

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 27

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 27

WARSZAWA, grudzień 2017

# ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

## ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 27

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

Małgorzata Stręciwilk (Urząd Zamówień Publicznych)

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)

Izabela Niedziałek-Bujak (Krajowa Izba Odwoławcza)

Daniel Konicz (Krajowa Izba Odwoławcza)

Paweł Puchalski (Urząd Zamówień Publicznych)

### **Pod kierownictwem:**

Małgorzaty Stręciwilk

### **Opracowanie techniczne:**

Paweł Puchalski

### **Wydawca:**

Urząd Zamówień Publicznych

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

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

Nakład: 1000 egz.

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA

Wydział Poligrafii

**COAR** Centrum Obsługi  
Administracji Rządowej

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

Zam. 684/W/C/2017

Warszawa 2017 r.

## SPIS TREŚCI

<b>WPROWADZENIE</b> . . . . .	<b>11</b>
<b>WYKAZ SKRÓTÓW</b> . . . . .	<b>12</b>
<b>Art. 2 pkt 7a</b> . . . . .	<b>13</b>
1. Sygn. akt: KIO 338/17, Wyrok z dnia 9 marca 2017 r. . . . .	13
<b>Art. 2 pkt 9b</b> . . . . .	<b>13</b>
2. Sygn. akt: KIO 385/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r. . . . .	13
<b>Art. 7 ust. 1</b> . . . . .	<b>14</b>
3. Sygn. akt: KIO 321/17, Wyrok z dnia 7 marca 2017 r. . . . .	14
4. Sygn. akt: KIO 371/17, Wyrok z dnia 14 marca 2017 r. . . . .	14
5. Sygn. akt: KIO 1043/17, Wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r. . . . .	16
<b>Art. 7 ust. 3</b> . . . . .	<b>16</b>
6. Sygn. akt: KIO 485/17, Wyrok z dnia 29 marca 2017 r. . . . .	16
<b>Art. 8 ust. 1–3</b> . . . . .	<b>17</b>
7. Sygn. akt: KIO 385/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r. . . . .	17
8. Sygn. akt: KIO 2113/16, KIO 2119/16, Wyrok z dnia 20 marca 2017 r. . . . .	18
9. Sygn. akt: KIO 421/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r. . . . .	19
10. Sygn. akt: KIO 687/17, KIO 693/17, Wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r. . . . .	20
11. Sygn. akt: KIO 686/17, Wyrok z dnia 28 kwietnia 2017 r. . . . .	21
12. Sygn. akt: KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17, Wyrok z dnia 17 maja 2017 r. . . . .	21
13. Sygn. akt: KIO 864/17, KIO 872/17, Wyrok z dnia 17 maja 2017 r. . . . .	23
14. Sygn. akt: KIO 917/17, Wyrok z dnia 23 maja 2017 r. . . . .	23
15. Sygn. akt: KIO 904/17, KIO 912/17, Wyrok z dnia 29 maja 2017 r. . . . .	25
16. Sygn. akt: KIO 1141/17, KIO 1202/17, Wyrok z dnia 28 czerwca 2017 r. . . . .	25
<b>Art. 9</b> . . . . .	<b>27</b>
17. Sygn. akt: KIO 807/17, KIO 815/17, Wyrok z dnia 17 maja 2017 r. . . . .	27
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 2</b> . . . . .	<b>27</b>
18. Sygn. akt: KIO 8/17, Wyrok z dnia 20 stycznia 2017 r. . . . .	27
19. Sygn. akt: KIO 644/17, Wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r. . . . .	28
<b>Art. 22 ust. 1a</b> . . . . .	<b>30</b>
20. Sygn. akt: KIO 371/17, Wyrok z dnia 14 marca 2017 r. . . . .	30
21. Sygn. akt: KIO 843/17, Wyrok z dnia 12 maja 2017 r. . . . .	31
22. Sygn. akt: KIO 917/17, Wyrok z dnia 19 maja 2017 r. . . . .	31
23. Sygn. akt: KIO 1030/17, Wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r. . . . .	32

---

<b>Art. 22 ust. 1b pkt 1</b> . . . . .	<b>32</b>
24. Sygn. akt: KIO 2444/16, Wyrok z dnia 24 stycznia 2017 r. . . . .	32
<b>Art. 22 ust. 1b pkt 2</b> . . . . .	<b>33</b>
25. Sygn. akt: KIO 502/17, KIO 508/17, Wyrok z dnia 30 marca 2017 r. . . . .	33
26. Sygn. akt: KIO 692/17, Wyrok z dnia 21 kwietnia 2017 r. . . . .	35
27. Sygn. akt: KIO 803/17, Wyrok z dnia 11 maja 2017 r. . . . .	35
<b>Art. 22 ust. 1b pkt 3</b> . . . . .	<b>36</b>
28. Sygn. akt: KIO 496/17, KIO 511/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r. . . . .	36
29. Sygn. akt: KIO 803/17, Wyrok z dnia 11 maja 2017 r. . . . .	37
<b>Art. 22a</b> . . . . .	<b>38</b>
30. Sygn. akt: KIO 359/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r. . . . .	38
31. Sygn. akt: KIO 487/17, Wyrok z dnia 28 marca 2017 r. . . . .	39
32. Sygn. akt: KIO 650/17, Wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r. . . . .	40
<b>Art. 22d ust. 2</b> . . . . .	<b>41</b>
33. Sygn. akt: KIO 55/17, Wyrok z dnia 24 stycznia 2017 r. . . . .	41
34. Sygn. Akt: KIO 352/17, Wyrok z dnia 9 marca 2017 r. . . . .	41
<b>Art. 23</b> . . . . .	<b>42</b>
35. Sygn. akt: KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, Wyrok z dnia 26 maja 2017 r. . . . .	42
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17</b> . . . . .	<b>42</b>
36. Sygn. akt: KIO 430/17, Wyrok z dnia 30 marca 2017 r. . . . .	42
37. Sygn. akt: KIO 618/17, Wyrok z dnia 13 kwietnia 2017 r. . . . .	43
38. Sygn. akt: KIO 1004/17, Wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r. . . . .	45
<b>Art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4</b> . . . . .	<b>46</b>
39. Sygn. akt: KIO 2199/16, Wyrok z dnia 30 stycznia 2017 r. . . . .	46
40. Sygn. akt: 139/17, Wyrok z dnia 3 lutego 2017 r. . . . .	47
41. Sygn. akt: KIO 782/17, Wyrok z dnia 12 maja 2017 r. . . . .	48
<b>Art. 24 ust. 8</b> . . . . .	<b>49</b>
42. Sygn. akt: KIO 163/17, Wyrok z dnia 9 lutego 2017 r. . . . .	49
43. Sygn. akt KIO 1087/17, Wyrok z dnia 21 czerwca 2017 r. . . . .	50
<b>Art. 24aa</b> . . . . .	<b>51</b>
44. Sygn. akt: KIO 583/17, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2017 r. . . . .	51
45. Sygn. akt: KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17, Wyrok z dnia 19 maja 2017 r. . . . .	53
<b>Art. 25 ust. 1 pkt 1</b> . . . . .	<b>55</b>
46. Sygn. akt: KIO 502/17, KIO 508/17, Wyrok z dnia 30 marca 2017 r. . . . .	55
47. Sygn. akt: KIO 644/17, Wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r. . . . .	57

---

<b>Art. 26 ust. 1 i 2</b> . . . . .	<b>58</b>
48. Sygn. akt: KIO 496/17, KIO 511/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r. . . . .	58
49. Sygn. akt: KIO 588/17, KIO 591/17, Wyrok z dnia 12 kwietnia 2017 r. . . . .	59
50. Sygn. akt: KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17, Wyrok z dnia 17 maja 2017 r. . . . .	59
<b>Art. 26 ust. 2f</b> . . . . .	<b>59</b>
51. Sygn. akt: KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17, Wyrok z dnia 19 maja 2017 r. . . . .	59
<b>Art. 26 ust. 3 i 3a</b> . . . . .	<b>60</b>
52. Sygn. akt: KIO 366/17, Wyrok z dnia 8 marca 2017 r. . . . .	60
53. Sygn. akt: KIO 483/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r. . . . .	60
54. Sygn. akt: KIO 549/17, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. . . . .	61
55. Sygn. akt: KIO 588/17, KIO 591/17, Wyrok z dnia 12 kwietnia 2017 r. . . . .	61
56. Sygn. akt: KIO 620/17, KIO 627/17, Wyrok z dnia 24 kwietnia 2017 r. . . . .	62
57. Sygn. akt: KIO 785/17, Wyrok z dnia 9 maja 2017 r. . . . .	62
58. Sygn. akt: KIO 954/17, Wyrok z dnia 24 maja 2017 r. . . . .	63
59. Sygn. akt: KIO 1004/17, Wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r. . . . .	64
<b>Art. 26 ust. 4</b> . . . . .	<b>64</b>
60. Sygn. akt: KIO 588/17, KIO 591/17, Wyrok z dnia 12 kwietnia 2017 r. . . . .	64
<b>Art. 29 ust. 1</b> . . . . .	<b>64</b>
61. Sygn. akt: KIO 413/17, Wyrok z dnia 20 marca 2017 r. . . . .	64
62. Sygn. akt: KIO 1187/17, Wyrok z dnia 26 czerwca 2017 r. . . . .	66
63. Sygn. akt: KIO 1206/17, KIO 1208/17, Wyrok z dnia 30 czerwca 2017 r. . . . .	66
<b>Art. 29 ust. 2</b> . . . . .	<b>67</b>
64. Sygn. akt: KIO 386/17, Wyrok z dnia 15 marca 2017 r. . . . .	67
65. Sygn. akt: KIO 463/17, Wyrok z dnia 21 marca 2017 r. . . . .	68
66. Sygn. akt: KIO 387/17, Wyrok z dnia 27 marca 2017 r. . . . .	68
67. Sygn. akt: KIO 651/17, Wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r. . . . .	69
68. Sygn. akt: KIO 729/17, Wyrok z dnia 8 maja 2017 r. . . . .	70
69. Sygn. akt: KIO 833/17, Wyrok z dnia 16 maja 2017 r. . . . .	71
<b>Art. 29 ust. 3a</b> . . . . .	<b>71</b>
70. Sygn. akt: KIO 308/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r. . . . .	71
<b>Art. 34 ust. 5</b> . . . . .	<b>72</b>
71. Sygn. akt: KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17, KIO 1090/17, Wyrok z dnia 26 czerwca 2017 r. . . . .	72
<b>Art. 36a i art. 36b</b> . . . . .	<b>73</b>
72. Sygn. akt: KIO 192/17, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2017 r. . . . .	73
73. Sygn. akt: KIO 416/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r. . . . .	76

<b>Art. 36aa</b> . . . . .	<b>76</b>
74. Sygn. akt: KIO 164/17, Wyrok z dnia 9 lutego 2017 r. . . . .	76
75. Sygn. akt: KIO 920/17, Wyrok z dnia 23 maja 2017 r. . . . .	76
<b>Art. 67 ust. 1 pkt 12</b> . . . . .	<b>77</b>
76. Sygn. akt: KIO 158/17, Wyrok z dnia 7 lutego 2017 r. . . . .	77
77. Sygn. akt: KIO 328/17, Wyrok z dnia 3 marca 2017 r. . . . .	78
78. Sygn. akt: KIO 625/17, Wyrok z dnia 21 kwietnia 2017 r. . . . .	79
<b>Art. 87 ust. 1</b> . . . . .	<b>81</b>
79. Sygn. akt: KIO 604/17, Wyrok z dnia 19 kwietnia 2017 r. . . . .	81
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 2</b> . . . . .	<b>81</b>
80. Sygn. akt: KIO 460/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r. . . . .	81
81. Sygn. akt: KIO 835/17, Wyrok z dnia 11 maja 2017 r. . . . .	82
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 3</b> . . . . .	<b>82</b>
82. Sygn. akt: KIO 2492/16, Wyrok z dnia 16 stycznia 2017 r. . . . .	82
83. Sygn. akt: KIO 22/17, Wyrok z dnia 19 stycznia 2017 r. . . . .	83
84. Sygn. akt: KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17, Wyrok z dnia 20 marca 2017 r. . . . .	84
85. Sygn. akt: KIO 500/17, Wyrok z dnia 28 marca 2017 r. . . . .	84
86. Sygn. akt: KIO 535/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r. . . . .	85
87. Sygn. akt: KIO 1083/17, KIO 1095/17, Wyrok z dnia 22 czerwca 2017 r. . . . .	86
88. Sygn. akt: KIO 1211/17, Wyrok z dnia 29 czerwca 2017 r. . . . .	87
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 2</b> . . . . .	<b>88</b>
89. Sygn. akt: KIO 9/17, Wyrok z dnia 17 stycznia 2017 r. . . . .	88
90. Sygn. akt: KIO 11/17, KIO 29/17, Wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r. . . . .	90
91. Sygn. akt: KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17, Wyrok z dnia 20 marca 2017 r. . . . .	90
92. Sygn. akt: KIO 482/17, Wyrok z dnia 24 marca 2017 r. . . . .	91
93. Sygn. akt: KIO 547/17, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. . . . .	92
94. Sygn. akt: KIO 781/17, KIO 792/17, KIO 799/17, Wyrok z dnia 12 maja 2017 r. . . . .	92
95. Sygn. akt: KIO 993/17, Wyrok z dnia 30 maja 2017 r. . . . .	93
96. Sygn. akt: KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17, KIO 1090/17, Wyrok z dnia 26 czerwca 2017 r. . . . .	94
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 3</b> . . . . .	<b>95</b>
97. Sygn. akt: KIO 135/17, Wyrok z dnia 3 lutego 2017 r. . . . .	95
98. Sygn. akt: KIO 297/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r. . . . .	96
99. Sygn. akt: KIO 373/17, Wyrok z dnia 14 marca 2017 r. . . . .	96
100. Sygn. akt: KIO 473/17, Wyrok z dnia 28 marca 2017 r. . . . .	97
101. Sygn. akt: KIO 543/17, Wyrok z dnia 29 marca 2017 r. . . . .	99
102. Sygn. akt: KIO 679/17, KIO 680/17, Wyrok z dnia 21 kwietnia 2017 r. . . . .	100

---

<b>Art. 89 ust. 1 pkt 4</b> . . . . .	<b>101</b>
103. Sygn. akt: KIO 22/17, Wyrok z dnia 19 stycznia 2017 r. . . . .	101
104. Sygn. akt: KIO 416/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r. . . . .	102
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 6</b> . . . . .	<b>103</b>
105. Sygn. akt: KIO 261/17, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2017 r. . . . .	103
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 7b</b> . . . . .	<b>105</b>
106. Sygn. akt: KIO 531/17, Wyrok z dnia 19 kwietnia 2017 r. . . . .	105
107. Sygn. akt: KIO 951/17, Wyrok z dnia 24 maja 2017 r. . . . .	106
108. Sygn. akt: KIO 1046/17, Wyrok z dnia 6 czerwca 2017 r. . . . .	107
109. Sygn. akt: KIO 1067/17, Wyrok z dnia 20 czerwca 2017 r. . . . .	107
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 8</b> . . . . .	<b>108</b>
110. Sygn. akt: KIO 353/17, Wyrok z dnia 14 marca 2017 r. . . . .	108
<b>Art. 90 ust. 1–3</b> . . . . .	<b>110</b>
111. Sygn. akt: KIO 2455/16, Wyrok z dnia 17 stycznia 2017 r. . . . .	110
112. Sygn. akt: KIO 28/17, Wyrok z dnia 19 stycznia 2017 r. . . . .	111
113. Sygn. akt: KIO 40/17, Wyrok z dnia 24 stycznia 2017 r. . . . .	111
114. Sygn. akt: KIO 193/17, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2017 r. . . . .	112
115. Sygn. akt: KIO 289/17, Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2017 r. . . . .	113
116. Sygn. akt: KIO 72/17, Wyrok z dnia 1 marca 2017 r. . . . .	113
117. Sygn. akt: KIO 297/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r. . . . .	114
118. Sygn. akt: KIO 321/17, Wyrok z dnia 7 marca 2017 r. . . . .	115
119. Sygn. akt: KIO 416/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r. . . . .	115
120. Sygn. akt: KIO 460/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r. . . . .	116
121. Sygn. akt: KIO 425/17, KIO 426/17, Wyrok z dnia 24 marca 2017 r. . . . .	118
122. Sygn. akt: KIO 505/17, KIO 518/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r. . . . .	120
123. Sygn. akt: KIO 545/17, Wyrok z dnia 7 kwietnia 2017 r. . . . .	120
124. Sygn. akt: KIO 624/17, Wyrok z dnia 13 kwietnia 2017 r. . . . .	121
125. Sygn. akt: KIO 681/17, Wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r. . . . .	122
126. Sygn. akt: KIO 661/17, Wyrok z dnia 25 kwietnia 2017 r. . . . .	122
127. Sygn. akt: KIO 808/17, Wyrok z dnia 8 maja 2017 r. . . . .	122
128. Sygn. akt: KIO 825/17, Wyrok z dnia 15 maja 2017 r. . . . .	123
129. Sygn. akt: KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, Wyrok z dnia 26 maja 2017 r. . . . .	123
130. Sygn. akt: KIO 1074/17, Wyrok z dnia 14 czerwca 2017 r. . . . .	123
131. Sygn. akt: KIO 1169/17, KIO 1170/17, Wyrok z dnia 23 czerwca 2017 r. . . . .	124
<b>Art. 91 ust. 1</b> . . . . .	<b>126</b>
132. Sygn. akt: KIO 479/17, Wyrok z dnia 27 marca 2017 r. . . . .	126
133. Sygn. akt: KIO 679/17, KIO 680/17, Wyrok z dnia 21 kwietnia 2017 r. . . . .	129



