąd na tym etapie postępowania nie jest właściwym ustalanie i dowodzenie rzeczywistych możliwości finansowych Zamawiającego.

Pamiętając o powyższym, Izba uznała, iż wobec faktu, że otwarcie ofert miało miejsce w dniu 23 grudnia 2013 r., przyjęc należało, że twierdzenia o podaniu przez Zamawiającego zaniżonej kwoty w stosunku do rzeczywistej kwoty, jaką on dysponuje zostały sformułowane po upływie terminów określonych w art. 182 ustawy Pzp. W tym kontekście Izba, ponownie odwołując się do orzeczenia KIO 1645/11, pragnie wskazać, że: „Wykonawcy mogą ewentualnie, w stosownych terminach zakwestionować jedynie kwotę, którą zamawiający podał przed otwarciem ofert jako rażąco zaniżoną w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Kwota taka co prawda nie musi być identyczna z wartością szacunkową zamówienia, którą zamawiający przed wszczęciem postępowania ustalił (plus VAT) – zamawiający może spodziewać się, iż na skutek działania rynkowych mechanizmów konkurencyjnych uzyska zamówienie za kwotę niższą. Jak już wskazano sprawą zamawiającego pozostaje ile na dane zamówienie może/chce wydać. Jednakże kwota ta równocześnie nie może być zaniżona w stosunku do realnej wartości zamówienia jedynie w celu wykreowania sytuacji, w której przesłanka unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 3 [faktycznie ust. 1] pkt 4 Pzp praktycznie zawsze się ziści, a zamawiający będzie miał możliwość dowolnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Tego typu działanie zamawiającego praktycznie uniemożliwiałoby i przekreślałoby opisany wyżej cel podawania kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i jako takie na zasadzie art. 5 K.c. nie mogłoby być uznane za korzystanie z przysługującego prawa i nie korzystałoby z ochrony.”

Art. 93 ust. 1 pkt 6

144. Sygn. akt: KIO 293/14, KIO 294/14, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r.

(...) Ustawa nie definiuje pojęcia istotnej zmiany okoliczności, jak również interesu publicznego, w rozumieniu przepisów art. 93 ust. 1 pkt 6. W doktrynie wskazuje się, że dla zastosowania powołanego przepisu należy stwierdzić po pierwsze, że zmiana faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia, a po drugie, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 grudnia 2003 r. sygn. akt V Ca 2224/03: „Istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż dalsze kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie”. Tak mamy w tej sprawie, potrzeba zakupu nie dwóch, ale już trzech urządzeń ultrasonograficznych, o innych niż wcześniej parametrach jest następstwem uzyskania kontraktu na inny niż zakładany uprzednio zakres usług medycznych, to zaś jest wynikiem faktu, że podjęto określone prace modernizacyjne w budynku, przy czym w dacie wszczęcia postępowania na urządzenia ultrasonograficzne [październik 2013 r.] ta okoliczność nie była znana, skoro jeszcze w styczniu 2014 r. miała miejsce modyfikacja SIWZ w zakresie zmian w PFU w postępowaniu dotyczącym modernizacji budynków (...), a pod koniec stycznia 2014 r. rozstrzygnięto postępowanie. Tym samym, jeśli zmienione okoliczności rzutują na celowość prowadzenia postępowania, z tego względu, że determinują inny zakres rzeczowy lub

ilościowy zamówienia, możemy mieć do czynienia z istotną zmianą okoliczności (...).

145. Sygn. akt: V Ca 1599/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 28 września 2012 r.

Sąd odwoławczy w pełni podziela rozważania prawne KIO dotyczące wykładni art. 93 ust. 1 pkt 6 PZP. KIO w sposób szczegółowy i wnikliwy zanalizowała przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przybliżając zarówno samo pojęcie istotnej zmiany okoliczności, jak i interesu publicznego. Zdaniem sądu odwoławczego zamawiający w sposób należyty wykazał w toku niniejszego postępowania zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu, iż nastąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz że przy zachowaniu należytej staranności nie można było jej wcześniej przewidzieć. Jak wynika z informacji uzyskanych od przeciwnika skargi (...) plany legislacyjne Ministerstwa (...) zmierzające do nowelizacji ustawy o ewidencji ludności i ustawy o dowodach osobistych są stopniowo realizowane, a projekty zmian zostały skierowane do uzgodnień międzyresortowych i konsultacji (k. 514). Sąd odwoławczy podziela ustalenie KIO, iż wobec rezygnacji z warstwy elektronicznej dowodów osobistych dalsze prowadzenie postępowania przetargowego było nieracjonalne, prowadząc do wydatkowania środków publicznych na cel, który na chwilę obecną stał się zbędny. Przy czym bez znaczenia jest, iż zmiana przepisów nie została jeszcze dokonana, pamiętać bowiem należy, iż proces legislacyjny trwa długo, zaś dalsze prowadzenie postępowania i czekanie na uchwalenie zmian, narażało zarówno zamawiającego, jak i uczestników przetargu na dalsze, niepotrzebne wydatki. Skoro podjęto decyzję, iż zamówienie w tym kształcie nie będzie realizowane, jedynym logicznym i racjonalnym zachowaniem było podjęcie decyzji o natychmiastowym unieważnieniu przetargu.

Należy nadto podkreślić, iż zamawiający szczegółowo i racjonalnie uzasadnił przyczyny rezygnacji na tym etapie z wprowadzenia warstwy elektronicznej, zwracając uwagę nie tylko na brak zabezpieczenia środków finansowych na realizację projektu, zwłaszcza w sytuacji kryzysu finansowego państwa. W decyzji o unieważnieniu ustawy powołano się na dokonaną przez Komitet Rady Ministrów do spraw Cyfryzacji analizę zasadności wdrożenia elektronicznego dowodu osobistego w Polsce. Zwrócono w nim m.in. uwagę na fakt, iż pierwotnie elektroniczny dowód osobisty miał funkcjonować jedynie na terytorium RP bez możliwości współpracy z instytucjami prawnymi wdrożonymi w innych krajach. Natomiast podjęcie przez Komisję Europejską prac zmierzających do utworzenia jednolitego, europejskiego rynku cyfrowego, przebudowy instytucji podpisów elektronicznych oraz zapewnienia wzajemnego uznawania elektronicznej identyfikacji elektronicznego uwierzytelniania na obszarze całej Unii europejskiej, pociąga za sobą realne niebezpieczeństwo, iż system rozwiązań przyjęty w Polsce nie będzie kompatybilny z rozwiązaniami ogólnoeuropejskimi. Powyższe argumenty są w ocenie sądu okręgowego logiczne i przekonujące, kontynuowanie postępowania przetargowego spowodowałoby niecelowe wydatkowanie środków publicznych niezgodne z dyscypliną finansów publicznych, zaś ewentualne przyszłe koszty ujednoczenia i dostosowania systemu polskiego do rozwiązań europejskich byłyby znaczne. Zdaniem sądu odwoławczego w toku niniejszego postępowania w sposób bezsporny wykazano, iż w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, a w wyniku ich zmiany kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. Nie budzi też wątpliwości, iż zmiana okoliczności musi mieć charakter istotny, czyli znaczący i nie-

bagatelny.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

146. Sygn. akt: V Ca 788/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Twierdzenie Izby, że zamawiający nie mógł wybrać oferty, której charakter być może nie odpowiada wprost jego potrzebom, które nie zostały w sposób właściwy opisane jest sprzeczne z przepisami prawa zamówień publicznych i świadczy o niezrozumieniu celu i charakteru postępowania o zamówienie publiczne. Specyfiką polskiej regulacji z zakresu zamówień publicznych jest wyróżnienie zamówień udzielanych w procedurze zwanej zastrzoną. Ustawodawca nałożył na zamawiającego i oferentów wyjątkowo sformalizowane wymagania w procesie wyłaniania wykonawcy i obie strony winny się do nich stosować pod rygorem negatywnych konsekwencji wynikających z własnych zaniedbań. W stanie faktycznym sprawy niniejszej skoro zamawiający uzyskał w drodze postępowania o zamówienie publiczne ofertę zgodną z SIWZ w ocenie Sądu Okręgowego nie zaistniały okoliczności uzasadniające unieważnienie postępowania. Inna interpretacja przepisów ustawy prawo zamówień publicznych prowadziłaby do zupełnego wypaczenia sensu procedury przewidzianej w pzp.

Przechodząc do analizy przepisów prawa przede wszystkim zważyć należy, że naruszenia przepisów dotyczących sporządzania opisu przedmiotu zamówienia ustawodawca nie wymienił wśród przesłanek skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że podstawę taką w stanie faktycznym sprawy niniejszej może stanowić art. 146 ust. 6. To stanowisko jest chybione. Zgodzić się należy ze stanowiskiem zaprezentowanym w skardze, zgodnie z którym nie stanowi przyczyny unieważnienia postępowania rzekomo wadliwy opis przedmiotu zamówienia (wyrok z dnia 16 września 2010 r., sygn. KIO/UZP 1905/10, KIO/UZP 1921/10; wyrok z dnia 15 lutego 2011 r, sygn. KIO 214/11; KIO 215/11). Odnosząc się do analizy zagadnienia czy przesłanka unieważnienia postępowania zawarta w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w sprawie niniejszej ziściła się stwierdzić z kolei trzeba, że nieprecyzyjne sformułowanie SIWZ nie skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia. Wada postępowania, o której mowa w kontekście przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek wystąpienia tej wady, podlegała unieważnieniu. Bezwątpienia Zamawiający może zawrzeć ze skarżącym ważą umowę. Skoro Zamawiający nie udowodnił zaistnienia wady postępowania (nie wskazał naruszenia przez siebie bądź uczestników postępowania żadnego konkretnego przepisu ustawy Pzp) tym bardziej nie wykazał jej wpływu na wynik postępowania oraz możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wadą ową nie jest rzekome pominięcie przez Zamawiającego elementu opisu przedmiotu zamówienia, zwłaszcza, że takiego braku nie zauważył żaden z wykonawców, zaś sam Zamawiający zidentyfikował go, jak twierdzi, dopiero po otwarciu ofert i dokonaniu ich oceny, na którą to czynność wskazuje choćby fakt dwukrotnego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty.

Art. 93 ust. 1a

147. Sygn. akt: KIO 619/14, KIO 620/14, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r.

(...) zgodnie z art. 93 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli środki pochodzące z budżetu

Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana - w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, jak w niniejszym przypadku – w ogłoszeniu o zamówieniu.

W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że możliwość unieważnienia obydwu postępowań o zamówienie publiczne, których dotyczą złożone odwołania, została przewidziana przez Zamawiającego w treści ogłoszeń o zamówieniu (sekcja VI pkt 3)). W ich treści (sekcja VI pkt 2) wskazano również, że obydwa zamówienia miały być finansowane ze środków unijnych z programu: „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych – etap I POIiŚ 7.1-59”. Okolicznością bezsporną w sprawie było to, że dotychczas Zamawiający nie uzyskał owego dofinansowania – nie została podpisana umowa o dofinansowanie (oświadczenie Zamawiającego złożonego w toku rozprawy, któremu nie zaprzeczył Odwołujący). Unieważnienie obydwu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – jak wynikało z oświadczenia złożonego w toku rozprawy przez Zamawiającego – nastąpiło w oparciu o informację uzyskaną przez Zamawiającego z Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju, zawartą w piśmie z dnia 26 lutego 2014 r. (znak: (...)). W piśmie tym wskazano, że uwzględnienie przez Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi Północ zażalenia na postanowienie z dnia 5 listopada 2013 r. o odmowie wszczęcia śledztwa wydanego w sprawie o sygn. akt: (...), oznacza kontynuację śledztwa w sprawie wejścia w porozumienie pomiędzy uczestnikami sześciu postępowań przetargowych ogłoszonych i przeprowadzonych przez Zamawiającego w ramach realizacji projektu dla Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 7.1-59 „Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych – etap I”. Podkreślono, że powyższe okoliczności oraz działania, jakie podjęła Komisja Europejska w związku z wniesieniem aktu oskarżenia w sprawie podejrzenia zmywu przetargowej w przypadku trzech kontraktów drogowych, nawet tych, w których oskarżonymi byli przedstawiciele firm, które jedynie uczestniczyły w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nie zostały wybrane jako wykonawcy, wskazują, iż istnieje bardzo wysokie ryzyko, że Komisja Europejska do czasu zakończenia śledztwa lub w przypadku skierowania sprawy do sądu - do czasu zakończenia sprawy sądowej, nie będzie refundować wydatków kwalifikowanych w kontraktach zawartych w wyniku przetargów, w odniesieniu do których toczy się śledztwo. Wskazano tam, że co najmniej do czasu zakończenia śledztwa (tj. do czasu ewentualnego umorzenia śledztwa lub ewentualnego rozstrzygnięcia sądu w przypadku wniesienia aktu oskarżenia) zawarcie umowy o dofinansowanie ze środków UE w odniesieniu do postępowań przetargowych objętych śledztwem nie będzie możliwe. Zamawiający dodatkowo wykazywał, że w dniu 1 kwietnia 2014 r. została podjęta przez Zarząd (...) S.A. uchwała nr 229/14, którą został ograniczony zakres realizacji inwestycji o zadania oznaczone przetargami nr 2 i 3.

Izba, dokonując analizy wskazanych dokumentów stwierdziła, że w tym przypadku została wypełniona przesłanka do unieważnienia postępowań, wynikająca z art. 93 ust. 1a ustawy Pzp. Niewątpliwie dwie przywołane wyżej okoliczności, o których mowa w tym przepisie (Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wskazane inwestycje środki pochodzące Unii Europejskiej i przewidział w ogłoszeniach o zamówieniu możliwość unieważnienia postępowań w oparciu o wskazaną podstawę prawną w sytuacji nie przyznania mu tych środków) ziściły się. Co do powyższego

Odwołujący w żaden sposób nie sprzeciwił się. Okolicznością sporną pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym było ustalenie, czy wypełniła się okoliczność nie przyznania Zamawiającemu środków z budżetu UE na realizację inwestycji objętych przetargami nr 2 i 3. Zdaniem Izby ta okoliczność również znalazła swoje wypełnienie w przedmiotowym stanie faktycznym. Niewątpliwie bowiem pismo Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju z dnia 26 lutego 2014 r. – podmiotu odpowiedzialnego za przyznanie Zamawiającemu środków unijnych, wskazuje, że co najmniej do czasu zakończenia śledztwa prowadzonego w sprawie wejścia w porozumienie pomiędzy uczestnikami sześciu postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w ramach przywołanego Programu Operacyjnego, zawarcie umowy o dofinansowanie ze środków UE wskazanych projektów nie będzie możliwe. Jest to – zdaniem Izby – jednoznaczna odmowa Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju przyznania Zamawiającemu środków europejskich na sfinansowanie wskazanych inwestycji. Odmowa ta jest co prawda czasowa – „co najmniej do czasu zakończenia śledztwa (tj. do ewentualnego umorzenia śledztwa lub ewentualnego rozstrzygnięcia sądu w przypadku wniesienia aktu oskarżenia)” jednakowoż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy ta odmowa ma charakter niweczący możliwość sfinansowania zamówień objętych przetargami nr 2 i 3. Jak bowiem wynika z treści przywołanego pisma Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju postępowanie karne dotyczące tych przetargów pozostaje w toku (Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi Północ postanowieniem z dnia 5 listopada 2013 r. uwzględnił złożone zażalenie na umorzenie śledztwa w przedmiotowej sprawie). Odmienne twierdzeń Odwołujący w tym zakresie nie prezentował w toku postępowania odwoławczego. Brak jest jakichkolwiek uzasadnionych i potwierdzonych okoliczności czy choćby przypuszczeń, aby postępowanie to miało się zakończyć w tym, bądź w najbliższym momencie. Zresztą w tym zakresie sam Odwołujący wskazywał też, że owo postępowanie karne pozostaje w początkowej fazie. Jednocześnie też, mając na względzie możliwość uzyskania refinansowania ze wskazanego projektu unijnego kosztów realizacji inwestycji objętych przetargami nr 2 i 3 (o refundację w ramach tego projektu można występować do końca pierwszego kwartału 2016 r., a okres kwalifikowalności kończy się 31 grudnia 2015 r.), wybór wykonawcy i podpisanie z nim umowy powinno nastąpić niezwłocznie. Izba uwzględniła w tym przypadku również charakter prowadzonych przez Zamawiającego inwestycji – roboty budowlane o znacznej wartości (wartość szacunkowa netto tylko w zakresie przetargu nr 2 to kwota: 55 207 500 zł), obejmujące zaprojektowanie i wykonawstwo z określonym ponad rocznym terminem realizacji zamówienia. Powyższe okoliczności wskazują – w ocenie Izby – iż nie przyznanie Zamawiającemu środków unijnych na sfinansowanie wskazanych zamówień w ramach prowadzonych przez Zamawiającego dwóch przetargów (nr 2 i 3) ma *de facto* charakter ostateczny.

Art. 96 ust. 3

148. Sygn. akt: KIO 1056/14, KIO 1059/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.

Brak udostępnienia przez zamawiającego odwołującemu indywidualnych kart oceny stanowi uchybienie, które uniemożliwia wykonawcom zweryfikowanie pełnej zgodności postępowania zamawiającego przy ocenie ofert z zasadami przyznawania punktów, określonymi w pkt 13.1.2. SIWZ. Zamawiający ma obowiązek udostępnić wykonawcom protokół postępowania, który jest jawny (art. 96 ust. 3 Pzp), w tym protokół z oceny ofert, którego częścią niewątpliwie są sporządzone przez zamawiającego dokumenty, zawierające wyniki indywidualnej oceny ofert dokonanej przez

poszczególnych członków komisji przetargowej. W przedmiotowym postępowaniu uchybienie powyższe mogłoby stanowić podstawę do uwzględnienia odwołania wyłącznie w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że miało lub może mieć istotny wpływ na wyniki postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp). W związku z tym, że Izba jednak nie dopatrzyła się nieprawidłowości w ocenie oferty odwołującego w ramach kryterium Metodyka, podkryterium nr 1, 2 i 4, o czym poniżej, nie było podstaw do uwzględnienia odwołania w związku z art. 192 ust. 2 Pzp.

Art. 139 ust. 1

149. Sygn. akt: KIO 283/14, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2014 r.

Art. 353¹ k.c. zawiera zasadę swobody zawierania umów, która polega na swobodzie kształtowania treści stosunku prawnego, jak i na swobodzie wyboru kontrahenta czy też wyboru formy zawarcia umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współzycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa Pzp. Zamawiający – w myśl przepisów tej ustawy – ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia. Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy Pzp) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy. „Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za *sui generis* umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). Zamawiający jest bowiem podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353(1) k.c.), a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SIWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność. A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Zarzuty naruszenia art. 5 k.c., art. 7 i art. 29 ustawy Pzp, a więc dotyczące nadużycia prawa, tj. sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz opisu przedmiotu zamówienia podniesione przez przyzmat utrudnienia uczciwej konkurencji w odniesieniu do kwestionowanych przez odwołującego postanowień projektu umowy (podwykonawstwa i kar umownych) także w żaden sposób nie pozwalają na stwierdzenie, iż do naruszenia tych przepisów doszło. Wszyscy potencjalni wykonawcy, którzy mogą ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, są bowiem w takiej samej sytuacji i żaden z nich na skutek takiego, a nie innego skonstruowania przez zamawiającego projektu umowy nie jest dyskryminowany. Przygotowany projekt umowy dotyczy bowiem wszystkich potencjalnych wykonawców i każdy z nich w przypadku uzyskania tego zamówienia zawrze umowę na takich samych warunkach. A ponadto żadnej z kwestionowanych w treści odwołania kar umownych (pkt 7 lit. b), c) i d) nie można uznać za nadmierną i godzącą w zasadę równego traktowania wykonawców. Kary umowne mają bowiem nie tylko charakter odszkodowawczy, lecz również prewencyjny, gdyż mają dyscyplinować wykonawców w trakcie realizacji umowy. Żadna z nich nie narusza także przepisów ustawy Pzp. Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał. Kary umowne, a także mechanizmy ich stosowania oraz miarkowanie zostały szczegółowo określone w kodeksie cywilnym. Tak więc strona niezadowolona z wysokości nałożonej kary umownej ma zawsze ustawowe prawo do domagania się ich miarkowania.

150. Sygn. akt: KIO 380/14, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r.

Zgodnie z art. 353(1) KC strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Z zasady swobody umów wyrażonej w przywołanym artykule wynika, że jakkolwiek proporcjonalność świadczeń ani równość stron rozumiana jako równość ich uprawnień wynikających z umowy o zamówienie publiczne nie jest konieczna i nieodzowna. Jak podkreślił Sąd Apelacyjny w Poznaniu (sygn. akt I ACa 544/08) – „Z wyrażonej w art. 353¹ k.c. zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy. Nieekwiwalentność sytuacji prawnej stron umowy nie wymaga więc, co do zasady istnienia okoliczności, które by ją usprawiedliwiały, skoro stanowi ona wyraz woli stron.” Jak już wielokrotnie zostało wskazane przez Izbę, warunki umowne są identyczne dla wszystkich wykonawców. Każdy z nich ma prawo i obowiązek zapoznania się z propozycją zapisów Zamawiającego i zdecydować czy taki kształt przyszłego stosunku umownego jest dla niego do zaakceptowania czy nie. Zgodnie z art. 353(1) k.c. wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla wykonawcy.

W sytuacji, gdy kluczowym zarzutem odwołującego jest naruszenie przez zamawiającego art. 353(1) KC poprzez nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym i jednostronne określanie przez zamawiającego zakresu uprawnień i obowiązków stron umowy (co ma miejsce w niniejszym postępowaniu) zadaniem Izby jest rozstrzygnięcie o zakresie swobody kontraktowej przyszłego stosunku umownego, który powstanie w wyniku udzielenia zamówienia. Zarówno Izba jak i sądy wielokrotnie podkreślały, że na gruncie prawa zamówień publicznych mamy do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353(1) KC), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem

zobowiązania publicznego zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty.

151. Sygn. akt: KIO 398/14, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2014 r.

W tym miejscu Izba wskazuje na tezę zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 314/11), w którym zostało wskazane, że: „Podkreślić należy, iż warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. Rację ma skarżący, że o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”. Wobec powyższego w ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy – poprzez określenie terminu realizacji zamówienia – a wykonawca może nie złożyć oferty na tak postawionych warunkach. Jednak składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. (...)

W tym miejscu Izba wskazuje również na orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu w postaci wyroku z dnia 14 kwietnia 2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08), w uzasadnieniu którego zostało wskazane, że: „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”.

152. Sygn. akt: KIO 1023/14, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2014 r.

Zamówienia publicznego udziela się w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia określonych potrzeb zamawiającego, czemu służy m.in. ukształtowanie istotnych po-

stanowień umownych, których treść musi mieć oparcie w obiektywnych potrzebach zamawiającego, podlegających zaspokojeniu w wyniku postępowania. W orzecznictwie podkreśla się, że swoboda kontraktowania doznaje ograniczeń wynikających z ustawy Pzp, zasad współżycia społecznego oraz natury stosunku prawnego, przy uwzględnieniu specyficznej roli umów zawieranych w ramach zamówień publicznych. Jak wynika z uzasadnienia wyroku SN z dnia 18 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 478/07, zasada wyrażona w treści art. 353(1) K.c. umożliwia nierówne rozłożenie praw i obowiązków stron stosunku umownego, gdyż jest to niejako wpisane w swobodę kontraktowania. Zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów i interesów publicznych oraz wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z jego potrzebami. Ustawa Pzp daje zamawiającemu prawo do uregulowania treści umowy w sposób, który umożliwi zrealizowanie konkretnego zamówienia. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie mamy zatem do czynienia z negocjowaniem warunków umowy na zasadach określonych w art. 353(1) k.c. Warunki zamówienia są jednostronnie określane przez zamawiającego, do których wykonawcy mogą przystąpić. Uprawnienia wykonawców w zakresie wpływu na warunki umowy ograniczają się do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a nie dotyczą sfery, która podlega swobodzie kształtowania przez strony (patrz wyrok SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11, wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08). Jak wskazał SO w Gdańsku, jeżeli określone ryzyka zostają przerzucone na wykonawcę, ten ostatni w ramach kształtowania wynagrodzenia ma możliwość ustalenia takiej jego wysokości, aby uczynić cenę ekwiwalentem jego obowiązków kontraktowych. (...)

Dodać należy, że przy dwuletnim okresie realizacji umowy, jak w niniejszej sprawie, zawarcie w umowie klauzuli waloryzacyjnej wynagrodzenia wykonawcy o wzrost wskaźnika wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę nie ma szczególnego uzasadnienia, ponieważ jest to okres zbyt krótki, aby uznać, że nie można przewidzieć na ten okres zmian w poziomie minimalnego wynagrodzenia i uwzględnić te koszty w cenie oferty. Jak słusznie zauważył zamawiający, ryzyko zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę mieści się w ogólnym ryzyku prowadzenia działalności gospodarczej, zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy, a tym samym nie ma uzasadnienia, aby to zamawiający ponosił skutki wzrostu minimalnego wynagrodzenia pracowników wykonawcy. Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymaga uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów prawidłowej realizacji zamówienia i nie ingeruje w sposób kalkulacji oferty przez wykonawcę. W przypadku natomiast niespodziewanego, nadzwyczajnego wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę, wykonawca zawsze ma możliwość dochodzenia swoich roszczeń na drodze sądowej, zgodnie z art. 357(1) k.c. Zarzut braku w projekcie umowy postanowień umożliwiających waloryzację wynagrodzenia wykonawcy, wynikającej ze zmiany ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz konieczności odprowadzania składek do ZUS od umów cywilno-prawnych.

Art. 172

153. Sygn. akt: KIO 1046/14, Wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2014 r.

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwier-

dził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni pronunijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32.

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia pronunijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Art. 179 ust. 1

154. Sygn. akt: KIO 622/14, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2014 r.

Co do wykazania przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, to w ocenie składu orzekającego Izby legitymacja Odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej jest wątpliwa. Jego oferta została ostatecznie uznana za odrzuconą z postępowania na podstawie wyroku KIO z dnia 20 grudnia 2013 roku, sygn. akt KIO 2794/13. Orzeczenie to zostało zaskarżone, ale Sąd Okręgowy w Legnicy odrzucił skargę jako wniesioną po terminie. Oznacza to, że wykonawca utracił status wykonawcy w postępowaniu i na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może go już uzyskać. W takim przypadku nie może również wykazać poniesienia szkody kwalifikowanej niemożliwością uzyskania zamówienia. Nie ma on bowiem, i już w momencie wnoszenia odwołania nie miał, żadnych możliwości na uzyskanie zamówienia. Na aprobatę nie zasługuje pogląd, że unieważnienie postępowania, które w ocenie Odwołującego obarczone jest błędami, doprowadzi do ogłoszenia nowego postępowania, które wykonawca może wygrać. Po pierwsze, jak sam zauważył na rozprawie Odwołujący, ogłoszenie nowego postępowania jest wątpliwe ze względu na terminy związane z dofinansowaniem zamówienia ze środków unijnych. Po drugie zaś zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej wykazać należy interes w uzyskaniu danego zamówienia, nie

zaś zamówienia w bliżej nieokreślonej przyszłości i bliżej niepokreślonym postępowaniu.