---

<b>Art. 91 ust. 2</b> . . . . .	<b>129</b>
134. Sygn. akt: KIO 486/17, KIO 492/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r. . . . .	129
<b>Art. 91 ust. 2a</b> . . . . .	<b>131</b>
135. Sygn. akt: KIO 1198/17, Wyrok z dnia 28 czerwca 2017 r. . . . .	131
<b>Art. 91 ust. 3</b> . . . . .	<b>132</b>
136. Sygn. akt: KIO 940/17, KIO 943/17, Wyrok z dnia 6 czerwca 2017 r. . . . .	132
<b>Art. 92</b> . . . . .	<b>132</b>
137. Sygn. akt: KIO 144/17, KIO 147/17, Wyrok z dnia 7 lutego 2017 r. . . . .	132
138. Sygn. akt: KIO 351/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r. . . . .	133
139. Sygn. akt: KIO 415/17, Wyrok z dnia 17 marca 2017 r. . . . .	134
140. Sygn. akt: KIO 517/17, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. . . . .	134
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 6</b> . . . . .	<b>135</b>
141. Sygn. akt: KIO 929/17, Wyrok z dnia 24 maja 2017 r. . . . .	135
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 7</b> . . . . .	<b>136</b>
142. Sygn. akt: KIO 281/17, Wyrok z dnia 2 marca 2017 r. . . . .	136
143. Sygn. akt: KIO 554/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r. . . . .	137
144. Sygn. akt: KIO 683/17, Wyrok z dnia 26 kwietnia 2017 r. . . . .	138
145. Sygn. akt: KIO 752/17, Wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r. . . . .	139
<b>Art. 139 ust. 1</b> . . . . .	<b>139</b>
146. Sygn. akt: KIO 558/17, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r. . . . .	139
147. Sygn. akt: KIO 714/17, Wyrok z dnia 15 maja 2017 r. . . . .	139
<b>Art. 179 ust. 1</b> . . . . .	<b>140</b>
148. Sygn. akt: KIO 2373/16, Wyrok z dnia 2 stycznia 2017 r. . . . .	140
149. Sygn. akt: KIO 2395/16, Wyrok z dnia 3 stycznia 2017 r. . . . .	140
150. Sygn. akt: KIO 2350/16, Wyrok z dnia 9 stycznia 2017 r. . . . .	141
151. Sygn. akt: KIO 328/17, Wyrok z dnia 3 marca 2017 r. . . . .	142
152. Sygn. akt: KIO 568/17, Wyrok z dnia 6 kwietnia 2017 r. . . . .	142
153. Sygn. akt: KIO 803/17, Wyrok z dnia 11 maja 2017 r. . . . .	143
154. Sygn. akt: KIO 811/17, Postanowienie z dnia 11 maja 2017 r. . . . .	143
155. Sygn. akt: KIO 821/17, Wyrok z dnia 15 maja 2017 r. . . . .	144
156. Sygn. akt: KIO 921/17, Wyrok z dnia 22 maja 2017 r. . . . .	144
157. Sygn. akt: KIO 1083/17, KIO 1095/17, Wyrok z dnia 22 czerwca 2017 r. . . . .	147
<b>Art. 180 ust. 3</b> . . . . .	<b>147</b>
158. Sygn. akt: KIO 179/17, Wyrok z dnia 3 marca 2017 r. . . . .	147
159. Sygn. akt: KIO 421/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r. . . . .	149

---

<b>Art. 181 ust. 1</b> . . . . .	<b>150</b>
160. Sygn. akt: KIO 2438/16, Wyrok z dnia 12 stycznia 2017 r. . . . .	150
<b>Art. 182 ust. 1</b> . . . . .	<b>151</b>
161. Sygn. akt: KIO 398/17, Wyrok z dnia 9 marca 2017 r. . . . .	151
<b>Art. 182 ust. 3</b> . . . . .	<b>151</b>
162. Sygn. akt: KIO 304/17, Postanowienie z dnia 1 marca 2017 r. . . . .	151
163. Sygn. akt: KIO 385/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r. . . . .	153
164. Sygn. akt: KIO 421/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r. . . . .	153
<b>Art. 184 ust. 2</b> . . . . .	<b>154</b>
165. Sygn. akt: KIO 391/17, Postanowienie z dnia 6 marca 2017 r. . . . .	154
<b>Art. 185 ust. 1–6</b> . . . . .	<b>155</b>
166. Sygn. akt: KIO 58/17, Postanowienie z dnia 17 stycznia 2017 r. . . . .	155
167. Sygn. akt: KIO 233/17, Wyrok z dnia 16 lutego 2017 r. . . . .	155
168. Sygn. akt: KIO 505/17, KIO 518/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r. . . . .	155
169. Sygn. akt: KIO 914/17, KIO 942/17, Postanowienie z dnia 18 maja 2017 r. . . . .	155
<b>Art. 186</b> . . . . .	<b>156</b>
170. Sygn. akt: KIO 2433/16, Wyrok z dnia 9 stycznia 2017 r. . . . .	156
171. Sygn. akt: KIO 2403/16, Postanowienie z dnia 10 stycznia 2017 r. . . . .	156
172. Sygn. akt: KIO 79/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2017 r. . . . .	157
173. Sygn. akt: KIO 104/17, Postanowienie z dnia 30 stycznia 2017 r. . . . .	157
174. Sygn. akt: KIO 378/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r. . . . .	158
175. Sygn. akt: KIO 381/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r. . . . .	158
176. Sygn. akt: KIO 409/17, Wyrok z dnia 17 marca 2017 r. . . . .	159
177. Sygn. akt: KIO 834/17, Postanowienie z dnia 5 maja 2017 r. . . . .	159
178. Sygn. akt: KIO 1174/17, Wyrok z dnia 23 czerwca 2017 r. . . . .	160
<b>Art. 187 ust. 7</b> . . . . .	<b>161</b>
179. Sygn. akt: KIO 790/17, Postanowienie z dnia 5 maja 2017 r. . . . .	161
<b>Art. 187 ust. 8</b> . . . . .	<b>161</b>
180. Sygn. akt: KIO 177/17, Postanowienie z dnia 15 lutego 2017 r. . . . .	161
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 3</b> . . . . .	<b>162</b>
181. Sygn. akt: KIO 2476/16, Postanowienie z dnia 13 stycznia 2016 r. . . . .	162
182. Sygn. akt: KIO 194/17, Postanowienie z dnia 6 lutego 2017 r. . . . .	162
183. Sygn. akt: KIO 428/17, Postanowienie z dnia 20 marca 2017 r. . . . .	162
184. Sygn. akt: KIO 686/17, Wyrok z dnia 28 kwietnia 2017 r. . . . .	163
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 4</b> . . . . .	<b>164</b>
185. Sygn. akt: KIO 505/17, KIO 518/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r. . . . .	164

<b>Art. 189 ust. 2 pkt 7</b> . . . . .	<b>165</b>
186. Sygn. akt: KIO 283/17, KIO 291/17, KIO 298/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r. . . . .	165
<b>Art. 190 ust. 1–7</b> . . . . .	<b>166</b>
187. Sygn. akt: KIO 2350/16, Wyrok z dnia 9 stycznia 2017 r. . . . .	166
188. Sygn. akt: KIO 447/17, Wyrok z dnia 17 marca 2017 r. . . . .	166
189. Sygn. akt: KIO 496/17, KIO 511/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r. . . . .	167
<b>Art. 192 ust. 7</b> . . . . .	<b>167</b>
190. Sygn. akt: KIO 99/17, KIO 100/17, Wyrok z dnia 2 lutego 2017 r. . . . .	167
191. Sygn. akt: KIO 139/17, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2017 r. . . . .	168
192. Sygn. akt: KIO 179/17, Wyrok z dnia 3 marca 2017 r. . . . .	168
193. Sygn. akt: KIO 409/17, Wyrok z dnia 17 marca 2017 r. . . . .	169
194. Sygn. akt: KIO 430/17, Wyrok z dnia 30 marca 2017 r. . . . .	169
195. Sygn. akt: KIO 602/17, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2017 r. . . . .	170
196. Sygn. akt: KIO 643/17, Wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r. . . . .	170
<b>Indeks rzeczowy</b> . . . . .	<b>171</b>
<b>Akty prawne przywołane w orzeczeniach</b> . . . . .	<b>175</b>

## WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Ostatni już w tym roku Zeszyt Orzecznicy – Zeszyt nr 27 – stanowi efekt analizy ponad 1200 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wydanych w okresie pierwszego półrocza 2017 r. Był to czas, w którym dominowało już orzecznictwo Izby, odnoszące się do znowelizowanych w 2016 roku przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W ramach dokonanej analizy wybraliśmy do publikacji 196 tez orzecznich, które dotyczą już nowych regulacji prawnych, jak również ugruntowują dotychczasowe linie orzecznicze w określonych obszarach tematycznych.

W bieżącym numerze Zeszytu warte uwagi są tezy poświęcone podmiotowej kwalifikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zwrócić uwagę choćby na orzeczenia Izby, które wskazują na ciągłość i niezmienność interpretacji przepisów ustawy odnoszących się do sposobu opisu warunków udziału w postępowaniu, pomimo literalnej zmiany brzmienia przepisu (aktualnie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp i uprzednio odpowiadający mu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp). Izba zwraca uwagę na konieczność opisu warunków w związku z przedmiotem zamówienia i z uwzględnieniem zasady proporcjonalności. Właśnie zasada proporcjonalności, literalnie wprowadzona do zasad udzielania zamówień publicznych nowelizacją z czerwca 2016 r., w szczególności eksponowana jest przez Izbę przy opisie warunków udziału w postępowaniu. Wybraliśmy też tezy orzecznicze odnoszące się do opisu szczególnych warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawców oraz zdolności technicznej (wiedza i doświadczenie) i zawodowej (potencjał osobowy). Można również zwrócić uwagę na tezy dotyczące braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, zwłaszcza odnoszące się do wprowadzenia w błąd zamawiającego (art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp) czy naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawców ze szczególnym zwróceniem uwagi na pojęcie „istotności” tego naruszenia (art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp), jak też na pierwsze orzeczenia weryfikujące podejście wykonawców do nowej instytucji, jaką przy ocenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania jest *self cleaning*. W Zeszycie pojawią się tezy nawiązujące do tzw. „procedury odwróconej”, wprowadzonej przywołaną nowelizacją (art. 24aa ustawy Pzp), czy też instytucji podziału zamówienia na części z odwołaniem do interpretacji tej nowej instytucji przez pryzmat motywu 78 dyrektywy klasycznej. Warto także przywołać pierwsze orzeczenia Izby dotyczące wprowadzonej od 1 stycznia 2017 r. instytucji zamówień *in house*, realizowanych w procedurze zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Przedstawiając powyższe, mam nadzieję, że zachęciłam Państwa do lektury bieżącego numeru Zeszytu Orzecznicy.

Prezes

Urzędu Zamówień Publicznych



Małgorzata Stręciwillk

Warszawa, 7 grudnia 2017 r.

## WYKAZ SKRÓTÓW

<b>art.</b>	– artykuł
<b>Dz. U.</b>	– Dziennik Ustaw
<b>Dz. U. UE</b>	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
<b>TS UE, ETS, TSUE</b>	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
<b>KC, Kc, kc lub k.c.</b>	– Kodeks Cywilny
<b>KIO</b>	– Krajowa Izba Odwoławcza
<b>kp</b>	– Kodeks Pracy
<b>KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.</b>	– Kodeks postępowania cywilnego
<b>KRK</b>	– Krajowy Rejestr Krany
<b>KRS</b>	– Krajowy Rejestr Sądowy
<b>lit.</b>	– litera
<b>nr</b>	– numer
<b>OIGD</b>	– Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa
<b>PKD</b>	– Polska Klasyfikacja Działalności
<b>pkt</b>	– punkt
<b>poz.</b>	– pozycja
<b>przyp. red.</b>	– przypis redakcyjny
<b>PSZOK</b>	– Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych
<b>PZPB</b>	– Polski Związek Pracodawców Budownictwa
<b>RIPOK</b>	– Regionalna Instalacja do Przetwarzania Odpadów Komunalnych
<b>SIDiR</b>	– Stowarzyszenie Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców
<b>SIWZ, s.i.w.z. lub siwz</b>	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
<b>SN</b>	– Sąd Najwyższy
<b>SO</b>	– Sąd Okręgowy
<b>t.j.</b>	– tekst jednolity
<b>UE</b>	– Unia Europejska
<b>US</b>	– Urząd Skarbowy
<b>Ustawa Pzp, ustawa p.z.p., u.p.z.p., PZP, pzp lub p.z.p.</b>	– ustawa Prawo zamówień publicznych
<b>ust.</b>	– ustęp
<b>UZP</b>	– Urząd Zamówień Publicznych
<b>VAT</b>	– podatek od towarów i usług
<b>ZA</b>	– Zespół Arbitrów
<b>zd.</b>	– zdanie
<b>ze zm.</b>	– ze zmianami
<b>Znk, uoznk lub u.z.n.k.</b>	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
<b>ZUS</b>	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

## Art. 2 pkt 7a

### 1. Sygn. akt: KIO 338/17, Wyrok z dnia 9 marca 2017 r.

W art. 2 pkt 7a Pzp zdefiniowane zostało pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia. W myśl tego przepisu jest to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia lub przesłania zaproszenia do składania ofert, albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.

Praktyka orzecznicza wypracowała w tym zakresie zasadne stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą udzielenia tego zamówienia, albo – w przypadkach określonych w art. 93 ust. 1 lub 1a Pzp – z chwilą unieważnienia postępowania. Gdyby przyjąć, że wszczęte postępowanie kończy się wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, jak twierdził Zamawiający to dokonywanie, np. ponownego wyboru na zasadach wynikających z art. 94 ust. 3 Pzp, byłoby drugim rozstrzygnięciem raz wszczętego postępowania. Nadto wątpliwym byłaby możliwość unieważnienia przez Zamawiającego już dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż byłyby to czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty. Nadto uznanie czynności Zamawiającego podjętych na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp za niemieszczące się w ramach prowadzonego przez niego postępowania powodowałoby niedopuszczalny brak jakiegokolwiek kontroli prawidłowości tych czynności w drodze wniesienia środków ochrony prawnej przez innego wykonawcę. W tym zakresie wskazać należy na orzeczenie Sądu Najwyższego dotyczącego określania ram trwania postępowania wynikających z art. 2 pkt 7a Pzp. W Uchwale z 17 grudnia 2010 r. (sygn. akt III CZP 103/10) SN stwierdził: „Postępowanie „o udzielenie zamówienia publicznego” na gruncie ustawy Pzp, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy w brzmieniu obowiązującym od dnia 29 stycznia 2010 r., da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Przepis nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że ramy czasowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co do momentu w którym następuje zakończenie postępowania, nie są jednoznaczne, szereg orzeczeń ustala ten termin na moment wyboru najkorzystniejszej oferty inne co wydaje się niewątpliwe to moment zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

## Art. 2 pkt 9b

### 2. Sygn. akt: KIO 385/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r.

Nie było sporne, że przystępujący ani wskazani przez niego podwykonawcy nie są jednostkami notyfikowanymi, które zgodnie z odrębnymi przepisami są uprawnione do wydania wymaganych przez zamawiającego certyfikatów weryfikacji WE podsystemów. W tej sytuacji istota sporu pomiędzy stronami polegała na tym, czy uzyskanie przez wykonawcę certyfikatów pochodzących od jednostki notyfikowanej, o których mowa w pkt 5.2.3. tomu II SIWZ, musi być kwalifikowane jako „podwykonawstwo” i czy w związku z tym podmiot taki powinien zostać ujawniony w Jednolitym Dokumencie w części II w sekcji D.

Stosownie do art. 2 pkt 9b Pzp przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą) (...).

W ocenie Izby z przywołanych postanowień pkt 5.2.3. tomu II SIWZ wynikał jedynie obowiązek wykonawcy do dostarczenia odpowiednich dokumentów zawierających ocenę zgodności z właściwymi systemami odniesienia. Ponieważ zgodnie z odrębnymi przepisami, dokumenty takie może sporządzić i wydać jedynie jednostka notyfikowana, zamawiający wymagał, aby wykonawca dostarczył mu takie certyfikaty i poniósł związane z tym koszty, w tym dotyczące wynagrodzenia jednostki. Jak wynikało z powyższego, zamawiający nie wymagał, aby to wykonawca – w ramach swoich obowiązków – wykonał certyfikację. Ponadto, jak słusznie podnosili zamawiający i przystępujący, uprawnienia do prowadzenia certyfikacji, sposób jej prowadzenia, jej zakres określały właściwe przepisy. Jednostka notyfikowana zaś – w zakresie certyfikacji – niejako działa z ramienia szeroko rozumianej władzy państwowej, która upoważniła ją do takich czynności. Powyższe przesądza, że jednostka taka nie musiała być przez wykonawców kwalifikowana jako podwykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 9b Pzp. Nie jest to bowiem usługa, stanowiąca część zamówienia publicznego.

### **Art. 7 ust. 1**

#### **3. Sygn. akt: KIO 321/17, Wyrok z dnia 7 marca 2017 r.**

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby odwołujący słusznie zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż w ocenie Izby doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i proporcjonalności postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców została naruszona przez zaniechanie zamawiającego polegające na niedokonaniu oceny wyjaśnień przystępującego i nie ustalenie, że wyjaśnienia te budzą wątpliwości. Zamawiający zatem nie miał pewności czy ma do czynienia z rzetelnym wykonawcą, a mimo to poddał jego ofertę ocenie w przyjętych kryteriach oceny ofert na równi z innymi wykonawcami, co do których taka obawa nie zachodziła. W ocenie Izby zamawiający swoją biernością naruszył również zasadę proporcjonalności. Zasada ta zdaniem Izby oznacza nie tylko odpowiednie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji, czy kryteriów oceny ofert, tak aby zamawiający zapewnił sobie jak najszerszy krąg podmiotów, z których dokonuje wyboru, ale krąg ograniczony jednocześnie do podmiotów, którzy dają największą gwarancję należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby zasada proporcjonalności oznacza także, iż wszędzie tam gdzie ustawodawca nadał zamawiającemu prawo stosowania sankcji zamawiający spośród dostępnych mu środków sankcyjnych musi wybrać takie, które są „odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów, których realizacja dopuszczalna jest przy pomocy danej regulacji. Przy czym w razie istnienia kilku odpowiednich środków należy wybrać te, które są najmniej uciążliwe, nadto nałożone obciążenia muszą pozostawać w odpowiedni stosunku do zamierzonych celów” (orzeczenie ETS w sprawie 265/87). W ocenie Izby oznacza to, że jeśli ustawodawca nie zakazał zamawiającemu ponowienia czynności wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, jeśli złożone wyjaśnienia nadal w jakiś aspektach budzą wątpliwości zamawiającego, ale jednoznacznie nie da się przypisać, że oferta zawiera cenę rażąco niską, to w ocenie Izby zamawiający powinien podjąć takie działanie. Sankcja odrzucenia jest w takim przypadku nieodpowiednia do celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką przecież może się jeszcze okazać oferta przystępującego.

#### **4. Sygn. akt: KIO 371/17, Wyrok z dnia 14 marca 2017 r.**

W tym miejscu warto zaznaczyć, że w zakresie dotychczasowej redakcji art. 7 ustawy następuje dodanie zasady proporcjonalności i zasady przejrzystości do ogólnego katalogu zasad, co nie oznacza, że nie były one stosowane dotychczas przez uczestników rynku zamówień publicznych. Dotychczasowe doświadczenia, jak również sposób wykorzystania



w praktyce znaczenia zasad systemu zamówień publicznych, pozostaje w zasadzie niezmiennie. Izba wskazuje, że próba określenia czym w istocie jest zasada proporcjonalności, której istotę wywodzić należy z orzecznictwa, prowadzi do stwierdzenia, że zasada proporcjonalności to zachowanie adekwatne do danej sytuacji, tym samym musi być ono właściwe w okolicznościach danej sprawy, co oznacza, że podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W tym zakresie wielokrotnie wypowiadały się organy orzecznicze, takie jak Trybunał Europejski oraz Trybunał Konstytucyjny i choć tezy ujęte w orzeczeniach tych organów dotyczą innego poziomu normatywnego, jakim jest zgodność przepisów bezwzględnie obowiązującego prawa i norm usytuowanych hierarchicznie znacznie wyżej, to mają one charakter uniwersalny i pozwalają bez trudu na ich przeniesienie na poziom oceny postanowień ogłoszenia o zamówieniu, czy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Samo rozumienie zasady proporcjonalności pozostaje bowiem bardzo zbliżone, niezależnie od punktu odniesienia, dla którego jest ona oceniana i konstruowana. Zatem wypracowane w orzecznictwie obu Trybunałów metody oceny i badania spełnienia zasady proporcjonalności mogą być z powodzeniem stosowane i przeniesione na poziom zupełnie niższy, tj. na poziom oceny czynności Zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Europejskiego z dnia 22 listopada 2005 roku w sprawie C-144/05 *Werner Mangold* „Poszanowanie zasady proporcjonalności wymaga mianowicie, by każde ograniczenie prawa podmiotowego w możliwie najwyższym stopniu godziło wymogi równego traktowania z realizowanym celem (zob. podobny wyrok z dnia 19 marca 2002 r. – 10037 w sprawie C-476/99 *Lommers*. ...)” Analiza tego orzeczenia pozwala przyjąć, że ocena dotyczy tego, czy przyjęte założenia są skorelowane z celami jakie mają zostać osiągnięte. To natomiast prowadzi do wniosku, który można łatwo przenieść na grunt zamówień publicznych, że przyjęte przez Zamawiającego wymagania muszą być adekwatne do uzyskania zamierzonego celu.

Natomiast Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 14 czerwca 2004 r. Sygn. akt SK 21/03 wskazał: „(...) Zasada ta kładzie szczególny nacisk na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w literaturze przedmiotu oznacza to, że spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu” (Polskie dyskusje o państwie prawa, pod red. S. Wronkowskiej, Warszawa 1995, s. 74, por. wyrok TK z 27 kwietnia 1999 r., P. 7/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 72)”. W orzeczeniu z dnia 12 października 1993 r. (sygn. akt K 4/93) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że: „(...) Zasada proporcjonalności zakłada istnienie proporcji między istotnymi cechami poszczególnych kategorii, a należnym im traktowaniem.” (...) Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego z zasady tej wypływa, po pierwsze, przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, po drugie, nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, i po trzecie, wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli. (K. 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12 i K. 10/95 OTK ZU, nr 2, s. 79).

Zasada proporcjonalności w ujęciu szerokim szczególnie nacisk kładzie na adekwatność celu i środka użytego do jego osiągnięcia. Z powyższego wynika, że jeżeli cel regulacji prawnej można osiągnąć przy pomocy dwóch środków, przy czym jeden z nich w większym stopniu pogarsza sytuację prawną podmiotu, to należy wybrać ten drugi (R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden Baden 1985, s. 100, por. też Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen 1981, s. 43 i nast.).



**5. Sygn. akt: KIO 1043/17, Wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r.**

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku, ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danej usługi, co pozwoli na stworzenie sprawnie działającego systemu, istotnego z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa. (...)

Przechodząc do wspomianej przez Odwołującego zasady proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłącznie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również, że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji. Takiej argumentacji Odwołujący w ocenie składu orzekającego Izby nie przedstawił. Niezmiennie, zarówno w odwołaniu, jak też na rozprawie, Odwołujący wskazywał na praktykę własnej firmy, odwoływał się do specyfiki swoich relacji między producentem oprogramowania o jego dystrybutorem. Zamawiający podkreślał, iż jego celem jest zbudowanie systemu, którym w przyszłości swobodnie, bez uzależnienia od monopolu jednego wykonawcy będzie mógł dysponować, dokonywać jego modyfikacji, ulepszeń. Odwołujący nie podał w jaki sposób cel ten może być osiągnięty przy przyjęciu założeń strony odwołującej.

**Art. 7 ust. 3****6. Sygn. akt: KIO 485/17, Wyrok z dnia 29 marca 2017 r.**

Zamawiający był uprawniony do reasumpcji – ponownych czynności badania i oceny ofert połączonych z równoczesnym uchyleniem skutków poprzedniego rozstrzygnięcia. Zatem był uprawniony do unieważnienia wyboru oferty z dnia 23 lutego 2017 r. oraz wezwania wykonawcy w dniu 3 marca 2017 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Uprawnienia zamawiającego znajdują potwierdzenie w przywołanym w toku postępowania odwoławczego orzecznictwie wskazującym, że celem postępowania o udzielenie zamówienia

wienia jest wybór oferty wykonawcy, który spełnia wymagania zamawiającego (wymagania podmiotowe) oraz oferuje przedmiot zamówienia zgodny z opisem zamieszczonym w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia (wymagania przedmiotowe). Zamawiający jest uprawniony do czasu zawarcia umowy powtórzyć czynność jeśli występują okoliczności wskazujące na popełnienie błędu w toku badania czy oceny ofert.

W wyroku z dnia 15 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2424/12 Izba uznała, że „Zamawiający zobowiązany do prowadzenia postępowania według ustawowych zasad z obowiązkiem wybrania oferty obiektywnie uznanej w świetle wymagań i kryteriów ceny ofert opisanych w SIWZ za najkorzystniejszą, jest uprawniony i zobowiązany do powtórzenia czynności podlegających weryfikacji, również z własnej inicjatywy, aż do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (przykładowe wyroki Izby: KIO 692/12 z 24 kwietnia 2012 r., KIO 2535/11 z 8 grudnia 2011 r., KIO 2685/10 i 2686/10 z 28 grudnia 2010 r.).”

### **Art. 8 ust. 1–3**

#### **7. Sygn. akt: KIO 385/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r.**

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: „Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”

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

W ocenie Izby argumentacja przystępującego odnośnie wartości gospodarczej informacji okazała się ogólna, wręcz szczątkowa. Jak wynikało z powyższego, wykonawca powoływał się jedynie lakonicznie na sytuację na rynku i znaczenie wiedzy fachowej osób. Wspomnił także jednym zdaniem o zaostrzeniu walki o pracowników. Nie wiadomo, czy jak, jeżeli tak to kiedy, przystępujący zetknął się z praktyką podkupywania osób, jakiej liczby osób w jego firmie taka praktyka dotknęła. Na tę okoliczność nie przedstawiono też zamawiającemu żadnego dowodu. Przystępujący nie wykazał również, aby wymagane w SIWZ doświadczenie miało charakter wyjątkowo specjalistyczny, unikalny, usprawiedliwiający przypuszczenie, że na rynku może istnieć praktyka agresywnego pozyskiwania takich osób. W szczególności nie wiadomo, ile z doświadczeniem zawodowym wymaganym przez zamawiającego jest dostępnych na rynku. (...)

Przy wyrokowaniu pominięto natomiast dalszą argumentację przystępującego, który w trakcie rozprawy starał się wskazywać kolejne powody, dla których zastrzegane informacje posiadają wartość gospodarczą. Wywodził, że samo zdobycie informacji o tym, że dana osoba posiada konkretne doświadczenie, ma wartość gospodarczą. Podnosił, że poszukiwanie odpowiedniej osoby to proces trwający w czasie i czasami angażuje się do niego firmę rekrutującą. Przedstawienie tej argumentacji dopiero w trakcie postępowania odwoławczego należało uznać za spóźnione. Z art. 8 ust. 3 Pzp wynika obowiązek wykazania skuteczności zastrzeżenia w postępowaniu przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przez Izbę. Zadaniem Izby jest jedynie ocena, czy wykonawca sprostał obowiązkowi wykazania skuteczności zastrzeżenia w ustawowym terminie. (...)

## **8. Sygn. akt: KIO 2113/16, KIO 2119/16, Wyrok z dnia 20 marca 2017 r.**

Jedną z kluczowych zasad zamówień publicznych jest ich jawność, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości, a tym samym narzędzie budowania zaufania do systemu zamówień publicznych, jak i działania państwa. Znalazła ona swój wyraz w przepisach art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 8 ust. 1 i 2 stanowią bowiem, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (nowo dodany ust. 2a jest tu nieistotny). Ustęp 3. art. 8 wskazuje w dalszej kolejności, iż „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.” Pomimo braku takiego wskazania w ww. przepisie te same zasady *per analogiam* stosuje się także do innych niż oferta i wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dokumentów składanych przez wykonawców. (...)

Przed wszystkim Izba stwierdziła, że Przystępujący X w sposób przekonujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawione uzasadnienie, zdaniem Izby, zawiera jedynie ogólnikowe i sztampowe stwierdzenia, którymi posługuje się ogół wykonawców w takich przypadkach, a których nie można uznać za „wykazanie” wystąpienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z doświadczenia Izby wynika, że wykonawcy tego typu informacje utajniają, ujawniają, omawiają itd. kiedy jest to wygodne dla ich sytuacji w postępowaniu przetargowym czy też postępowaniu odwoławczym. Oznacza to, że, pomimo dokonanych zastrzeżeń, przedmiotowe informacje nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, która powinna mieć jednak wymiar bardziej obiektywny. Argumentem uzasadniającym istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być jedynie wskazanie, że dany przedsiębiorca jest podmiotem prywatnym i w związku z tym „życzy sobie” zastrzec pewne informacje. Każ-

dy podmiot – decydując się na występowanie w sferze publicznej – musi liczyć się z tym, że wiąże się to z pewną transparentnością i obowiązkiem informacyjnym, które nie są wymagane w obrocie prywatnym.

Należy zauważyć i podkreślić, że JEDZ to formularz urzędowy, dokument przygotowany przez ustawodawcę, do którego wypełnienia i złożenia zobowiązani są wszyscy wykonawcy, zawierający wymagane przez ustawodawcę informacje dotyczące wykonawców, ich podwykonawców i podmiotów, na których potencjał się powołują, a także dostępnego im personelu, sprzętu itd. Należy zatem przyjąć, że z założenia zawiera on informacje, które powinny być zdaniem ustawodawcy jawne i dostępne w postępowaniu (a w każdym razie nie są niejawnymi) – racjonalny ustawodawca bowiem nie zakładałby sporządzania tego typu dokumentu z informacjami o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa czy innej informacji prawnie chronionej.

## 9. Sygn. akt: KIO 421/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r.

Przechodząc do badania merytorycznego postawionych zarzutów, Izba stwierdza, że zarzuty potwierdziły się, gdyż w ocenie Izby nie można przyjąć, że Konsorcjum wykazało odpowiednio w ofercie, w piśmie z dnia 9 lutego 2017 r. i w piśmie z dnia 10 lutego 2017 r, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Po 19 października 2014 r. tj. po wejściu w życie nowego brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy ukształtowała się jednomyślna linia orzecznicza zbieżna ze stanowiskiem inicjatora zmiany powyższego przepisu, tj. Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej UZP pn. „Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.” „Ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków służących realizacji powyższego obowiązku, przy czym, zawarte w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje każdorazowo obowiązek dokonania przez zamawiającego oceny zasadności powyższego zastrzeżenia w oparciu o przepisy u.z.n.k. Ocena zamawiającego w powyższym przedmiocie odbywa się w oparciu o dowody, jakie wykonawca przedłożył do upływu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia w świetle przepisów u.z.n.k., zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.”

Izba oceniając wymóg „wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazuje, że nie składając wyjaśnień wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji, które uprzednio poza tym postępowaniem mogły spełniać przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. (wyrok z dnia 3 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 561/15 wyrok z dnia 28 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1730/15). Taki akt traktowany jest przez Izbę także jako niewykazanie przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykazania, że przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji. W orzecznictwie bowiem podkreśla się, że na gruncie ustawy pzp – wyjaśnienia i to złożone w terminie, są dodatkowym, ustawowo wymaganym działaniem koniecznym dla zachowania poufności informacji (tak wyrok z 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 761/15, KIO 764/15). Podkreśla się również to, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wyjaśnienie i wykazanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie (tak np. wyrok z 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15). W jednym z wyroków wskazano nawet na to, że brak wyjaśnień rodzi po stronie zamawiającego obowią-

zek udostępnienia zainteresowanym informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 pzp – tak wyrok z dnia 3 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 561/15. Kolejne zagadnienie, które pojawia się w orzecznictwie Izby, to zakres dowodzenia przez wykonawcę prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie Izba stoi na stanowisku, że wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólne wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd. Dla owego „wykazania” często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Izba zauważa, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla „wykazania” wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy – tak Izba w wyroku z dnia 7 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15. Podobnie w wyrokach z dnia 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 761/15, KIO 764/15, z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt KIO 863/15. Stanowisko Izby wskazuje wręcz, że nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia – tak wyrok z dnia 19 maja 2015 r. sygn. akt KIO 932/15. Negatywnie oceniane są przez Izbę wyjaśnienia „ogólne, blankietowe informacje mogące nawet zostać uznane za generyczne. Odwołujący poza przywołaniem szeregu orzeczeń oraz powołaniem się na procedury obowiązujące w jego zakładzie nie przedstawił żadnych argumentów, popartych stosownymi dowodami, które umożliwiałyby przyznanie takiej ochrony informacjom zastrzeżonym” – tak wyrok z dnia 28 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1483/15.

#### **10. Sygn. akt: KIO 687/17, KIO 693/17, Wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r.**

Z przywołanego wyżej przepisu wynika, że to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania Zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Oznacza to, że rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał i udowodnił, że zastrzeżone informacje w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Z całą pewnością za „wykazanie”, o jakim mowa w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz do powołania treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, konsorcjum X zobowiązane było wykazać faktyczne wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy, tj. wykazać, że informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadają-



cy wartość gospodarczą, informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wobec treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i określonego w tym przepisie terminu, w jakim „wykazanie” skuteczności poczynionego zastrzeżenia musi nastąpić, niedopuszczalne jest uzupełnienie tego uzasadnienia.