Powołanie się przez wykonawcę na złamanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie odpowiada dyspozycji powołanego wyżej przepisu, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który miał lub ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Środki ochrony prawnej służą korekcie konkretnych naruszeń przepisów ustawy, których dopuścił się Zamawiający, a ich zasadniczym celem jest uzyskanie zamówienia przez wykonawcę wnoszącego odwołanie. Wykonawcy wnoszą odwołanie w imieniu własnym w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu. Izba nie jest organem powołanym do ogólnej kontroli działalności Zamawiającego. Odwołanie w świetle przepisów ustawy Pzp nie stanowi środka zmierzającego do wyegzekwowania czynności Zamawiającego z przepisami ustawy, lecz jest środkiem zmierzającym do uzyskania zamówienia przez Odwołującego. Z tych względów odwołanie zostało oddalone.

155. Sygn. akt: KIO 560/14, KIO 569/14, Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący (...) nie posiadał legitymacji do wniesienia odwołania, obejmującej interes w uzyskaniu zamówienia i zagrożenie szkodą wynikającą z naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, poniesienie lub możliwości poniesienia szkody, związek przyczynowy między poniesioną lub ewentualną szkodą a naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w wyroku z dnia 17 lutego 2011 r. (sygn. akt II Ca 9/11), środki ochrony prawnej przysługują tylko takiemu wykonawcy (uczestnikowi konkursu lub innemu podmiotowi), który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Zatem legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub uzyskaniem takiego zamówienia. Przesłanka ta nie jest więc spełniona w przypadku wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z dnia 12 lutego 2014 r. sygn. akt: KIO 169/14 oraz z dnia z dnia 2 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 655/13), ani w przypadku wykonawcy, który swoim odwołaniem nie zmierza do uzyskania zamówienia, a jedynie do wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył ofertę mniej korzystną (wyrok z dnia 15 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 1025/13, KIO 1047/13, w którym Izba stwierdziła, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego możliwe byłoby zawarcie umowy z odwołującym). Odwołanie jest bowiem środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na możliwości uzyskania zamówienia w danym postępowaniu (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO z dnia 10 października 2012 r. sygn. akt: KIO 2037/12, KIO 2047/12).

Wykonawca (...) złożył odwołanie dotyczące postępowania w zakresie wszystkich sześciu części zamówienia. W trzech z tych części oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, w trzech innych Odwołujący nie podniósł zarzutów

kwestionujących prawidłowość wyboru innych ofert. Wszystkie podniesione w odwołaniu zarzuty zwrócone były przeciwko ofertom sklasyfikowanym na niższych miejscach niż oferta Odwołującego. Tym samym złożenie odwołania nie było skierowane na uzyskanie przez Odwołującego zamówienia, do którego realizacji został już wybrany sam Odwołujący, albo inny, niekwestionowany przez Odwołującego wykonawca. Jednocześnie ewentualne naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy w zakresie wyznaczonym odwołaniem nie mogło skutkować dla Odwołującego szkodą. Sytuacja wykonawców, których dotyczą podniesione w odwołaniu zarzuty w żaden sposób nie wpływa sytuację prawną Odwołującego. Nie sposób podzielić argumentacji Odwołującego, że jego legitymacja do wniesienia odwołania wynika z możliwych późniejszych zdarzeń w postępowaniu. Środki ochrony prawnej nie mogą być bowiem narzędziem wykorzystywanym jedynie „na wszelki wypadek”, w odniesieniu do sytuacji, których zaistnienie jest przyszłe i niepewne. Nie służą one również zapewnieniu ogólnej zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa. Ewentualne przyszłe zmiany decyzji Zamawiającego, o ile nastąpią, będą stanowiły nowe czynności w postępowaniu, od których wykonawcom będzie przysługiwać odwołanie. Natomiast wnoszenie odwołania niezmiernego do wyboru oferty Odwołującego jest niecelowe, nie służy ekonomice postępowania i jest wyrazem nadinterpretacji zasady koncentracji środków ochrony prawnej.

Podkreślić należy, że istnienie legitymacji do wniesienia odwołania Izba bada z urzędu, niezależnie od powołania się na jej brak przez stronę przeciwną. Zatem fakt niepodniesienia zarzutu braku legitymacji przez Przystępującego, który zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania i wwanie się przez niego w spór co do istoty sprawy, nie zwalniało Izby z obowiązku oceny spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

156. Sygn. akt: KIO 719/14, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r.

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu z powodu braku interesu prawnego [*aktualnie ustawodawca w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie odnosi się do interesu prawnego, lecz interesu w uzyskaniu zamówienia – przyp. red.*] po stronie Odwołującego we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 179 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeśli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie sposób w niniejszym postępowaniu uznać, że Odwołujący legitymuje się wymaganym interesem we wniesieniu odwołania. Działania Odwołującego podważające prawidłowość złożenia własnej oferty i zmierzające do nałożenia na Zamawiającego obowiązku wezwania go do złożenia wyjaśnień co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w swojej ofercie mają na celu, w ocenie Izby, wyłączenie umożliwienie Odwołującemu wycofanie się ze złożonej oferty, bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji. Sam Odwołujący potwierdził na rozprawie, że wniósł odwołanie w celu wycofania się z przedmiotowego postępowania bez utraty wadium.

Izba nie widzi podstaw do przyjęcia, że interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp może również stanowić możliwość wystąpienia przeciwko własnej ofercie w celu wycofanie się w postępowania. Objęcie dyspozycją powyższego przepisu takiej okoliczności stanowiłoby aprobatę dla takich działań wykonawców bez ponoszenia żadnych konsekwencji, w szczególności bez utraty wadium. Nie taki jest jednak cel przywołanego przepisu. Ustawodawca jasno określił, że środki ochrony prawnej są przewidziane dla wykonawców, którzy wskutek czynności zamawiającego (bądź za-

niechania podjęcia czynności) podjętych niezgodnie z przepisami ustawy Pzp zostali pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia. Środki ochrony prawnej przysługują więc wykonawcom zainteresowanym uzyskaniem danego zamówienia. Umożliwienie wykonawcy wnoszenia środków ochrony prawnej w celu wycofania się ze złożonej oferty z powodu popełnionych zaniedbań czy niedokładności w treści oferty stałoby w oczywistej sprzeczności z dyspozycją art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wykonawca taki nie zamierza uzyskać zamówienia (o czym stanowi przywołany przepis), ale z niego się wycofać, bez utraty wniesionego wadium. W takiej sytuacji, to Zamawiający byłby obciążony ryzykiem i niepewnością, iż po przeprowadzeniu postępowania, poniesieniu określonych kosztów takiego procesu i wyborze oferty najkorzystniejszej, wybrany wykonawca mógłby bezkarnie wycofać się ze złożonej oferty powołując się na wszelkie okoliczności. Takie działanie, w ocenie Izby, jest zakazane.

157. Sygn. akt: KIO 1042/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.

Izba stwierdziła, że odwołujący ma interes prawny [aktualnie ustawodawca w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie odnosi się do interesu prawnego, lecz interesu w uzyskaniu zamówienia – przyp. red.] w uzyskaniu zamówienia, jest bowiem przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, który może zrealizować przedmiotowe zamówienia i który ubiega się o jego uzyskanie. W interesie odwołującego jest zmniejszenie barier dostępu do zamówienia, gdyż takie działanie pozwala mu na łatwiejsze uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, a więc osiągnięcia korzyści z realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

158. Sygn. akt: KIO 1057/14, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2014 r.

(...) Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Izba nie podzieliła w tym zakresie przekonania Zamawiającego o braku takiego prawa po stronie Odwołującego. Zamawiający w tym kontekście wskazywał na okoliczność zaoferowania przez Odwołującego ceny wyższej od kwoty, którą zamierzał on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co wobec braku możliwości zwiększenia tej kwoty pociągałoby konieczność unieważnienia postępowania. Z uwagi jednak na fakt, iż Izba orzeka na podstawie zaistniałych w sprawie faktów, w szczególności odnosząc się do podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności, nie zaś na podstawie deklaracji Zamawiającego co do jego przyszłych, niepewnych na obecną chwilę, zamierzeń, Izba uznała, że na tym etapie postępowania brak podstaw do odmówienia Odwołującemu prawa do wniesienia odwołania.

159. Sygn. akt: KIO 1083/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp skoro zarzucał, że oferta wykonawcy (...) Daniel J., jako zawierająca korzystniejszą cenę - powinna zostać uznana za odrzuconą - skutkiem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził niezgodnie z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny oferty konkurenta - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

160. Sygn. akt: KIO 1099/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

Izba wyraża stanowisko, że nie jest organem właściwym do rozpatrywania spraw

z zakresu naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z 17 grudnia 2004 r. reguluje zasady postępowania w sprawach o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych, w tym organy właściwe do orzekania w tym zakresie.

161. Sygn. akt: IX Ga 39/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 19 marca 2012 r.

Jak wynika z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp 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. Powyższy przepis określa zatem krąg podmiotów legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uprawnienie do zaskarżania czynności i bezprawnych zaniechań zamawiającego przypisano przede wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie danego zamówienia. Wyznaczenie tej grupy podmiotów legitymowanych winno być jednakże oceniane z uwzględnieniem ograniczeń w zakresie przekształceń podmiotowych po stronie wykonawców, o których była mowa powyżej.

Przedmiotowa skarga, podobnie zresztą jak samo odwołanie, została wniesiona przez inne podmioty niż te wchodzące w skład powyższego konsorcjum. Składy tych konsorcjów nie były tożsame co wynika z braku uznania tożsamości spółki X (...) GmbH z siedzibą w M. i spółki Y (...) GmbH w M. Nie były to bowiem w żadnym przypadku spółki tożsame. Do pierwszej z tych spółek jak wskazano powyżej została jedynie wyodrębniona ze spółki drugiej część z przedmiotu jej działalności i tylko i wyłącznie w zakresie związanym z tym wyodrębnieniem jest ona następcą prawnym spółki, z której działalność ta została wydzielona. Nie powoduje to jednak, że te dwie spółki można uznać dalej za tę samą osobę prawną, która jedynie zmieniła nazwę, zakres działania itd. Tak więc jak nie są, ze sobą tożsame te podmioty - te spółki - nie są ze sobą również tożsame konsorcja utworzone z udziałem tych podmiotów, tj. występujące z przedmiotową skargą oraz podlegające ocenie zamawiającego w postępowaniu w zakresie spełniania warunków udziału w tym postępowaniu. Na marginesie należy także wskazać, że w niniejszym postępowaniu nie wykazano, że w ogóle uległa zmianie umowa przedmiotowego konsorcjum albo też, że skarżący działa na podstawie nowej umowy. Jak wynika nadto z uzasadnienia skargi w niniejszym przypadku istnienie interesu prawnego oraz poniesienia szkody, a więc istnienia po stronie skarżącego legitymacji czynnej do wystąpienia ze skargą sam skarżący upatrywał w fakcie bycia wykonawcą, a nie innym podmiotem, o którym stanowi powyższy przepis. Tym innym podmiotem mogą być bowiem osoby inne niż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia (względnie uczestnicy konkursu), których uprawnienie do wzięcia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mające źródło w normie prawnej, zostaje bezpodstawnie ograniczone przez zamawiającego. Innymi osobami w rozumieniu tego przepisu będą też potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. W niniejszym przypadku taka sytuacja nie ma jednakże miejsca.

162. Sygn. akt: XII Ga 92/12, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r.

W odniesieniu do nieprawidłowej implementacji do porządku krajowego dy-

rektyw unijnych kontrowersję budziła okoliczność, czy zarzut ustalenia nieprawidłowości w implementacji dyrektyw unijnych w prawie pocztowym mieści się w zakresie środków ochrony prawnej, określonych w dziale VI (art. 179 i nast. ustawy Pzp). Zważyć należy, że istotą rozpoznania środków prawnych w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest rozstrzygnięcie przez Sąd stosującego przepisy tej ustawy, czy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie takich czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy są niezgodne z przepisami tej ustawy, a ocena ta przebiegać może tylko w granicach prowsólnotowej wykładni tych przepisów w świetle brzmienia i celu dyrektyw pocztowych, nie zaś na gruncie ustalania nieprawidłowości w implementacji dyrektyw unijnych.

Rozpoznając zarzuty skargi w pierwszej kolejności Sąd Okręgowy za zasadny uznał zarzut naruszenia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że skarżącemu nie przysługiwała w sprawie legitymacja do wniesienia odwołania. Przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp określa tylko zakres przedmiotowy odwołania oraz podmiot legitymowany biernie - zamawiającego, natomiast, kto jest legitymowany czynnie rozstrzyga przepis art. 179 ustawy Pzp, wedle którego, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W rozumieniu tego przepisu „innymi osobami” będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie, względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie. Przesłanka posiadania tak rozumianego „interesu” w uzyskaniu danego zamówienia pozwala, zatem (...) Sp. z o.o. skarżyć czynności zamawiającego polegające na nieprawidłowym zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki.

Art. 180 ust. 2

163. Sygn. akt: KIO 1064/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.

Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 6 028 518,40 zł, co stanowi równowartość 1 499 780,67 euro, tj. jest niższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podsta-

wie art. 11 ust. 8 Pzp. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami.

Wobec powyższego, w oparciu o przepis art. 180 ust. 2 Pzp Izba stwierdziła, że podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) S.A. z postępowania oraz zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy nie podlegały rozpoznaniu. Przepis art. 180 ust. 2 Pzp, zakreśla ścisły katalog czynności podlegających zaskarżeniu w trybie odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej tzw. „progów unijnych”. Wśród tych czynności nie są wymienione: czynność (zaniechanie) wykluczenia innego wykonawcy bądź czynność (zaniechanie) odrzucenia oferty innego wykonawcy, niż odwołujący. Z uwagi na powyższe odwołanie nie przysługuje w przedmiotowym postępowaniu wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy (...) S.A. i zaniechania odrzucenia ww. oferty.

164. 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 „wylimitowaniem 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. 5

165. Sygn. akt: X Ga 248/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 13 lipca 2012 r.

W niniejszej sprawie odwołanie zostało przekazane zamawiającemu za pomocą faksu, co w świetle powołanych przepisów uznać należy za dopuszczalne. Po przesłaniu odwołania, (...) sp. z o.o. otrzymał potwierdzenie przesłania zamawiającemu kopii odwołania w ilości 23 stron. Zgodnie z art. 61 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Jak wskazuje się w orzecznictwie oraz doktrynie, już sam raport z transmisji faksu, stwarza domniemanie prawne, że oświadczenie nadawcy doszło do adresata w sposób pozwalający mu zapoznać się z jego treścią (por. postanowienie KIO (...) z dnia 19 sierpnia 2009 r. KIO/UZP 1023/09). A zatem po uzyskaniu raportu, odwołujący mógł pozostawać w uzasadnionym okolicznościami przekonaniu, iż odwołanie zostało zamawiającemu dostarczone w sposób prawidłowy.

Mimo to odwołujący wezwał zamawiającego w myśl art. 27 ust. 2 ustawy PZP do potwierdzenia otrzymania odwołania. W wezwaniu jasno zaznaczono, iż potwierdzenie dotyczyć ma otrzymania czytelnego odwołania. W odpowiedzi, zamawiający potwierdził otrzymanie czytelnego odwołania, tym samym przyznając, iż treść pisma nie nasuwa żadnych wątpliwości (dowód - k. 82 akt sprawy).

Mając powyższe na uwadze stwierdzić należy, iż odwołujący dołożył należytej staranności w zakresie obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 ustawy. W szczególności nie sposób wymagać od odwołującego, aby przewidział, iż zamawiający nie posiada kolorowego faksu, w efekcie czego nieczytelne mogą być pewne elementy kopii odwołania. Mając na uwadze, iż obie strony są profesjonalistami w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, wzmiankowane powyżej potwierdzenie przez zamawiającego otrzymania czytelnego odwołania, było to wystarczające do uznania przez odwołującego poprawności doręczenia odwołania. Ponadto, nawet w przypadku otrzymania odwołania z zaciemnionymi kolorowymi tabelkami, zamawiający powinien był spostrzec, iż tabelki winny zawierać konkretne dane, w sytuacji, gdy w nagłówku wpisane są ich nazwy „Prawidłowa punktacja” - w kolorze czarnym na białym tle - a więc widoczne także na przesłanej kopii. Powinien był on poinformować odwołującego o ewentualnych nieczytelnych fragmentach, czego nie uczynił, tym samym pozbawiając się możliwości podnoszenia nieprawidłowości w zakresie wykonania obowiązku z art. 180 ust. 5 ustawy PZP. Podzielić należy też pogląd odwołującego, że treść tych tabelki nie stanowiła istoty odwołania oraz, że tabele znalazły się w załączniku do odwołania, nie zaś w samym odwołaniu.

Art. 182

166. Sygn. akt: KIO 341/14, Wyrok KIO z dnia 7 marca 2014 r.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy – wobec czynności innych niż wskazane w ust. 1 i 2 tego artykułu – takich jak np. zaniechanie udostępnienia wykonawcom treści ofert konkurentów, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz doktrynie, ustawa Pzp w odniesieniu do pism kierowanych przez zamawiającego do wykonawców i otrzymanych odpowiedzi - w trakcie badania ofert, nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców uczestniczących w postępowaniu o treści tych pism, bądź o zastrzeżeniu ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z drugiej strony brak jest podstaw do tego, aby uznać, że dla zachowania należytej staranności wykonawcy, o której mowa w ww. przepisie Pzp, jest on zobowiązany w sposób permanentny i ciągle śledzić czynności zamawiającego w postępowaniu, np. co kilka dni śląc pisma do zamawiającego o poinformowanie go o czynnościach zamawiającego podjętych w trakcie badani ofert. Co jednak nie oznacza, że wykonawca może pozostać całkowicie bierny w tym zakresie. Izba stoi na stanowisku, że kwestia czy dany wykonawca dochował należytej staranności w powzięciu określonych informacji o przebiegu postępowania, jest elementem podlegającym indywidualnej ocenie Izby, stosownie do dynamiki danego postępowania.

167. Sygn. akt: KIO 839/14, Postanowienie KIO z dnia 16 maja 2014 r.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że korzystanie z pra-

wa do wniesienia przez wykonawcę odwołania wobec czynności udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego nie może prowadzić do obejścia przepisów w zakresie terminów do wniesienia odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub treści SIWZ [por. postanowienie KIO z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt. KIO 1130/13(...)].

W postanowieniu z dnia z dnia 13 czerwca 2012 roku [sygn. akt KIO 1164/12, (...)] Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że jedynie wniesienie odwołania wobec postanowień SIWZ zmodyfikowanych na skutek zapytań podlega odrębnemu liczeniu terminu na skorzystanie ze środka ochrony prawnej. Co więcej, nie każda zmiana SIWZ powoduje przedłużenie terminu do kwestionowania jej postanowień, a jedynie taka, która jest związana z zarzutami odwołania w ten sposób, iż przed dokonaniem przez zamawiającego zmian w zakresie treści SIWZ, podniesienie zarzutu objętego odwołaniem byłoby niemożliwe [por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2013 r. [sygn. akt. KIO 1810/13, (...)].

Wobec ustalenia w przedmiotowej sprawie, że kwestionowane przez odwołującego postanowienia SIWZ, w tym w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zachowały swoje pierwotne brzmienie, określone w treści SIWZ, która została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 1 marca 2014 roku, należy uznać, że to od dnia 1 marca 2014 roku należy liczyć bieg 10-dniowego terminu do wniesienia odwołania, a nie jak błędnie wskazał odwołujący, że dopiero od dnia 15 kwietnia 2014 roku.

168. Sygn. akt: KIO 1099/14, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec postanowień SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, iż jeżeli w ocenie danego wykonawcy treść SIWZ jest niejednoznaczna, bo z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika w jaki sposób zamówienie ma zostać wykonane i brak jest informacji umożliwiających złożenie oferty, to wykonawca taki winien złożyć odwołanie (postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2013 r. KIO 1164/12). W ocenie Izby, przyjęcie odmiennej interpretacji rodziłoby niebezpieczną praktykę obchodzenia przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca powziął informację o ogłoszeniu przetargu już po upływie ustawowego 10-dniowego terminu do wniesienia odwołania co do treści SIWZ. Dążąc do jego przywrócenia, występuje do zamawiającego o wyjaśnienia treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp i żąda zmiany jej zapisów twierdząc, iż są one niejednoznaczne. Umożliwienie wykonawcom podejmowania takich działań powodowałby, iż termin do wniesienia odwołania co do treści SIWZ byłby niejako liczony osobno dla każdego wykonawcy od momentu zapoznania się przez każdego z nich z postanowieniami SIWZ. Takie działania stałoby w oczywistej sprzeczności z *ratio legis* art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, która wprowadza jeden termin zawity dla wszystkich wykonawców do wniesienia odwołania wobec treści SIWZ. Należy jednocześnie podkreślić, że jeżeli w treści odwołania wykonawca podaje analogiczną argumentację to tej jaką zamieścił w treści zapytania w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, to oczywistym jest, że już w dacie zadawania danego pytania wykonawca stał na stanowisku, że kwestionowane przez wykonawcę postanowienia SIWZ stanowi naruszenie ustawy Pzp, a zatem już od chwili publikacji SIWZ na stronie internetowej zamawiającego biegł termin do wniesienia odwołania.

W ocenie Izby, poprzez pytania określone nr 14, 18, 20, 21, 24, 25, 36, 41, 50 (w zakresie żądania zmian do SIWZ), 77, 107, 113, 139 oraz 172 Odwołujący nie

zmierzał do wyjaśnienia treści SIWZ tylko do jej zmiany polegającej, bądź to na wprowadzeniu nowych zapisów, bądź do na wykreśleniu istniejących zapisów. W ocenie Izby Odwołujący poprzez ww. pytania domagał się wprowadzenia zmian do SIWZ z uchybieniem ustawowych terminów. Treść kwestionowanych w powyższych pytaniach postanowień SIWZ była dostępna wykonawcom na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 11 kwietnia 2014 r. i od tego dnia należało liczyć termin do wniesienia odwołania. Argument Odwołującego, iż treść SIWZ jest bardzo obszerna i jej analiza była niezwykle czasochłonna, nie usprawiedliwia w żadnej sposób uchybieniu terminowi do wniesienia odwołania. Skoro Odwołujący wyraża chęć realizacji skomplikowanego zamówienia na rzecz Zamawiającego, to musi jednocześnie posiadać niezbędne zaplecze profesjonalistów, którzy w ustawowych terminach dokonają analizy wymagań Zamawiającego i ustalą czy istnieje konieczność kwestionowania poszczególnych zapisów SIWZ drogą środków ochrony prawnej. Próba egzekwowania takich zmian w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalna i stanowiłaby oczywiste naruszenie zasady równego traktowania wszystkich wykonawców. Brak jest bowiem przesłanek prawnych do uznania, że to właśnie Odwołujący winien mieć możliwość kwestionowania i zmiany treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, a pozostali wykonawcy winni przestrzegać zawitego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Art. 186

169. Sygn. akt: KIO 465/14, Postanowienie KIO z dnia 24 marca 2014 r.

Art. 186 ustawy Pzp stanowi, że „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. (...)”. Jak wynika z akt niniejszego postępowania do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden z wykonawców. Zamawiający w toku posiedzenia przed Izbą oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty odwołania. Tym samym stwierdzić należy, iż na skutek uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, jak i okoliczności, iż po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca Izba uznała, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do uregulowań ustawowych dotyczących kosztów postępowania stwierdzić należy, iż art. 192 ust. 10 ustawy Pzp stanowi, iż strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy. Oznacza to więc, iż ustawa przewiduje dwa sposoby ponoszenia kosztów przez strony postępowania, uzależniając je od charakteru rozstrzygnięcia. Pierwszy, a więc orzeczenie o kosztach stosownie do wyniku postępowania, wskazujący iż koszty ponosi ten, który w rzeczywistości przegrał prowadzony przez Izbą spór. Będą to więc wszelkie koszty orzeczone w wydanym wyroku (rozstrzygnięciu merytorycznym), jak i postanowieniu o odrzuceniu odwołania – w myśl zasady – „stosownie do wyniku postępowania”, gdyż odrzucenie odwołania następuje w istocie z winy je wnoszącego na skutek wystąpienia enumeratywnie wskazanych w ustawie przesłanek. Tym samym sformułowanie „z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy Pzp” oznacza, iż kwestie związane z kosztami postępowania w przypadku uwzględnienia zarzu-

tów w całości reguluje ten właśnie przepis, w którym odróżniono przypadki związane z umorzeniem postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, uzależniając poniesienie kosztów jedynie od występowania w tym postępowaniu przystępującego, bądź jego braku. I tak w przypadku określonym w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przewidział, że koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, zaś w przypadku określonym w art. 186 ust. 3 ustawy Pzp – koszty ponoszone są przez zamawiającego, jeśli uwzględnienie zarzutów nastąpiło po otwarciu rozprawy, albo znosi się wzajemnie, jeśli uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Obowiązujące w tym zakresie przepisy ustawy Pzp okoliczność ponoszenia przez zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w sytuacji umorzenia postępowania z powodu uwzględniania w całości zarzutów odwołania, uzależniają od tego, czy w postępowaniu odwoławczym występuje przystępujący, czy też nie występuje i od tego, czy uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy, czy też po jej otwarciu.

W przedmiotowej sprawie brak było przystępującego, a uwzględnienie zarzutów odwołania nastąpiło na posiedzeniu z udziałem stron, ale przed otwarciem rozprawy. Sytuację tę należy oceniać zatem w kontekście regulacji zawartej w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i odnoszącego się do niej regulacji dotyczącej kosztów postępowania odwoławczego z art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, na podstawie której koszty znosi się wzajemnie. Stanowisko odmienne byłoby nieuprawnione i różnicowało sytuację zamawiającego, w zależności od tego czy na danym etapie mamy do czynienia z przystępującym, czy też nie, zrównując w tym jedynym przypadku postanowienie zapadłe na posiedzeniu z orzeczeniem zapadłym na rozprawie. Nadto nie można łączyć określonych skutków prawnych określonego działania zamawiającego, na które posiada ona przyzwolenie w obowiązujących przepisach prawa ze skutkami, w tym przypadku znaczną dolegliwością finansową, w sytuacji gdy określone treści faktycznie można wywieść z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

170. Sygn. akt: KIO 604/14, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r.

W pierwszej kolejności odnieść należy się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, czy czynności wykonywane przez zamawiających po uwzględnieniu odwołania w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, będą podlegały ponownej kontroli wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. Dostrzeżenia wymaga, że jedynie czynności wykonane zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, z pewnością takiej kontroli podlegać nie będą – odwołanie będzie odrzucone na podstawie art. 185 ust. 6 i 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Z całą stanowczością zaznaczyć również należy, iż sytuacja, w której Zamawiający uwzględnia zarzuty odwołania, skutkuje obowiązkiem dostosowania się przez Zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu. Oznacza to, że Zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć także zasadność zgłoszonych żądań. Odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji, bądź też jest niezgodne z prawem.