### **11. Sygn. akt: KIO 686/17, Wyrok z dnia 28 kwietnia 2017 r.**

Z przywołanego przepisu [art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – *przyp. red.*] wynika także termin, w jakim powinno nastąpić wykazanie skuteczności zastrzeżenia. W odniesieniu do informacji znajdujących się w ofercie termin ten został wprost wskazany co oznacza, że wykonawca zobowiązany jest nie tylko wyjaśnić, ale i wykazać skuteczność zastrzeżenia zamawiającemu i to w określonym czasie, a mianowicie do upływu terminu składania ofert. W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Z uwagi za zastrzeżony termin ustawowy za nieskuteczne należy uznać próby wykazania skuteczności zastrzeżenia dopiero w toku postępowania odwoławczego. Przystępujący nie mógł zatem oczekiwać, że Izba oceni prawidłowość zastrzeżenia wyjaśnień przez pryzmat okoliczności, których zamawiającemu nie przedstawił, choć miał taki ustawowy obowiązek, a które wskazał dopiero w piśmie procesowym. Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie mogło być wyłącznie stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu w ustawowym terminie informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że wykonawca zdołał wykazać zasadność utajnienia złożonych wyjaśnień.

### **12. Sygn. akt: KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17, Wyrok z dnia 17 maja 2017 r.**

Zarzut dotyczący bezpodstawnego utajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie X Izba uznała za uzasadniony. Skutkowało to uwzględnieniem odwołania, ponieważ ujawnienie pozostałym wykonawcom dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu (tychże dokumentów dotyczyło odwołanie w odniesieniu do zastrzeżenia „tajemnicy przedsiębiorstwa”) może mieć wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których, przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W konsekwencji, aby dana informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być łącznie spełnione trzy przesłanki: dana informacja nie została udostępniona do wiadomości publicznej, dana informacja, musi posiadać wartość gospodarczą (niekoniecznie wyrażoną w pieniądzu), przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa musiał podjąć niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. (...)

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. „Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.” (wyrok KIO z dnia 04.06.2013 r., KIO 1187/13).

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż za-

strzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to, że aby dana informacja została skutecznie zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykonawca nie tylko musi 1) złożyć taką informację, 2) zastrzec, że nie może być udostępniana, 3) wykazać, że zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wszystkie trzy przesłanki muszą być spełnione łącznie – co wiąże się z koniecznością akceptacji przez wykonawcę okoliczności, że informacja zastrzeżona przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa zostanie ujawniona, o ile nie wykáže, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasadą jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc wykonawca, składając poufną informację ryzykuje, że zostanie ona ujawniona, jeżeli nie podoła obowiązkowi wykazania, że dana informacja rzeczywiście zasługuje na ochronę, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Dlatego nie wystarczą rozważania wykonawcy o charakterze ogólnym, podawanie definicji tajemnicy przedsiębiorstwa czy powoływanie się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej – nie są to środki dowodowe, zmierzające do wykazania czegokolwiek. (...)

Domniemania Odwołującego okazały się trafne – Izba zapoznała się z uzasadnieniem załączonym do wyjaśnień. X przywołuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa i omawia orzecznictwo (Sądu Antymonopolowego, Krajowej Izby Odwoławczej). Wskazuje na podmioty prywatne, z którymi zawarto kontrakty, podnosząc, że wiedza o klientach i kontraktach jest poufna i nie jest powszechnie dostępna. Jednocześnie nie zaprzeczał, że lista tych podmiotów zawarta jest na jego stronie internetowej. W wykazie usług opisano wykonane prace używając opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Załączone do wykazu referencje (potwierdzenie należytego wywiązania się ze zobowiązania, które z istoty służy do prezentowania innym potencjalnym kontrahentom) mają element pozytywnej oceny, a list referencyjny z 3 marca 2013 r. wręcz „z pełnym przekonaniem poleca firmę X jako profesjonalnego, rzetelnego i wiarygodnego partnera”. W konsekwencji nie ma żadnych podstaw, aby powyższe dokumenty stały się powodem wyłączenia zasady jawności postępowania.

Co do informacji zastrzeżonych w wykazie osób, trafnie Odwołujący powoływał się na orzeczenie KIO z 6 lutego 2017 r. (KIO 102/17 i 110/17), w którym Izba wskazała: „Przed wszystkim nie są to informacje stanowiące własność przedsiębiorstwa tylko własność osób współpracujących z przedsiębiorstwem o ich wykształceniu, kwalifikacjach i doświadczeniu zawodowym. W związku z tym przedsiębiorstwo nie ma prawa ich zawłaszczać i powoływać się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Osobami tymi są uprawnieni inżynierowie i geodeci, którzy nie są przedmiotem własności przedsiębiorstwa a informacje o nich można uzyskać czy to poprzez rejestry osób uprawnionych zarówno publikowanych w Internecie, jak również przez portale firm pośredniczących w poszukiwaniu uprawnionego personelu o wymaganych kwalifikacjach. Ponadto podmiot, na rzecz którego sporządzane są wykazy, jest podmiotem publicznym wydającym środki publiczne. W związku z tym obowiązuje zasada jawności postępowania przewidziana art. 10 ustawy pzp., która umożliwia kontrolę prowadzonych postępowań zarówno w trakcie ich przeprowadzania jak i po ich zakończeniu. Przed wszystkim dobro publiczne zakazuje ochrony wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto argumentacja o utracie osoby współpracującej czy też wzroście kosztów przedsiębiorcy nie może zabraniać innym wykonawcom nawiązywania kontaktów z osobami współpracującymi z innymi wykonawcami. Wymiana pracowników pomiędzy poszczególnymi wykonawcami umożliwia ich stały rozwój i zdobywanie nowych doświadczeń zawodowych, co przekłada się z korzyścią dla rynku, na którym te osoby funkcjonują, to jest rynku zamówień publicznych, W ocenie Izby tak argumentowana tajemnica wykazu osób, z którymi współpracują wykonawcy, nie zasługuje na ochronę, a wręcz szkodzi dobru publicznemu, ponieważ ogranicza rotację na rynku osób z wymaganymi kwalifikacjami oraz doświadczeniami W szczególności odnosi się to do osób posiadających odpowiednie wykształcenie, kwalifikacje, uprawnienia zawodowe co kwalifikuje ich do wolnych zawodów, wobec których podejmowane praktyki utajniania wykazu osób nie chronią, tylko szkodzą dobru publicznemu przez pozbawianie

wykonawcom specjalistów posiadającymi poszukiwane na rynku kwalifikacje. Tym bardziej, że informacje o tych osobach są dostępne na szeroko rozumianym rynku usług. Rotacja w zatrudnieniu osób reprezentujących zwłaszcza wolne zawody wpisuje się podnoszenie poziomu świadczenia usług przez poszczególnych wykonawców (...)"

### **13. Sygn. akt: KIO 864/17, KIO 872/17, Wyrok z dnia 17 maja 2017 r.**

Przystępujący X nie udowodnił także zamawiającemu drugiej i trzeciej z przesłanek definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż nie wykazał, iż w stosunku do zastrzeganych informacji podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności i że nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej.

Z art. 11 ust. 4 uznk wynika, że niewystarczające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań „niezbędnych”. Działania „niezbędne” to innymi słowy działania skuteczne w tym znaczeniu, iż gwarantują one, że zastrzegane informacje utrzymają swój walor tajności na każdym etapie. W analizowanej sprawie, z uwagi na rodzaj zastrzeganych informacji (zobowiązania podmiotów trzecich co do udostępnienia potencjału kadrowego, wykazy osób, zawierające opis doświadczenia zawodowego projektantów i wykonanych opracowań) należało wykazać, że niezbędne działania powinny być podejmowane na każdym etapie przetwarzania informacji. Powinno to zatem dotyczyć także podmiotów trzecich, które podpisywały zastrzegane zobowiązania, osób, których dane i wykształcenia ujawniono w wykazach osoby, zleceniodawców, na rzecz których osoby te wykonywały zlecenia wymienione w wykazie doświadczenia, aż do zespołu ofertowania u wykonawcy.

### **14. Sygn. akt: KIO 917/17, Wyrok z dnia 23 maja 2017 r.**

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i jednocześnie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tę tajemnicę (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.). Z przytoczonych przepisów należy odkodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiedzie ona bezwzględne prymatu.

Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy, uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie sprawdzenia, czy wraz ze złożeniem oferty wykonawca wykazał, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.



W obecnym stanie prawnym, Zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie, czy też we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, powyższe prowadzi do wniosku, że brak takiego uzasadnienia albo też brak wykazania przedmiotowej okoliczności winien skutkować odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności, czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości).

Jednocześnie zwrócić należy uwagę, że w orzecznictwie ukształtował się pogląd, co oczywiste, iż informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa mogą być zawarte również w innych dokumentach składanych przez wykonawców niż tylko w ofercie, czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wtenczas wykonawcy również przysługuje uprawnienie do zastrzeżenia poufności przedmiotowych informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa (dla przykładu, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny), jednakże obowiązek wykazania, że rzeczony informacja w istocie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy i winien być spełniony wraz ze złożeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W aktualnym stanie prawnym ustawodawca więc uznał, że to nie zamawiający ma poszukiwać uzasadnienia dla zastrzeżenia przez wykonawcę poufności określonych informacji, nawet w trybie wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Kluczowe jest więc dla rozstrzygnięcia, czy określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa uzasadnienie, a więc wykazanie przez wykonawcę, że tak w istocie jest. Konsekwencją braku realizacji przedmiotowego obowiązku albo niewykazanie powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji. Obowiązek sporządzenia przedmiotowego uzasadnienia ma wielorakie znaczenie. Z jednej strony, daje zamawiającemu substrat do oceny, bez konieczności podejmowania przez zamawiającego dodatkowych czynności w postaci wzywania do wyjaśnień, co wpływa też na szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony, wprowadzone rozwiązanie powinno dawać również możliwość wykonawcom zapoznania się z tym uzasadnieniem, a więc powzięcia wiedzy o powodach zaliczenia określonych informacji do tych, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji zapewnić wykonawcom możliwość weryfikacji oceny dokonanej przez zamawiającego.

Powszechne było bowiem zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i przy braku uzasadnienia powyższego, w istocie wykonawcy byli pozbawieni możliwości podnoszenia zarzutów, opartych na realnych podstawach faktycznych, wobec oceny dokonywanej przez zamawiającego. Zdaniem Izby, po to ustawodawca zobowiązał wykonawców do wykazania, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, aby inni wykonawcy, choć bez dostępu do poufnych informacji, mieli kontrolę co do powodów uczynionego zastrzeżenia. W rzeczonym uzasadnieniu należy bowiem wykazać, że zaktualizowały się przesłanki do zastosowania przepisu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wobec określonych informacji. W istocie więc wykonawca, który zamierza sprawdzić poprawność takiego zastrzeżenia powinien to czynić przez przyzmat owego uzasadnienia i ewentualnie podnosić zarzuty i zgłaszać wątpliwości co do braku wykazania przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i w przypadku potwierdzenia tej okoliczności, żądać odtajnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Legalna definicja tajemnicy przedsiębiorstwa zawarta jest w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. W świetle powyższego przepisu można powiedzieć, że aby dana informacja podlegała ochronie na podstawie art. 11 u.z.n.k., musi spełniać następujące warunki: a) poufności, b) braku ujawnienia, c) zabezpieczenia informacji.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. z poufnością informacji mamy do czynienia wówczas, gdy informacja ta nie jest ujawniona do wiadomości publicznej, a więc nie przynależy do domeny publicznej. I odwrotnie: od strony pozytywnej można powiedzieć, że informacja nie jest poufna, gdy jest ujawniona do wiadomości publicznej, tj. przynależy do domeny publicznej. Na uwagę zasługuje natomiast fakt, że „ujawnienie do wiadomości publicznej” jest interpretowane szeroko. Z ujawnieniem informacji będziemy mieli do czynienia nie tylko wtedy, gdy informacja jest znana przez niemal każdego obywatela, ale także wtedy, gdy taka informacja nie jest znana, ale jest dla każdego łatwo dostępna (np. gdy została opublikowana na stronie www lub w prasie).

Elementem współkształtującym stan poufności jest podjęcie pewnych działań zabezpieczających informację. Artykuł 11 ust. 4 u.z.n.k. wymaga od przedsiębiorcy podjęcia „niezbędnych działań w celu zachowania poufności”. Podjęcie takich działań jest z jednej strony konieczne do zapewnienia stanu poufności informacji, z drugiej zaś manifestuje wolę przedsiębiorcy objęcia ochroną danej informacji. Informacja podlegająca ochronie na gruncie art. 11 u.z.n.k. musi mieć przynajmniej minimalną wartość gospodarczą. Można zatem zauważyć, że wszystkie informacje składające się na zbiorcze pojęcie „tajemnica przedsiębiorstwa” muszą posiadać pewną wartość ekonomiczną, tzn. ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędzi mu wydatków lub zwiększy zyski. Godny podkreślenia jest fakt, że pojęcie wartości gospodarczej informacji należy oceniać w sposób obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanej przez niego informacji nie jest wystarczające. Z drugiej strony należy raczej opowiedzieć się za liberalną wykładnią pojęcia wartości gospodarczej, która zakłada, iż chodzi o minimalną, aktualną lub potencjalną wartość gospodarczą informacji. Przepis art. 11 ust. 1 i 4 u.z.n.k. wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej formie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. w spr. I CKN 1159/00, OSNC, z. 5 z 2002 r., poz. 67).

#### **15. Sygn. akt: KIO 904/17, KIO 912/17, Wyrok z dnia 29 maja 2017 r.**

Odnosnie zastrzeżenia treści samego uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa niektórych informacji we wnioskach konsorcjum X. i Y oraz konsorcjum Z, Izba stoi na stanowisku, że co do zasady samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji winno mieć charakter jawny. Uzasadnienie zawiera jedynie informacje o powodach zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i podlega ona ocenie z punktu widzenia wykazania przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Już tylko z tych względów oraz mając na uwadze zasadę jawności i przejrzystości postępowania o zamówienie publiczne, nie można uznać, że samo uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa pewnych informacji może mieć charakter niejawny. Izba oceniła treść uzasadnień, objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych we wnioskach konsorcjum XY oraz konsorcjum Z i doszła do przekonania, że co do zasady informacje tam podane nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

#### **16. Sygn. akt: KIO 1141/17, KIO 1202/17, Wyrok z dnia 28 czerwca 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając skuteczność, a przede wszystkim wiarygodność i rzetelność sporządzonych przez konsorcjum X wyjaśnień, w kontekście czy wykonawca ten wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią TP [tajemnicę przedsiębiorstwa – przyp. red.],

stwierdziła, że wykonawca ten nie wykazał w terminie składania ofert, skuteczności złożonego zastrzeżenia. Nadto podnieść należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, jako tajemnica przedsiębiorstwa mogą być uznane informacje, które zostały zastrzeżone nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Po tym dniu, uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy wygasa. Tym samym, wszelkie postępowania wyjaśniające w zakresie zastrzeżenia tajemnicy, złożone zamawiającemu po terminie składania ofert – nie mogą być uznane za skuteczne, a tym bardziej możliwe, świadczą one bowiem o nierównym traktowaniu wykonawców. Izba dokonując oceny tego, czy informacje zostały zastrzeżone w sposób prawidłowy, mogła brać pod uwagę wyłącznie treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy dokonanej w ofercie. Nie mogła być rozważana argumentacja konsorcjum X, zawarta w piśmie z dnia 17 maja 2017 r., albowiem jest ona spóźniona. Podnieść bowiem należy, że wykonawcy powinni przedłożyć wszelkie twierdzenia i dowody uzasadniające utajnienie części oferty wraz z ofertą.

Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt KIO 733/16 „W obecnym stanie prawnym zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie czy też we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. (...)

Co do zastrzeżenia dotyczącego tabeli elementów rozliczeniowych (TER), to wskazać należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 w związku z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, nie można zastrzec jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny. Poszczególne pozycje, które składają się na cenę w postępowaniu i stanowią jedynie wyjaśnienie ceny składowej, nie mogą zostać utajnione. Cena w postępowaniu jest to kalkulacja wykonawcy na potrzeby określonego zamówienia. Skoro jest to cena w postępowaniu, nie można mówić, że jest ona tajemnicą przedsiębiorstwa, a jej wskazanie narazi wykonawcę na szkodę. Cena ta dotyczy bowiem tylko tego postępowania. Mając na względzie, że cena stanowi zasadnicze narzędzie wzajemnej konkurencji przedsiębiorców, w ocenie Izby nie wydaje się zasadne przyjmowanie zawężającego rozumienia ww. pojęcia i ograniczanie jego zakresu jedynie do ceny oferty. Nie sprzyja to bowiem transparentności postępowania, ani zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 108/15). Podnoszenie natomiast przez konsorcjum X twierdzeń, jakoby jawność ceny nie obejmowała jej elementów składowych jest bezzasadne. Takie rozumienie tej normy jest sprzeczne z wykładnią funkcjonalną tego przepisu. Poza tym, zestawienie cen zawiera informację o cenach, jakie przedsiębiorca chce zaferować w ramach danego, konkretnego postępowania zamawiającemu, co nie jest informacją o cenie, jaką musi on ponieść za poszczególne elementy czy prace. Stanowi to jedynie konsekwencję strategii cenowej przyjętej przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania, która nie jest niezmienna oraz jednakowa w każdym przetargu, wobec czego nie ma charakteru informacji prawnie chronionej (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2022/16).