Zauważyć jednakże należy, że art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowić mogłoby podstawę do uwzględnienia odwołania. Czynności wykonane przez zamawiającego w sposób inny niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma

art. 186 ust. 2 ustawy Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwołującego, a skoro tego nie uczynił, to nowe i powtórzone czynności (w części odbiegającej od żądań Odwołującego) podlegają ponownej ocenie przed Izbą, w ramach uprawnień wykonawcy do złożenia nowego środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

171. Sygn. akt: KIO 537/14, KIO 599/14, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia przedmiotowy zarzut i unieważni czynność oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzy czynność badania oferty Przystępującego i wezwie go do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, z których to wyjaśnień wynikać będzie, czy przedstawione przez tego wykonawcę systemy informatyczne zawierają funkcjonalności określone jako część szara. Zamawiający poinformował, że w związku z przedstawieniem przez Odwołującego nowych faktów powziął wątpliwość odnośnie do spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu.

Wobec faktu, że do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca X, Izba nie mogła uznać, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu spowodowało wygaśnięcie sporu i bezprzedmiotowość orzekania w tym zakresie, gdyż prowadziłyby to do pozbawienia Przystępującego (który formalnie nie miał podstaw do zgłoszenia sprzeciwu, jako że odwołanie zostało uwzględnione tylko częściowo) możliwości obrony swojej oferty. Oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu Izba potraktowała jako przyznanie okoliczności faktycznych, uznając, że przyznanie to nie budzi wątpliwości i stwierdzając zasadność podjęcia przez Zamawiającego czynności zadeklarowanych w odpowiedzi na odwołanie. Z przedstawionych w ofercie informacji nie wynika jednoznacznie zakres usług wskazanych przez Przystępującego w wykazie, a okoliczności przedstawione przez Odwołującego mogły wywołać wątpliwości co do zakresu usług, nie dowodziły jednak, że zakres ten był inny niż wymagany w SIWZ.

172. Sygn. akt: KIO 641/14, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2014 r.

Podstawową kwestią wymagającą oceny jest, czy zamawiający, który uwzględnił zarzuty odwołania w całości, może powtórzyć czynności w postępowaniu w szerszym zakresie niż zakreślony przez żądania zawarte w odwołaniu. Przypomnieć trzeba w tej mierze, że podstawowym celem procedury udzielenia zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy, który spełnił podmiotowe wymagania zamawiającego oraz złożył najkorzystniejszą ofertę. Dodatkowo art. 7 ust. 3 Pzp pozwala udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Wynikające z art. 186 ust. 2 i 3 Pzp zobowiązanie zamawiającego, którego źródłem jest oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości i wydane w jego następstwie postanowienie Izby o umorzeniu postępowania odwoławczego, należy zatem interpretować w ten sposób, że zamawiający unieważnia, wykonuje lub powtarza czynności zgodnie z przepisami ustawy oraz jednocześnie unieważnia, wykonuje lub powtarza te czynności, których pominięcie prowadziłyby do wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy. Zamawiający po umorzeniu postępowania odwoławczego jest uprawniony do dokonania czynności w postępowaniu, która nie była objęta żądaniem odwołania. Powtarzając czynność w postępowaniu zama-

wiający może uchylić się od skutków błędu popełnionego na wcześniejszym etapie postępowania, w ten sposób, że wykona czynność, której uprzednio zaniechał lub unieważnił czynność błędnie dokonaną. Wynikające z oświadczenia o uwzględnienia zarzutów odwołania w całości powtórzenie czynności spełniania warunków udziału w postępowaniu lub badania i oceny ofert otwiera więc zamawiającemu drogę do ponownienia oceny w odniesieniu do wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu w dacie powtórzenia czynności, bez zawężenia do uwzględnionych zarzutów odwołania konkretnego wykonawcy.

173. Sygn. akt: KIO 1040/14, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2014 r.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie w zakresie pierwszej grupy zarzutów, względem drugiej grupy zarzutów, Izba uznała sformułowane w ich ramach zarzuty za niepotwierdzone. Należy także zauważyć, że brak jest w przepisach Pzp instytucji częściowego uwzględnienia odwołania (jak i instytucji częściowego sprzeciwu), w odróżnieniu do uwzględnienia w całości, które skutkuje umorzeniem postępowania i wykonaniem, powtórzeniem lub unieważnieniem przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tudzież zniesieniem wzajemnym kosztów (art. 186 ust. 2 Pzp, tudzież art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b Pzp). Podobnie wyrok KIO z dnia 15.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1166/11). Dodatkowo, Izba zauważa, że w odróżnieniu od procedury cywilnej, w ramach której zgodnie z art. 101 KPC następuje zwrot kosztów pozwanemu przy uwzględnieniu pozwu. W procedurze przed KIO nie ma takiej instytucji nieobciążania kosztami ze względu na uwzględnienie zarzutów w części. Nie ma tu analogii, ale w sytuacji uwzględnienia przez pozwanego, sąd nie umarza postępowania, tylko uwzględnia pozew (podobnie w wyroku KIO z dnia 05.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1307/11). Nadto, częściowe uwzględnienie odwołania jest odpowiednikiem uznania powództwa, stanowiącego potwierdzenie zasadności powództwa w całości lub w części. Składając oświadczenie o uznaniu powództwa, pozwany wyraża zgodę na wydanie wyroku zgodnego z żądaniem powoda. Skoro więc Zamawiający uwzględnia w pewnym zakresie odwołanie, oznacza to, że potwierdza zasadność zarzutu. Niemniej jednak wobec braku w przepisach Pzp rozwiązań, odpowiadających regulacjom zawartym w k.p.c., w szczególności w zakresie związania Izby uznaniem odwołania, Izba nie jest uprawniona do zaniechania przeprowadzenia postępowania dowodowego i wydania wyroku na skutek uznania. W związku z powyższym, niezależnie od treści oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego, Izba zobowiązana była do oceny przedmiotowych zarzutów z pierwszej grupy (podobnie w wyroku KIO z dnia 02.04.2013 r., sygn. akt: KIO 626/13). Wszelkie ewentualne postulaty w zakresie uregulowania instytucji uwzględnienia częściowego, częściowego sprzeciwu, tudzież stosownego uregulowania kwestii kosztów, tak jak przy uwzględnieniu w całości należy traktować, jako postulatu *de lege ferenda*, które należy kierować do Ustawodawcy, wobec brak wprost stosownej podstawy prawnej w tym zakresie. Izba nie może dokonywać wykładni *contra lege*.

Nadto, dodatkowo należy wskazać, że Izba nie mogła uznać, że uwzględnienie przez Zamawiającego części zarzutów spowodowało wygaśnięcie sporu i bezprzedmiotowość orzekania w tym zakresie, gdyż prowadziłoby to do pozbawienia Przystępującego (który formalnie nie miał podstaw do zgłoszenia sprzeciwu, jako że odwołanie zostało uwzględnione tylko częściowo) możliwości obrony swojej oferty. Oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu, Izba potraktowała jako

przyznanie okoliczności faktycznych, uznając, że przyznanie to nie budzi wątpliwości i stwierdzając zasadność podjęcia przez Zamawiającego czynności zadeklarowanych w odpowiedzi na odwołanie (podobnie w wyroku KIO z dnia 07.04.2014 r., sygn. akt: KIO 537/14, sygn. akt: 599/14).

174. Sygn. akt: VIII Ga 118/12, Postanowienie SO w Szczecinie z dnia 24 sierpnia 2012 r.

Z regulacji art. 186 PZP wynikają następujące wnioski. Po pierwsze zamawiający posiada uprawnienie do złożenia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania. Oświadczenie to jest czynnością procesową – zmierza do wywołania określonych skutków w sferze procesowo – prawnej (doprowadzenie do umorzenia postępowania bez merytorycznego rozpatrzenia odwołania). Jednocześnie oświadczenie to wywiera skutki w sferze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po umorzeniu postępowania przez KIO zamawiający ma obowiązek dokonania czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu). Oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu ma, w świetle ustawy, zastąpić merytoryczne rozpoznanie odwołania (wywołać skutek, taki jaki wywołałoby orzeczenie KIO uwzględniające odwołanie) i jednocześnie wyeliminować konieczność przeprowadzenia merytorycznej oceny odwołania. W sferze procesowo – prawnej oświadczenie to należy lokować jak czynność dyspozytywną, zbliżoną do uznania powództwa czy też cofnięcia pozwu jako instytucji procedury cywilnej. Złożenie takiego oświadczenia należy więc do dyskrecjonalnej kompetencji zamawiającego. Ustawa nie przewiduje uprawnienia KIO do merytorycznej kontroli zasadności tego oświadczenia i uznania za bezskuteczne. Przyjść więc należy, że złożenie oświadczenia zasadniczo wiąże zarówno zamawiającego, jak i Izbę, a także wykonawcę wnoszącego odwołanie i wykonawców, którzy przystąpili do postępowania po jego stronie. Kompetencje do podważenia skutków procesowo – prawnych tego oświadczenia i żądania merytorycznego rozpoznania odwołań posiadają wyłącznie wykonawcy uprawnieni do zgłoszenia sprzeciwu na podstawie art. 186 ust. 4 PZP. Innymi słowy w świetle art. 186 ust. 2 PZP, po złożeniu oświadczenia, organ ma obowiązek umorzenia postępowania i nie może (przy braku aktywności procesowej wykonawców przystępujących do postępowania po stronie zamawiającego) podjąć decyzji o przystąpieniu do merytorycznego badania odwołania. Oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów determinuje też treść orzeczenia o kosztach postępowania nie pozostawiając organowi orzekającemu swobody w zakresie kształtowania sytuacji prawnej zamawiającego w tym zakresie.

Sprzeciw, o którym mowa w art. 186 ust. 4 PZP także należy traktować jako czynność o charakterze procesowo – prawnym, wyrażającą wolę wywołania określonego skutku prawnego (doprowadzenia do merytorycznego rozpoznania sprawy mimo odmiennego stanowiska procesowego zamawiającego). Jednocześnie z oświadczeniem wykonawcy zgłaszającego sprzeciw ustawa wiąże dalszy skutek, w postaci przyjęcia przez składającego sprzeciw ryzyka poniesienia kosztów postępowania w przypadku uwzględnienia odwołania przez KIO. Zatem wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego ma prawo do doprowadzenia do merytorycznego rozpoznania sprawy mimo odmiennego stanowiska podmiotu, po stronie którego przystąpił do postępowania, jednakże wyrażenie takiej woli wiąże się z tym, że w przypadku uwzględnienia przez KIO argumentów wnoszącego odwołanie, to wykonawca zgłaszający sprzeciw (a nie zamawiający) będzie zobowiązany do poniesienia kosztów postępowania.

Ustawa nie przewiduje możliwości odstąpienia od stosowania normy art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b) PZP ze względu na późniejsze stanowisko merytoryczne co do argu-

mentacji odwołania, prezentowane przez zamawiającego już w toku rozprawy (przeprowadzonej wyłącznie w następstwie wniesie sprzeciwu na podstawie art. 186 ust. 4 PZP). Zatem nawet jeśli zamawiający będzie prezentował w toku rozprawy oceny prawne odmienne od przedstawianych przez odwołującego, nie można w świetle przepisów ustawy przyjąć, by stanowisko jego (w świetle art. 186 PZP) miało wpływ na treść rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed KIO. Pamiętać bowiem należy o tym, że niezależnie od stanowiska prezentowanego na rozprawie przez zamawiającego jest ona przeprowadzana wyłącznie z inicjatywy wnoszącego sprzeciw, wbrew woli zamawiającego (i z woli ustawodawcy to wnoszący sprzeciw ponosić ma koszty w przypadku uwzględnienia odwołania). Jednocześnie też przepisy PZP nie przewidują wprost możliwości kształtowania orzeczenia o kosztach postępowania w oparciu o względy słusznościowe (jak to np. dopuszcza procedura cywilna w art. 102 k.p.c.). Zatem sama polemika merytoryczna z poszczególnymi argumentami odwołującego nie może być argumentem dla wyłączenia obowiązku ponoszenia kosztów przez podmiot, którego wolą było zniweczenie skutków samodzielnego uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego. Z drugiej strony, z przepisów PZP nie wynika, by złożenie oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów odwołania powodowało, że zamawiający (jak zdaje się to sugerować treść uzasadnienia wyroku KIO w niniejszej sprawie) miał obowiązek prezentowania w toku rozprawy wyłącznie argumentacji merytorycznej, akceptującej każdy argument odwołującego. Złożenie oświadczenia uwzględniającego zarzuty odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 PZP wyraża wolę ponowienia czynności kwestionowanych w odwołaniu. Znaczenie takiego oświadczenia należy więc rozpatrywać raczej jako przyjęcie za uzasadniony poglądu skarżącego co do wadliwości i konieczności powtórzenia kwestionowanych w odwołaniu czynności postępowania przetargowego. Nie musi to jednak automatycznie oznaczać, że zamawiający akceptuje w całości i bezkrytycznie argumentację przedstawianą przez odwołującego, zaś każde wyrażenie poglądu odmiennego świadczy o cofnięciu oświadczenia o uwzględnieniu zarzutów. (...)

Udzielanie przez pełnomocnika zamawiającego na pytania Przewodniczącego składu Izby wyjaśnień podważających stanowiska wnoszących odwołanie winno być traktowane jako składanie oświadczeń wiedzy. Kategorię czynności procesowo – prawnych stanowiących oświadczenia wiedzy odróżnia się w nauce prawa od czynności procesowych zawierających w sobie oświadczenia woli w związku z tym nie można twierdzić, by prezentowanie jakiegokolwiek argumentu merytorycznego czy też polemika w stosunku do argumentacji odwołań, mogło świadczyć o woli cofnięcia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania.

Przy ocenie materiału procesowego w niniejszej sprawie i dokonywanej na jej tle wykładni art. 186 PZP uwzględnić należy nadto wnioski dotyczące paradygmatu rzetelnego zachowania w procesie wymaganego zwłaszcza od zawodowych pełnomocników procesowych. Oczekując udzielenia odpowiedzi na pytania organu orzekającego zgodnych z najlepszą wiedzą i przekonaniem pełnomocnika procesowego, nie można jednocześnie sankcjonować wyjaśnień odpowiadających tymże wymaganiom, taką wykładnią przepisu art. 186 PZP i art. 192 PZP, która prezentowana jest przez KIO w niniejszej sprawie. Organ nie może obowiązku składania wyjaśnień rzetelnych sankcjonować możliwością uznania, że odpowiedź określonej treści będzie poczytana za zmianę stanowiska procesowego strony i skutkować będzie mogło obciążeniem zamawiającego kosztami postępowania mimo podtrzymywanej woli uwzględnienia w całości odwołania. Skoro więc w sprawie kilkakrotnie i niezmiennie pełnomocnik zamawiającego w trakcie rozprawy wyrażał stanowisko podtrzymują-

ce wolę uwzględnienia odwołań w całości, to tylko na podstawie jego odpowiedzi na pytania przewodniczącego (a więc oświadczeń nie wyrażających woli wywołania skutków procesowo – prawnych w zakresie cofnięcia oświadczenia o uwzględnieniu odwołań) nie można zasadnie wywodzić, że w istocie (wbrew wyraźnym oświadczeniom pełnomocnika) zamawiający zmierzał do wycofania (zniweczenia skutków prawnych) swoich oświadczeń o uwzględnieniu odwołań w całości. Zatem nawet stwierdzenie, że zamawiający mimo deklaracji o uwzględnieniu odwołań, zamiast merytorycznie popierać w całości odwołania, w toku rozprawy przedstawiał oświadczenia zbieżne ze stanowiskiem wykonawców, którzy zgłosili sprzeciw, nie upoważnia do przyjęcia, że zamawiający w istocie wyraża wolę cofnięcia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania i zniweczeniu skutków procesowych tego oświadczenia (również w płaszczyźnie normy art. 186 ust. 6 PZP). Zajęcie takiego stanowiska jednak nie pozwala na uznanie, iż zamawiający w istocie wyrażał wolę cofnięcia swojego oświadczenia o uwzględnieniu i rozprawa toczyła się nie w następstwie zastosowania normy art. 186 ust. 4 PZP (a więc wyłącznie z woli wykonawców którzy zgłaszali sprzeciw).

175. Sygn. akt: IX Ga 329/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 12 października 2012 r.

Obligatoryjnym elementem zarówno wyroku jak też postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą jest w myśl art. 192 ust. 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U.2010.113.759) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego. Regulacja kosztów w postępowaniu odwoławczym została rozproszona i zawarta nie tylko w art. 192 ust. 9-10 pzp, ale także w art. 186 ust. 6 oraz akcie wykonawczym jakim jest rozporządzenie w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [(Dz. U. Nr 41, poz. 238) – *przyj. red.*].

W przypadku, gdy KIO jest zobowiązana do rozpoznania odwołania uwzględnionego przez zamawiającego z uwagi na wniesienie sprzeciwu przez przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zasadne jest obciążenie uczestnika wnoszącego sprzeciw odpowiedzialnością za wynik postępowania odwoławczego, gdyż konieczność rozpoznania odwołania spowodowana jest wniesieniem sprzeciwu.

Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b pzp koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 4, ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę. Wbrew odmiennym twierdzeniom zawartym w skardze nie jest konieczne dla zastosowania tego przepisu uznanie zarzutów odwołania w całości za słuszne. Przepis ten znajduje zastosowanie w razie uwzględnienia odwołania przez Izbę i to niezależnie od ilości zarzutów odwołania uznanych za słuszne. Zatem w ocenie Sądu Okręgowego nawet uznanie tylko jednego zarzutu odwołania za słuszny przez KIO i w efekcie czego uwzględnienie odwołania prowadzi do zastosowania przepisu art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b pzp w przypadku, gdy KIO była zobowiązana do rozpoznania odwołania uwzględnionego przez zamawiającego z uwagi na wniesienie sprzeciwu przez przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

176. Sygn. akt: XII Ga 580/12, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 7 listopada 2012 r.

Wedle przepisu art. 186 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postę-

powania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

W ocenie Sądu Okręgowego treść wskazanego przepisu jest jednoznaczna i prowadzi do takiej jego interpretacji, zgodnie z którą tylko uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu może prowadzić do umorzenia postępowania przez Izbę.

Skarżąca nie przedstawiła merytorycznych argumentów przemawiających za taką wykładnią wskazanego przepisu, z której wynikałoby, że przy uwzględnieniu przez zamawiającego wszystkich zarzutów wobec jednego tylko z wykonawców, którego dotyczy postępowanie, zachodzi możliwość umorzenia postępowania wobec niego, a także podstawy do zastosowania w sprawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania [(Dz. U. Nr 41, poz. 238) – *przyp. red.*].

Art. 187 ust. 3

177. Sygn. akt: KIO 431/14, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2014 r.

Powyższy brak Izba dostrzegła, jednakże Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że ma on charakter nieusuwalny, stąd też w trybie przepisu art. 187 ust. 7 ustawy Pzp Odwołujący został wezwany do uzupełnienia przedmiotowego braku formalnego. Podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie reprezentowany jest pogląd (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 stycznia 2012 r., sygn. akt V Ca 2739/11, wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2773/12, wyrok KIO z dnia 15 października 2012 r., sygn. akt: KIO 2090/12, KIO 2121/12) który Izba podziela, iż brak formalny odwołania w postaci braku pełnomocnictwa osoby działającej w imieniu odwołującego i podpisującej odwołanie dotyczy nie tylko samego dokumentu pełnomocnictwa pochodzącego bezpośrednio od mocodawcy (odwołującego), ale całego ciągu pełnomocnictw wykazujących umocowanie osoby podpisującej odwołanie do działania w imieniu odwołującego. Wskazuje się, że brak jest jakichkolwiek podstaw jurydycznych do identyfikowania pojęcia pełnomocnictwa w rozumieniu art. 187 ust. 3 ustawy Pzp wyłącznie z samym dokumentem pełnomocnictwa. O zakresie dopuszczalności uzupełniania braków formalnych odwołania rozstrzyga art. 187 ust. 3 ustawy Pzp. Zaś zastosowanie tego przepisu nie może doznawać modyfikacji w świetle przepisów 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.*]. Podkreślenia wymaga, iż przepis art. 187 ust. 3 ustawy Pzp został wprowadzony na mocy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) w celu stworzenia instrumentu zapewniającego możliwość usuwania braków formalnych odwołania. Unormowanie to jest podyktowane potrzebą zapewnienia wykonawcom prawa do korzystania z efektywnego systemu środków ochrony prawnej, co może być osiągnięte poprzez eliminację przypadków automatycznego odrzucania odwołań z powodu czysto formalnych uchybień, które mogą być usunięte przez odwołującego.

Nadto, w ocenie Izby, nie ma powodów, aby brak pełnomocnictwa, rozpoznany w procedurze cywilnej, w sposób odmienny interpretować na gruncie postępowania odwoławczego. W tym miejscu należy wskazać, że „dla dochowania warunków formalnych pisma procesowego nie wystarcza złożenie przez pełnomocnika dowolnego

pełnomocnictwa, lecz musi to być dokument pełnomocnictwa odpowiadający niezbędnym wymaganiom przypisanym dla pełnomocnictwa procesowego, z którego wynika upoważnienie do działania w imieniu strony w danej sprawie” (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2003 r., sygn. akt: III CZP 74/03). W konsekwencji, badanie dochowania warunków formalnych pisma procesowego w zakresie wynikającym z art. 126 § 3 k.p.c., analogiczne na podstawie przepisu art. 187 ust. 7 ustawy Pzp, winno obejmować także badanie, czy dokument pełnomocnictwa został należycie sporządzony, a w szczególności, czy został podpisany przez mocodawcę i czy z jego treści wynika umocowanie do działania za mocodawcę w danej sprawie, a ostatecznie ewentualnie skorzystanie z regulacji zawartej w przepisie art. 130 k.p.c. czy 187 ust. 1 ustawy Pzp.

178. Sygn. akt: KIO 440/14, Postanowienie KIO z dnia 26 marca 2014 r.

Zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) [aktualnie: Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 964 – przyp. red.], obowiązkiem wnoszącego odwołanie jest dołączenie do odwołania dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania - w niniejszym postępowaniu ze względu na jego wartość należało dołączyć dowód uiszczenia wpisu w terminie do dnia 3 marca 2014 r. - a brak takiego dokumentu skutkuje wezwaniem do jego złożenia pod rygorem zwrotu odwołania (art. 187 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 9 ww. rozporządzenia). Zatem należy stwierdzić, że do odwołania – z uwagi na wartość niniejszego zamówienia oraz z uwagi, iż podstawą do wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 25 lutego 2014 r. – nie dołączono dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania (3 marca 2014 r.), odwołanie jest obarczone brakiem formalnym. W związku z faktem, że brak ten nie został usunięty, odwołanie podlega zwrotowi w drodze postanowienia wydanego przez skład orzekający Izby na podstawie § 13 ust. 2 przywołanego wyżej rozporządzenia.

179. Sygn. akt: X Ga 46/12, Postanowienie SO w Gliwicach z dnia 16 marca 2012 r.

Na wstępie wskazać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo uznała, że Maria W., tj. osoba, która podpisała odwołanie nie wykazała, że została należycie umocowana do dokonania tej czynności w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia X Sp. z o.o. i Y S.A. Oddział (...) W. Wskazać bowiem należy, że na podstawie pełnomocnictwa z dnia 5 stycznia 2012 r., udzielonego przez X Sp. z o.o., Maria W. nie była uprawniona do działania w imieniu konsorcjum dwóch wykonawców. X Sp. z o.o. dopiero z dniem 9 stycznia 2012 r. nabyła prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej i udzielania pełnomocnictw dalszych w imieniu konsorcjum, zgodnie z udzielonym jej w powyższej dacie pełnomocnictwem. Zatem X Sp. z o.o. nie mogła przenieść w dniu 5 stycznia 2012 r. na Marię W. prawa do reprezentowania konsorcjum dwóch wykonawców, sama tym prawem w tej dacie nie dysponując.

Jednakże Sąd Okręgowy nie podzielił stanowiska KIO, iż art. 187 ust. 3 pzp jako niezachowanie warunku formalnego uzasadniającego wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia uwzględnia jedynie „niezłożenie pełnomocnictwa”, nie zaś przypadek, gdy pełnomocnictwo zostało złożone, jednak nie wykazuje ono w należyty sposób umocowania do reprezentowania odwołującego przez osobę podpisującą się pod odwołaniem. Odnośnie do powyższego wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 187 ust. 3 pzp, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych w szczególności, o których mowa w art. 180

ust. 3 pzp, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieziszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Jeżeli niezachowanie warunków formalnych lub niezłożenie pełnomocnictwa zostanie stwierdzone przez skład orzekający Izby, przepisy ust. 1-6 stosuje się, z tym że kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby (art. 187 ust. 7 pzp).

Powyższe unormowanie jest podyktowane potrzebą zapewnienia wykonawcom prawa do korzystania z efektywnego systemu środków ochrony prawnej, (tak też w uzasadnieniu do projektu ustawy - druk sejmowy VI kadencji nr 2310). Dlatego też Sąd Okręgowy podziela stanowisko skarżącego, iż wykładnia literalna przepisu art. 187 ust. 3 pzp przedstawiona przez KIO w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia nie daje się pogodzić z funkcją i celem tego przepisu, który ma służyć eliminowaniu przypadków odrzucania odwołań wyłącznie z powodu braków formalnych, które mogą być usunięte w trybie wskazanym w tym przepisie. Należy zatem zastosować wykładnię funkcjonalną przepisu art. 187 ust. 3 pzp pozwalającą przyjąć, że przepis ten znajduje zastosowanie zarówno w przypadku, gdy w ogóle nie załączono dokumentu pełnomocnictwa do odwołania, jak też w przypadku, gdy załączono dokument pełnomocnictwa, ale nie wynika z niego w sposób prawidłowy umocowanie do działania w imieniu odwołującego. W przeciwnym przypadku zostałaby naruszona zasada równości stron, skoro strona która nie złożyłaby w ogóle pełnomocnictwa zostałaby wezwana do usunięcia braków formalnych odwołania, zaś strona, która złożyła pełnomocnictwo, jednakże nie wynika z niego w sposób prawidłowy umocowanie do działania w imieniu odwołującego, byłaby tego prawa pozbawiona.

Wobec powyższego KIO w razie uznania, że przedłożone przez odwołującego się pełnomocnictwo nie wykazuje w sposób należyty umocowania do działania w imieniu odwołującego powinna wezwać odwołującego do jego poprawienia lub uzupełnienia w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Słusznie przy tym podniósł skarżący, że w przypadku wniesienia odwołania przez osobę, która nie wykazała należyte swoje umocowanie do działania w imieniu odwołującego, odwołanie po bezskutecznym upływie terminu do jego uzupełnienia powinno być zwrócone na zasadzie art. 187 ust. 4 pzp, a nie podlegać odrzuceniu na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp.

180. Sygn. akt: XXIII Ga 1372/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 października 2012 r.

(...) przepis art. 187 ust. 3 ustawy wskazuje, że mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Zdaniem Sądu Okręgowego za oczywiste uznać należy takie niedokładności odwołania, które mimo pewnych braków formalnych pozwalają na odczytanie rzeczywistych intencji strony i wywołanie właściwych skutków pisma procesowego. Mylne oznaczenie pisma zawierającego odwołanie (np. nazwanie go wnioskiem, pozwem, apelacją czy protestem) również nie stanowi braku formalnego, który byłby przeszkodą w rozpoznaniu odwołania, (...). W ocenie Sądu Okręgowego za mylne oznaczenie odwołania, (w tym przypadku skargi) w znaczeniu art. 187 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, można byłoby uznać mylne oznaczenie pisma zawierającego skargę (np. nazwanie jej wnioskiem, apelacją), nie zaś skierowanie skargi za pośrednictwem niewłaściwego organu.

Art. 187 ust. 8**181. Sygn. akt: KIO 1129/14, Postanowienie KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.**

Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2014 r. w formie elektronicznej, a 4 czerwca 2014 r. w formie pisemnej, pismo, w którym oświadczył, że w związku z rezygnacją z wniesienia odwołania prosi o zwrot wpłaconego wpisu. W ocenie składu orzekającego oświadczenie powyższe stanowi w postępowaniu odwoławczym wszczętym wniesionym odwołaniem, oświadczenie o cofnięciu odwołania.

182. Sygn. akt: KIO 1113/14, Postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2014 r.

Na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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), Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13.500,00 zł, stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, gdyż odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania przed otwarciem rozprawy.

Izba uznała, iż nie ma podstaw, aby uczynić zadość wnioskowi zamawiającemu i zasądzić na jego rzecz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, tj. obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika. W świetle § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b byłoby to możliwe jedynie w przypadku, gdyby odwołujący cofnął odwołanie dopiero po otwarciu rozprawy. W rozpoznawanej sprawie uczynił to jeszcze przed otwarciem rozprawy. Stąd też Izba zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia orzekła jedynie o zwrocie odwołującemu z rachunku Urzędu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu (analogicznie postanowienie z dnia 22 maja 2012 r., sygn. akt KIO 906/12). Na tej samej podstawie, jako nieznajdujący oparcia w treści powołanego przepisu, oddalono wniosek odwołującego co do zasądzenia zwrotu kosztów wynagrodzenia jego pełnomocnika.

183. Sygn. akt: KIO 1119/14, Postanowienie KIO z dnia 16 czerwca 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. Z uwagi na cofnięcie odwołania przez Odwołującego przed otwarciem rozprawy, Izba – działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron i Przystępującego.

Art. 189 ust. 2 pkt 2**184. Sygn. akt: KIO 1106/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.**

Skład orzekający Izby uznał, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, w tym na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (o co na posiedzeniu wnosili: zamawiający i przystępujący), ponieważ uznał, że pani Małgorzata O. była uprawniona do podpisania (złożenia) odwołania, co przesądzało o jego wniesieniu przez podmiot uprawniony. Istotą pełnomocnictwa rodzajowego jest umocowanie określonej osoby do działania w imieniu i na rzecz mocodawcy w określonego rodzaju sprawach. W ocenie składu orzekającego Izby dla wy-

pełnienia wymogu rodzajowości pełnomocnictwa w sprawach z zakresu zamówień publicznych wymagane jest wskazanie w treści pełnomocnictwa co najmniej umocowania do reprezentacji w sprawach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Takie pełnomocnictwo zostało załączone do odwołania, ponieważ obejmuje ono umocowanie wskazanej osoby do reprezentowania mocodawcy (...) S.A. z siedzibą w S.) i upoważnia pełnomocnika do wnoszenia odwołań – w sposób jednoznaczny wyraziło wolę mocodawcy wnoszenia przez ww. osobę odwołań w każdym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy Pzp („nie wyłączając jakichkolwiek postępowań związanych z zamówieniami publicznymi (...) w tym w szczególności w trybie przewidzianym ustawą z dnia 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych”). Nadto przypomnienia wymaga, że odrzucenia odwołania musi poprzedzać wezwanie przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do uzupełnienia braków formalnych odwołania, w tym pełnomocnictw potwierdzających umocowanie do reprezentowania odwołującego, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca (§ 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48 poz. 280).

Art. 189 ust. 2 pkt 3

185. Sygn. akt: KIO 584/14, Postanowienie KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r.

Izba zważyła, iż art. 182 ust. 1 ustawy Pzp wyznacza terminy na wniesienie odwołania wobec czynności stanowiących podstawę do jego wniesienia, o których zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynności takie stanowią m.in. wybór oferty najkorzystniejszej, odrzucenie ofert, wykluczenie wykonawców z postępowania (art. 92 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp), unieważnienie postępowania (art. 93 ust. 3 ustawy Pzp), ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym (art. 51 ust. 1a ustawy Pzp), negocjacjach z ogłoszeniem (art. 57 ust. 1 ustawy Pzp) czy dialogu konkurencyjnym (art. 60d ust. 1 ustawy Pzp). Odpowiednio, terminy wskazane w tym przepisie obowiązują również w stosunku do niektórych zaniechań zamawiającego, jak np. zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, dla którego początek biegu terminu na wniesienie odwołania stanowi informacja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. W art. 182 ust. 2 ustawy Pzp wskazano terminy na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Art. 182 ust. 3 ustawy Pzp reguluje natomiast sytuacje nie objęte ust. 1 i 2 art. 182 ustawy Pzp. Przepisem tym objęte zostały czynności lub zaniechania zamawiającego, o których zamawiający nie poinformował wykonawców, oraz te, które nie dotyczą treści ogłoszenia o zamówieniu bądź specyfikacji.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania oraz czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Informację stanowiącą podstawę do kwestionowania działań zamawiającego w tym zakresie zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 7 lutego 2014 r., zatem termin na wniesienie odwołania minął w dniu 17 lutego 2014 r. Uzyskanie przez odwołującego dodatkowych informacji w trybie dostępu do informacji publicznej (pismo Ministerstwa (...) z dnia 20 marca 2014 r.) nie może prowadzić do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania – termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym. Ww. informacja uzyskana

przez odwołującego nie stanowi też innych czynności czy zaniechania zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołanie zostało wniesione wobec czynności i zaniechań, o których zamawiający przekazał odwołującemu informację, zatem termin na wniesienie takiego odwołania należy liczyć zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 ustawy Pzp. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż zamawiający może na każdym etapie postępowania do momentu podpisania umowy badać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jednak uprawnienie wykonawcy w tym zakresie zostało ograniczone ustanowionymi terminami na wniesienie odwołania. Wobec wpływu odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. Izba stwierdziła, że zostało ono wniesione z uchybieniem terminu, co skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

186. Sygn. akt: KIO 679/14, Postanowienie KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, Izba stwierdził, iż zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie, tj. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl).

Podstawą dla takiego stwierdzenia było ustalenie, iż dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy, należało liczyć od dnia przesłania informacji o odrzuceniu oferty z 18.03.2014 r., tj. od 19.03.2014 r. (data przesłania zawiadomienia do Odwołującego). Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy, w postępowaniu, którego wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, termin na wniesienie odwołania wynosi, w zależności od sposobu przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, 5 albo 10 dni liczonych od dnia przesłania tej informacji. Izba ustaliła, iż wartość zamówienia, którego dotyczy przedmiotowe postępowanie nie przekracza kwoty określonej w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2013 r., poz. 1735), wynoszącej dla dostaw 134.000 euro. Przedmiotowe postępowanie ogłoszone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z 03.03.2014 r. i prowadzone jest według zasad dotyczących postępowań poniżej wartości wskazanej w przepisach wykonawczych, o czym również świadczy wysokość uiszczanego wpisu od odwołania, właściwa dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy o wartości mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy (§ 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania; Dz. U. nr 41, poz. 238). Przesłanie zawiadomienia pismem stanowi inny, niż określony w art. 27 ust. 2 ustawy sposób przesłania, a zatem termin na wniesienie odwołania wynosił 10 dni, licząc od dnia przesłania zawiadomienia o czynności i upływał z końcem 29 marca 2014 r. (sobota). Odwołanie do Izby zostało wniesione w dniu 4 kwietnia 2014 r. (data wpływu pisma do kancelarii Izby), a więc po upływie terminu określonego w ustawie w art. 182 ust. 1 pkt 2. Izba nie przychyliła się do stanowiska prezentowanego przez Odwołującego o konieczności liczenia terminu od dnia przesłania pisma z dnia 31.03.2014 r. Pismo, na które Odwołujący się powoływał stanowiło odpowiedź Zamawiającego na pismo Odwołującego z dnia 25.03.2014 r. w sprawie

uwag do przetargu, i zawierało wyjaśnienie zasadności decyzji komisji przetargowej o odrzuceniu oferty podjętej w dniu 18.03.2014 r. Korespondencja wywołana pismem Odwołującego z dnia 25.03.2014 r. nie zmieniała znaczenia informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego przesłanej listownie w dniu 19.03.2014 r., jakie ustawa wiąże z przesłaniem informacji o czynności Zamawiającego. Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy, od dnia przesłania informacji o odrzuceniu oferty, co nastąpiło listownie 19.03.2014 r., rozpoczął bieg dziesięciodniowy termin do wniesienia odwołania. Terminu tego nie przerywała odpowiedź Zamawiającego na uwagi Odwołującego przekazana w piśmie z 31.03.2014 r. Nie było zasadnym stwierdzenie, jakoby odpowiedź Zamawiającego stanowiła o nowej czynności podjętej w postępowaniu. Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, którym Odwołujący nie zaprzeczał, a także treścią protokołu postępowania, prace komisji przetargowej zakończyły się w dniu 18.03.2014 r., tj. w dacie podjęcia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego (druk ZP-PN, pkt 14). Błędna ocena niespornego stanu faktycznego, jakiej dokonał Odwołujący nie uzasadniała stwierdzenia, iż odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu określonego w ustawie.

187. Sygn. akt: KIO 1153/14, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2014 r.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...), z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest zarzutem spóźnionym i jako taki nie może podlegać rozpoznaniu przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, w którym wyróżnia się dwa odrębne etapy postępowania: ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ocenę ofert. W pierwszym etapie zamawiający dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, zapraszając do składania ofert wyłącznie wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w drugim etapie – zamawiający dokonuje jedynie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert. Wyodrębnienie tych dwóch etapów jest istotne także z punktu widzenia terminowości wnoszonych środków ochrony prawnej. (...)

Termin na kwestionowanie złożonego przez (...) oświadczenia o posiadaniu statusu instytutu badawczego zaczął swój bieg od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert, czyli czynności kończącej ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału. Wówczas tj. od dnia 14 kwietnia 2014 roku (przekazanie zaproszenia do składania ofert) odwołujący mógł skutecznie kwestionować niespełnienie przez (...) wymagań określonych w ogłoszeniu i potwierdzonych przez wykonawcę we wniosku o dopuszczenie do udziału.

Art. 189 ust. 2 pkt 6

188. Sygn. akt: KIO 737/14, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2014 r.

Analiza treści odwołania wyraźnie wskazuje, iż zasadniczą część argumentacji dotyczy czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżenia decyzji zamawiającego. Odnosi się to do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 29 ust. 1 -3 i 30 ust. 1-4 i ust. 6 ustawy. Jakkolwiek bowiem Odwołujący upatruje naruszenia tych przepisów w fakcie „niezasadnego i niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego”, to argumentacja, jaka została podniesiona w odwołaniu wskazuje wyraźnie, że w ramach czynności odrzucenia oferty Odwołującego kwestionowane są czynności związane z przygotowaniem postępowania, to

jest dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia.

Nie mogły więc być brane pod uwagę zastrzeżenia zawarte w odwołaniu, zgodnie z którymi Zamawiający opisując przedmiot zamówienia nie odniósł się do obowiązujących w tym zakresie norm, lecz wymagał spełnienia przez wykonawców wymagań wyższych niż wskazane w obowiązujących normach, bez uzasadnienia dlaczego, co stanowi naruszenie art. 30 ustawy, a także że Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił potrzeby otrzymania urządzeń o wyższych parametrach niż wskazane w obowiązujących normach. Podobnie, dotyczy opisu przedmiotu zamówienia argumentacja, zgodnie z którą Zamawiający nie był uprawniony do żądania parametrów wyższych niż wynikających z obowiązujących norm, a także odrzucenia oferty z powodu niespełniania parametrów wyższych, bowiem w żaden sposób nie uzasadnił takiej potrzeby, a także, że wykonawcy nie mogą być obarczani obowiązkiem oferowania produktów wyższej jakości niż wynikających ze standardów opisanych w normach, tylko dlatego, że Zamawiający tak postanowił w specyfikacji, a żądania swego w żaden sposób nie uzasadnił. W analogiczny sposób należy ocenić dalszą argumentację odwołania, zgodnie z którą Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie podał znaków towarowych, patentów lub pochodzenia urządzeń, zaś w załączniku 10A zawierającym wykonane przez Zamawiającego obliczenia fotometryczne nie została przywołana żadna oprawa, a użyte określenie: oprawa drogowa, nie identyfikuje żadnej konkretnej oprawy, podczas gdy Zamawiający w pkt 4.1. SIWZ dopuścił zastosowanie równoważnych materiałów i urządzeń w stosunku do zaprojektowanych, w takim wypadku Zamawiający błędnie dopuścił składanie ofert równoważnych, bowiem nie jest wiadomym do jakiego produktu oferta ma być równoważna. Wskazywane w odwołaniu „uzasadnione podejrzenie, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2 ustawy, czyli w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, a w konsekwencji tego dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1-3 ustawy” odnosi się również do opisu przedmiotu zamówienia. Podobnie jest z tezą, że wymagania określone przez niego w załączniku 10A są niemożliwe do spełnienia przez oprawę inną, niż oprawa drogowa, na której Zamawiający dokonał przykładowych obliczeń, a także, że żadna z porównywalnych, a dostępnych na polskim rynku opraw oświetleniowych, nie jest w stanie powtórzyć lub uzyskać lepszych wyników, jak te wymienione dla przywołanej w załączniku 10A drogi, w tym, że masowo zainstalowane od tej pory na terenie całej Polski [setki tysięcy sztuk] opraw (...), ES-System czy (...), nie odpowiadają parametrom obecnie wskazanych przez Zamawiającego, a odpowiadają i niekiedy przewyższają parametry obowiązującej normy PN-EN 13-201.

Wszystkie te tezy i zarzuty zmierzają do zakwestionowania treści SIWZ, wskazując wyraźnie na niedoskonałości opisu przedmiotu zamówienia. Wskazywane w tej mierze przepisy art. 29 ust. 1-3 oraz art. 30 ust. 1-4 oraz 6 ustawy odnoszą się do ukształtowania w SIWZ zamawianego przedmiotu - opisu przedmiotu zamówienia, co potwierdza umiejscowienie ich w tej części ustawy, która stanowi o przygotowaniu postępowania [Dział I, rozdział 2 ustawy]. Tymczasem opis przedmiotu zamówienia został ukształtowany w sposób definitywny z momentem ustalenia treści SIWZ, a z całą pewnością nie można mu nadawać innego znaczenia, aniżeli wynikające z treści SIWZ, po złożeniu ofert. Ponadto, w analizowanej sytuacji, czynność opisu przedmiotu zamówienia nie może podlegać ingerencji w ramach środków ochrony prawnej. Z powodu braku tego typu czynności, jakim jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w katalogu enumeratywnie wymienionych czynności, zawartym

w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie opisu przedmiotu zamówienia. Środki ochrony prawnej nie są dopuszczone w postępowaniu „podprogowym” w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia – zastosowania lub nie określonych norm do tego opisu, czy też wymagania parametrów wyższych aniżeli wynikające z tych norm, jak również analizy powodów, dla których Zamawiający zdecydował się na postawienie wyższych wymogów niż wynikające z norm. W takim wypadku ustawodawca, nie dopuszczając możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej na czynność przykładowo opisu przedmiotu zamówienia, wprowadził możliwość wystąpienia przez wykonawcę z do zamawiającego z informacją o niezgodnej z przepisami czynności lub zaniechaniu, co do których nie przysługuje odwołanie [art. 181 ustawy]. Odwołujący nie korzystał z tej instytucji w postępowaniu.

189. Sygn. akt: KIO 1130/14, Postanowienie KIO z dnia 17 czerwca 2014 r.

W przedmiotowym postępowaniu wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym w zakresie możliwości wnoszenia odwołań ma zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Natomiast co do pozostałych czynności wykonawca może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 (art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). W konsekwencji, zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Taka sytuacja ma miejsce w przypadku niniejszego odwołania. Odwołujący co prawda usiłuje wskazywać, że wniesione przez niego odwołanie dotyczy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednak nie jest to zgodne ze stanem faktycznym. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest bowiem wprost związany z okolicznościami wskazanymi w art. 22 i art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli okolicznościami dotyczącymi właściwości samych podmiotów umożliwiającymi i uniemożliwiającymi im udział w przetargu: posiadanych przez nich uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, zdolności ekonomicznej i finansowej, posiadanej wiedzy i doświadczenia, personelu, płacenia podatków, karalności za przestępstwa itd. Natomiast zarzuty odwołującego dotyczą opisu przedmiotu zamówienia, czyli przedmiotu oferty (staplerów) oraz kryteriów i oceny ofert – czyli znów właściwości zaoferowanych staplerów. I chociaż

postępowanie zamawiającego być może oznacza, że wykonawca w konsekwencji nie będzie mógł wziąć udziału w postępowaniu, to jednak nie z powodu powyżej wskazanych okoliczności, lecz właściwości oferowanych produktów, które nie posiadają cech wskazanych przez zamawiającego.

Art. 189 ust. 2 pkt 7

190. Sygn. akt: KIO 309/14, Wyrok KIO z dnia 3 marca 2014 r.

Dopuszczalne było przesłanie kopii odwołania drogą elektroniczną. Serwer pocztowy zamawiającego działał prawidłowo i otrzymywał przesłane wiadomości. W orzecznictwie Sądu Najwyższego jako moment złożenia oświadczenia elektronicznego uznaje się chwilę przyjęcia wiadomości przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych (postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2003 r. V CZ 127/03, OSNC 2005, nr 1, poz. 12). Natomiast obowiązek zapewnienia drożności urządzenia, które służy do obsługi elektronicznego kanału komunikacji, właściwej konfiguracji skrzynki pocztowej, jej regularnego opróżniania obciąża odbiorcę, a nie nadawcę wiadomości. W doktrynie prawa cywilnego akcentuje się bowiem, że w normalnym toku czynności mieści się konieczność prawidłowego funkcjonowania urządzenia adresata, które wskazał on nadawcy, jako możliwy do wykorzystania środek komunikacji (Kodeks cywilny, Komentarz, red. Gniewek, Wydawnictwo CH. BECK wyd. 4, Warszawa 2011, s. 154). Wystarczyło więc, że korespondencja e-mail dotarła do serwera odbiorcy, który mógł zapoznać się z jej treścią. Jeżeli zamawiający nie był w stanie odebrać tej korespondencji, np. z przyczyny ograniczonej pojemności własnej skrzynki odbiorczej w danym czasie – nie powoduje to nieskuteczności doręczenia kopii odwołania.

191. Sygn. akt: KIO 574/14, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2014 r.

Na wstępie odniesienia Izby wymaga złożony przez zamawiającego wniosek o odrzucenie odwołania na etapie posiedzenia z powodu nieprzesłania zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami. Przesłane odwołanie nie zawierało załączników wymienionych w części końcowej odwołania, tj. dowodu uiszczenia wpisu, odpisu z KRS oraz pełnomocnictwa. Zamawiający na pytanie Izby jakie znaczenia dla zamawiającego miał brak przesłania załączników stwierdził, że załączniki te nie miały charakteru merytorycznego, lecz zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy Pzp winny mu być przesłane.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania, gdyż przyjęcie, że w każdym przypadku braku załączenia do kopii odwołania, załączników bez względu na ich merytoryczne znaczenie, niweczyłoby sens postępowania odwoławczego, a ponadto nie znajduje to uzasadnienia w treści art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 964) – przyp. red.*]. W tym postępowaniu, jak stwierdził sam zamawiający, brak załączników nie miał merytorycznego znaczenia, dla podjęcia decyzji co do podniesionych zarzutów odwołania, gdyż nie zawierały one istotnych informacji w zakresie prowadzonego sporu. Izba stwierdza, że tylko ustalenie, iż kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w niepełnej pod kątem zawartości merytorycznej treści, w stosunku do treści odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, winno skutkować uznaniem, że odwołujący nie dopełnił obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu, co z kolei zobowiązuje Izbę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy

Pzp. Co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

192. Sygn. akt: KIO 597/14, Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.

Zamawiający, wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp oparł na twierdzeniu, że nie otrzymał w dniu 24.03.2014 r. do godziny 14,00 kopii odwołania oraz, że doręczona kopia po upływie tego terminu jest niekompletna. Izba stwierdziła, że wyznaczony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] sposób kontaktowania się z Zamawiającym ze wskazaniem dni i godzin kontaktu [od poniedziałku do piątku w godzinach od 8,00 do 14,00] nie mógł mieć zastosowania do obliczania terminu przekazania kopii odwołania i przekazanie tej kopii w dniu 24 marca 2014 r. o godzinie 15,54 nie uchybiało terminowi, o którym stanowi art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Izba przede wszystkim podkreśla, że do sposobu obliczania wskazanego terminu z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp [podobnie jak do obliczania terminów wniesienia odwołania, o których stanowi art. 182 ustawy Pzp] mają wprost zastosowanie – wbrew przeciwnym twierdzeniom Zamawiającego - przepisy ogólne kodeksu cywilnego. Tym samym wskazane w specyfikacji godziny urzędowania instytucji zamawiającej pozostawały bez wpływu na zachowanie terminu określonego w tym przepisie. Izba dodatkowo zauważa, że w tej sprawie kopia odwołania przekazana została przed wniesieniem odwołania do Prezesa KIO, albowiem tę kopię przekazano w dniu 24 marca o godz. 15,54, a odwołanie [według prezentaty] – o godzinie 16,46.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niekompletności kopii Izba zwraca uwagę, że brak ten [tak jak wskazano w wykazie załączników – ostatnia strona odwołania] dotyczył odpisów KRS wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz dowodu doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu. Odpisy KRS zostały - jak wynika z ustaleń Izby - dołączone w pierwszej kolejności do oferty, a doręczenie kopii odwołania do adresata, nie wymagało w tym przypadku w korespondencji skierowanej do Zamawiającego odrębnego dowodzenia.

Dodatkowo Izba stwierdza, że okoliczność, o której mowa w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp mogłaby znaleźć zastosowanie, tylko wówczas, gdyby kopia odwołania przekazana zamawiającemu odbiegała w swej treści merytorycznej od odwołania wniesionego do Prezesa KIO, np. nie zostałyby przekazane załączniki, które pomimo ich formalnego wyodrębnienia w istocie stanowiłyby element konstytuujący treść odwołania. W tej sprawie brak przekazania wymienionych załączników wraz z odwołaniem nie uniemożliwiał oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu, a ich treść w istocie była dostępna Zamawiającemu. Tym samym w tej sprawie wskazywana podstawa odrzucenia odwołania - przesłanka z pkt 7 art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp - nie mogła mieć zastosowania.

193. Sygn. akt: KIO 1060/14, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2014 r.

Odnosnie wniosku Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 Pzp, gdyż kopia odwołania nie zawierała podpisu, lecz jedynie komputerowo napisane imię i nazwisko Odwołującego. Izba nie przychyliła się do przedmiotowego wniosku. Zasadnie wskazywał Odwołujący na posiedzeniu, na różnice pomiędzy kopią odwołania, a odwołaniem wynikającą z faktu, że w tym zakresie mamy do czynienia z kopią odwołania, dla której nie jest konieczne zachowanie wymogu pisemności. W oparciu o treść art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, brak podpisu pod kopią odwołania nie mógł stanowić podstawy do jego odrzucenia przez Izbę, gdyż wskazanie w treści przepisu na kopię odwołania, oznacza wyłączenie obowiązku zachowania formy pisemnej, dla

której zachowania warunkiem koniecznym jest złożenie własnoręcznego podpisu. Odwzorowanie podpisu, znajdujące się na kopii dokumentu, formy tej nie zastępuje, a tym samym brak podpisu nie stanowi o wadzie formalnej kopii odwołania. Celem wskazanej regulacji, jest umożliwienie zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania, w tym w szczególności z podniesionymi zarzutami i żądaniami, a także przytoczoną argumentacją. W badanej sprawie, Odwołujący dochował obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania, przekazując Zamawiającemu identyczną treść pisma złożonego do Izby. W tym zakresie chodzi o brak konieczności własnoręcznego podpisu.

194. Sygn. akt: KIO 1117/14, Postanowienie KIO z dnia 16 czerwca 2014 r.

Na podstawie kopii dokumentów załączonych przez zamawiającego do pisma z 5 czerwca 2014 r. Izba ustaliła, że odwołujący przesłał zamawiającemu kopię odwołania drogą pocztową. Pismo zostało nadane 2 czerwca 2014 r. i wpłynęło do zamawiającego 4 czerwca 2014 r. Odwołujący do odwołania załączył dowód nadania przesyłki pocztowej do zamawiającego z 2 czerwca 2014 r. Zamawiający do pisma z 5 czerwca załączył również dowód przesłania kopii odwołania za pośrednictwem faksu. Odwołujący dokonał transmisji 3 czerwca 2014 r. o godzinie 8.40.

Art. 180 ust. 5 Pzp stanowi, że odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, by mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2. Z kolei stosownie do art. 27 ust. 2 Pzp, jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

Wobec przesłania przez zamawiającego informacji o wykluczeniu odwołującego w dniu 23 maja 2014 r. termin na wniesienie odwołania ustalony przy uwzględnieniu art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp kończył swój bieg 2 czerwca 2014 r. Z dokumentów, którymi dysponowała Izba na posiedzeniu, wynika jedynie fakt nadania przez odwołującego pisma zawierającego kopię odwołania w dacie zakreślonej na wniesienie odwołania. Zamawiający nie otrzymał kopii odwołania w terminie przewidzianym ustawą na jego wniesienie, gdyż przesłanie faksem nastąpiło 3 czerwca 2014 r., a kopię nadaną pocztą zamawiający otrzymał 4 czerwca 2014 r., zatem odpowiednio dzień i dwa dni po upływie terminu.

Samo nadanie pisma w urzędzie pocztowym jest niewystarczające dla uznania, że termin ustawy został dochowany, gdyż możliwość taka powinna wynikać wprost z przepisu ustawy (za uchwałą SN z 7 lutego 2014 r., sygn. akt III CZP 90/13). Profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez odwołującego uzasadnia obowiązek znajomości obowiązującego prawa i wynikających z niego następstw (wyrok SN z dnia 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt III CRN 77/93, wyrok SA w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt: I ACa 1018/05). Termin na przekazanie zamawiającemu kopii odwołania upłynął i nie podlega przywróceniu. Upływ terminu powoduje utratę prawa. Odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 Pzp, co obliguje Izbę do zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp do odrzucenia odwołania.

Art. 190 ust. 1 - 3**195. Sygn. akt: KIO 654/14, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.**

Przystępujący (...) SA (dalej: przystępujący) wskazał w ofercie wydajność procesu produkcji w wysokości $W = 1,25\text{h}/\text{CFP}$. W ocenie odwołującego taka wydajność jest nierealna do osiągnięcia. Odwołujący jako dowód w sprawie złożył ekspertyzę dr. hab. Beaty C. na okoliczność wykazania, iż tzw. „wydajność” procesu produkcji wyrażona w liczbie godzin potrzebnej na realizację 1 punktu funkcyjnego metody COSMIC (1 CFP) w wysokości 1,25 h/CFP jest zaniżona i nierealna.

W pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na fakt, iż złożona przez odwołującego ekspertyza jest dowodem, który w doktrynie nosi nazwę opinii prywatnej. Od strony negatywnej opinią prywatną (inaczej pozaprosesową, pozasądową, rzeczoznawczą) jest bowiem każde oświadczenie, powołujące się na wiadomości specjalne, nie pochodzące od biegłego powołanego przez sąd. Najistotniejszą cechą opinii prywatnej jest sporządzenie nie na zlecenie organu procesowego, lecz innych uczestników procesu, najczęściej stron postępowania. Jak sama nazwa wskazuje, opinia prywatna nie jest opinią w rozumieniu art. 190 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ponieważ nie spełnia podstawowych wymagań prawnych odnoszonych do opinii biegłych. Dokument ten powstaje poza postępowaniem, czasami nie dla jego celów, a czasami właśnie dla przedstawienia w toku postępowania. Należy uznać za ugruntowany w orzecznictwie SN i sądów powszechnych oraz literaturze pogląd, że, co do zasady, prywatna opinia „biegłego” lub instytutu naukowego nie stanowi dowodu wiadomości specjalnych. Charakter opinii prywatnej ma nawet ekspertyza osoby, która jest biegłym sądowym, jeżeli sporządzona została na polecenie strony. W konsekwencji przedłożona do akt przez stronę opinia prywatna może mieć dwojaki charakter. W pierwszym przypadku stanowi stanowisko strony, w drugim – dowód z dokumentu prywatnego. W konsekwencji nigdy ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków organu orzekającego pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono słuszne stanowisko, że, gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skargi kasacyjnej (np. wyrok z dnia 11 grudnia 1997 r. sygn. akt I CKN 385/97). Dokonując oceny przedłożonej opinii jako stanowiska strony odwołującej zwrócić należy uwagę na poczynione przez jej autorkę zastrzeżenie, iż „Opracowanie to w żadnej swojej części nie może być traktowane jako ocena całości oferty, do której autorka nie miała wglądu”. Ponadto z treści opinii nie wynika również, iż autorka miała wgląd do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz pytań do tej specyfikacji udzielanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, iż opinia została sporządzona w oderwaniu od istotnych kwestii tego konkretnego postępowania przetargowego. Okoliczności te powodują, iż wartość dowodowa opinii w przedmiotowej sprawie jest znikoma i nie może mieć wpływu na stanowisko Izby.

196. Sygn. akt: KIO 1060/14, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2014 r.

Izba nie dopuściła dowodu z przesłuchania świadków w osobach pana Marka (wskazanego w odwołaniu) oraz Zbigniewa Ś. (wskazanego na posiedzeniu) na okoliczności nie otrzymania faksu o którym mowa w treści odwołania oraz tego, iż urządzenie do odbioru faksu było sprawne technicznie. W zakresie osoby wskazanej w odwołaniu, jak i nowo zgłoszonej osoby w dniu dzisiejszym na posiedzeniu, Izba wskazuje, że *de facto* pierwotny wniosek nie dotyczył świadka, lecz strony (czyli zo-

stał błędnie skonstruowany), po drugie w ocenie Izby mimo, że pierwotny wniosek dotyczył także kwestii sprawności urzędnika, to zdaniem Izby, byłby to *sensu stricto* wniosek dowodowy o charakterze negatywnym. Nadto, dowód z przesłuchania świadka nie byłby adekwatny w zakresie sprawności urzędnika, gdyż należałoby przedstawić w pierwszej kolejności na potwierdzenie tej okoliczności inne dokumenty, takie jak chociażby dowód zakupu sprzętu, pozostawiania urzędnika na gwarancji, naprawy urzędnika – książkę serwisową, nie zaś w pierwszej kolejności dowód z przesłuchania świadka.

197. Sygn. akt: KIO 1090/14, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2014 r.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, uznając, iż prowadziłby on do nadmiernego przedłużenia postępowania dowodowego w sytuacji, kiedy spór nie dotyczył ustalenia, czy produkt (...) może posiadać wyższą aktywność od określonej w karcie charakterystyki jako całkowita aktywność (co potwierdził Odwołujący przyznając, iż radiofarmaceutyk ulega rozkładowi a zatem w momencie wytworzenia posiada wartość wyższą), lecz sprowadzał się do interpretacji zapisów karty charakterystyki i oceny, czy w świetle ustalonej w niej całkowitej aktywności produktu, wykonawca mógł zaoferować produkt o wyższej aktywności. Izba uznała, iż interpretacja postanowień dokumentu nie wymaga wiadomości specjalnych i jest możliwa do przeprowadzenia bez udziału biegłego.

198. Sygn. akt: XII Ga 73/12, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2012 r.

Nie jest również zasadny zarzut naruszenia norm regulujących postępowanie przed Izbą (art. 190 pzp). Należy zgodzić się ze stanowiskiem Izby, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wystarczał do starannego rozstrzygnięcia.

Nie można podzielić stanowiska Skarżącego, iż Izba nie uzasadniła w sposób wystarczający swojej decyzji o oddaleniu wniosków dowodowych zgłoszonych w toku postępowania odwoławczego. Przede wszystkim przekonujący był argument, że materiał dowodowy już zgromadzony wystarczał do rozstrzygnięcia. Nie było potrzeby przeprowadzenia dowodu z zeznań świadka Bogusława U., pracownika Skarżącego „na okoliczności wskazane poniżej, dotyczące kalkulacji cen Konsorcjum”. Przy tak sformułowanej tezie dowodowej i w gruncie rzeczy wyczerpującym podaniu argumentacji w pismach Skarżącego bezzasadnym było przesłuchanie świadka na te okoliczności, bowiem logicznym jest wniosek, iż świadek powieliłby argumentację podaną w pismach. Tak samo należy ocenić wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań stron. Ten wniosek dowodowy służyć miał wykazaniu doświadczenia Skarżącego w zakresie obsługi Rejonu 3. To, że Skarżący takie doświadczenie posiada nie było w ogóle kwestionowane i taki dowód dla rozstrzygnięcia był zbędny.

Sąd Okręgowy podziela również stanowisko Izby, że nie było przeszkód do przedstawienia ewentualnego dowodu z treści umowy z jednostką odbierającą odpady, czy też tzw. stawek obowiązujących dla rejonu 3-8 w latach 2010/2011 już w chwili wniesienia odwołania. Zgodzić się również należy ze stanowiskiem Izby, że dowód z opinii biegłego (wobec zawartości zgromadzonego już materiału dowodowego) prowadziłoby do zbędnej przewłoki w postępowaniu dowodowym. Te same przyczyny legły u podstaw oddalenia wniosków dowodowych zgłoszonych w skardze.

Art. 190 ust. 7

199. Sygn. akt: V Ca 895/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 czerwca 2012 r.

Sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału zachodzi

natomiast wówczas, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy dowodami zgromadzonymi w sprawie a konkluzją, do jakiej doszła Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie materiału dowodowego i obejmuje także wszystkie wypadki wadliwości wynikające z naruszenia art. 233 § 1 k.p.c., a więc także błędy popełnione przy ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego. Krajowa Izba Odwoławcza poddała wszechstronnej, wnikliwej ocenie materiał dowodowy zgromadzony w trakcie postępowania odwoławczego, ustalając stan faktyczny sprawy stanowiący podstawę do rozważań nad stosowaniem przepisów prawa materialnego. Uwzględniła wszystkie dowody przeprowadzone w postępowaniu oraz wszystkie okoliczności towarzyszące przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mające znaczenie dla ich mocy i wiarygodności. Sąd Okręgowy podziela dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą ocenę dowodów oraz poczynione na ich podstawie ustalenia faktyczne. Podniesione w skardze zarzuty naruszenia przepisów postępowania ocenił jako stanowiące jedynie polemikę z prawidłowymi ustaleniami faktycznymi i z tej przyczyny nieuzasadnione. Przeprowadzona ocena dowodów nie nosi zatem cech dowolności. Tak przeprowadzona ocena dowodów jako odpowiadająca wymogom z art. 233 § 1 k.p.c. korzysta z ochrony tym przepisem przewidzianej i jest w pełni aprobowana przez Sąd Okręgowy.

200. Sygn. akt: V Ca 147/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2012 r.

Nie budzi wątpliwości, że Krajowa Izba Odwoławcza nie dopuściła się również naruszenia przepisu art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 Pzp. Uwzględniła i wzięła bowiem za podstawę rozstrzygnięcia stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zarzucana sprzeczność istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału zachodzi wówczas, gdy powstaje dysharmonia pomiędzy dowodami zgromadzonymi w sprawie a konkluzją, do jakiej doszła Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie materiału dowodowego, i obejmuje także błędy popełnione przy ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego. Skarżący nie wykazał natomiast, aby takie naruszenie miało miejsce.

201. Sygn. akt: IX Ga 281/12, Wyrok SO w Lublinie z dnia 24 sierpnia 2012 r.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła stan faktyczny sprawy, poczyniła na podstawie dokonanych ustaleń rozważania prawne, a ustalenia faktyczne i wywody prawne zostały przedstawione w wyczerpującym piśmym uzasadnieniu wyroku Izby. Stanowisko Izby jest prawidłowe, Sąd Okręgowy przyjmuje je za swoje, wobec czego nie zachodzi potrzeba ponownego przytaczania stanowiska Izby.

Skarga nie zawiera żadnych argumentów pozwalających na przyjęcie, że Izba błędnie ustaliła stan faktyczny sprawy lub niewłaściwie zastosowała powołane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku przepisy. Przede wszystkim nietrafny jest zarzut przekroczenia przez Izbę zasady swobodnej oceny dowodów wyrażonej w art. 233 § 1 k.p.c. oraz błędnej oceny mocy dowodowej materiału dowodowego sprawy. Podnoszący te zarzuty nie precyzuje jakich konkretnie dowodów zarzuty dotyczą. W istocie, z treści skargi wysnuć można wniosek, że skarżący odwołuje się do oceny wyjaśnień skarżącego złożonych przed Izbą na rozprawie w dniu 26 czerwca 2012 r. Stanowisko skarżącego jest błędne. Stosownie do art. 233 § 1 k.p.c. sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Skarga nie zawiera żadnych zarzutów wskazujących na naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów. Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 § 1 k.p.c. wymaga bowiem wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej

oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu. Skarga zaś tego rodzaju zarzutów, wskazujących na brak logiki lub naruszenie zasad doświadczenia życiowego przy ocenie dowodów przez Izbę - nie zawiera.

202. Sygn. akt: II Ca 680/12, Wyrok SO w Kaliszu z dnia 21 lutego 2013 r.

Zarzut sprzeczności ustaleń faktycznych z zebraniem materiałem dowodowym należy sfery gromadzenia materiału dowodowego i oceny jakiej dowody te zostały poddanej w zakresie ich mocy dowodowej, tj zdolności wykazywania faktów, z którymi wiąże się podstawa faktyczna rozstrzygnięcia (art. 190 ust. 7 pzp). Ponieważ nie wszystkie kwestie postępowania zostały uregulowane w ustawie, zatem uznaje się jako celowy zabieg interpretacyjny sięgnięcie *per analogiam* do utrwalonych w tradycji prawniczej instytucji procedury cywilnej. Należy zatem przyjąć, że w oparciu o powyższe upoważnienie, tak jak w postępowaniu cywilnym (art. 233 § 1 kpc), organ procesowy ocenia wyniki postępowania dowodowego według własnego przekonania, opartego na zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Zatem stawiając zarzut naruszenia tego przepisu, polegający na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów, którego skutkiem jest sprzeczność ustaleń z ich treścią dowodów, musi opierać się na kryteriach pozwalających sprawdzić prawidłowość zarzutu wadliwości tej oceny w stosunku do konkretnego dowodu lub grupy dowodów, a więc opierać się na naruszeniu zasad jurydycznych, logicznych czy doświadczenia życiowego. Bezskuteczne zatem pozostaje podważenie tej oceny polegające jedynie na wyprowadzeniu przez skarżącego własnych wniosków co do faktów podlegających ocenie prawnej.

Tymczasem skarżący wywodząc, że załączone zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego nie pozwalają ustalić z przyczyn obiektywnych związanych głównie z datą wejścia w życie przepisów ustawy karnej że oferta w/w wykonawców nie podlega wykluczeniu z przyczyn określonych w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy pzp, w istocie nie kwestionuje faktu złożenia przez obu wykonawców dokumentów stanowiących informację Krajowego Rejestru Karnego, czy też że został on wystawiony w terminie 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazanym w obowiązującym w dniu orzekania składania oferty rozporządzeniem Prezesa RM 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. 2009 r. Nr 226, poz.1817] (uchylonym z dniem [20.02.2013 r. – *przyp. red.*], czy wreszcie że z treści tych dokumentów wynika stwierdzenie, że osoby w nich wymienione nie figurują w rejestrze osób skazanych, co wyklucza ich z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz w ramach tego zarzutu podważa wyłącznie ocenę prawną treści tych dokumentów ze względu na zmianę stanu prawnego obowiązującego po ich złożeniu, a przed dniem otwarcia ofert.

Jest to zatem zarzut w ramach drugiej podstawy, tj. naruszenia prawa materialnego, tj. w zakresie oceny czy po złożeniu przez wykonawców w toku zamówienia publicznego dokumentu stanowiącego informację z Krajowego Rejestru Skazanych, gdy nastąpiła zmiana stanu prawnego rozszerzającego katalog przestępstw, za których skazanie stanowi aktualną podstawę do wykluczenia, zamawiający może wzywać wykonawcę do złożenia aktualnej informacji czy ewentualnie do złożenia wyjaśnień wątpliwości związanych ze skazaniem wykonawców za popełnienie tych przestępstw.

Art. 191 ust. 3**203. Sygn. akt: KIO 1128/14, Postanowienie KIO z dnia 16 czerwca 2014 r.**

W dniu 16 czerwca 2014 r., o godzinie 13.04., Przewodniczący składu orzekającego otworzył posiedzenie. Na posiedzenie stawili się tylko Zamawiający. Izba ustaliła, że Odwołujący i Przystępujący zostali zawiadomieni prawidłowo o terminie posiedzenia i rozprawy. Przewodniczący o godzinie 13.17. otworzył rozprawę. Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i złożył wniosek o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izbą. O godzinie 14.12 Przewodnicząca zamknęła rozprawę. Izba postanowiła ogłosić wyrok w dniu 18 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 16 czerwca 2014 r. o godz. 15.16, stosując odpowiednio przepis art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, na nowo otworzyła zamknięte uprzednio posiedzenie. Izba ustaliła, że w dniu 16 czerwca 2014 r., o godzinie 12.17, zgodnie z adnotacją Kancelarii, wpłynęło wycofanie odwołania (pismo Odwołującego z dnia 16 czerwca 2014 r.). Informację, że odwołanie zostało wycofane, Przewodniczący składu orzekającego otrzymał mailem o godzinie 14.24, oryginał pisma Przewodniczący odebrał w sekretariacie o godzinie 15.05.

Wobec powyższych okoliczności, Izba zdecydowała się na nowo otworzyć posiedzenie, uznając fakt, że odwołanie zostało wycofane przed wyznaczonym terminem posiedzenia, za istotny dla rozstrzygnięcia odwołania. W konsekwencji Izba, działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Prawa zamówień publicznych, wydała postanowienie, w którym umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie. Stosownie do art. 187 ust. 8 zd. drugie Prawa zamówień publicznych skład orzekający Izby postanowił zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Art. 192 ust. 2**204. Sygn. akt: KIO 626/14, Wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2014 r.**

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zamawiający może – podczas oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i badania oraz oceny ofert – dokonywać różnego rodzaju czynności. Zamawiający w tym czasie może również nanosić na badany materiał różnego rodzaju znaki, ale w sposób niezakłócający oryginału przekazu dokumentu. Jednak tego odwołujący nie zarzuca zamawiającemu.

Zamawiający ma również prawo podczas pracy z ofertami nawet do błędnych działań byleby zamawiający przed podjęciem ostatecznej decyzji przeprowadził właściwie ocenę spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz dokonał właściwego badania i oceny ofert. Dlatego wskazania na działania zamawiającego, które są niezrozumiałe przez odwołującego – stawianie niezrozumiałych znaków na zdjęciach, nie może być uznane za naruszenie przepisów przez skład orzekający Izby, gdyż odwołujący nie wykazał, że w wyniku tych działań zamawiający dokonał niewłaściwych czynności mających lub mogących mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Art. 192 ust. 7**205. Sygn. akt: KIO 293/14, KIO 294/14, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2014 r.**

Na rozprawie Odwołujący podnosił dodatkowo, że Przystępujący posłużył się certyfikatem z 18 czerwca 2013 r., który utracił ważność, co ma potwierdzać złożenie nieprawdziwych informacji przez Przystępującego. Podkreślenia jednak wymaga,

że zarzut tej treści, oparty na wskazanych okolicznościach nie został podniesiony w odwołaniu, w związku z czym nie podlegał on rozpatrzeniu, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”

206. Sygn. akt: KIO 1038/14, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2014 r.

Istotną dla rozstrzygnięcia okolicznością, jest fakt związania Izby granicami zarzutów wynikający z powołanego przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla zakresu kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzutów, a zatem wskazania w tym odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności ma być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izbą), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności. O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.) [aktualnie Dz. U. t.j. poz. 964 – *przyp. red.*], który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego nieuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Przyjęcie takiej definicji zarzutu rodzi dalsze konsekwencje. Skoro Izba może orzekać tylko w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, nie jest dopuszczalne, aby Odwołujący rozszerzał te granice już po wniesieniu odwołania, a podejmowanie przez niego takich prób nie może zostać uznane za działanie mogące skutecznie wpływać na kognicję Izby. Pamiętać przy tym należy, iż tak samo odwołanie, jak i poszczególne zarzuty w nim zawarte, formułowane są w konkretnym, zaistniałym w danej sprawie, stanie faktycznym i prawnym. Stąd też oczywistym jest to, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego konstruowane są wobec konkretnych czynności podejmowanych przez Zamawiającego – odnoszą się one do tych czynności, jako takich, w jaki sposób zostały one Odwołującemu przez Zamawiającego zakomunikowane. Można zatem przyjąć, iż to treść konkretnych rozstrzygnięć podejmowanych przez Zamawiającego jest główną determinantą kształtującą treść zarzutu. To do treści komunikatu Zamawiającego i przesłanek, jakie uznał on za decydujące o podjęciu konkretnej decyzji, w głównej mierze odnosić się musi Odwołujący w swym odwołaniu i zawartych w nim zarzutach. To z kolei powoduje, że nie można od niego oczekiwać, aby na etapie konstruowania zarzutów uwzględniał okoliczności, których Zamawiający nie przywołał w informacji o podjętych przez siebie czynnościach, a które *de facto* uznał za rozstrzygające przy podejmowaniu tych czynności. Skoro Odwołujący nie jest uprawniony do stawiania nowych zarzutów (czy też poszerzania zakresu zarzutów już sformułowanych) już po upływie terminu na wniesienie odwołania, to także Zamawiający, wobec faktu, iż odwołanie

wnoszone jest wobec konkretnych jego czynności, nie jest władny w toku postępowania odwoławczego przed Izłą wskazywać na nowe okoliczności, które przemawiać miałyby za słusznością podjętej przez niego decyzji. Pamiętać bowiem należy, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnoszone jest wobec czynności Zamawiającego podjętej w toku postępowania o udzielenie zamówienia – podjętej, a zatem konkretnej, dokonanej i odpowiednio uzasadnionej czynności. I to do tejsz właśnie czynności, i zakomunikowanych wykonawcy motywów jej podjęcia Izba odnosi zarzuty zawarte w odwołaniu i w jej kontekście bada zasadność tych zarzutów.

207. Sygn. akt: I Ca 117/12, Wyrok SO w Rzeszowie z dnia 18 kwietnia 2012 r.

W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie, które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Jeszcze szersze ograniczenia zostały przewidziane w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi na orzeczenie KIO. Zgodnie z art. 198f ust. 4 pzp i art. 198d pzp Sąd nie tylko nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania, ale również w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami.

Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Oznacza to, że wyrok KIO podlega kontroli wyłącznie pod kątem podniesionych przez odwołującego zarzutów. W toku postępowania przed Sądem również odwołujący nie może modyfikować czy powoływać nowych zarzutów wpływając tym samym na zakres zaskarżenia. Tak więc zarzuty nie zgłoszone w odwołaniu nie mogą być w ogóle przedmiotem rozpoznania przez Sąd Okręgowy w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi. Z drugiej strony, co ważniejsze z punktu widzenia przedmiotowej sprawy, w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie może rozszerzyć żądania odwołania ani wystąpić z nowymi żądaniami art. 198d pzp (tak SO w Warszawie w wyroku z 15.07.11, XXIII Ga 416/11). Zasadny jest zarzut skarżącego naruszenia przez KIO art. 192 ust. 7 u.p.z.p. W skardze zarzucono obrazę art. 192 ust. 7 u.p.z.p. poprzez orzeczenie przez KIO co do zarzutu rażąco niskiej ceny, który nie był objęty odwołaniem, w sytuacji gdy Odwołujący zarzucał Zamawiającemu jedynie zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 u.p.z.p. (...)

Żadna argumentacja, która nie znalazła odzwierciedlenia w złożonym w terminie odwołaniu, lecz została podniesiona później, nie może podlegać rozpatrzeniu. Późniejsze zarzuty należy uznać za przedawnione - złożone po dziesięciodniowym terminie zawitym. Także składający zamówienie nie może się odnieść do kadłubowego, spełniającego jedynie wymagania formalne, katalogu zarzutów. Kopia odwołania przekazywana jest bowiem zamawiającemu, dzięki czemu może on przeanalizować

jego zasadność. Tylko na podstawie pełnej argumentacji wraz z potwierdzającymi ją dowodami może opracować odpowiedź i rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości.

208. Sygn. akt: XII Ga 92/12, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 25 maja 2012 r.

Za uprawniony należy uznać także zarzut skarżącego błędnego zastosowania art. 192 ust. 7 ustawy Pzp i przyjęcie, że skarżący podniósł na rozprawie niewskazany w odwołaniu zarzut „nieprawidłowej implementacji regulacji unijnych do ustawy Prawo pocztowe”. Zgodnie z upoważnieniem wynikającym z treści art. 192 ust. 7 ustawy p.z.p., Izba władna jest rozpatrywać odwołanie w granicach podnoszonych w jego treści zarzutów. Izba nie może zatem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy (v: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 7 października 2011 r. w sprawie KIO 2054/11). W rozpoznawanej sprawie (...) Sp. z o.o. w odwołaniu co prawda nie sformułował wprost zarzutu nieprawidłowej implementacji regulacji unijnych do Prawa pocztowego, to jednak powołał się na tę okoliczność faktyczną w uzasadnieniu odwołania. Doprecyzowanie zarzutu na rozprawie, poprzez sprecyzowanie przepisu dyrektywy było więc skuteczne, a w rezultacie tak postawiony zarzut nie został potwierdzony.

209. Sygn. akt: XXIII Ga 2137/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2013 r.

W tym miejscu, z uwagi na wskazanie zakresu odwołania, należy odnieść się do podniesionego w skardze na wyrok KIO zarzutu naruszenia art. 192 ust. 7 P.z.p., poprzez orzeczenie przez KIO co do zarzutu nie zawartego w odwołaniu i wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie nakazania zamawiającemu dopuszczenia technologii zmechanizowanego frezowania szyn zarówno w torach, jak i w rozjazdach, podczas gdy zarzuty odwołania odnosiły się wyłącznie do postanowień SIWZ w zakresie reprofilacji szyn w torach, a nie w rozjazdach. Zarzut ten należy uznać za zasadny. Istotnie KIO nakazała zamawiającemu zmianę SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie frezowania jako metody reprofilacji nie tylko szyn w torach, ale również szyn w rozjazdach. Tymczasem z treści odwołania (k. 5 akt) wynika, iż odwołanie odnosi się jedynie do zakresu prac objętych zadaniem nr 1, które to zadanie dotyczy reprofilacji szyn w torach, a nie w rozjazdach. W tym zakresie orzeczenie KIO jest nieprawidłowe, jako wychodzące poza żądanie zawarte w odwołaniu.

Art. 192 ust. 9 i 10

210. Sygn. akt: KIO 960/14, KIO 961/14, Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2014 r.

Izba uznała wniosek Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 960/14, sygn. akt: KIO 961/14 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oddzielnie na każde odwołanie, tj. w kwocie 7.200,00 zł (2 x 3.600,00 zł) zgodnie z przedłożonymi rachunkami oraz koszty dojazdu na rozprawę (2.478, 36 zł – bilety lotnicze), w tym koszty noclegu (885,00 zł) łącznie w kwocie 3.363,36 zł (§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – przyp. red.]). W zakresie zwrotu kosztów biletów lotniczych, Izba wskazuje, że mimo rozbieżnych stanowisk wynikających z orzecznictwa sądowego - wyrok Sądu Okręgo-

wego w Gdańsku z dnia 15. 01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 517/09 (nie uznający takich kosztów), wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 07.08.2013 r., sygn. akt: VIII Ga 243/13 (uznający takie koszty) – Izba uznała koszty z tego tytułu, kierując się w tym zakresie postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 20.04.2011 r., sygn. akt: I CZ 22/11 przywołanym przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku wskazanym powyżej.

211. Sygn. akt: II Ca 523/12, Postanowienie SO w Bielsku-Białej z dnia 23 października 2012 r.

(...) Krajowa Izba Odwoławcza orzeka również o kosztach postępowania odwoławczego obciążając nimi strony postępowania stosownie do jego wyniku, a zatem koszty postępowania odwoławczego ponosi strona przegrywająca sprawę. Niewątpliwie uwzględnienie odwołania spowodowało, iż stroną przegrywającą sprawę jest zamawiający. Przepisy ustawy nie przewidują możliwości odstąpienia od reguł ponoszenia kosztów postępowania wyrażonych w cytowanym przepisie, czego skarga wydaje się nie kwestionować odnosząc się jedynie do wysokości zasądzonej od skarżącego należności.

Wysokość ta jednak została obliczona prawidłowo. Wskazać należy, że rodzaj i wysokość kosztów postępowania określają przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z 15.03.2010 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). Na koszty takiego postępowania zgodnie z § 3 tego rozporządzenia zalicza się wpis (obejmujący w szczególności wynagrodzenia, wydatki i koszty w tym przepisie wskazane) oraz uzasadnione koszty stron postępowania. Zaskarżonym wyrokiem skarżący został obciążony kosztami postępowania w zakresie wpisu. Wysokość wpisu określa § 1 cytowanego rozporządzenia. Zgodnie z nim wpis wynosi bądź 7500 zł, bądź 15 000 zł, chyba że zamówienie publiczne dotyczy robót budowlanych, co w sprawie niniejszej nie ma miejsca. Z kolei wysokość wpisu zależy od wartości zamówienia publicznego, a wpis w wyższej ze wskazanych wyżej wysokości pobiera się od odwołania, jeżeli wartość ta jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi. Zgodnie z § 1 wydanego na podstawie powyższego przepisu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 16.12.2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. nr 282, poz. 1649) kwota powyższa dla zamówień publicznych udzielanych przez zamawiających nie należących do sektora finansów publicznych, z wyjątkiem zamówień sektorowych i nie dotyczących robót budowlanych stanowi równowartość 200 000 € [aktualnie, od 1 stycznia 2014 r., zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735), jest to równowartość kwoty 207 000 € - przyp. red.], a skoro wartość zamówienia będącego przedmiotem postępowania była wyższa, prawidłowo została pobrana od odwołujących się kwota 15 000 zł wpisu. Z kolei trafnie obciążono zamawiającego obowiązkiem zwrotu tych poniesionych przez odwołujących się kosztów postępowania, skoro wynika to z przepisu art. 192 ust. 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zaskarżone orzeczenie jest zatem zgodne z prawem i prawidłowe.