W ocenie Izby, poszczególne ceny jednostkowe, wykazane w TER, stanowią jedynie egzemplifikację wartości zestawienia kosztów i zysku za realizację zadania w danej pozycji zamówienia. Nie przenoszą one informacji, co do sposobu jej (ceny jednostkowej) kalkulowania, wskazania uzyskania określonych rabatów, nie podają również informacji o firmach współpracujących z konsorcjum X. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, po ujawnieniu TER niemożliwym będzie ustalenie polityki cenowej konsorcjum X, albowiem wykonawca ten, może bądź narzucić jedną marżę na całe zamówienie, bądź ustanowić różne poziomy marży dla poszczególnych składowych kosztotwórczych, w zależności od posiadanych przez niego

cen wyjściowych. W różny sposób może też rozłożyć koszty ogólne, bądź rozkładając je równomiernie między wszystkie pozycje, bądź proporcjonalnie do poszczególnych kosztów/obiektów. Nie ma więc jednego klucza, który można by zastosować, by uzyskać pewność co do elementów kosztotwórczych i stosowanej marży.

### Art. 9

#### 17. Sygn. akt: KIO 807/17, KIO 815/17, Wyrok z dnia 17 maja 2017 r.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, iż dla zachowania formy pisemnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie, zaś podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym wywodzącym się z jego imienia i nazwiska, niebędący koniecznie pełnym imieniem i nazwiskiem oraz znakiem czytelnym, pozwalającym na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła (analogicznie wyrok KIO z dnia 5 października 2009 r., KIO/UZP 1196/09). Nie ulega również wątpliwości, iż w orzecznictwie przyjmuje się, że parafa jest znakiem ręcznym składającym się z inicjałów; „Parafę odróżnia od podpisu przede wszystkim funkcja. Parafa stanowi bowiem sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do położenia podpisu. Nawet wówczas, gdy parafujący zamiast inicjałów zamieści na dokumencie swój pełny podpis, jego znak zachowa jedynie znaczenie przygotowania dokumentu do złożenia na nim podpisu. O merytorycznym znaczeniu znaku bowiem przesądzi w takim wypadku treść dokumentu” (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 sierpnia 2009 roku, sygn. akt II CKN 894/00). Wobec powyższego należało zgodzić się z Zamawiającym, iż skoro jednak na gruncie Kodeksu cywilnego podpis nie musi spełniać żadnych szczególnych kryteriów dotyczących jego treści lub wyglądu, a decydujące znaczenie ma to, czy identyfikuje on osobę, od której pochodzi co ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym, to brak jest podstaw do uznania, że podpis zawierający inicjały, ale ujęte w określony, powtarzalny i charakterystyczny dla danej osoby znak graficzny stanowi parafę, a nie podpis. W takim przypadku należy wskazać znak traktować jako podpis, w szczególności, że jest w pełni identyfikowalny od jakiej osoby pochodzi. Ponadto jest złożony na dokumencie nie przygotowywanym do złożenia (czyli sygnowanym do złożenia podpisu), ale już złożonym Zamawiającemu oświadczeniem. Wobec tego należy uznać, że przedmiotowy dokument złożony przez Konsorcjum X spełnia wszelkie wymogi w zakresie prawidłowości złożenia.

### Art. 22 ust. 1 pkt 2

#### 18. Sygn. akt: KIO 8/17, Wyrok z dnia 20 stycznia 2017 r.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie

jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający, dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganie przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...). (...)

Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej.

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano* (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczenia konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie *Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria* (C-234/03) orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

### **19. Sygn. akt: KIO 644/17, Wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r.**

(...) ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawcę następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. W przypadku zaś niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w nim.



Podkreślenia wymaga, że „przedmiot zamówienia” i „warunki udziału w postępowaniu” stanowią odrębne instytucje prawa. Ustawodawca dał temu wyraz, w szczególności na gruncie powołanych przepisów, a także w przepisach art. 36 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 ustawy Pzp, art. 41 pkt 4, 7, 7a ustawy Pzp, w których określono odpowiednio zawartość SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, wskazując (co więcej w odrębnych jednostkach redakcyjnych) na obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia, sformułowania warunków udziału w postępowaniu (jeśli zamawiający zdecyduje się na ich określenie) i podania wykazu oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Reasumując, wyodrębnienie tych instytucji powoduje, że nie jest możliwe dokonywanie oceny jednej instytucji, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej drugiej. Stoi temu na przeszkodzie nie tylko rzeczona odrębność obu instytucji, ale także odrębnie określony wynik tej oceny. Nie można bowiem pomijać, że niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp), zaś zaferowanie świadczenia niezgodnego z wymaganiami zamawiającego, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia aktualizuje obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Na kanwie powyższe warto zwrócić uwagę, że jedyny związek pomiędzy warunkami udziału w postępowaniu a przedmiotem zamówienia został przez ustawodawcę określony w przepisie art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Powyższe oznacza, że warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Jednocześnie warto zauważyć, że wskazany przepis tylko potwierdza wcześniejsze rozważania, że „warunki udziału w postępowaniu” i „opis przedmiotu zamówienia” to dwie odrębne instytucje, a zatem nie jest możliwe wnioskowanie o jednej na podstawie drugiej, czy też odkodowywanie treści jednej w oparciu o treść tej drugiej. (...)

Po to ustawodawca odróżnił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia od opisu przedmiotu zamówienia i wskazał na obowiązek odrębnego ich określenia, aby nie było wątpliwości, jakie okoliczności stanowią podstawę weryfikacji wykonawcy w zakresie zdolności do wykonania zamówienia, a które dotyczą przedmiotu świadczenia, tym bardziej, że skutki oceny w obu kwestiach są odmienne. Nie ulega żadnej wątpliwości, że wykonawca musi mieć pewność co do tego, jakie są i w jaki sposób może spełnić warunki udziału w postępowaniu, a co ma być przedmiotem świadczenia (oferty). Okoliczności te absolutnie nie mogą być domniemywane. Stąd też za nietrafne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że nie ma znaczenia, w jakiej części ogłoszenia o zamówieniu czy też SIWZ zawarto warunki udziału w postępowaniu i oczywistym jest, że skoro opis przedmiotu zamówienia referuje do określonych wartości, to wartość ta staje się elementem warunku udziału w postępowaniu.

Z całą mocą należy podkreślić, że treść warunku udziału w postępowaniu musi być zawarta w tej części ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, która je opisuje, z wyraźnym wskazaniem, że są to warunki udziału w postępowaniu. Natomiast w żadnym razie wykonawca nie ma obowiązku poszukiwać czy też odkodowywać treść warunku udziału w postępowaniu w oparciu o opis przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie ma obowiązku domyślać się, czy i ewentualnie jaka część opisu przedmiotu zamówienia stanowi treść warunku udziału w postępowaniu, a to ze względu na obowiązek zamawiającego sformułowania warunków udziału w postępowaniu niezależnie od opisu przedmiotu zamówienia i wskazania ich odrębnie, w sposób niebudzący wątpliwości w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

**Art. 22 ust. 1a****20. Sygn. akt: KIO 371/17, Wyrok z dnia 14 marca 2017 r.**

W wyniku tej nowelizacji [chodzi o ustawę z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) – *przyp. red.*] usunięto dotychczasowo obowiązujący przepis art. 22 ust. 4 ustawy (Opis sposobu dokonania oceny spełnia warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia) i wprowadzono regulację art. 22 ust. 1a ustawy (Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.). Nowelizacja przepisów pozostawiła jednakże punkt spójny pomiędzy dotychczasowo obowiązującą regulacją a nowym przepisem, a mianowicie odniesienie do tego, że ukształtowane przez Zamawiającego wymagania mają być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Tym samym w tym zakresie aktualne pozostaje całe orzecznictwo Izby jak również sądów powszechnych oraz stanowiska wypracowane w doktrynie przedmiotu. Izba wskazuje, że Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu – ich wielkość, znaczenie, zakres przedmiotowy – musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy, tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. Podkreślenia wymaga w ocenie Izby, że niezmiennie, niezależnie od tego czy wymagania sformułowane w postępowaniu przez Zamawiającego stanowią opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jak to było dotychczasowo), czy też są warunkami udziału w postępowaniu (obecnie) to Zamawiający musi je określać w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalny – czyli adekwatny środek tzn. taki, aby co do którego wymagania jakie Zamawiający ukształtował pozawalały na osiągnięcie celu, czyli wyboru wykonawcy, który będzie zdolny realizować zamówienie przy jednoczesnym zachowaniu naczelnych zasad systemu zamówień publicznych. Ta swoista równowaga pomiędzy znajdującymi się we wzajemnej kolizji wartościami (uczciwą konkurencją i zasadą równego traktowania wykonawców a wyborem wykonawcy zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia) wymaga doboru odpowiednich środków i metod pozwalających na jednoczesne urzeczywistnienie pozostających wobec siebie w opozycji wartości. Osiągnięcie tej równowagi wymaga po stronie Zamawiającego zaangażowania w prowadzoną procedurę, znajomości relacji panujących na rynku, znajomości przedmiotu zamówienia oraz rynku właściwego dla danego typu dostaw, usług lub robót budowlanych – tak aby zastosowane przez Zamawiającego metody i środki zmierzające do osiągnięcia zakładanych celów nie skutkowały zaburzeniem wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia równowagi. Znajomość przez Zamawiającego metodyki określenia dla zamawianego przedmiotu zamówienia kręgu zainteresowanych podmiotów pozwala na precyzyjne określenie możliwości i potencjału tych wykonawców, z jednej strony gwarantującego należyte spełnienie świadczenia oraz jednocześnie takie sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, aby nie doprowadzić za ich pomocą do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. Izba wskazuje, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości określenie „proporcjonalny” używane jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 *Komisia Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, TS 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 rękopisami należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu.

## **21. Sygn. akt: KIO 843/17, Wyrok z dnia 12 maja 2017 r.**

Pomimo zmiany przepisów, w ocenie Izby, przy interpretacji i ocenie prawidłowości stosowania aktualnie obowiązującego art. 22 ust. 1a pzp aktualny pozostaje dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle poprzednio obowiązujących przepisów, z których wynikało, że warunki udziału powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego (uchylony art. 22 ust. 4 pzp), a warunki te mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (uchylony art. 22 ust. 5 zd 1 pzp)

W doktrynie i orzecznictwie już dawno dostrzeżono, że poprzestanie na definicji językowej przymiotnika „proporcjonalny”, nie jest wystarczające, gdyż warunek związany z przedmiotem zamówienia zawsze pozostaje w jakiejś proporcji do niego. Za utrwalone należy uznać stanowisko, uwzględniające dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „TSUE”}, że przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu {por. np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii (...)*}.

## **22. Sygn. akt: KIO 917/17, Wyrok z dnia 19 maja 2017 r.**

(...) W konsekwencji oznacza to, że warunków udziału w postępowaniu nie można rekonstruować na podstawie całokształtu postanowień zawartych w SIWZ i treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający, jeśli skorzysta z uprawnienia do sformułowania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek ich opisanie w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz wskazania dokumentów, które służą potwierdzeniu ich spełnienia (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Wykonawca nie ma zatem obowiązku ich domniemywania na podstawie innych postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do konkretyzowania spornego warunku udziału w postępowaniu w świetle wszelkich postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które mogłyby mieć znaczenie z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślić należy, że to Zamawiający decyduje o treści warunku udziału w postępowaniu, bowiem przysługuje mu uprawnienie do jego sformułowania (oczywiście uprawnienie to podlega kontroli w trybie środków ochrony prawnej). Uprawnienie to służy zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, który poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu uzyskuje narzędzie do weryfikacji wykonawców pod kątem zdolności do realizacji zamówienia. Wadliwe, czy też niedostateczne skorzystanie z tego instrumentu nie powoduje, że Zamawiający ma możliwość naprawienia powyższego na etapie oceny ofert czy wniosków, poprzez odwołanie się do treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w zakresie, który nie normuje rzeczowej materii. Ustawodawca bowiem wyraźnie odróżnił „warunki udziału w postępowaniu” od innych instytucji Prawa zamówień publicznych, o czym była mowa wyżej, po to, aby wykonawca i zamawiający mieli pewność co do podstaw oceny wykonawcy i jego wniosku (oferty), a w konsekwencji, żeby zapewniona była transparentność postępowania i realizacja zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.



**23. Sygn. akt: KIO 1030/17, Wyrok z dnia 8 czerwca 2017 r.**

Odwołując się do ugruntowanego stanowiska prezentowanego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego rozumienia pojęcia „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”, użytego w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, które zachowuje swą aktualność, Izba wskazuje, że zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. W orzecznictwie wypracowano pogląd, iż pod pojęciem „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” rozumie się opis adekwatny (ale nie tożsamy) do zakresu, specyfiki i wartości prac objętych przedmiotem zamówienia. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji danego zamówienia, nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego wykonania. (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2014 r. Sygn. akt KIO 2358/15, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014r. Sygn. akt KIO 938/14, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 października 2014 r. KIO-KU-93-14).

Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie *Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl* przeciwko *Comune di Milano* (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów.

Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który z jednej strony jest uzasadniony dążeniem zamawiającego do uzyskania najwyższej jakości i rzetelności w wykonaniu przedmiotu zamówienia, a z drugiej nie ogranicza dostępu do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego realizacji.

**Art. 22 ust. 1b pkt 1****24. Sygn. akt: KIO 2444/16, Wyrok z dnia 24 stycznia 2017 r.**

Zamawiający formułując w rozdziale V SIWZ warunki udziału w postępowaniu nie określił warunku w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Konsekwentnie, nie wskazał również wśród dokumentów wymienionych w rozdziale VI SIWZ, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu tych, które wiązałyby się z uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności. Oznacza to, że Zamawiający zrezygnował ze sformułowania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, a zatem ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym przedmiocie przez Przystępującego jest niedopuszczalna i niemożliwa.

Wart podkreślenia jest również fakt, że Zamawiający wyjaśniając treść SIWZ (odpowiedź na pytanie nr 27 z dnia 14 listopada 2016 r.) nie potwierdził, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że wraz z ofertą należy przedłożyć jakiegokolwiek zezwolenia, czy też zaświadczenia. Wręcz przeciwnie, Zamawiający potwierdził, że usługi będące przedmiotem zamówienia należy świadczyć zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, ale nie poszerzył katalogu dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą, odwołując się do oświadczeń i dokumentów wymienionych w rozdziale VI SIWZ, wśród których, o czym była mowa wyżej, nie wskazano spornych dokumentów. Powyższe potwierdza, że Zamawiający ze świadomością i stanowczością zaniechał sformułowania warunku udziału w postępowaniu w spornym zakresie i uwaga jednego z wykonawców nie wpłynęła na stanowisko Zamawiającego.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że gdyby dopuścić do oceny, jakiej domaga się Odwołujący, oznaczałoby to konieczność konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy prawa na etapie postępowania odwoławczego, co stoi w sprzeczności po pierwsze, z uprawnieniem Zamawiającego do formułowania warunków udziału w postępowaniu, po drugie, z obowiązkiem wyartykułowania rzeczonych warunków w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, po trzecie, z możliwością oceny spełniania przedmiotowych warunków jedynie w okolicznościach ich sformułowania i w konsekwencji, co prowadziłoby do naruszenia przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 1b ustawy Pzp. Stąd też czynności Odwołującego nie zasługują na ochronę.

Dodać również należy, że Odwołujący domaga się oceny spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów, które nie były wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ i których wykonawca nie ma obowiązku przedłożenia, nie widząc przeszkód do oceny w oparciu o dokumenty, które Odwołujący sam wskazuje. Zabieg ten nie może spotkać się aprobatą, bowiem gdyby to przyjąć, doszłoby do naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który uprawnienie dla określenia katalogu tych dokumentów przypisuje zamawiającemu, wiążąc ocenę spełniania rzeczonych warunków z tymi właśnie określonymi przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę, dokumentami.

Wreszcie, powyższe należy uznać za niedopuszczalne mając na uwadze przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wykonawcy muszą mieć wiedzę w oparciu, o jakie okoliczności i dokumenty oferta będzie oceniana i informacja ta musi pochodzić od zamawiającego, który ją upublicznia na określonym etapie postępowania. Zatem, nie ma możliwości, aby to inny wykonawca na etapie postępowania odwoławczego formułował katalog dokumentów w oparciu, o który należy przeprowadzić ocenę innego wykonawcy.

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

#### **25. Sygn. akt: KIO 502/17, KIO 508/17, Wyrok z dnia 30 marca 2017 r.**

Uwzględniając bezsporny stan faktyczny, związany treścią dokumentu przedłożonego we wniosku, jak i czynnościami faktycznymi Zamawiającego poprzedzającymi wykluczenie Odwołującego z postępowania (wyjaśnienia i wezwania), Izba uznała, iż czynność oceny spełnienia warunku kwalifikacji dotyczącego sytuacji finansowej i ekonomicznej była prawidłowa. Zamawiający dochował należytej staranności przy analizie przedłożonej polisy ubezpieczenia OC, dając możliwość Wykonawcy składania wyjaśnień, a także uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, który w jego ocenie nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający miał podstawy uznać, iż dokument złożony we wniosku – polisa OC Nr (...), nie jest dokumentem, który mógł potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż stanowił dowód zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu w związku z realizacją przyszłego kontraktu, jaki mógłby być zawarty z Odwołującym po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Taki charakter ubezpieczenia potwierdził sam Odwołujący prezentując w odwołaniu argumentację na potrzeby wykazania możliwości posiadania ubezpieczenia OC od przyszłej działalności, niż ta jaka jest jego udziałem w ramach aktywności gospodarczej. Zamawiający natomiast żądał przedłożenia dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w ramach prowadzonej działalności (lub działalności określonej rodzajowo) związanej z przedmiotem zamówienia. Oznaczało to zatem, iż polisa miała obejmować działalność prowadzoną przez podmiot ubiegający się o zamówienie, która rzeczowo pozostaje związana z przedmiotem zamówienia.