Skarżący podnosi, iż zasądzone koszty postępowania odwoławczego są wygórowane w stosunku do postanowień § 3 ust. 1 cytowanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15.03.2010 r., zgodnie z którym wpis powinien objąć wynagrodzenia, wydatki, opłaty i koszty w tym przepisie wskazane. Nie wdając się w polemikę czy wysokość wpisu jest adekwatna do rzeczywistych kosztów postępowania wskazać należy, że wysokość wpisu jest swego rodzaju ryczałtem na pokrycie tychże opłat i kosztów, a brak przepisów pozwalających Sądowi powszechnemu na miarkowanie tak określonej opłaty czy też częściowe odstąpienie od obciążania zobowiązanego obowiązkiem zwrotu poniesionych przez procesowego przeciwnika kosztów postępowania odwoławczego.

212. Sygn. akt: XII Ga 517/11, Wyrok SO w Krakowie z dnia 22 listopada 2012 r.

(...) zgodnie z przepisem art. 192 ust. 10 ustawy z dnia 20.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 z późniejszymi zmianami) rozliczenie kosztów postępowania odwoławczego następuje stosownie do jego wyniku. Szczegółowe zasady rozliczenia kosztów postępowania odwoławczego określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz. 238). We wskazanym rozporządzeniu w sposób autonomiczny i wyczerpujący określono nie tylko zasady rozliczania kosztów postępowania odwoławczego w zależności od wyniku postępowania odwoławczego, ale również składniki (elementy) tych kosztów (§ 3 rozporządzenia) w tym wysokość wpisów (§ 1 rozporządzenia). W przypadku odrzucenia odwołania (bez względu na to, o którą z podstaw odrzucenia odwołania wskazanych w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 1-7 ustawy Prawo zamówień publicznych chodzi w konkretnej sprawie) całością kosztów postępowania odwoławczego obciąża się odwołującego (§ 5 ust. 3 rozporządzenia). Przy odrzuceniu odwołania odwołującego obciąża zawsze uiszczony przez niego wpis od odwołania, a także uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego wykazane stosownymi rachunkami. Przy takim wyniku postępowania odwoławczego (odrzucenie odwołania) nie istnieje w ogóle prawna możliwość dokonania zwrotu całości lub części wpisu uiszczony przez odwołującego ani też nie istnieje prawna możliwość redukcji (zmniejszenia) wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, o co zabiegał skarżący w swojej skardze. Wskazane wyżej rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 15. III.2010 r. dopuszcza możliwość zwrotu całego wpisu lub jego części tylko wyjątkowo i tylko w przypadkach ściśle (taksatywnie) w nim wskazanych (§ 4, § 5 ust. 1 pkt 1, 2a i 3a), natomiast nie przewiduje zwrotu wpisu lub jego części w przypadku odrzucenia odwołania. Wskazane rozporządzenie nie przewiduje również możliwości zwrotu jakiegokolwiek części wpisu z tego powodu, że rzeczywiste koszty postępowania odwoławczego - do których odwoływała się skarga - były niższe niż wpis uiszczony od wniesionego odwołania. Należy się zgodzić ze skarżącymi, że istotnie § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.III.2010 r. określa przeznaczenie wpisów pobieranych od wnoszonych odwołań (pokrycie kosztów związanych z organizacją, obsługą i przebiegiem postępowania odwoławczego), to jednakże takie normatywne określenie przeznaczenia wpisów nie oznacza możliwości redukcji wpisu do poziomu rzeczywistych kosztów postępowania odwoławczego, w sytuacji, kiedy w konkretnej sprawie nie doszło do merytorycznego rozpoznania odwołania i nie prowadzono wskazanego w tym przepisie postępowania dowodowego. Ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani powołane rozporządzenie Prezesa Rady Mini-

strów z dnia 15.III.2010 r. nie przewiduje możliwości następczego rozliczenia wpisu uiszczanego od odwołania i ustalenia jego ostatecznej wysokości na poziomie rzeczywistych kosztów postępowania odwoławczego. Z braku zatem stosownej regulacji prawnej w tym zakresie, w przypadku odrzucenia odwołania cały uiszczony wpis od odwołania - bez względu na to jaki był przebieg postępowania odwoławczego i sposób procedowania Krajowej Izby Odwoławczej w tym postępowaniu - obciąża odwołujących zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania (art. 192 ust. 20 ustawy Prawo zamówień publicznych). Z tych względów rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej o obciążeniu skarżących całym wpisem od odwołania jest rozstrzygnięciem prawidłowym, zgodnym z prawem i w żaden sposób nie naruszającym wskazanych w skardze przepisów.

Również prawidłowe jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej obciążające skarżących kosztami poniesionymi przez zamawiającego w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z przepisem § 5 ust. 3 pkt 1 w związku z § 3 pkt 2 powołanego wyżej rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15.III.2010r w przypadku odrzucenia odwołania Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego poniesione przez zamawiającego uzasadnione koszty. Wskazane przepisy za uzasadnione koszty postępowania odwoławczego uznały w szczególności wynagrodzenie pełnomocników w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, jednakże nie wyższe niż 3.600,00 zł. W rozpoznawanej sprawie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym reprezentowało 4 pełnomocników, których wynagrodzenie potwierdzone rachunkami wynosiło 3.598,98 zł i mieściło się w normatywnym limicie 3.600,00 zł. Zasądzenie w niniejszej sprawie wynagrodzenia pełnomocników w wysokości wynikającej z przedłożonego rachunku i nie przekraczającego limitu 3.600,00 zł w żaden sposób nie narusza prawa. Wbrew odmiennemu stanowisku skarżących wskazane rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.III.2010 r. nie przewiduje - co do zasady - jakiegokolwiek możliwości obciążenia przegrywającego jedynie częścią kosztów wynagrodzenia pełnomocnika z przyczyn wskazywanych w skardze (przebieg postępowania, nakład pracy pełnomocnika) i nie przyznaje również Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencji (uprawnienia) do miarkowania wynagrodzeń pełnomocników mieszczących się w limicie 3.600,00 zł. Zwrócić należy uwagę, że w świetle wskazanego rozporządzenia wynagrodzenie pełnomocników nie przekraczające kwoty 3.600,00 zł zostało z góry zaliczone w poczet uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, a zatem kwestionowanie wynagrodzenia pełnomocników mieszczącego się we wskazanym limicie jest pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych.

Również nie narusza prawa obciążenie przegrywającego odwołującego wydatkami zamawiającego poniesionymi z tytułu opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw. W tym zakresie należy wskazać, że uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego nie ograniczają się wyłącznie do kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę lub posiedzenie Izby, o czym świadczy redakcja przepisu § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15.III.2010 r. i użyta w tym przepisie formuła „w szczególności”. W rozpoznawanej sprawie na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej stało się czterech pełnomocników legitymujących się opłaconymi pełnomocnictwami. Skoro zatem zamawiający uiścił opłatę skarbową od dokumentów pełnomocnictw wykorzystanych w postępowaniu odwoławczym to również poniesione przez niego z tego tytułu wydatki stanowią jego uzasadnione koszty. Prawidłowo zatem i w zgodności z prawem Krajowa Izba Odwoławcza obciążyła przegrywającego odwołującego również kosztami peł-

nomocnictw.

213. Sygn. akt: IX Ga 361/12, Wyrok SO w Lublinie z dnia 30 listopada 2012 r.

Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Izby w zakresie sposobu rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego, uznając jednocześnie zarzuty skargi na pozostające bez wpływu na zasadność tej decyzji. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 1 ustawy PZP Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzieleniu zamówienia. Zgodnie z art. 192 ust. 9 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Jest to zatem obligatoryjne rozstrzygnięcie, jakie w orzeczeniu winno się znaleźć. Strony ponoszą przy tym koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6 ustawy (art. 192 ust. 10 ustawy PZP). Jedynym zatem przewidzianym ustawą wyłączeniem zastosowania zasady odpowiedzialności za wynik sporu (analogicznej jak w art. 98 kpc) jest sytuacja procesowa przewidziana we wskazanym przepisie art. 186 ust. 6 ustawy PZP. Przepis ten dotyczy odpowiedzi na odwołanie, której treść w istotny sposób może wpłynąć na tok postępowania odwoławczego, a tym samym na sposób rozstrzygnięcia o kosztach postępowania. Zamawiający może uwzględnić odwołanie w całości przed rozprawą, co uchroni go przed ponoszeniem kosztów rozprawy. Jednak już uwzględnienie odwołania po otwarciu rozprawy powoduje, że koszt postępowania odwoławczego poniesie zamawiający.

W niniejszej sprawie niespornie zamawiający nie uwzględnił zasadności odwołania i to nie tylko w odpowiedzi na nie, ale także w toku postępowania przed KIO. Bez znaczenia zatem pozostają wywody skargi dotyczące niemożności zapoznania się ze wszystkimi zarzutami odwołania w sposób pozwalający na zajęcie jednoznacznego stanowiska. Zarzuty takie mogłyby mieć znaczenie jedynie wówczas, gdyby w odpowiedzi na złożone w toku postępowania dokumenty, o których stanowi skarga, spowodowałyby podjęcie przez skarżącego decyzji o uwzględnieniu zarzutów odwołania. Tymczasem w niniejszej sprawie okoliczność taka nie zaistniała. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że za wynik sporu nie odpowiada skarżący. Niezależnie od powyższego wskazać należy, że o ile ustawa PZP odwołuje się do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego (art. 185 ust. 7 ustawy PZP), o tyle przepisy te mają zastosowanie do postępowania toczącego się przed KIO jedynie wówczas, gdy ustawa PZP nie stanowi inaczej. Oznacza to, że przepisy kpc mogą być stosowne jedynie odpowiednio i to również jedynie w zakresie obejmującym przepisy o sądzie polubownym. Niektóre rozwiązania przyjęte przez kpc w zakresie sądu polubownego zostały jednak odmienne uregulowane w ustawie PZP. Dotyczy to m.in. kosztów postępowania. Uczestnicy postępowania odwoławczego nie mają w takim przypadku możliwości wyboru korzystniejszego dla siebie rozwiązania, lecz są związani postanowieniami ustawy. Tymczasem ustawa PZP nie przewiduje możliwości rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przy zastosowaniu zasady słuszności, wskazywanej w art. 102 kpc.

214. Sygn. akt: XII Ga 73/13, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r.

W pierwszej kolejności na uwadze należy mieć, że co do zasad rozliczania kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma w tym zakresie zastosowanie regulacja zawarta w - Rozporządzeniu 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. 2010.41.238 z zm.). Zgodnie z § 3 ust. 2 pkt a w/w rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza

się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby.

W przekonaniu Sądu Okręgowego z powyższego zapisu ani z żadnego innego przepisu nie wynika, aby zwrot kosztów podróży należał się w granicach najtańszego środka transportu (pociąg osobowy, II klasa, ewentualnie I, jak wskazywał skarżący). W tym stanie rzeczy, zdaniem Sądu Okręgowego pełnomocnik nie miał obowiązku stawiając się na rozprawę korzystać ze środka komunikacji w postaci pociągu zamiast samolotu, tym bardziej, że obecnie przeloty są powszechnie dostępnym środkiem komunikacji, który gwarantuje najkrótszą podróż, co ma szczególne znaczenie przy tak znacznej odległości, jaka dzieli oba miasta - Warszawę i Gdańsk. Nie bez znaczenia dla spornej pomiędzy stronami kwestii jest także fakt, iż termin rozprawy wyznaczony został na 17 grudnia 2012 r. na godzinę 10.00. Stąd też słusznie uczestnik postępowania zauważył, że skorzystanie przez niego pociągu relacji Gdańsk - Główny Warszawa Centralna odjeżdżającego o godzinie 5.02 spowodowałoby opóźnionym stawiennictwem na wyznaczoną rozprawę skoro pociąg ten przyjeżdża planowo o godzinie 10:14. Powyższe okoliczności zdaniem Sądu Okręgowego przemawiają za uznaniem, iż uzasadniony koszt postępowania odwoławczego to koszt związane z dojazdem profesjonalnego pełnomocnika drogą lotniczą odpowiadający cenie jednego biletu lotniczego na trasie Gdańsk-Warszawa-Gdańsk w kwocie 760 zł (vide faktura VAT (...)).

(...) Sąd Okręgowy przychylił się do poglądu skarżącego, iż uzasadnionym kosztem postępowania odwoławczego jest w realiach niniejszej sprawy jedynie koszt dojazdu jednego profesjonalnego pełnomocnika. Z akt sprawy Krajowej Izby Odwoławczej, tj. z protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 17 grudnia 2012 r. wynika, że na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej ze strony zamawiającego stawili się trzej pełnomocnicy tj. dwaj pracownicy Danuta S. i Monika M. oraz na rozprawę radca prawny Sylwia K. Jednakże zamawiający, jako uczestnik postępowania w żaden sposób, nie sprecyzował zarówno przed KIO jak w skargowym postępowaniu sądowym, na czym w jego ocenie polegają tzw. „uzasadnione” koszty postępowania odwoławczego. Innymi słowy zdaniem Sądu Okręgowego takim usprawiedliwieniem dla przyśądzenia kosztów dojazdu pozostałych pełnomocników z pewnością byłoby np. wykazanie przez zamawiającego konieczności i potrzeby ich uczestnictwa z uwagi na merytoryczną znajomość przez nich spornych zagadnień będących przedmiotem odwołania. Niezależnie od powyższych rozważań Sąd Okręgowy wskazuje także, że przepisy k.p.c., a także inne przepisy prawa nie ograniczają liczby pełnomocników procesowych jednej strony. Oznacza to, że tylko wola strony decyduje, ilu pełnomocników reprezentować będzie stronę przed sądem. Przy czym jednak pamiętać należy, że powołane powyżej rozporządzenie z dnia 15 marca 2010 r. jest przepisem zawierającym szczególnie i odmienne unormowania co do rodzajów kosztów postępowania odwoławczego i ich rozliczania niż zawarte w k.p.c. Zgodnie natomiast z art. 98 § 3 oraz art. 99 k.p.c. regulujących zwrot kosztów postępowania cywilnego w razie wygrania sprawy strona przeciwna (przegrywająca) zwróci swemu przeciwnikowi koszty tylko jednego pełnomocnika i to tylko wówczas, gdy jest to pełnomocnik zawodowy (por. Knoppek Krzysztof, Komentarz do art. 86 Kodeksu postępowania cywilnego, [w:] Dolecki Henryk (red.), Wiśniewski Tadeusz (red.), Gromska-Szuster Irena, Jakubecki Andrzej, Klimkowicz Jan, Knoppek Krzysztof, Misiurek Grzegorz, Pogonowski Piotr, Zembrzusi Tadeusz, Żyznowski Tadeusz, Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Artykuły 1- 366, WKP, 2011). Natomiast w treści § 3

ww. rozporządzenia ustawodawca jako przepisu szczególnego użył sformułowania „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego” nie precyzując i definiując żadnych innych ograniczeń - przez co należy rozumieć, zatem tylko koszty uargumentowane i dowiedzione. W tej sytuacji zdaniem Sądu Okręgowego orzekającego w tym składzie brak jest podstaw do obciążenia skarżącego kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi przez zamawiającego z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą trzech pełnomocników, w łącznej kwocie 2.280 zł. i w konsekwencji skarżący powinien zostać obciążony kosztami postępowania odwoławczego w kwocie 760 zł. poniesionymi przez zamawiającego z tytułu dojazdu na rozprawę tylko jednego profesjonalnego pełnomocnika jako że jest on osobą mającą odpowiednią wiedzę i praktykę w dziedzinie prawa materialnego w tym zamówień publicznych a także zna stosowne procedury.

Art. 198a ust. 2

215. Sygn. akt: VII Ga 36/12, Postanowienie SO w Białymstoku z dnia 25 kwietnia 2012 r.

Pismem z dnia 23.04.2012 roku skarżący Konsorcjum firm w składzie: X Spółka Akcyjna z siedzibą w R. (Lider Konsorcjum), Y Spółka Akcyjna z siedzibą w W. (Członek Konsorcjum) i Z Spółka Akcyjna z siedzibą w W. (Członek Konsorcjum) cofnął skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 17.01.2012 roku w sprawie KIO 6/12. Powyższe cofnięcie skargi nie podlega kontroli sądu, który nie bada przyczyn cofnięcia skargi i obowiązany jest umorzyć postępowanie skargowe, które stało się zbędne z innych przyczyn. Mając na uwadze powyższe postępowanie skargowe podlegało umorzeniu na podstawie art. 198a ustęp 2 ustawy z dnia 29.01.2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113, poz. 759 z 2010 roku, ze zm. [aktualnie Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm. – przyp. red.]) w zw. z art. 391 § 2 kpc.

216. Sygn. akt: XII Ga 379/12, Postanowienie SO w Krakowie z dnia 9 października 2012 r.

Skarżący złożył równocześnie ze skargą wnioski o zabezpieczenie „powództwa” przez zakazanie zamawiającemu zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego, będącego przedmiotem skarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej do czasu rozstrzygnięcia wniesionej skargi. Z uwagi na ścisły związek wniosku o zabezpieczenie z wniesioną skargą, jego rozpoznanie zależne było od opłacenia skargi. Ponieważ skarżący swojej skargi nie opłacił, co stało się przyczyną jej odrzucenia, zbędne i bezprzedmiotowe okazało się rozpoznanie wniosku o zabezpieczenie.

217. Sygn. akt: X Ga 728/12, Postanowienie SO w Poznaniu z dnia 27 grudnia 2012 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zażalenie na postanowienie Sądu Okręgowego o odmowie zwolnienia od obowiązku poniesienia opłaty sądowej od skargi, jest niedopuszczalne. W postępowaniu, które toczy się na skutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, Sąd Okręgowy stosuje przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji (art. 198a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) i pełni funkcję Sądu II instancji. Przepis art. 198g ust. 1 tej ustawy stanowi, że od wyroku sądu rozpoznającego skargę stronie postępowania nie przysługuje skarga kasacyjna. Stosując zatem przepisy Kodeksu postępowania cywilnego wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 394(1) § 2 k.p.c., zażalenie do Sądu Najwyższego przysługuje na postanowienia Sądu II instancji kończące postępowanie w sprawie, ale tylko w sprawach, w których przysługuje skarga kasacyjna. Skoro w niniejszej sprawie skarga kasacyjna uczestnikowi postępowania nie przysługuje, to brak też

podstaw do przyjęcia dopuszczalności zażalenia. Wobec powyższego na podstawie art. 397 § 2 kpc w związku z art. 373 kpc orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

218. Sygn. akt: V CZ 49/12, Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2012 r.

W judykaturze przyjmuje się, że Sąd rozstrzygający skargę odwołującego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej ma status Sądu drugiej instancji (v. uzasadnienie uchwały SN z dnia 17 grudnia 2010 r., III CZP 103/10, OSNC 2011 r., nr 7-8, poz. 83). W tej sytuacji zażalenie na zawarte w pkt 2 wyroku Sądu Okręgowego postanowienie rozstrzygające o kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu przed tym Sądem, a więc na postanowienie co do określonej postaci kosztów procesu w postępowaniu drugoinstancyjnym, należało uznać za dopuszczalne z mocy art. 394(1) § 1 pkt 2 k.p.c.

Art. 198b ust. 1

219. Sygn. akt: XXIII Ga 2137/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2013 r.

Zgodnie z przepisem art. 198b P.z.p., skargę wnosi się do sądu okręgowego właściwego dla siedziby albo miejsca zamieszkania zamawiającego. Przepis ten reguluje właściwość rzeczową i miejscową sądu do rozpoznania skargi na orzeczenie KIO. Przedmiotowa skarga została zatem wniesiona do właściwego miejscowo sądu okręgowego (Sądu Okręgowego Warszawa Praga), bowiem siedziba zamawiającego mieści się w obszarze właściwości tego sądu. Przekazanie skargi do rozpoznania tut. Sądowi przez Sąd Okręgowy Warszawa Praga nastąpiło z uwagi na właściwość funkcjonalną, bowiem przedmiotowa sprawa ma charakter sprawy gospodarczej, a nie ze względu na właściwość miejscową. Wskazać należy, że w związku ze zmianami organizacyjnymi w Sądzie Okręgowym Warszawa Praga nie ma od dnia 1 lipca 2012 r. Wydziału Gospodarczego. Z tego względu, postanowieniem z dnia 20 grudnia 2012 r. przedmiotowa skarga została przekazana zgodnie z właściwością funkcjonalną tut. Sądowi Okręgowemu - Wydziałowi Gospodarczemu.

Art. 198b ust. 2

220. Sygn. akt: VIII Ga 65/12, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 6 marca 2012 r.

Na wstępie należy podkreślić, iż w rozpoznawanej sprawie brak było - w ocenie sądu odwoławczego - podstaw do odrzucenia skargi. Składając wniosek o odrzucenie skargi Przeciwnik skargi podniósł - powołując się na treść art. 198b ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, że warunkiem skutecznego pod względem formalnym wniesienia skargi jest jednoczesne przesłanie odpisu skargi Przeciwnikowi skargi. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający - jak wskazał to Przeciwnik skargi - doręczył odpis skargi wbrew wymogowi wynikającemu z przepisu art. 133 § k.p.c. bezpośrednio stronie, a nie jej pełnomocnikowi, co uzasadnia - zdaniem wnioskującego - jej odrzucenie na podstawie art. 370 k.p.c.

Odnosząc się do tak sformułowanego przez Przeciwnika Skargi wniosku, zгодиć się należy jedynie ze stanowiskiem, że realizacja obowiązku doręczenia odpisu skargi przeciwnikowi powinna być oceniana przez pryzmat unormowania wynikającego z art. 133 § 3 k.p.c. Zgodnie bowiem z art. 198 a ust 2 PZp w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi należy stosować odpowiednio przepisy k.p.c. o apelacji (w tym art. 391 § 1 k.p.c). Przepis art. 133 § 3 k.p.c. stanowi, że jeżeli ustanowiono pełnomocnika procesowego lub osobę upoważnioną do odbioru pism sądowych, doręczeń należy dokonywać tym osobom. Akceptacja tego stanowiska

nie prowadzi jednak do uwzględnienia wniosku o odrzucenie skargi z powodu błędnego doręczenia jej odpisu. Stwierdzić należy bowiem, iż żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, nie daje podstaw - wbrew stanowisku zawartemu w odpowiedzi na skargę - do odrzucenia *a limine* skargi z uwagi na to, że odpis skargi został doręczony - jak miało to miejsce w rozpoznawanej sprawie - bezpośrednio stronie, a niej pełnomocnikowi. (...)

Doręczenie skargi błędnie stronie zamiast jej pełnomocnikowi należy więc kwalifikować - zważywszy na *ratio legis* uregulowania przyjętego w art. 198 b ust 2 Pzp - jako brak formalny skargi, podlegający uzupełnieniu w trybie art. 130 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust 2 Pzp. Dodać należy, iż w powyższej kwestii stanowisko zajął Sąd Najwyższy. W postanowieniu z dnia 14 maja 2010 roku, sygn. akt II CZ 108/09, opublikowanym w Systemie Informacji Prawnej (...) - Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż z art. 198a - art. 198g ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych nie wynika, że naruszenie obowiązku doręczenia odpisu skargi przeciwnikowi skargi stanowi brak nieusuwalny, przez co skarga podlegałaby oddaleniu *a limine*". W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na wykładnię systemową art. 198b ust 2 ustawy Pzp (przed nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 roku - art. 195 Pzp), wskazując, że przy wykładni tej normy należy mieć na uwadze, że postępowanie ze skargi zostało uznane za równoznaczne z postępowaniem sądowym w drugiej instancji. Zatem w ocenie Sądu Najwyższego nie do przyjęcia jest wykładnia utrudniająca stronie realizację prawa do sądu, bez wyraźnego uzasadnienia w treści przepisu. Stanowisko powyższe Sąd Okręgowy w pełni podziela.

Z tych przyczyn wniosek przeciwnika skargi o jej odrzucenie należało uznać za niezasadny. Ubocznie jedynie należy wskazać, iż doręczenie przez Skarżącego odpisu skargi bezpośrednio stronie, a nie jej pełnomocnikowi nie wiązało się dla Przeciwnika Skargi z negatywnymi skutkami procesowymi. Z akt rozpoznawanej sprawy wynika bowiem, że adres dla doręczeń dla jego pełnomocnika, reprezentującego go przed Krajową Izbą Odwoławczą był tożsamy z adresem samej strony, której doręczono odpis skargi.

221. Sygn. akt: X Ga 88/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 3 kwietnia 2012 r.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy zauważa, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego oraz interwenientów skarga nie została wniesiona po terminie i z tej przyczyny nie może zostać odrzucona. Nie budzi sporu, iż w sprawie zastosowanie mają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655 - tekst jednolity ze zm., zwaną dalej jako „pzp”). Kwestię terminu do wniesienia skargi w sprawie reguluje art. 195 ust. 2 pzp stanowiąc, iż skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Urzędu w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Rzeczywiście jest tak, iż dopiero w wyniku nowelizacji Prawa zamówień publicznych ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku obowiązującej od 29 stycznia 2010 roku dodano, iż „złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem” (art. 198b ust. 2 pzp). Wbrew jednak twierdzeniom zamawiającego i interwenientów dodanie tego postanowienia nie powoduje, iż wcześniej nie było możliwe terminowe wniesienie skargi za pośrednictwem poczty. Decydująca jest wtedy data nadania skargi na pocztę, a nie jej wpłynięcie do Prezesa Urzędu.

W ocenie Sąd Okręgowy dopuszczalne było nadanie skargi na pocztę i decydująca o terminie jej wniesienia jest data nadania w placówce pocztowej. Potwier-

dza to dotychczasowa praktyka na gruncie art. 195 ust. 2 pzp, która dopuszczała taką możliwość. Praktyka ta znajdowała swoje uzasadnienie w art. 165 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 pzp. Na mocy art. 194 ust. 2 pzp do postępowania ze skargi stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji. Stosownie do art. 391 § 1 k.p.c. jeżeli nie ma szczególnych przepisów o postępowaniu przed sądem drugiej instancji, do postępowania tego stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji. Art. 165 § 2 k.p.c. stanowi, iż oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo sądowe (np. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 maja 2007 roku, XII Ga 138/2007, (...)) oraz poglądy doktryny (...). Zarzuty zamawiającego, iż dodanie w 2009 roku możliwości wnoszenia skargi za pośrednictwem poczty, w sytuacji, gdy wcześniej było to możliwe byłoby sprzeczne z ideą racjonalności ustawodawcy oraz stanowiło swoiste superfluum legislacyjne są niezasadne. Przede wszystkim wskazać należy, co potwierdza doświadczenie Sądu Okręgowego, iż wielokrotnie jest tak, że wprowadzane zmiany legislacyjne są odzwierciedleniem istniejącej praktyki, czy orzecznictwa sądowego, czy też mają na celu uporządkowanie określonych regulacji. Praktyka bowiem wyprzedza działalność legislacyjną ustawodawcy. Tak wypracowane reguły, czy zasady ustawodawca wprowadza do porządku prawnego, dla ich wzmocnienia i szerszej znajomości. Jest to powszechny zabieg legislacyjny. Tak więc wpisanie do porządku prawnego określonej zasady, jako nowej w ustawie, nie deprecjonuje dotychczasowej interpretacji przepisów.