W sprawie nie było spornym to, czy określony w polisie rodzaj ubezpieczonej działalności, tj. dostawa, instalacja oraz wdrożenie do pracy operacyjnej systemu lotniskowego klasy

Advanced – Surface Movement Guidance and Control System (A-SMGCS) poziomu minimum Level 2 dla Lotniska (...), jest rodzajem działalności związanej z przedmiotem zamówienia, gdyż faktycznie jest on tożsamy z tym przedmiotem. Oceny natomiast wymagało to, czy działalność określona w umowie ubezpieczenia stanowi ubezpieczenie działalności prowadzonej przez Wykonawcę.

W ocenie Izby, całokształt okoliczności wskazanych w polisie, jak i wyjaśnień X potwierdzonych złożonymi dodatkowo na rozprawie oświadczeniami wskazuje, iż Wykonawca złożył dokument potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia kontraktu, który obejmuje ubezpieczeniem odpowiedzialność cywilną podmiotu za szkody wyrządzone w związku z realizacją przedmiotu zamówienia. Nie obejmuje ona natomiast działalności gospodarczej, jaką w dacie zawarcia umowy ubezpieczenia wykonawca prowadził, a tym samym nie stanowi dowodu objęcia ochroną ubezpieczeniową zdarzeń, jakie mogą towarzyszyć działalności prowadzonej przez ten podmiot w dacie zawarcia umowy ubezpieczenia. Wskazuje na to klauzula zawarta w polisie, w której wyłączono ochroną ubezpieczeniową jakąkolwiek inną działalność prowadzoną przez Ubezpieczającego. Zamawiający nie miał zatem podstaw do przyjęcia dokumentu, który nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wymagania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie żądał zawarcia umowy ubezpieczenia kontraktu, którego zalety eksponował broker ubezpieczeniowy w oświadczeniu, wskazując między innymi na pierwszeństwo w uzyskaniu świadczenia odszkodowawczego. Kwestie poruszone na rozprawie dotyczące sposobu szacowania ryzyka i ustalania wysokości składki miały wtórne znaczenie wobec bezspornego faktu, objęcia umową ubezpieczenia przyszłej działalności, której prowadzenie zostało uzależnione od wyników niniejszego postępowania. Złożone oświadczenie Ubezpieczyciela potwierdza, iż zawierane są umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności podmiotu starającego się o zawarcie umowy ubezpieczenia OC, jak i umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotu w związku z realizacją konkretnego kontraktu. Również opinia brokera potwierdza możliwość zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dedykowanej do skonkretyzowanego przedmiotu zamówienia, kontraktu – realizowanego w przyszłości. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał tym dokumentem, aby jego działalność jaką prowadzi na moment złożenia wniosku w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia była objęta ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej za szkody do wysokości wymaganej kwoty gwarancyjnej 20.000.000,00 PLN. Wykazał jedynie, iż będzie mógł korzystać z ochrony ubezpieczeniowej w ramach zawartej umowy ubezpieczenia OC stwierdzonej złożoną polisą, jeżeli wygra przetarg. Nie daje to zatem podstawy do pozytywnej weryfikacji zdolności finansowej i ekonomicznej podmiotu istniejącej w momencie złożenia wniosku, gdyż wystawiona polisa nie obejmuje prowadzonej na dzień zawarcia umowy ubezpieczenia działalności przedsiębiorcy. Przyjęcie takiej polisy mogłoby w skrajnych przypadkach prowadzić do tego, że wykonawca, który w ogóle normalnie nie prowadzi działalności związanej z przedmiotem zamówienia, ale zawarł umowę ubezpieczenia OC pod przyszłe konkretne zamówienie, byłby zweryfikowany pozytywnie, niezależnie od rzeczywistej oceny działalności gospodarczej jaką prowadzi. Nie można również wykluczyć, iż odmienna byłaby ocena Ubezpieczyciela, jeżeli ubezpieczeniem miałyby być objęta już prowadzona działalność lub jej fragment. Złożone przez Odwołującego oświadczenia wskazują, iż różna może być ocena ryzyka podmiotu w zależności od tego, czy umową ubezpieczenia OC objęta ma być prowadzona działalność lub określony rodzaj działalności podmiotu starającego się o zawarcie umowy, czy też objęta ochroną ubezpieczeniową miałyby być wyłącznie odpowiedzialność cywilna podmiotu w związku z realizacją konkretnego kontraktu. Powyższe potwierdza zatem konieczność rozróżnienia umów ubezpieczenia OC w ramach prowadzonej działalności podmiotu (lub jej określonego rodzaju) od ubezpieczenia

OC kontraktu. Zamawiający na potrzeby oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagał wykazania ubezpieczenia OC w ramach prowadzonej działalności, a nie ubezpieczenia OC dla przyszłego kontraktu. Zamawiający wyjaśnił, iż przewiduje ubezpieczenie kontraktu przez wybranego wykonawcę, ale w szerszym zakresie zdarzeń, jakie miałyby być nim objęte. Zamawiający wymagał natomiast złożenia dokumentu na potrzeby oceny sytuacji finansowej i ekonomicznej podmiotu dokonywanej w oparciu o prowadzoną działalność gospodarczą, której potwierdzeniem miała być polisa ubezpieczenia OC wystawiona na kwotę co najmniej 20.000.000,00 zł obejmująca ochroną ubezpieczeniową prowadzoną działalność gospodarczą związaną z przedmiotem zamówienia. To właśnie ocena podmiotowa wykonawcy dokonywana w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (jej zakresu, wielkości zamówień, zdarzeń jakie występowały) ma stanowić podstawę weryfikacji podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o dopuszczenie do dialogu konkurencyjnego. Nie jest tożsama z tą oceną, ocena prowadzona na potrzeby przyszłego kontraktu, którego zakres wpływa na ustalenia ubezpieczyciela i gotowość objęcia ubezpieczeniem takiego przedsięwzięcia.

#### **26. Sygn. akt: KIO 692/17, Wyrok z dnia 21 kwietnia 2017 r.**

Zastosowanie franszyzy redukcyjnej w umowie ubezpieczenia, wskazanej w polisie powoduje, że wykonawca przy ubezpieczeniu na sumę gwarancyjną 4 000 000 zł, otrzyma odszkodowanie pomniejszone o wartość franszyzy redukcyjnej, tj. w wysokości maksymalnie 3 999 500 zł. Wartość franszyzy redukcyjnej stanowi udział własny przedsiębiorcy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, występowanie franszyzy redukcyjnej ogranicza odpowiedzialność odszkodowawczą ubezpieczyciela, co nie zmienia faktu, że suma gwarancyjna ubezpieczenia wskazana w polisie spełnia wymaganie określone przez Zamawiającego w brzmieniu określonym w treści warunku udziału w postępowaniu – w SIWZ. Należy zauważyć, że przy braku szczegółowych zastrzeżeń i wymagań zawartych w SIWZ, zastrzeżenie franszyzy redukcyjnej nie dyskwalifikuje polisy, stanowiąc element nieodłączny i powszechnie stosowany w umowach ubezpieczenia. Jeśli więc Zamawiający w SIWZ nie sprecyzował szczegółowo warunku w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, nie wymagając pozbawionego określonych ograniczeń ubezpieczenia, takich jak franszyzy redukcyjne, czy wymaganie możliwości skorzystania z całej sumy ubezpieczenia przez dany podmiot, to nie sposób czynić zarzutu sprzeczności z treścią warunku udziału w postępowaniu wobec złożonej w postępowaniu polisy, która takie klauzule zawiera.

#### **27. Sygn. akt: KIO 803/17, Wyrok z dnia 11 maja 2017 r.**

Za niesłuszny Izba uznała także zarzut braku potwierdzenia przez Konsorcjum X spełnienia warunku udziału wskazanego w SIWZ w rozdziale V pkt. 2.2 lit. a), dotyczący posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości min. 20 mln zł.

W celu wykazania spełnienia tego warunku Zamawiający wymagał przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert – co najmniej w minimalnej wymaganej wysokości. Konsorcjum przedstawiło opinię bankową wystawioną, w dniu 28 marca 2017 r. przez Bank Y, a zatem przed upływem terminu składania ofert [na 1 dzień], który podał, że spółka X „posiada zdolność kredytową do kwoty 50.000.000 zł”. Zatem z jej treści niewątpliwie wynika, że opinia ta jest aktualna na moment jej wystawienia. Tym samym, Konsorcjum X potwierdziło wymagany warunek SIWZ z rozdziału V pkt. 2.2 lit. a), co do zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy – posiadania zdolności kredytowej na kwotę przewyższającą kwotę wymaganą. Jak podała strona zamawiająca, bez zna-

czenia dla sprawy pozostaje okoliczność, że wystawiając opinię Bank czynił to w oparciu o posiadane przez niego dokumenty finansowe spółki sporządzone na dzień 30 września 2016 r. Jak wynika z tej opinii Bank, wydając ją dokonał „oceny bieżącej sytuacji ekonomiczno-finansowej Firmy”, zgodnie z obowiązującymi przepisami i procedurami, a okoliczność posiłkowania się dokumentami starszymi niż dzień wydania opinii nie wpływa na możliwość kwestionowania rzetelności oceny przez bank aktualnej sytuacji finansowej danego podmiotu. Z kolei wzmianka zamieszczona w tej opinii, że „niniejsza informacja nie stanowi zobowiązania do udzielenia finansowania” nie ma żadnego znaczenia w sprawie. Tego rodzaju wzmianki standardowo umieszczane są na bankowych dokumentach tego rodzaju. Ponadto sporny warunek nie dotyczy przedstawienia zobowiązania do udzielenia kredytu, a jedynie standardowej informacji o posiadanej zdolności kredytowej tak jak wynika to z przepisu wykonawczego do ustawy Pzp.

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

#### **28. Sygn. akt: KIO 496/17, KIO 511/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r.**

W ocenie Izby, doświadczenie wynikające z wykonania dostawy 400 szt. terminali znacznie różni się od doświadczenia wynikającego z dostarczania tej samej ilości urządzeń w ramach szeregu cyklicznych dostaw oraz ma istotne znaczenie dla oceny zdolności wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić należy, że w treści SIWZ nie znajduje oparcia twierdzenie Odwołującego, że dostawa 2150 sztuk terminali ma być wykonana w terminie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy, a kwestia wielkości poszczególnych partii dostaw będzie ustalona dopiero po złożeniu ofert. Ilości te i miejsca dostawy zostały bowiem jednoznacznie określone przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do IPU. Wymagana zatem w warunku ilość terminali dostarczonych (400 szt.) jest proporcjonalna do przedmiotu zamówienia – dostawy 2150 szt. zestawów terminali – stanowi ok. 18% całości zamówienia, a ze względu na ilości przewidziane dla poszczególnych lokalizacji oraz ogółem – jest to wymóg minimalny, który określa doświadczenie umożliwiające prawidłowe wykonanie dostaw.

Nie sposób także zgodzić się z Odwołującym, że dostawa przedmiotu zamówienia nie wymaga szczególnych zdolności wykonawcy, gdyż Zamawiający wymaga dostarczenia standardowych, gotowych urządzeń. Jak ustalono w oparciu o dokumentację postępowania, dostarczane urządzenia wymagają opracowania przez wykonawcę dedykowanego oprogramowania, uwzględniającego specyfikę działalności Zamawiającego oraz skompletowania zestawów terminali z drukarką wraz z akcesoriami i dostarczenia ich do wielu miejsc na terenie kraju.

Odwołujący podnosił także, że Zamawiający nie uwzględnił specyfiki rynku, w tym faktu, że w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert na rynku polskim udzielono wyłącznie jednego zamówienia spełniającego warunek w zakresie ilości terminali mobilnych, co oznacza, że warunek preferuje wykonawcę tego zamówienia, a tym samym prowadzi do ograniczenia konkurencji, przy czym poprzednie duże dostawy terminali mobilnych do kontroli i sprzedaży biletów miał miejsce ok 9 lat temu.

Zauważyć należy, że wskazana przez Odwołującego „specyfika rynku” dotyczy dostaw urządzeń tożsamyh do przedmiotu tego zamówienia, tj. terminali do sprzedaży kontroli biletów. W ocenie Izby, wymóg, aby wykonawca wykazał się dostawą urządzeń tożsamyh z przedmiotem zamówienia jest nadmierny i w sposób nieuzasadniony ogranicza konkurencję. W treści opisanego warunku zostało użyte sformułowanie „terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem służącym do sprzedaży lub kontroli biletów”, które jednoznacznie na ten fakt wskazuje.



Zamawiający sam przyznał na rozprawie, że wystarczające dla oceny zdolności organizacyjnych i logistycznych wykonawcy do zrealizowania dostaw sprzętu w tym postępowaniu jest doświadczenie w dostawie urządzeń podobnego rodzaju. Zamawiający wskazywał przy tym, że powyższe sformułowanie „terminali mobilnych wraz z oprogramowaniem służącym do sprzedaży lub kontroli biletów” dopuszcza dostawy urządzeń z oprogramowaniem do sprzedaży różnych produktów – nie tylko biletów (czegokolwiek, np. produktów spożywczych, chemicznych, usług, towarów wszelkiego rodzaju, nie zaś tylko biletów) lub do kontroli biletów (jakichkolwiek, np. do kina, teatru, na wystawy, do muzeów, autobusowych, lotniczych, kolejowych).

Izba nie podzieliła tego stanowiska. W ocenie Izby, z treści tej wynika jednoznacznie, że zarówno „sprzedaż”, jak i „kontrola” odnosi się wyłącznie do biletów, gdyż nie ma tu mowy o innych produktach. Zamawiający powinien zatem wprost dopuścić możliwość wykazania się doświadczeniem w wykonaniu dostawy terminali mobilnych z oprogramowaniem podobnego rodzaju, tj. do sprzedaży innych produktów niż bilety. Odwołujący nie wykazał przy tym, że dostawy 400 szt. terminali mobilnych do sprzedaży innych produktów niż bilety nie były realizowane w ostatnim czasie.

## **29. Sygn. akt: KIO 803/17, Wyrok z dnia 11 maja 2017 r.**

(...) za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, oparty na twierdzeniu niewykazania przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w SIWZ w rozdz. V pkt. 2.3. pkt b), odnośnie dysponowania kierownikiem robót telekomunikacyjnych.

Zgodnie z tym warunkiem Zamawiający wymagał, aby kierownik robót telekomunikacyjnych posiadał, m.in. uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej lub równoważne wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Na potwierdzenie tego warunku Konsorcjum wskazało kandydata [p. Wojciech G.], a na dowód wymaganych uprawnień przedłożyło decyzję nr (...) Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej. Ta decyzja potwierdza, że kandydat uzyskał „uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych”. Zakres uprawnień był wyjaśniany przez Łódzką Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa [OIIB], która w piśmie z dnia 26.09. 2012 r. podała, że decyzja ta przyznała uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń. Także Okręgowa Izba w kolejnym piśmie z dnia 9.04.2015 r. podała, że brak literalnego wskazania w decyzji, iż uprawnienia dotyczą również sieci telekomunikacyjnych pozostaje bez znaczenia, bowiem funkcjonalne rozumienie infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności, że linie kablowe tworzą sieć, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zostały przyznane uprawnienia do prac w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz (tworzących je) sieci. Stanowisko wyrażone przez właściwą Izbę Inżynierów Budownictwa należy uznać za dowód w sprawie, tym bardziej, że Odwołujący nie przedstawił – oprócz interpretacji własnej – dowodu przeciwnego na potwierdzenie, że osoba wskazana na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych nie posiada stosownych, wymaganych specyfikacją w pełnym zakresie uprawnień. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że w specyfikacji Zamawiający w zakresie kandydata do pełnienia tej funkcji sporne wymaganie odniósł do równoważnych uprawnień [rozd. V pkt. 2.3. pkt b) tiret 1] oraz [str. 6 SIWZ pod opisem wymagań], m.in. wskazał, że dla osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi dopuszcza się ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

**Art. 22a****30. Sygn. akt: KIO 359/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r.**

Zasadniczo zarzuty kierowane wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania dotyczą zagadnienia prawnego na tle znowelizowanych przepisów Ustawy, tj. oceny możliwości skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego, który na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązał się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa, przy braku jego udziału w realizacji usługi w charakterze podwykonawcy jakiejś części. Sporną w sprawie nie była natomiast ocena, czy doświadczenie podmiotu trzeciego spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał bowiem, wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, iż z treści dokumentów, w tym zobowiązań podmiotów, które udostępniły swoje zasoby (doświadczenie w realizacji usług) nie wynika, aby podmioty te miały brać udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców. (...)