222. Sygn. akt: XXIII Ga 436/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 maja 2012 r.

Zgodnie z art. 198b ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej pzp) skargę wnosi się za pośrednictwem Prezesa Izby w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Mając na uwadze powyższy przepis zarządzeniem z dnia 24 kwietnia 2012 r. Przewodniczący Wydziału w Sądzie Okręgowym w Warszawie wezwał skarżącego do usunięcia braków formalnych skargi przez złożenie dowodu przestania odpisu skargi przeciwnikowi skargi - zamawiającemu (...) w W. w terminie tygodniowym od doręczenia wezwania pod rygorem odrzucenia skargi. W wyznaczonym terminie skarżący nie wykonał zarządzenia, a jedynie złożył pismo, w którym wywodził, że skoro zamawiający (...) w W. skłonny był uwzględnić oba odwołania to nie jest przeciwnikiem skargi, a jedynie uczestnikiem postępowania. Podniósł, że tylko na skutek wniesienia sprzeciwów przez Konsorcjum X i Y S.P.A. nie doszło do umorzenia postępowań wywołanych wniesionymi sprzeciwami, a Izba przystąpiła od ich rozpoznania. Dodał, że określenie przeciwnika skargi nie może być postrzegane jedynie w kategoriach formalnych, ale także w odniesieniu do stanowisk zajmowanych przez poszczególne podmioty. Zdaniem skarżącego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi przeciwnikami skargi były podmioty wnoszące sprzeciw, tj. Konsorcjum X i Y S.P.A., którym odpisy skargi zostały doręczone przez skarżącego.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie można zgodzić się z powyższym stanowiskiem, jako sprzecznym z ugruntowanym orzecznictwem, w tym Sądu Najwyższego. Skarżący błędnie utożsamia jego interes prawny z interesem zamawiającego. W uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie III CZP 25/07 wskazano, że postępowanie wywołane wniesieniem skargi regulowane jest stosownymi przepisami kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, chyba że przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Postępowanie inicjowane

skargą jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze trybu procesowego. Stroną postępowania jest skarżący, którym może być również zamawiający oraz przeciwnik skargi (odwołujący się wykonawca albo zamawiający). Przepisy ustawy – prawo zamówień publicznych, nie dają podstawy do konstruowania postępowania ze skargi jako postępowania, w którym występuje mnogość stron. W konsekwencji nie ma dostatecznego argumentu na rzecz poglądu, że przeciwnikiem skargi jest także wykonawca, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie przeciwnika skargi. Mówiąc wprost stroną postępowania skargowego zawsze jest zamawiający. Powyższy pogląd potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 24 lutego 2009 r. w sprawie III CZP 147/08.

Ostatecznie więc należy przyjąć, że skoro skarżący nie złożył dowodu przesłania odpisu skargi przeciwnikowi skargi — zamawiającemu (...) to tym samym nie uzupełnił braku formalnego skargi (tak też Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 8 grudnia 2005 r. w sprawie III CZP 109/05).

223. Sygn. akt: XXIII Ga 1372/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 30 października 2012 r.

Jak wynika z treści skargi złożonej przez (...) sp. z o.o. z siedzibą w L., zaskarżony wyrok KIO został doręczony skarżącemu w dniu 8 sierpnia 2012 r. (k. 298) W związku z tym termin do wniesienia skargi upłynął w dniu 16 sierpnia 2012r. uwzględniając, iż 15 sierpnia 2012 r. był dniem ustawowo wolnym od pracy. Przedmiotowa skarga została, zgodnie z datą stempla pocztowego na kopercie (k. 347), nadana w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 16 sierpnia 2012 r. Jakkolwiek skarga została zatem złożona w placówce pocztowej w ostatnim dniu terminu do jej wniesienia, niemniej została ona skierowana za pośrednictwem Prezesa Zamówień Publicznych i zaadresowana na Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie (02-676) ul. Postępu 17a. Właściwym zaś organem do wniesienia niniejszej skargi był, zgodnie z przytoczonym wyżej art. 198b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Prezes Krajowej Izby Odwoławczej. Skarżący skierował zatem skargę do niewłaściwego organu.

W ocenie Sądu Okręgowego, złożenie przedmiotowej skargi do niewłaściwego organu należało uznać za sytuację analogiczną do wniesienia środka odwoławczego do niewłaściwego Sądu. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 28 października 2010 r. wydanym w sprawie o sygn. akt II UZ 24/10 wyraził pogląd, iż: „W przypadku wniesienia środka odwoławczego do niewłaściwego sądu i przekazania go następnie właściwemu sądowi, dla oceny zachowania terminu do wniesienia tego środka miarodajna jest data nadania go przez sąd niewłaściwy do sądu właściwego, a nie data nadania na adres sądu niewłaściwego.” W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił, iż znaczące jest czy środek odwoławczy wniesiony został poprzez oddanie w placówce pocztowej operatora publicznego do sądu właściwego. O tym zaś decyduje właściwe zaadresowanie przesyłki pocztowej (...).

Podzielając ten pogląd Sądu Najwyższego, oraz przenosząc powyższe rozważania odpowiednio na grunt niniejszej sprawy, istotnym jest ustalenie czy skarga została wniesiona, poprzez jej złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego, w sposób wskazany w art. 198b ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. O tym zaś decyduje właściwe zaadresowanie przesyłki pocztowej. Skarżący (...) sp. z o.o. w L. w przesyłce wskazał jako adresata Prezesa Zamówień Publicznych, a więc niewłaściwego odbiorcę. W związku z tym nie sposób uznać, że przesyłka zawierająca skargę została nadana na adres właściwego organu. Jak wynika natomiast z akt postępowania, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał skargę do Krajowej

Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2012 r., co wynika z prezentaty (k. 290). Co za tym idzie, skarga została przekazana do organu właściwego po upływie terminu do jej wniesienia, wskazanego w art. 198b ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, co czyniło koniecznym jej odrzucenie na podstawie art. 198e ust. 1 ustawy. Nie sposób podzielić argumentacji skarżącego, zawartej w załączniku do protokołu rozprawy z dnia 18 października 2012 r., w której wskazuje on, iż wniesienie skargi za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie może być przyczyną do jej odrzucenia z uwagi na przepis art. 198a ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zw. z art. 369 §3 kpc. Zgodnie z przywołanym art. 369 § 3 kpc termin do złożenia apelacji uważa się za zachowany także wtedy, gdy przed jego upływem strona wniosła apelację do sądu drugiej instancji. W ocenie Sądu Okręgowego trudno doszukać się analogii między sytuacją określoną powyższym przepisem, a tą zaistniałą w niniejszym postępowaniu. Wskazane przez skarżącego przepisy możnaby zastosować na zasadzie analogii do stanu faktycznego w tej sprawie, gdyby skarżący wniósł skargę bezpośrednio do tut. Sądu Okręgowego zamiast za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W tym przypadku skarga została jednak złożona za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

224. Sygn. akt: XXIII Ga 2118/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 7 stycznia 2013 r.

Przedmiotową skargę wnosi się, na podstawie art. 198b ust. 2 ustawy, w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby, przesyłając jednocześnie jej odpis przeciwnikowi skargi. Złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem. Jak wynika ze zwrotnego poświadczenia odbioru, zaskarżony wyrok KIO został doręczony skarżącemu w dniu 21 listopada 2012 r. (k. 85). W związku z tym termin do wniesienia skargi upłynął w dniu 28 listopada 2012 r. Przedmiotowa skarga została nadana w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 29 listopada 2012 r. (data stempla pocztowego na kopercie - k. 99).

Mając na uwadze powyższe - na podstawie art. 198e ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych - Sąd Okręgowy odrzucił skargę jako wniesioną po upływie terminu.

Art. 198c

225. Sygn. akt: X Ga 25/12, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 13 kwietnia 2012 r.

Na marginesie wskazać jedynie należy, iż z uwagi na brak dokładnego określenia żądania przez skarżącego sformułowanego ogólnie jako nakazanie modyfikacji treści pkt 14 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, poprzez zmianę opisu kryteriów oceny ofert na jasne, precyzyjne i weryfikowalne oraz wskazujące wymagania zamawiającego Sąd powziął wątpliwości co do spełnienia przez skarżącego wymogów formalnych złożonej skargi określonych w art. 198c pzp. Jednakże w treści wskazanego powyżej przepisu wskazano jedynie, że skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wnioski o uchylenie orzeczenia lub o zmianę orzeczenia w całości lub w części. Zatem wystarczające jest, jeśli skarga zawiera wniosek o zmianę w całości lub w części, bez zaznaczania zakresu żądanej zmiany lub uchylenia, (tak też Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 23 września 2004 r., sygn. akt III CZP 51/04, opubl. OSNC 2005/9/155).

226. Sygn. akt: XIX Ga 508/12, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 11 września 2012 r.

Zgodnie z art. 103 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398, dalej jako u.k.s.c.) zwolnienie osoby

prawnej od kosztów sądowych uzależnione jest od wykazania, iż podmiot ten nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie. Oznacza to, iż obowiązek wykazania braku posiadania odpowiednich środków finansowych spoczywa na podmiocie składającym wniosek o zwolnienie od ich uiszczenia. Zgodnie zaś z art. 101 ust. 1 u.k.s.c. sąd może zwolnić stronę od kosztów sądowych w części, jeżeli strona jest w stanie ponieść tylko część tych kosztów. Art. 101 ust. 2 u.k.s.c. wskazuje z kolei, iż częściowe zwolnienie od kosztów może polegać na zwolnieniu od poniesienia albo ułamkowej lub procentowej ich części, albo określonej ich kwoty, albo niektórych opłat lub wydatków. Może też polegać na przyznaniu zwolnienia co do pewnej części roszczenia lub co do niektórych roszczeń dochodzonych łącznie; roszczenia te lub ich części sąd oznacza w postanowieniu o przyznaniu częściowego zwolnienia od kosztów sądowych.

W przedmiotowej sprawie analiza sytuacji majątkowej skarżącego oraz rozważenie innych okoliczności mających wpływ na rozstrzygnięcie w przedmiocie obowiązku ponoszenia kosztów sądowych prowadzi do wniosku, iż zasadnym jest częściowe zwolnienie od kosztów, tj. ponad kwotę 50.000 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego, za zwolnieniem od kosztów przemawia po pierwsze, znaczna wysokość opłaty od skargi, która zgodnie z art. 34 u.k.s.c. wynosi w niniejszej sprawie 153.654 zł [*Trybunał Konstytucyjny wyrokiem z dnia 15 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: SK 12/13) orzekł o tym, iż art. 34 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90 ze zm.) jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – przyp. red.*]. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że o ile sama odpłatność dostępu do wymiaru sprawiedliwości nie narusza europejskich standardów w zakresie prawa do sądu (por. wyrok ETP Cz z dnia 19 czerwca 2001 r. w sprawie *Kreuz vs. Polska*, skarga nr 28249/95), o tyle orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka za naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności uznaje nałożenie na stronę obowiązku ponoszenia kosztów, które w świetle okoliczności danej sprawy są nadmierne. W rezultacie, rozstrzygając kwestię zwolnienia od obowiązku ponoszenia kosztów sądowych nie sposób pomijać wysokości wymaganej opłaty. Po drugie, należy zwrócić uwagę, że obowiązek uiszczenia tak wysokiej opłaty powstał już w postępowaniu skargowym, które warunkuje wszczęcie postępowania sądowego, co z kolei w świetle orzecznictwa ww. Trybunału należy brać pod uwagę w kontekście ewentualnego pozbawienia strony prawa do sądowego rozpoznania sprawy (por. wyrok ETP Cz z dnia 26 lipca 2005 r. w sprawie *Edamski i Jedamska vs. Polska*, skarga nr 73547/01).

Mając na uwadze powyższe okoliczności Sąd Okręgowy uznał jednak, że zwolnienie nie może zostać udzielone w całości. Z przedstawionego materiału dowodowego nie wynika bowiem, by wnioskodawca w zupełności nie był w stanie ponieść kosztów sądowych. Nie można bowiem pomijać, iż skarżący jest przedsiębiorcą. Ocena zaś zdolności przedsiębiorcy do poniesienia kosztów sądowych uzależniona jest od jego przychodów, a nie od stanu finansów istniejącego po zaspokojeniu wszelkich innych niż koszty sądowe zobowiązań. Koszty postępowania sądowego również stanowią koszty uzyskania przychodu, powinny być zatem ponoszone na równi z innymi wydatkami (kosztami) przedsiębiorcy. Jeśli zaś chodzi o przychody wnioskodawcy to, jak wynika ze sprawozdania finansowego za rok obrotowy od 1 stycznia do 31 grudnia 2011 r. kształtują się one na poziomie 20.859.580,75 zł netto. Ze sprawozdania o przychodach, kosztach i wynikach finansowych oraz o nakładach na środki trwałe wynika z kolei, że w II kwartale 2012 r. wnioskodawca osiągnął

przychód netto w wysokości 11.620.000 zł. Dla uzupełnienia prezentacji sytuacji finansowej skarżącego dodać należy, że z bilansu sporządzonego za pierwsze półrocze 2012 r. wynika, iż suma jego aktywów wynosi 10.924.658,89 zł. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, iż wnioskodawca jest w stanie ponieść część kosztów sądowych, tj. kwotę 50.000 zł.

Art. 198e ust. 1

227. Sygn. akt: II Ca 420/12, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 29 czerwca 2012 r.

Wskazać należy, iż postępowanie w przedmiocie rozpoznania skargi jest szczególnym postępowaniem sądowym. Skargę regulują przepisy art. 198a - art. 198g PzP, przy czym zgodnie z art. 198a PzP w postępowaniu toczącym się wskutek jej wniesienia znajdują zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, chyba że przepisy PzP stanowią w zakresie konkretnej kwestii inaczej. Przepis art. 198e PzP wskazuje, iż Sąd odrzuci skargę z innych przyczyn niedopuszczalną. Taką przyczyną jest istnienie przeszkody procesowej uniemożliwiającej merytoryczne rozpoznanie skargi przez Sąd. Z pewnością za taką przeszkodę uznać należy brak zdolności procesowej przesądzającej o niemożności występowania jako strona pozwana w rozumieniu art. 64 § 1 kpc. (...)

Zważywszy na ten fakt, że osoba pozwana w sprawie niniejszej jest jednostką organizacyjną osoby prawnej, która winna być stroną pozwaną Sąd procedujący w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, iż w sprawie niniejszej nie zachodzi taki brak zdolności sądowej strony pozwanej, który nie może być uzupełniony. Pozwanie, jak to uczynił w piśmie z dnia 28 czerwca 2012 r. skarżący, zamiast strony dotychczas wskazanej (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich, Województwa (...) nie prowadzi w ocenie Sądu do zmiany tożsamości strony, a jedynie do jej doprecyzowania. Skoro pozwana pierwotnie jednostka organizacyjna funkcjonuje w strukturach podmiotu, który posiada zdolność prawną i winien być pozwany oznacza to, iż byt tej jednostki organizacyjnej jest uzależniony od bytu tego podmiotu, któremu zdolność prawna przysługuje, a zatem pozwanie tego właściwego podmiotu nie skutkuje przekształceniem podmiotowym. Nie można bowiem uznać, iż do procesu wstępuje wtedy podmiot całkowicie niezależny i odrębny od podmiotu, który pierwotnie został wskazany jako strona. Stanowisko takie zaprezentował również Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 21 czerwca 2006 r. wydanym pod sygn. I Acz 134/05 (...).

228. Sygn. akt: IX Ga 245/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 24 sierpnia 2012 r.

W dniu 9 lipca 2012 r. (data nadania w placówce pocztowej) skarżący X Co., Ltd., z siedzibą w P. i Y Co., Ltd z siedzibą w P. wnieśli skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej wydane w dniu 18 czerwca 2012 r. sygn. akt 1161/12. Zarządzeniem z dnia 18 lipca 2012 r., podpisujący skargę pełnomocnik skarżących został wezwany do złożenia oryginału lub uwierzytelnionego urzędowo odpisu pełnomocnictwa do działania w imieniu skarżącego konsorcjum oraz wykazania, że jest on pracownikiem podmiotów tworzących konsorcjum, albo do podpisania skargi przez pełnomocnika procesowego powołanego zgodnie z przepisem, art. 87 k.p.c. lub osoby reprezentujące członków konsorcjum z mocy prawa oraz określenia w skardze wartości przedmiotu zamówienia w terminie tygodniowym pod rygorem odrzucenia skargi.

Zgodnie z art. 198e ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych Sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie. Stwierdzić należy, iż pomimo skierowania przesyłki

zawierającej zarządzenia do uzupełnienia braków skargi na adres do doręczeń wskazany w złożonej skardze, tj. budynek biurowy (...), lokal (...), ul (...) (...) W., skarżący pomimo dwukrotnego awizowania nie odebrał korespondencji. Podkreślenia wymaga fakt, iż na powyższy adres kierowana była również cała korespondencja w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wprawdzie imiennie na kopercie nie został wskazany wnoszący pismo Li J. to jednak został precyzyjnie wskazany adres budynku, a także numer lokalu, na który zaadresowana została przesyłka, co w ocenie Sądu nie stanowiło przeszkody w jej skutecznym doręczeniu. Ponadto przesyłka została zwrócona z adnotacją „drzwi zamknięte” nie zaś z adnotacją „adresat nieznan”. W powyższego wynika, iż przyczyną niedoręczenia korespondencji nie było błędne zaadresowanie koperty, lecz jej nieodebranie przez osoby rezydujące w precyzyjnie wskazanym lokalu. Odpis pisma zawierający przedmiotowe zarządzenie został, zatem złożony do akt ze skutkiem doręczenia na dzień 8 sierpnia 2012 r. natomiast skarżący do dnia dzisiejszego nie uzupełnił braków skargi. W konsekwencji z uwagi na brak uzupełnienia braków w wyznaczonym terminie skarga podlegała odrzuceniu.

229. Sygn. akt: IX Ga 303/12, Postanowienie SO w Lublinie z dnia 11 października 2012 r.

Zgodnie z art. 198e ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm. [aktualnie Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm. – *przyp. red.*]) Sąd na posiedzeniu niejawnym odrzuca skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie. Stwierdzić należy, iż pozwany nie uzupełnił prawidłowo braków, co do których był wzywany albowiem nie zostało prawidłowo uwierzytelnione pełnomocnictwo udzielone osobie podpisującej skargę (Zhan W.).

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż adwokat Igor H. został prawidłowo ustanowiony pełnomocnikiem w sprawie, co też wynika zarówno z treści pełnomocnictw z 1 sierpnia 2012 r. (k.307) oraz 30 marca 2012 r. (k. 317- 318), jak i zezwolenia na prowadzenia działalności gospodarczej członków konsorcjum (k. 322-323, 327-329). W uzupełnieniu braków skargi do akt sprawy została również złożona kopia pełnomocnictwa udzielonego przez Zhao R., (umocowanego do działania w imieniu konsorcjum) podpisującej skargę Zhan W. Jednakże to pełnomocnictwo, zostało poświadczane za zgodność z oryginałem przez innego pełnomocnika skarżącego konsorcjum - adwokata Igora H. Zgodnie z art. 89 §1 zd. 2. k.p.c. adwokat, radca prawny, rzecznik patentowy, a także radca Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów wykazujących ich umocowanie. O ile zatem adwokat Igor H. miał upoważnienie do uwierzytelnienia swojego pełnomocnictwa złożonego w sprawie, jak i innych dokumentów wykazujących jego umocowanie o tyle uprawnienie, to nie rozciąga się na uwierzytelnienie innych pełnomocnictw występujących w sprawie pełnomocników. Uwierzytelnienia pełnomocnictwa dotyczącego pozostałych pełnomocników może dokonać notariusz (art. 96 pkt 1 ustawy z 14.2.1991 r. - Prawo o notariacie, t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 42, poz. 369 ze zm.), a poza granicami kraju - konsul (art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy z 13.2.1984 r. o funkcji konsułów Rzeczypospolitej Polskiej, t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 215, poz. 1823 ze zm.). W ocenie Sądu zatem nieprawidłowo poświadczona kopia pełnomocnictwa udzielonego Zhan W. nie może być uznana jako właściwe uzupełnienie braku co do którego skarżący był wzywany.

Art. 198f ust. 2**230. Sygn. akt: X Ga 216/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 4 czerwca 2012 r.**

(...) Sąd Okręgowy w całości podziela stanowisko skarżącego, że brak merytorycznego rozstrzygnięcia zarzutów samego odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą nie stanowi przeszkody do merytorycznego rozpoznania odwołania przez Sąd, gdyż stosownie do treści art. 198f ust. 2 zd. 4 p.z.p. w postępowaniu skargowym nie stosuje się przepisu art. 386 § 4 k.p.c. Tym samym nie jest dopuszczalne uchylene postanowienia i przekazanie odwołania Krajowej Izbie Odwoławczej. W każdym przypadku sąd okręgowy rozpoznający skargę na orzeczenie KIO staje się sądem *meriti* zobowiązany do merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, chyba że zachodzi podstawa określona w art. 189f ust. 4 p.z.p.

W związku z powyższym analizie należało przede wszystkim podać ostatnio wymieniony przepis. Stanowi on, że jeżeli odwołanie zostaje odrzucone lub zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyla wyrok lub zmienia postanowienie oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie. Przepis ten należy interpretować w taki sposób, że sąd okręgowy w wyniku skargi odrzuca odwołanie w sytuacji, gdy nie zostało ono odrzucone przez KIO, choć zachodziły ku temu przesłanki.

Jeśli zaś KIO odwołanie odrzuciła, to po rozpoznaniu skargi podważającej takie rozstrzygnięcie, sąd (w przypadku negatywnej oceny skargi) nie uchyla postanowienia KIO, aby ponownie odwołanie odrzucić, a wyłącznie merytorycznie skargę oddala. W sytuacji, gdy skarga ma wyłącznie wymiar formalny, to zarzuty formalne stają się *meritum*. Sąd może więc uchylić orzeczenie KIO i merytorycznie rozpoznać odwołanie albo skargę oddalić.

231. Sygn. akt: V Ca 147/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 czerwca 2012 r.

W postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi sąd orzeka jedynie w sprawie objętej odwołaniem. W tym postępowaniu sąd nie orzeka ani o nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli w międzyczasie dojdzie do zawarcia umowy, ani o ewentualnym odszkodowaniu należnym wykonawcy. Tak stwierdzenie nieważności umowy zawartej w drodze przetargu, jak i odszkodowanie wymagają wytoczenia odrębnych powództw, aczkolwiek korzystne orzeczenie wydane w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi czyni pozycję powoda korzystniejszą. W związku ze zmianą kognicji Krajowej Izby Odwoławczej dokonanej w wyniku uchwalenia noweli z dnia 2 grudnia 2009 r. zmianie uległa też kognicja sądu okręgowego badającego skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Jak stanowi art. 198f ust. 2 Pzp, określający zakres wyrokowania sądu, w postępowaniu przed sądem przepisy art. 192-195 Pzp stosuje się odpowiednio, co oznacza, że sąd okręgowy orzeka także (jak sąd drugiej instancji) w przedmiocie unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 Pzp, a umowa została zawarta. Ustawa Pzp w zmienionym brzmieniu zawęży więc katalog przyczyn nieważności do ściśle określonych przypadków naruszenia przepisów ustawy Pzp. Brak jest także dotychczasowego brzmienia art. 146 ust. 6 Pzp (naruszenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania). Odpowiednikiem tego przepisu jest natomiast znowelizowany art. 146 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym jedynie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do Sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub

mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż samo naruszenie przepisów ustawy Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 - nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy w postępowaniu ze skargi od orzeczenia KIO.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;

2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich;

3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

4) uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu;

5) udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2;

6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę.

W niniejszej sprawie żadna z powyższych sytuacji nie miała miejsca a więc brak było podstawą do unieważnienia umowy na podstawie art. 198f ust. 2 w zw. z art. 192-195 Pzp.

232. Sygn. akt: XIII Ga 298/12, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 5 października 2012 r.

Bezsporne w niniejszej sprawie było, że umowa zawarta w wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, została wykonana (k. 265 i n.). Przy czym postanowieniem z 4 maja 2012 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO/W 15/12, KIO uchyliła zakaz zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenie kończącego postępowanie odwoławcze (akta KIO o sygn. KIO 879/12 - odpis postanowienia, k. 101). Jak słusznie podnosi przeciwniczka skargi, orzecznictwo wskazało, że kontrola prawidłowości postępowania prowadzącego do zawarcia umowy w wyniku przeprowadzenia postępowania staje się bezprzedmiotowa w razie, gdyby zdarzyło się, że umowa została wykonana, a wówczas postępowanie wszczęte skargą podlega umorzeniu, a uczestnikowi kwestionującemu wynik przetargu pozostawałaby droga dochodzenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych (uzasadnienie uchwały SN z 14 października 2005 r. III CZP 73/05, OSNC 2006, z. 7-8, poz. 121).

Inaczej niż podnosi to skarżąca, orzeczenie to w aktualnym stanie prawnym zachowało aktualność. Uchwała ta bowiem zapadła na gruncie stanu faktycznego, w którym art. 198 ust. 3 PZP w brzmieniu i numeracji obowiązujących do 28 stycznia 2010 r. stanowił, że jeżeli odwołanie zostaje odrzucone albo zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd uchyla wyrok oraz odrzuca odwołanie lub umarza postępowanie. Analogiczną regulację aktualnie zawiera art. 198f ust. 2 PZP. Skoro także art. 198a ust. 2 PZP nakazuje w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO stosować odpowiednio przepisy KPC o apelacji, należy odwołać się do ogólnej normy art. 355 § 1 KPC.