Tytułem wprowadzenia do dalszych ustaleń wymaga zauważenia, iż badanie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania może odbywać się na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze oceny tej dokonuje się w kontekście spełnienia wymagań ustalonych dla tego konkretnego zamówienia, tj. przykładowo – czy doświadczenie, jakie zostało zamawiającemu wykazane jest odpowiednie pod kątem ustalonego warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo koniecznym może być sprawdzenie, w sytuacji korzystania z potencjału innego podmiotu, czy zasoby udostępnione wykonawcy, aby mogły być przez zamawiającego uwzględnione, będą rzeczywiście wykorzystane przy realizacji zamówienia. Czym innym jest zatem sama ocena potencjału, czy to własnego wykonawcy, czy też udostępnionego mu w trybie art. 22a Ustawy, prowadzona w oparciu o zapisy siwz i ustalone tam kryteria weryfikacji podmiotowej wykonawców. Innym natomiast badaniem, jest ustalenie przez zamawiającego, czy potencjał udostępniony wykonawcy, na potrzeby realizacji zamówienia, rzeczywiście będzie mógł być wykorzystany.

Odnosząc się do wskazanego powyżej przypadku – doświadczenia, wymagało ono wykazania zamawiającemu, np. w formie zobowiązania podmiotu trzeciego, iż ten będzie realizował roboty budowlane lub usługi, do których jego zdolności są wymagane. Nie można zatem zrównywać obu wymienionych powyżej zakresów czynności zamawiającego do jednej tezy, iż wystarczającym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia jest samo przedłożenie zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zdolności. Nie można bowiem pomijać, iż potencjał podmiotu trzeciego, dopuszczony do wykorzystania w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ma znaczenia dla dalszych czynności związanych z realizacją zamówienia. Ustawodawca obecnie wyraźnie wskazuje na potrzebę badania przez zamawiającego, czy potencjał podmiotu trzeciego dotyczący, tak jak w niniejszej sprawie, doświadczenia koniecznego do uznania, iż wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, będzie mógł być wykorzystany poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji części prac, do których zdolności te są wymagane. Odwołujący sprowadzał natomiast istotę zarzutu do wskazania, iż zamawiający nie mógł wymagać udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Odnosząc się do tak postawionego ciężaru zarzutu Izba uznała, iż stanowisko Odwołującego nie było prawidłowe. Nie miało bowiem znaczenia ustalenie, czy forma podwykonawstwa jest jedyną możliwą formą udziału w realizacji usługi przez podmiot trzeci, ale stwierdzenie, czy Odwołujący wykazał Zamawiającemu, iż będzie dysponował zdolnościami podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia. W ocenie Izby, do takiego stwierdzenia nie uprawniały, ani przedłożone zobowiązania podmiotów trzecich, ani wyjaśnienia samego Odwołującego składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i konsekwentnie podtrzymane przed Izbą. Przede wszystkim Izba uwzględniła oświadczenie Odwołującego, iż zamierzał on od

początku wykonać zamówienie własnymi siłami, z wykorzystaniem własnego zaplecza technicznego i pracowników, którzy mieliby wykonywać usługę. Odwołujący przyznał, iż nie ma potrzeby do korzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego, gdyż wiedzę na temat jak wykonywać usługę, w szczególności w jaki sposób udzielić pierwszej pomocy posiadają przeszkoleni pracownicy, a czynności jakie związane są z samą usługą, mają charakter powtarzalny. Odwołujący wyjaśniał, iż jego własne doświadczenie nie było wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i dlatego wystąpił do innych podmiotów o udostępnienie mu ich potencjału (wykonanych usług). Treść zobowiązań, jak i jednoznaczne stanowisko Odwołującego wskazywały, iż faktycznie udostępnienie potencjału przez podmioty trzecie miało na celu jedynie wykazanie spełnienia warunku, już bez dalszego realnego udziału tych podmiotów w wykonaniu usługi. Kwestią wtórną, w ocenie Izby, było ustalenie, czy koniecznym było formalne podwykonawstwo podmiotu trzeciego, który brałby odpowiedzialność za rezultaty świadczonej przez niego usługi, czy też spełniającym wymóg udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu usługi byłoby, np. zaangażowanie personelu tego podmiotu bezpośrednio przez wykonawcę przy realizacji przedmiotowej usługi. W niniejszej sprawie Odwołujący wprost oświadczył, iż zamierza wykonać zamówienie własnymi siłami, z wykorzystaniem zaplecza technicznego jakie posiada oraz własnej kadry pracowniczej, a udział podmiotów trzecich w świadczeniu usługi określił jako zbędny. W ocenie Izby, stanowisko to wprost wskazuje na przyznanie braku korzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego przy realizacji usługi, co w aktualnym stanie prawnym stało w sprzeczności z obowiązkiem wykazania przed zamawiającym realnego zaangażowania podmiotu w wykonanie części prac. Nie można pomijać celu, w jakim zamawiający żąda doświadczenia pozwalającego przyjąć, iż wykonawca posiada odpowiednią praktykę do tego, aby należycie wykonać usługę. Nie jest wystarczającym samo wykazanie, iż zaplecze jakim dysponuje, czy też zasoby osobowe, pozwalają na wykonanie usługi, co stanowi samoistną podstawę weryfikacji podmiotowej wykonawców w ramach zdolności technicznej. Skoro Zamawiający wymagał doświadczenia ustalonego pod potrzeby konkretnego zamówienia i wymagań jakie ono stawia przed mającym je zrealizować podmiotem, to aby spełnić warunek przy braku własnego doświadczenia, wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego jedynie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie może być zweryfikowany jako dający rękojmię należytej realizacji usługi. Taka formalna tylko weryfikacja udostępnienia potencjału, bez sprawdzenia, czy podmiot trzeci będzie realizował zamówienie, prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców i stwarzania obszaru do nadużyć.

Powyższe wskazuje zatem na bezpodstawność stawianych Zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 22a. ust. 1 Ustawy.

### **31. Sygn. akt: KIO 487/17, Wyrok z dnia 28 marca 2017 r.**

Izba, rozpoznając odwołanie w związku ze sprzeciwem Przystępującego po stronie Zamawiającego, uznała, iż dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy potwierdzały, że podmiot udostępniający potencjał spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (wymagane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego i zostały należycie wykonane), jednak Wykonawca nie wykazał, aby miał realny dostęp do potencjału tego podmiotu w trakcie realizacji umowy. Oznacza to zatem, iż pomimo wykazania potencjału spełniającego wymagania do ubiegania się o zamówienie, nie może być on zaliczony na poczet oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak bowiem wykazania, iż potencjał podmiotu trzeciego będzie rzeczywiście wpływał na realizację zamówienia przez podmiot, który samodzielnie nie posiada koniecznego do wykonania zamówienia zaplecza (tu doświadczenia), oznacza, iż nie może być on uwzględniony na poczet oceny doświadczenia Wykonawcy. Możliwość skorzystania z potencjału innego podmiotu nie oznacza jedynie formalnego powołania się na zasoby, ale taki sposób ich wykorzystania, który faktycznie powoduje realne ich



zaangażowanie przy realizacji zamówienia. W takim właśnie celu Zamawiający wprowadził zapisy dotyczące rzeczywistego wykazania dostępu do zasobów podmiotów trzecich. Przeciwnieństwem jest zatem samo powołanie się na zasoby jedynie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez faktycznego założenia i wykazania ich wykorzystania na etapie realizacji zamówienia. Taka sytuacja prowadzić powinna do negatywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. (...)

Ustawa nie nakłada na Zamawiającego przy zamówieniach z zakresu obronności i bezpieczeństwa wstępnej i ostatecznej weryfikacji spełnienia warunku (brak stosowania JEDZ), co oznacza, iż zasady oceny spełnienia warunku po zmianie Ustawy w zakresie tych zamówień nie zostały zmodyfikowane. Powoduje to zatem ten skutek, że Zamawiający nie ma obowiązku stale monitorować stanu faktycznego, a po stronie wykonawcy spoczywa odpowiedzialność za stan prezentowany w dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów, wskazując na wady stwierdzone w [dokumentach – przyp. red.] złożonych wraz z wnioskiem, a Wykonawca przedłożył nowe dokumenty, jednak zobowiązanie do udostępnienia zasobów nowego podmiotu nie pozwalało ustalić, w jaki sposób Wykonawca miałby z niego skorzystać. Co istotne, Wykonawca nie legitymował się własnym doświadczeniem w całości bazując na potencjale innego podmiotu. Zobowiązanie pozostaje nieczytelne, chociażby w zakresie ustalenia formy skorzystania z doświadczenia wymaganego do realizacji zamówienia, a ponadto sama deklaracja o gotowości udostępnienia potencjału została złożona z zastrzeżeniem wystąpienia takiej potrzeby. Wadliwość tego zobowiązania zdawał się również potwierdzać sam Przystępujący, który ciężar argumentacji skupiał na wykazaniu potrzeby wezwania go do uzupełnienia dokumentu. W ocenie Izby, takie żądanie nie znajdowało uzasadnienia, gdyż Zamawiający już wzywał Wykonawcę do przedstawienia dokumentów i nie ma obowiązku wzywania Wykonawcy do skutku, dokonując każdorazowej weryfikacji nowych dokumentów pod kątem spełnienia warunku. To wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu i ponosi odpowiedzialność za swoje decyzje, jako profesjonalny podmiot.

### **32. Sygn. akt: KIO 650/17, Wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r.**

W tej sprawie, jak Izba powyżej ustaliła, X już na pierwsze wezwanie Zamawiającego złożył dokumenty wystarczające dla oceny, czy spełnia warunek udziału określony w pkt 6.2.1.1. i.d.w., tj. oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz wykaz osób, w którym wyszczególniono trzy osoby oraz posiadane przez nie uprawnienia do kierowania robotami w danej specjalności.

Natomiast Zamawiający w sposób oczywiście błędny utożsamiał bezpośrednio dysponowanie przez X dwoma spośród tych osób na podstawie zawartej z nimi umowy cywilnoprawnej z sytuacją polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, wymagającą wykazania, że realizując zamówienie będzie się dysponowało niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawienia zobowiązania tych podmiotów do oddania mu ich do dyspozycji na potrzeby realizacji zamówienia, o czym mowa w art. 22a ust. 1 i 2 pzp, czyli tzw. pośrednim dysponowaniu określonymi zasobami.

Tymczasem już dawno przesądzono {por. wyroki Izby wydane: 29 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 639/09, KIO/UZP 659/09), 2 lipca 2009 r. (sygn. akt KIO 766/090) oraz opinia prawna Urzędu Zamówień Publicznych z 24 czerwca 2011 r. pt. „Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”, dostępne na [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)}, że o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania

zamówienia, rozstrzyga więc prawną pomiędzy wykonawcą a tymi osobami. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowaniem wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim wypadku ani podwykonawstwo, ani też w ogóle stosowanie art. 22a pzp (dawniej art. 26 ust. 2b pzp), gdyż nie występują żadne zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia także pozostaje, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą: może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie.

Natomiast z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia, w sytuacji, gdy więź prawną łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowy, wykonawca zawiera umowę z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów zgodnie z art. 22a ust. 2 pzp (dawniej art. 26 ust. 2b pzp).

### Art. 22d ust. 2

#### 33. Sygn. akt: KIO 55/17, Wyrok z dnia 24 stycznia 2017 r.

(...) z samego faktu zaangażowania zasobu przeznaczanego do realizacji zamówienia w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie można wywodzić, że wywrze to negatywny skutek na jego wykonanie. Ustawodawca dopuszcza takie sytuacje, czego dowodem jest przepis art. 22d ust. 2 Pzp, przyznając jednocześnie zamawiającemu możliwość wyeliminowania wykonawcy z postępowania w opisaney powyżej sytuacji. Realizacja tego uprawnienia uzależniona jest jednak od stwierdzenia przesłanki określonej jako możliwość wywarcia negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Jeżeli zamawiający nie dojdzie do takiego wniosku, nie będzie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 22d ust. 2 Pzp.

*Ad casum* rolę Odwołującego, jako stawiającego zarzut oparty m.in. na ww. przepisie, było wskazanie na takie okoliczności dotyczące spornego zasobu, które aktualizowałyby przesłankę z art. 22d ust. 2 *in fine* Pzp. Odwołujący ograniczył się jednak wyłącznie do wskazania innych zamówień, w wykonanie których zasób ma zostać zaangażowany (przy czym bezsporne jest tylko wykorzystanie pojazdu dodatkowo w Nadleśnictwie C., bowiem przedstawione przez Odwołującego na rozprawie dokumenty określały jedynie markę i model ciągnika, bez wskazania na cechy identyfikujące konkretny egzemplarz, jak chociażby nr rejestracyjny), czego nie można uznać za niewystarczające.

#### 34. Sygn. Akt: KIO 352/17, Wyrok z dnia 9 marca 2017 r.

Izba nie podzieliła także zarzutu naruszenia art. 22d ust. 2 ustawy Pzp polegającego na pominięciu przy ocenie ofert faktu, że zaangażowanie zasobów osobowych wybranego wykonawcy w inne przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia i zaniechania wykluczenia konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Wprowadzony ustawą nowelizującą z dnia 22 czerwca 2016 roku [*ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) – przyp. red.*] przepis art. 22d ust. 2 ustawy Pzp przewiduje możliwość uznania przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. W konsekwencji, aktualnie na każdym etapie postępowania o zamó-

wienie publiczne, Zamawiający może ocenić potencjał techniczny i zawodowy wykonawcy niezbędny do realizacji zamówienia oraz stwierdzić, czy zaangażowanie tego potencjału w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie wywiera negatywnego wpływu na realizację zamówienia. Podkreślić należy, że samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę. Istotnym z punktu widzenia analizowanego przepisu jest bowiem wykazanie czy owo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może wywołać negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. W rozpatrywanym stanie faktycznym Odwołujący, podnosząc naruszenie art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, wskazał jedynie, że kilku członków konsorcjum podało w ofertach składanych w krótkim odstępie czasowym w innych nadleśnictwach ten sam potencjał kadrowy i sprzęt, co w tym postępowaniu. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar udowodnienia (zgodnie z art. 6 kc oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), nie uprawdopodobnił nawet, że zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia może mieć negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Ponadto, w ocenie Izby, sam fakt powołania się na te same zasoby kadrowe i sprzęt w różnych postępowaniach (w ofertach) nie oznacza, że zasoby te są faktycznie „zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze”. Członkowie konsorcjum jako podmioty aktywnie działające w branży usług leśnych, biorą udział w licznych przetargach, składają oferty, ale nie wiadomo ile i które zamówienie będą ostatecznie realizować.

Zauważyć także należy, że powołane przez Odwołującego przetargi, w których podano te same zasoby sprzętowe i kadrowe prowadzone są przez sąsiadujące gminy (L., S., Ż.), a zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca zaangażował w miarę potrzeb ten sam sprzęt czy kadrę do realizacji zamówień. Nie można także wykluczyć sytuacji, że po uzyskaniu zamówienia, wykonawca wskaże do realizacji zamówienia inny niż pierwotnie podany w ofercie sprzęt czy kadrę. Stąd niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, że udostępnienie zasobów przez konsorcjum X i spółka ma jedynie charakter pozorny.

### Art. 23

#### 35. Sygn. akt: KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, Wyrok z dnia 26 maja 2017 r.

Udostępniane doświadczenie powinno mieć charakter realny, a nie formalny. Od niego zależy bowiem możliwość prawidłowego wykonania zamówienia przez podmiot, który w tym celu wykorzysta te zasoby. Wykonawca udostępniający swoje zdolności oraz doświadczenie może zatem uczynić to jedynie w zakresie, w którym sam je nabył. Jeśli doświadczenie zostało nabyte w ramach konsorcjum to przekazaniu podlegają zasoby powstałe jedynie w granicach wykonania prac przez dany podmiot. Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C-131/14 *Esaprojekt*). Tym bardziej zatem udostępnieniu może podlegać jedynie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum.

### Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17

#### 36. Sygn. akt: KIO 430/17, Wyrok z dnia 30 marca 2017 r.

Abstrahując od rozważań dotyczących kwalifikacji działania Przystępującego, tj. czy działał on w warunkach lekkomyślności czy niedbalstwa, wzmiankowany przepis wymaga ustalenia potencjalnego istotnego wpływu na podejmowane przez Zamawiającego decyzje. Jakkolwiek

do realizacji tej przesłanki może dojść w związku z nieprawidłową oceną w kryteriach oceny ofert oferty zawierającej nieprawdziwe informacje, bowiem prowadzić ona może do uznania takiej oferty za najkorzystniejszą, a w konsekwencji – do jej wyboru, tym niemniej należało wziąć pod uwagę konstrukcję podkryterium „Doświadczenie członków podstawowego zespołu”, w ramach którego punktowana była każda inwestycja, która charakteryzowała się choćby jedną z cech scharakteryzowanych przez Zamawiającego. Oznacza to, że Wykonawca S i tak otrzymałby taką samą liczbę punktów za sporną inwestycję, bowiem wskazał na 2 premiowane cechy, z których jedna się potwierdziła. Ergo, nieprawdziwość informacji odnośnie drugiej z cech obiektu nie mogła mieć wpływu na decyzję Zamawiającego o przyznaniu Przystępującemu punktów za sporną inwestycję.