Jednocześnie aktualnie art. 198f ust. 2 zd. III PZP stanowi, że w zakresie orzekania przez sąd o skardze na orzeczenie KIO, przepisy art. 192-195 PZP stosuje się odpowiednio. Natomiast art. 192 ust. 3 pkt 2 PZP, pozwalający orzekać w wypadku zawarcia umowy, wymaga wykazania jednej z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 PZP; w skardze zaś na żaden z tych wypadków skarżąca się nie powołu-

je, a więc przepis ten nie miał w sprawie zastosowania. Z kolei art. 192 ust. 3 pkt 3 PZP służy wytykaniu naruszeń przepisów ustawy popełnionych przez zamawiającego, a nie przez inne podmioty; przedmiotem zaś skargi na orzeczenie KIO nie są uchybienia zamawiającego, ale uchybienia proceduralne popełnione przez KIO w postępowaniu odwoławczym i naruszenie przepisów ustawy i przepisów aktu wykonawczego przez tę Izbę, a nie przez zamawiającego. Z tego względu przedmiot skargi wyklucza w niniejszej sprawie zastosowanie przepisu art. 192 ust. 3 pkt 3 PZP (*vide* postanowienie S.O. w Krakowie z 10 września 2010 r. XII Ga 262/10, (...)). Należało więc uznać, że, wobec wykonania umowy zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kontrola tego postępowania była bezprzedmiotowa (por. art. 355 § 1 KPC w zw. z art. 198a ust. 2 PZP). Jednocześnie art. 198f ust. 3 PZP, nie zawierając przesłanek umorzenia postępowania (stąd odwołanie do art. 355 § 1 KPC) stanowi, że jeżeli zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd zmienia postanowienie i umarza postępowanie.

Art. 198f ust. 5

233. Sygn. akt: X Ga 271/12, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 14 czerwca 2012 r.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 198a ust. 2 upzp w zw. z art. 102 k.p.c. W ocenie Sądu Okręgowego, na błąd w obliczeniu ceny, jakiego dopuścił się skarżący w swojej ofercie, bezpośredni wpływ miało nieprecyzyjne sformułowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie odnoszącym się do kwestii podstawowej, to jest opisu przedmiotu zamówienia. W sytuacji, w której Zamawiający nie oznacza w specyfikacji stawki podatku, którą uwzględnić należy przy określaniu propozycji cenowych, oczekiwać należy od niego posługiwania się terminologią i danymi, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwolą na samodzielne określenie właściwej stawki podatku VAT. W rozpatrywanej sprawie tak się nie stało. Posługując się (przy określeniu przedmiotu zamówienia) różnorodnym nazewnictwem (trafne zestawienie zawarte zostało we wstępnej części uzasadnienia skargi, k. 39 - 40), zamawiający nie dochował wymaganej przy określaniu przedmiotu zamówienia jednoznaczności i przejrzystości. Okoliczność tę, w ocenie Sądu Okręgowego, potraktować należało jako wypadek uzasadniający zastosowanie art. 102 k.p.c. Podkreślić bowiem należy, że przepis ten wyraża zasadę słuszności w orzekaniu o kosztach, stanowiąc wyjątek od zasady odpowiedzialności za wynik procesu. Nie konkretyzuje on pojęcia wypadków szczególnie uzasadnionych, pozostawiając ich kwalifikację, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności danej sprawy, sądowi (por. m.in. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1973 r., II CZ 210/73, niepubl.). Podstawę do jego zastosowania stanowią konkretne okoliczności danej sprawy, przekonujące o tym, że w danym przypadku obciążenie strony przegrywającej kosztami procesu na rzecz przeciwnika byłoby niesłuszne, niesprawiedliwe; *vide*: postanowienie Sądu Najwyższego z 12 stycznia 2012 r., sygn. akt: IV CZ 117/11.

234. Sygn. akt: VIII Ga 118/12, Postanowienie SO w Szczecinie z dnia 24 sierpnia 2012 r.

O kosztach (także odrębnie w odniesieniu do obu skarg) orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 PZP. Na zasądzone na rzecz skarżącego koszty w każdej ze spraw składa się opłata od skargi oraz wynagrodzenie pełnomocnika procesowego. Przyjmując, zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2012 r. (III CZP 23/12), że skarga od orzeczenia KIO dotycząca wyłącznie kosztów postępowania podlega w zakresie kosztów takiemu samemu reżimowi jak zażalenie, wysokość opłat ustalono jako 1/5 część opłaty stosunkowej liczonej od

wartości przedmiotu zaskarżenia (nie zaś od wartości przedmiotu zamówienia). Stąd też w sprawie VIII Ga 118/12 wartość opłaty ustalono na kwotę 234 zł (jako 1/5 opłaty stosunkowej obliczonej od wartości przedmiotu zaskarżenia podanego przez skarżącego na kwotę 23.600 zł).

W sprawie VIII Ga 119/12 stosując analogiczną metodologię opłatę ustalono na kwotę 241 zł. W obu sprawach wysokość należnego wynagrodzenia pełnomocnika procesowego ustalono na kwoty po 600 zł. W tym zakresie zastosowano tożsamą argumentację, która doprowadziła do uznania, iż koszty sądowe winny być w przypadku zaskarżenia wyłącznie orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego ustalane według reguł dotyczących zażalenia. Konsekwencją tego musi być w ocenie Sądu w niniejszym składzie uznanie, iż także koszty procesu (w tym koszty zastępstwa procesowego) winny być ustalane według tych samych reguł. Stąd też koszty te ustalono jako równowartość 1/4 stawki minimalnej adekwatnej do wartości przedmiotu zaskarżenia stosownie do treści § 2 ust. 1 w zw. z § 12 ust. 2 pkt 1 i z § 6 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. nr 163 poz. 1349 ze zm.).

235. Sygn. akt: VI Gz 187/12, Postanowienie SO w Rzeszowie z dnia 18 września 2012 r.

Okoliczność, że skarga od wyroku KIO jest zwyczajnym środkiem odwoławczym, a co za tym idzie jest to postępowanie drugoinstancyjne, ma istotne znaczenie dla określenia wysokości wynagrodzenia radcy prawnego. W postępowaniu pierwszoinstancyjnym przysługuje mu bowiem pełne wynagrodzenie, zaś w postępowaniu odwoławczym 50% (lub 75%) stawki. Po drugie, jak trafnie zauważa Sąd, przepisy postępowania apelacyjnego nie regulują w ogóle zasad zwrotu kosztów postępowania, a jednocześnie odsyłają do postępowania pierwszoinstancyjnego w kwestiach nieuregulowanych (art. 391 § 1 k.p.c.). Wprawdzie art. 198f ust. 5 PZP stanowi, że strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Przepis ten jednak nie wyjaśnia jak zasadę tę należy interpretować. Zasadnym było zatem, poprzez art. 391 § 1 k.p.c., przywołanie art. 98 k.p.c. i rozważań dotyczących zasady odpowiedzialności strony za wynik sprawy, jak również wyrażonych przy tym przepisie poglądów doktryny i orzecznictwa w przedmiotowej kwestii. Tym bardziej, że art. 198f ust. 2 PZP i art. 98 § 1 k.p.c. w swej treści są zbieżne.

Sąd Okręgowy rozpoznając niniejsze zażalenie w pełni podzielił stanowisko wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, że skarżącego X Sp. z o.o. należy uznać w okolicznościach niniejszej sprawy za przegrywającego sprawę. Bez znaczenia jest bowiem, czy przeciwnik skargi Y Sp. z o.o. w chwili doręczenia mu odpisu skargi wiedział czy została ona opłacona, czy też nie. Wniósł bowiem w terminie odpowiedź na skargę, zajmując tym samym stanowisko w sprawie. Czynność wniesienia w/w odpowiedzi na skargę należy zaś uznać za uzasadnioną w kontekście obrony swych praw. Należy podkreślić, że analogiczne stanowisko jak wyżej przedstawione wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt IV Cz 39/11, (...), stwierdzając wprost, że skarżący, który wniósł skargę na orzeczenie KIO jest przegrywającym, obowiązany do zwrotu kosztów postępowania przeciwnikowi, także wówczas, gdy skarga została odrzucona z powodu nieuiszczenia należnej opłaty. Powyższy pogląd został wyrażony w oparciu o stan prawny obowiązujący przed dniem 29 stycznia 2010 r. zachowuje on jednak aktualność również w obecnym stanie prawnym, bowiem treść art. 198 ust. 5 PZP (w brzmieniu obowiązującym

przed dniem 29 stycznia 2010 r.) i obecna treść art. 198f ust. 5 PZP są takie same.

Przechodząc do rozważań nad zarzutem błędnego zastosowania w sprawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu należy wskazać, że skargą zostało zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Do postępowania odwoławczego przed KIO stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym (art. 185 ust. 7 PZP). Wobec powyższego należy zgodzić się ze skarżącym, że postępowanie sądowe zmierzające do zmiany lub uchylecia orzeczenia KIO jest najbardziej zbliżone do skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego. W konsekwencji, skoro rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu nie reguluje wprost wynagrodzenia pełnomocnika (radcy prawnego), do wyliczenia wysokości przysługującego radcy prawnemu wynagrodzenia należy zastosować stawkę w sprawach najbardziej zbliżonych rodzajowo. Przepisem takim jest § 10 ust. 1 pkt 4 w/w rozporządzenia, który stawkę minimalną (podstawową) określa na kwotę 1.200 zł. Wobec powyższego określenie wysokości kosztów zastępstwa procesowego radcy prawnego w postępowaniu zainicjowanym wniesieniem skargi na orzeczenie KIO winno nastąpić w oparciu o przepis § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 w/w rozporządzenia.

Nadmienić należy, że przedstawiony wyżej pogląd znajduje poparcie w ugruntowanym już orzecznictwie Sądów Okręgowych rozpoznających skargi od orzeczeń KIO. Tytułem przykładu należy wskazać wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 kwietnia 2010 r., sygn. akt X Ga 98/12; postanowienia Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt XII Ga 374/10, oraz z dnia 8 października 2010 r., sygn. akt XII Ga 358/10, (Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Zeszyt nr 8).

236. Sygn. akt: XIII Ga 379/12, Wyrok SO w Łodzi z dnia 21 września 2012 r.

Na podstawie art. 198f ustęp 5 ustawy prawo zamówień publicznych Sąd Okręgowy zasądził od skarżącego na rzecz zamawiającego i przystępującego po stronie zamawiającego kwoty po 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego. Zasądzone kwoty stanowią wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego będącego radcą prawnym, którego wysokość została określona zgodnie z § 2 ust. 1 i 5, § 10 ustęp 1 punkt 4 w zw. z § 12 ust. 1 punkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163 z 2002 r. poz. 1349 ze zmianami) oraz pełnomocnika przystępującego po stronie zamawiającego będącego adwokatem, którego wysokość została określona zgodnie z § 2 ust. 1 i 5, § 11 ustęp 1 punkt 4 w zw. z § 13 ust. 1 punkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163 z 2002 r. poz. 1348 ze zmianami).

237. Sygn. akt: XII Ga 297/12, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 10 października 2012 r.

Zważyć należy, że skarżący wykonawcy wnosząc skargę do Sądu, zgodnie z obowiązkiem jej odpis doręczyli zamawiającemu, a zamawiający złożył odpowiedź na tę skargę w dniu 24 maja 2012 roku (karta 82 akt, doręczając jej odpis skarżącym), a za-

tem przed wydaniem postanowienia z dnia 19 czerwca 2012 roku [*postanowienie SO o odrzuceniu skargi na wyrok KIO wydane na posiedzeniu niejawnym z powodu nieopłacenia w terminie skargi wniesionej na wyrok KIO – przyp. red.*]. W odpowiedzi na skargę zamawiający, reprezentowany przez radcę prawnego wniósł o odrzucenie ewentualnie oddalenie skargi i zasądzenie solidarnie od skarżących na jego rzecz kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Skarżący wnosząc skargę i doręczając jej odpis zamawiającemu, dali powód zamawiającemu do złożenia odpowiedzi na skargę, (przy czym odpowiedź ta została sporządzona przez radcę prawnego). W takiej sytuacji skoro skarga została odrzucona z powodu jej nieopłacenia skarżący powinni być obciążeni kosztami postępowania poniesionym przez zamawiającego.

238. Sygn. akt: XXIII Ga 2137/12, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 lutego 2013 r.

Wskazać należy, że zamawiający nie zaskarżył wyroku KIO w zakresie kosztów postępowania. Z treści skargi wyraźnie wynika, iż wyrok ten został zaskarżony przez zamawiającego w części uwzględniającej odwołanie oraz nakazującej zamawiającemu wprowadzenie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w załącznikach do tej specyfikacji. Wprawdzie, w razie zaskarżenia orzeczenia co do istoty sprawy nie ma obowiązku osobnego zaskarżania rozstrzygnięcia w zakresie kosztów, zatem nie ma potrzeby wnosić osobnego środka zaskarżenia. Jednak, aby skutecznie zaskarżyć rozstrzygnięcie co do kosztów postępowania, należy właściwie określić zakres zaskarżenia orzeczenia skargą, tj. należy wskazać, iż orzeczenie jest skarżone również co do kosztów. Przedmiotowa skarga nie zawiera takiego wskazania zakresu zaskarżenia.

239. Sygn. akt: XII Ga 73/13, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c. w zw. z § 10 ust. 1 pkt 4 i § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349, ze zm.). Przepisy powołanego rozporządzenia ani Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010.113.759 ze zm. [*aktualnie Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm. – przyp. red.*]) nie przewidują stawek zastępstwa procesowego dla pełnomocników biorących udział w postępowaniach o zamówienia publiczne, w tej sytuacji należy przyznać pełnomocnikowi procesowemu koszty zastępstwa stosowane w sprawach o najbardziej zbliżonym charakterze do niniejszej sprawy, w których przepisy rozporządzenia regulują wysokość stawki. Sprawy z zakresu skarg wnoszonych do sądów od rozstrzygnięć zespołów arbitrów najbardziej zbliżone są swym charakterem do rozstrzygnięć zapadających po rozpoznaniu skarg na orzeczenia sądów polubownych, dlatego też w niniejszej sprawie zastosowanie powinien znaleźć § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., nr 163, poz. 1349, ze zm.). Ponadto Sąd Okręgowy miał na względzie, że skarżący wskazał kwotę 2.078 zł, jako wartość przedmiotu zaskarżenia, skarga była zasadna co do kwoty 760 zł, a więc skarżący wygrał sprawę w 37%, a zamawiający w 63 %. W sprawie należało, więc zastosować dyspozycję art. 100 k.p.c. i koszty stosunkowo rozdzielić. Na koszty poniesione przez skarżącego składają się: opłata od skargi - 30 zł, wynagrodzenie pełnomocnika - 600 zł, łącznie - 630 zł. Zamawiający poniósł

koszty wynagrodzenia pełnomocnika, w raz z opłatą skarbową od udzielonego pełnomocnictwa - 617 zł. Uwzględniając stopień wygranej każdej ze stron, skarżący powinien ponieść koszty postępowania w kwocie 233,10 zł, a zamawiający w kwocie 388,71 zł. W tej sytuacji, po dokonaniu kompensacji obu kwot, zasadnym stało się zasądzenie od skarżącego na rzecz zamawiającego kwoty 155,61 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym, o czym na podstawie w/w przepisów orzeczono w punkcie 3 sentencji.

240. Sygn. akt: V Ca 3101/12, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 31 lipca 2013r.

Zgodnie z art. 351 § 1 k.p.c. w zw. z art. 397 § 2 k.p.c. strona może w ciągu dwóch tygodni od ogłoszenia orzeczenia, a gdy doręczenie orzeczenia następuje z urzędu - od jego doręczenia, zgłosić wniosek jego o uzupełnienie, jeżeli sąd nie orzekł o całości żądania, o natychmiastowej wykonalności albo nie zamieścił w orzeczeniu dodatkowego orzeczenia, które według przepisów ustawy powinien był zamieścić z urzędu.

Należy wskazać, że w wyroku z 11 czerwca 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie nie orzekł o kosztach postępowania, mimo że ww. zamawiający w odpowiedzi na skargę, która została oddalona, wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów tego postępowania. Powyższe orzeczenie ogłoszono na rozprawie dnia 11 czerwca 2013 r., pełnomocnik zamawiającego w ustawowym terminie, tj. 24 czerwca 2013 r. złożył wniosek o uzupełnienie orzeczenia. W tym stanie rzeczy należało uznać, że wniosek ten spełniał przesłanki z ww. przepisu (został złożony w wymaganym terminie, zaś orzeczenie nie zawierało orzeczenia o kosztach postępowania sądowego).

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego należało oprzeć na art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 11 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.).

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

- A**
Aukcja elektroniczna – 136
- B**
Biegły – 197, 198
Błąd w obliczeniu ceny – 121, 233
- C**
Cena – 102, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 121, 126, 128, 129, 134, 135, 150, 151, 152, 158
– jednostkowa – 96, 106, 131
– brutto – 142
– kalkulacja – 124, 126, 128, 130
– rażąco niska – 4, 116, 117, 118, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 156
– ryczałtowa – 107, 111, 126
– sposób obliczenia – 99
Certyfikat – 77, 205
Ciężar dowodowy – 30, 54, 71, 75, 76, 91, 114, 124, 128, 130, 145, 165
Czyn nieuczciwej konkurencji – 4, 89, 113, 114, 115, 118
- D**
Dokumenty:
- podmiotowe – 10, 11, 12, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70
- podmiotów zagranicznych – 18, 19, 20, 55
- przedmiotowe – 48, 49, 77, 100, 108
- uzupełnianie – 11, 22, 23, 24, 33, 34, 38, 40, 47, 50, 53, 54, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 80, 89, 90, 108, 113, 115
- wyjaśnienia – 34, 70
Dowody – 113, 114, 115, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202
- F**
Formularz ofertowy – 80, 92, 96, 100, 102, 103, 104, 123
Fax – 165, 194
- G**
Gwarancja – 82
- Grupa kapitałowa – 35, 36, 38, 113
- I**
Instytucja gospodarki budżetowej – 8, 9
Interes w uzyskaniu zamówienia – 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162
- K**
Komisja przetargowa – 133, 148
Konsorcjum – 16, 17, 21, 26, 98, 101, 161, 179
Kosztorys – 97, 99, 106, 107, 111, 112
Koszty postępowania – 9, 169, 173, 174, 175, 182, 203, 210, 211, 212, 213, 214, 218, 226, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240
Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) – 153, 160
Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 18, 20, 22, 23, 24, 202
Krajowy Rejestr Sądowy (KRS) – 19, 55, 83
Kryteria oceny ofert – 75, 104, 132, 133, 134, 148
Kwota na sfinansowanie zamówienia – 143, 158
- L**
Likwidacja – 19
- N**
Należyta staranność – 104, 165
Nieprawdziwe informacje – 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 205
Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) – 6
- O**
Odwołanie:
- cofnięcie – 181, 182, 183
- odpowiedź – 171
- odrzucenie – 184, 185, 186, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 212
- przekazanie kopii zamawiającemu – 190, 191, 192, 193, 194, 207
- uwzględnienie przez zamawiającego – 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176
- wezwanie do uzupełnienia braków formalnych – 177, 178, 179, 180, 184
- wniesienie – 165
- zwrot – 178, 179

Oferta:

- badanie i ocena – 4, 14, 95, 132, 133, 148, 204
- częściowa – 11, 36, 115, 121
- najkorzystniejsza (wybór) – 1, 88, 138, 185
- nieważna – 123
- odrzucenie – 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 115, 119, 120, 121, 123, 128, 136, 140, 142, 154, 186
- przygotowanie – 25, 26
- treść – 94, 106, 107, 109, 111
- wariantowa – 142
- wyjaśnienie treści – 93, 94, 95, 96, 103, 105, 108, 109, 111, 112
- złożenie – 79, 119, 120
- zmiana – 92, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100

Ogłoszenie o zamówieniu – 3, 23, 78, 122, 147, 167

Omyłka:

- inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 108
- pisarska – 96, 97, 112
- rachunkowa – 96, 97, 112

Opis przedmiotu zamówienia – 10, 25, 48, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 81, 103, 117, 121, 122, 146, 168, 186, 189, 233

Opłata od skargi – 216, 217

Oświadczenie:

- woli – 11, 18, 21, 48, 96, 101, 103, 123, 136, 165
- wiedzy – 18, 48

P

Pełnomocnictwo / Pełnomocnik – 7, 8, 9, 18, 177, 179, 184, 210, 214, 220, 228, 229, 236, 239

Podatek VAT – 121, 122, 135, 233

Podmiot trzeci – 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 69, 80, 86, 105

Podpis – 123, 193

Podwykonawca – 51, 53, 56, 58, 80, 105, 123

Polisa – 11, 16, 43, 45, 61, 90

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – 1, 3, 4, 7, 8, 9, 47

- przygotowanie – 4, 7, 8, 9, 188

Potencjał:

- ekonomiczny (finansowy) – 11, 12, 16, 17, 43, 44, 45, 51, 61, 90
- kadrowy – 17, 29, 39, 47, 69

- techniczny – 58

Protokół postępowania – 148, 186

Proporcjonalność – 14, 15

Próbka – 108

Przetarg ograniczony – 119, 120, 187

Przystąpienie / Przystępujący – 171, 174, 175

R

Referencje – 27, 28, 32, 41, 42, 46, 63

Roboty budowlane – 53

S

Sąd Apelacyjny (SA) – 83, 89, 150, 194, 227

Sąd Najwyższy (SN) – 1, 5, 6, 31, 45, 89, 114, 152, 177, 190, 194, 195, 210, 217, 218, 220, 222, 223, 225, 232, 233, 234, 235

Sąd Okręgowy (SO) – 3, 4, 6, 7, 8, 9, 17, 22, 23, 24, 26, 30, 31, 32, 33, 34, 45, 46, 47, 57, 58, 59, 69, 75, 76, 77, 80, 82, 86, 87, 90, 92, 96, 110, 111, 113, 118, 121, 122, 124, 127, 128, 129, 130, 131, 134, 137, 144, 145, 146, 149, 151, 152, 154, 155, 161, 165, 174, 175, 176, 179, 180, 198, 199, 200, 201, 202, 205, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240

Skarga – 8, 9, 121, 161, 201, 207, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 238, 240

Specyfikacja – 2, 71, 72, 78, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 132, 134, 168

- modyfikacja – 2, 75, 101

- zapytania i wyjaśnienia – 81, 167, 168

Sprzeciw – 174, 175

Szkoda – 154, 155, 156, 157, 159, 161

Ś

Środki ochrony prawnej – 8, 9, 17, 81, 93, 141, 154, 155, 156, 161, 162, 163, 164, 179, 188

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 5, 166

Termin:

- na wniesienie odwołania – 3, 166, 167, 168, 178, 185, 186, 187, 194
- realizacji zamówienia – 72, 78, 101, 151

- składania ofert – 2, 79, 85, 92
- związania ofertą – 84, 87
- Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS UE) (dawniej ETS)** – 15, 17, 37, 116, 121, 122, 125, 139, 153
- Trybunał Konstytucyjny** – 226
- U**
- Umorzenie postępowania** – 169, 181, 182, 183, 203
- Umowa:**
 - kary umowne – 77, 149
 - unieważnienie – 146, 231, 232
 - uchylony zakaz zawarcia umowy – 232
 - wzór – 4, 73, 107, 108, 149, 150, 151, 152
 - zawarcie – 1, 6, 8, 78
 - zakaz zawarcia – 216
- Umowa ramowa** – 104
- Unieważnienie postępowania** – 1, 7, 143, 144, 145, 146, 147, 154
- Upadłość** – 19
- Usługi:**
 - kompleksowe – 122
- Uzasadnienie faktyczne i prawne** – 137, 138, 139, 140, 141, 142
- W**
- Wadium** – 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 113, 156
- Wartość zamówienia** – 117, 124, 143, 163, 178, 186, 188, 189, 211
- Warunki udziału w postępowaniu** – 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 46, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 65, 66, 68, 69, 70, 81, 81, 105
 - uprawnienia – 10, 17
 - wiedza i doświadczenie – 5, 13, 17, 27, 32, 33, 42, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 69, 70
- Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA)** – 83, 121
- Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu** – 3
- Wpis** – 9, 178, 181, 182, 186, 203, 212
- Wykluczenie wykonawcy** – 11, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 54, 62, 66, 67, 82, 85, 88, 119, 120, 137, 139
- Wykładnia:**
 - celowościowa – 14
 - gramatyczna (językowa) – 14, 45
- systemowa – 45
- Wpływ na wynik postępowania** – 27, 29, 31, 33, 35, 140, 141, 142, 146, 148
- Wspólne prowadzenie postępowania** – 8
- Wykonawca** – 135, 161
- Z**
- Zamawiający** – 8, 9, 13
 - centralny – 8, 9
- Zamówienie z wolnej ręki** – 91, 114, 162
- Zarzuty** – 134, 163, 172, 173, 174, 187, 188, 205, 206, 207, 208, 209, 230
- Zasady udzielania zamówień publicznych:**
 - jawności – 5
 - pisemności – 123
 - równego traktowania – 2, 3, 4, 11, 14, 16, 22, 27, 38, 47, 62, 79, 94, 96, 110, 113, 127, 149, 154
 - uczciwej konkurencji – 2, 3, 4, 11, 14, 22, 26, 27, 35, 36, 62, 71, 75, 76, 77, 94, 96, 110, 113, 127, 131, 149, 154
- Za zgodność z oryginałem** – 49, 63
- Zmowa przetargowa** – 89, 113, 114, 115
- Ż**
- Żądania** – 134, 170, 207, 209, 225

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.) – 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 107, 108, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 198, 200, 202, 203, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 215, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 239
- 2) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – 226
- 3) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121) – 6, 21, 34, 45, 46, 75, 92, 101, 106, 111, 113, 123, 143, 149, 150, 151, 152, 165, 190, 192
- 4) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.) – 8, 113, 173, 174, 177, 199, 201, 202, 213, 214, 215, 217, 218, 220, 221, 222, 223, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 235, 239, 240
- 5) Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) – 115
- 6) Ustawa z 13 lutego 1984 r. o funkcji konsulów Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 215, poz. 1823 ze zm.) – 229
- 7) Ustawa z 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 164 ze zm.) – 229
- 8) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 113, 114, 115
- 9) Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.) – 125
- 10) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 749 ze zm.) – 122
- 11) Ustawa z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 ze zm.) – 83
- 12) 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.) – 121, 135
- 13) Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 168 ze zm.) – 160
- 14) Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1025 ze zm.) – 226
- 15) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) – 113, 114

- 16) Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) – 97, 102
- 17) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 164, 177, 221, 231
- 18) Ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769) – 23
- 19) Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) – 37, 89, 116, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130
- 20) Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25 marca 1957 r. (Dz. U. UE z 2012 r. C 326) – 153
- 21) Konwencja z dnia 4 listopada 1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – 226
- 22) Dyrektywa Rady 71/305/EWG z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. U. L 185 z 16.8.1971, str. 5-14) – 116
- 23) Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. L 395 z 30.12.1989, str. 33–35) – 139
- 24) 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) – 8, 51
- 25) 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) – 8, 31, 32, 33, 34, 37, 125
- 26) Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1348) – 236
- 27) Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349) – 234, 235, 236, 239, 240
- 28) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) – 45
- 29) 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) – 18, 22, 23, 45, 46, 202
- 30) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w spra-

- wie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – 176, 182, 210, 211, 212, 214
- 31) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.) – 177, 178, 184, 191, 206
- 32) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649 ze zm.) – 211
- 33) 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) – 10, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 27, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 50, 52, 55, 63, 65, 80
- 34) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) - 211
- 35) Zarządzenie nr 16 Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 marca 2011 r. w sprawie wskazania centralnego zamawiającego do przygotowywania i przeprowadzania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, udzielania zamówień oraz zawierania umów ramowych na potrzeby jednostek administracji rządowej – 8, 9
- 36) Zarządzenie nr 16 Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 października 2010 r. w sprawie utworzenia instytucji gospodarki budżetowej Centrum Usług Wspólnych przez przekształcenie gospodarstwa pomocniczego oraz nadania statutu – 8