### **37. Sygn. akt: KIO 618/17, Wyrok z dnia 13 kwietnia 2017 r.**

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Odwołujący przedstawił na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia informacje, co do których nie ma wątpliwości, że są niezgodne ze stanem rzeczywistym. Po pierwsze wykonawca złożył oświadczenie (poz. 8 wykazu robót), że zrealizował zadanie o zakresie i wartości wymaganych przez Zamawiającego. Ponadto – przedstawił dokument, w którym spółka X stwierdza, że Odwołujący taką robotę na jej rzecz wykonał i że zrobił to należycie. W świetle ustaleń Zamawiającego oraz udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień nie ma jednak żadnych wątpliwości, że takie zadanie nigdy nie zostało przez Odwołującego na rzecz spółki X wykonane, informacje przedstawione w ofercie są więc w sposób oczywisty niezgodne ze stanem faktycznym. Jednocześnie treść tych informacji jest taka, że ich odbiorca mógłby dojść do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, wskazane przez Odwołującego zadanie odpowiada bowiem co do zakresu i wartości sformułowanym przez Zamawiającego wymaganiom. Wobec powyższego należy stwierdzić, że są to informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, czego nie zmienia fakt, że Zamawiający w wyniku przeprowadzonej przez siebie weryfikacji ustalił niezgodność tych informacji ze stanem faktycznym. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie może być rozumiane w ten sposób, że Zamawiający nie dostrzegł nieprawdziwości przedstawionych mu informacji i pozostał niezmiennie w błędnym przekonaniu co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyby bowiem tak było, Zamawiający nie miałby możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Zatem do przyjęcia, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, wystarczające jest, że sama treść przedstawionych informacji, bez ich szczególnego badania i weryfikacji, prowadziła go do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony.

Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, gdyż byłoby niemożliwe, aby zamawiającym w przedmiotowym zadaniu był podmiot prawa niebędący jednostką publiczną. Odnosząc się do powyższego należy zauważyć, że „zamawiający”, którego należało wskazać w wykazie robót, to niekonieczne zamawiający w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, ale odbiorca robót, podmiot, na zlecenie którego wykonawca roboty wykonał – co zresztą sam Odwołujący podkreślał w treści odwołania. Zatem fakt figurowania w rubryce „zamawiający” podmiotu niepublicznego w żadnej mierze nie świadczy o niemożliwości wprowadzenia w błąd.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że nie miał podstaw faktycznych by wprowadzać Zamawiającego w błąd, nie było bowiem problemu, by potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu innymi referencjami. Odnosząc się do tego stanowiska należy wskazać, że Zamawiający – podejmując decyzję w przedmiocie zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp – nie ma obowiązku dociekania, czy wykonawca legitymuje się innym doświadczeniem, niż pierwotnie wskazane, czy też jest to jego jedyne doświadczenie i nie ma możliwości potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w inny sposób. Dodatkowo teza o braku problemów w przedstawieniu innej roboty na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia jest jedynie niezweryfikowaną na dzień orzekania deklaracją Odwołującego – nowy wykaz i referencje nie zostały ocenione pod kątem z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Izby, mimo braku konkretnych dowodów, istnieją podstawy do oceny, że przedstawienie informacji, których dotyczy spór, było wynikiem zamierzonego działania wykonawcy. W przeciwnym razie należałoby założyć, że osoby podpisujące referencje w imieniu spółki X, podpisały ten dokument nie wiedząc, że to ta spółka, a nie Odwołujący, wykonała roboty, których należyte wykonanie stwierdzały. Co więcej, należałoby przyjąć, że pełnomocnik Odwołującego podpisujący wykaz usług nie wiedział, kto był zlecającym, a kto realizował roboty, które objął swoim oświadczeniem, ewentualnie – że osoby składające oświadczenia podpisały ich treść bez zapoznania się z nią. Oceniając sytuację racjonalnie, takie założenia są trudne do przyjęcia. Z całą pewnością jednak przedłożenie Zamawiającemu przedmiotowych informacji było co najmniej rażącym niedbalstwem wykonawcy, nie można bowiem inaczej ocenić sytuacji, w której osoby działające w imieniu dwóch spółek (Odwołującego i X) podpisują w ich imieniu oświadczenia bez ich jakiegokolwiek weryfikacji, a wręcz wbrew podstawowej wiedzy, którą powinny posiadać reprezentując spółkę – bo tylko w taki sposób, jeśli nie celowo, mogły powstać dokumenty zawierające tak oczywistą niezgodność ze stanem faktycznym. Należy to uznać co najmniej za kwalifikowaną postać niedbalstwa, znacznie dalej idącą niż zwykły brak staranności, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że Odwołujący działa jako profesjonalista, obowiązują go więc standardy właściwe dla profesjonalnego charakteru prowadzonej przez niego działalności. Ocena zachowania wykonawcy musi zatem uwzględniać podwyższone wymagania dotyczące staranności, dokładności, przewidywania konsekwencji faktycznych i prawnych swych działań. Biorąc to pod uwagę, nawet najłagodniejsza ocena działań Odwołującego prowadzi do wniosku, że nie zachował on elementarnych zasad prawidłowego działania profesjonalisty.

Nie sposób przyjąć tłumaczeń Odwołującego, dotyczących sposobu wystawiania referencji i przygotowywania dokumentacji przetargowej, mających usprawiedliwić przedstawienie informacji objętych sporem. Odwołujący wskazał, że referencje są wystawiane na drukach poprzednio wystawianych poświadczeń, a że wykonawca często współpracuje ze spółką X, przyjęto za wzór wcześniejsze referencje, z odwróconymi podmiotami zamawiający-wykonawca. Odwołujący powołał się podczas rozprawy na okoliczność, że bierze udział w licznych postępowaniach przetargowych, w związku z czym na początkowym etapie weryfikacji podlegają dokumenty niepodlegające uzupełnieniu, a pozostałe – dopiero w sytuacji wezwania do uzupełnienia. Wyjaśnienia takie w żadnej mierze nie usprawiedliwiają składania oświadczeń o wykonaniu zadania, które w rzeczywistości wykonane nie zostało, Odwołujący bowiem nigdy nie wykonał na rzecz spółki X robót wskazanych w poz. 8 wykazu. Dodatkowo zauważyć należy, że oferta została złożona 21 lutego 2017 r., referencje natomiast zostały wystawione z datą 14 grudnia 2016 r., nie sposób więc tłumaczyć działań wykonawcy pośpiechem, czas pomiędzy wystawieniem referencji, a złożeniem oferty był wystarczający, aby dostrzec błąd w referencjach – o ile faktycznie był to błąd, a nie zamierzone działanie w celu wywołania u Zamawiającego przekonania, że spełnianie warunku udziału w postępowaniu zostało wykazane.



**38. Sygn. akt: KIO 1004/17, Wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r.**

Ocena, czy w rozpoznawanej sprawie wystąpiły okoliczności obligujące zamawiającego do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. wymaga ustalenia:

- 1) czy przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego,
- 2) czy informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) czy przedstawienie tych informacji było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

Wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę we wprowadzeniu w błąd zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności – niedbalstwem albo lekkomyślnością.

Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania stwierdzić należy, iż przystępujący nie dołożył należytej staranności wymaganej dla uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący miał świadomość tego, iż wykazane przez niego doświadczenie nie potwierdza wymaganych w postępowaniu zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia. Z przedstawionych przez niego referencji wynikało bowiem, iż wykazana przez niego dostawa dla X to w istocie dwie dostawy o wartości 296.758,16 zł brutto i 309.375,14 zł brutto, natomiast dostawę dla Y wykonała inna firma – A. W podanej wartości (800.050,00 zł brutto) ujęto również wartość robót budowlanych, a wartość dostarczonych urządzeń opiewała na kwotę 456.110,00 zł brutto. Niemniej jednak przystępujący dostawy te wykazał w taki sposób, że stworzył wrażenie, iż odpowiadają one wymogom ustalonym przez zamawiającego, przez co wprowadził lub mógł wprowadzić w błąd zamawiającego. Podkreślenia wymaga, iż dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. znajduje zastosowanie nie tylko w sytuacji skutecznego wprowadzenia w błąd zamawiającego, ale także wówczas, gdy czynność wykonawcy może wywołać taki skutek.

W ocenie Izby czynnościom przystępującego można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 5 czerwca 2017 roku sam przyznał, iż popełnił błąd, mimo że kilkakrotnie sprawdzał składa-



ne dokumenty. Podkreślenia wymaga, że przystępującego, z uwagi na profesjonalny charakter jego działalności, obowiązuje podwyższona staranność, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Owa staranność obejmuje również czynności podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które charakteryzuje się wysokim stopniem sformalizowania, niemniej jednak wykonawca przystępujący do takiego postępowania winien znać obowiązujące w tym zakresie przepisy i zasady z nich wynikające i stosować je przy dokonywanych czynnościach. Nie ulega również wątpliwości, że wskazane przez przystępującego informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Informacje te miały bowiem wykazać posiadaną przez wykonawcę zdolność techniczną i zawodową, zatem decydowały o jego uczestnictwie w postępowaniu i możliwości uzyskania zamówienia.

### Art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4

#### 39. Sygn. akt: KIO 2199/16, Wyrok z dnia 30 stycznia 2017 r.

W celu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisu Zamawiający jest zobowiązany każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy, przesłanki zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp spełniły się kumulatywnie. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest:

- 1) ustalić czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, czy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał zamówienie.
- 2) wykazać powyższe za pomocą stosownych środków dowodowych.

Łączne wystąpienie opisanych przesłanek uprawnia Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. W kontekście treści przywołanego przepisu wymaga podkreślenia, że ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy z postępowania spoczywa na Zamawiającym. Jak wynika z powyższego wykluczenie wykonawcy może nastąpić w wyniku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, skutkiem czego jest podważenie uczciwości wykonawcy. Ustawodawca wprost precyzuje, że naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę ma mieć charakter zawiniony. W szczególności odnosi się do sytuacji, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał zamówienie.

Szczegółowa analiza treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp prowadzi do jednoznacznego wniosku, że działanie wykonawcy ma być zawinione. Pojęcie winy było wielokrotnie przedmiotem opracowań judykatury i doktryny prawa cywilnego, toteż powielanie teoretycznej analizy w tym miejscu jest zbędne. Jedynie dla przypomnienia Izba wskazuje, że wina może być kwalifikowana jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) – sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć.

W przeciwieństwie do przytoczonego powyżej pojęcia winy zwrot „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” jest wyrażeniem niedookreślonym, dlatego też wymaga każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. W interpretacji ww. przesłanki pomocne jest stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku o sygn. C- 465/11 (*Forposta*) orzekł że: „Pojęcie „poważnego wykroczenia” zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 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 jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca”.

W zakresie powyższego pojęcia prawodawca sprecyzował jedynie, że zachowaniem mającym znamiona, poważnego naruszenie obowiązków zawodowych jest w szczególności, takie zachowanie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał zamówienie. Izba wskazuje, że w Kodeksie cywilnym brak jest bliższego określenia pojęcia nienależytego wykonania zobowiązania. Jednak z doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwa generalnie wynika, że z nienależytym wykonaniem zobowiązania mamy do czynienia wtedy, gdy świadczenie jest wprawdzie spełnione, ale nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym albo większym stopniu od świadczenia wymaganego, a pojęcie to jest tak ogólne i pojemne, iż nie sposób określić wszystkich sytuacji, do których może się odnosić (tak: Komentarz do Kodeksu Cywilnego, Księga Trzecia, Zobowiązania, Tom I, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2011, str. 771).

Dla właściwej wykładni przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp należy odwołać się do pojęć, do których interpretowany przepis odsyła, a więc do pojęcia winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa. Wina umyślna zachodzi wówczas, gdy dłużnik chce naruszyć ciężące na nim zobowiązania albo przewiduje możliwość takiego naruszenia, na co się godzi. (W. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski, Komentarz, t. II, 2011, str. 54). Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że opisana sytuacja, to nie tylko celowe działanie wykonawcy, ale również sytuacja, w której wykonawca nie ma bezpośredniego zamiaru niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, lecz ma świadomość, że podejmowane przez niego czynności mogą do takiego skutku doprowadzić.

W uzasadnieniu wyroku Izby z 1 czerwca 2015 r., zapadłym w sprawie o sygn. akt: KIO 758/15 wskazano, że: „Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach [wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”.

Istotnym jest, iż zastosowanie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp wymaga od Zamawiającego udowodnienia ziszczenia się przesłanek opisanych w powyższym przepisie, tj. że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w określonym czasie przed wszczęciem postępowania, poważnie naruszył w sposób zawiniony obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyte wykonał zamówienie.

#### **40. Sygn. akt: 139/17, Wyrok z dnia 3 lutego 2017 r.**

Zdaniem Izby Odwołujący błędnie utożsamia „istotność” nienależytego lub niewykonania umowy, o której mowa w hipotezie normy art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, wyłącznie z określonym

stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym, wbrew brzmieniu przepisu, który nie konkretyzuje takiego punktu odniesienia. W przeciwieństwie do uchylonego art. 24 ust. 1 pkt 1a), który wprost wskazywał określoną wartość procentową niezrealizowanego zamówienia w stosunku do wartości umowy {która, wynosiła zresztą zaledwie 5%}. Dla ustalenia znaczenia owej „istotności” z istotne znaczenie ma art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65) {dalej również: „dyrektywa klasyczna” lub „dyrektywa 2014/24”}, gdyż art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp stanowi jego implementację do krajowego porządku prawnego. W szczególności według brzmienia odnośnego przepisu dyrektywy wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zatem w grę wchodzi nie tylko odpowiednio istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do przewidzianego zawartą umową. Ale również spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie. A także powtarzające się nagminnie takie same wady świadczenia wykonawcy, choćby nie w zakresie najistotniejszych wymagań, w tym notoryczne niedochowanie terminu wykonania zamówienia.

#### **41. Sygn. akt: KIO 782/17, Wyrok z dnia 12 maja 2017 r.**

Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego zarówno co do interpretacji art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, jak i co do tego, że okoliczności związane z wykonaniem przez odwołującego umów zawartych z zamawiającym uzasadniają zastosowanie tych podstaw wykluczenia względem odwołującego.

Pierwszy z powołanych przepisów stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych. Z literalnego brzmienia tego przepisu wynika, że sam fakt niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest niewystarczający do dokonania wykluczenia. Konieczne jest bowiem, by nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy kwalifikowanych jego umyślnym działaniem lub rażącym niedołożeniem należytej staranności i to w stopniu podważającym uczciwość wykonawcy. Oznacza to, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania umowy muszą być tego rodzaju, że podważają uczciwość wykonawcy, czyli rodzą uzasadnione obawy, że wykonawca ten nie wykona kolejnej umowy w przyszłości. Przesłanki zawinienia wykonawcy oraz niewykonania lub nienależytego wykonania umowy są zatem połączone normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał, albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Izba nie zgadza się z poglądem jakoby dla wykluczenia na podstawie powołanego przepisu wystarczający był sam fakt rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania oraz aby bez znaczenia było to, czy rozwiązanie umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie. Przyjęcie tego poglądu prowadziłoby do konstatacji, że sposób zachowania zamawiającego w związku z realizacją takiej umowy jest obojętny prawnie, co byłoby niezgodne z przepisami kodeksu cywilnego dotyczącego wykonania zobowiązań, które – w braku szczególnych ure-

gulowań ustawy – zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp, stosują się do umów w sprawie zamówień publicznych wprost.

Art. 354 § 1 k.c. stanowi, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Natomiast zgodnie art. 354 § 2 k.c. w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Na zastosowanie tych przepisów w odniesieniu do umowy w sprawie zamówienia publicznego wskazał również Sąd Najwyższy w wyroku w sprawie IV CSK 626/13.

Z powołanych przepisów wynika zatem, zdaniem Izby, że sam fakt rozwiązania umowy przez zamawiającego jest niewystarczający, gdyż dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp niewykonanie umowy powinno być istotne, a przy ocenie okoliczności danego przypadku Izba może badać ewentualne przyczynienie się zamawiającego, który powinien współdziałać przy realizacji zobowiązania, do niewykonania umowy przez wykonawcę.

### Art. 24 ust. 8

#### 42. Sygn. akt: KIO 163/17, Wyrok z dnia 9 lutego 2017 r.

Procedurę samooczyszczenia regulują przepisy art. 24 ust. 8 i 9 Pzp. Przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie, m.in. art. 24 ust. 5 Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Natomiast art. 24 ust. 9 Pzp stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Procedura samooczyszczenia (z ang. *self-cleaning*) polega na tym, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy, m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, zamawiający obowiązany jest umożliwić wykonawcy przedstawienie dowodów na podjęcie takich środków, które gwarantują jego rzetelność. Pozytywna weryfikacja tych dowodów obliguje zaś zamawiającego do zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z regulacji tych wynika zatem *de facto* dodatkowa przesłanka wykluczenia wykonawcy, jaką jest umożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na samooczyszczenie.

Tymczasem w uzasadnianiu czynności wykluczenia odwołującego z części 9 postępowania próżno było szukać odniesienia się przez zamawiającego do powodów, dla których uznał, że dowody złożone przez wykonawcę w ramach instytucji samooczyszczenia są niewystarczające. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, który wywiódł, że skoro wykonawca X w dokumencie JEDZ nie uważał się za winnego poważnego wykroczenia zawodowego, to niejako sam zrezygnował z możliwości samooczyszczenia. Zdaniem Izby, obowiązek umożliwienia wykonawcy przedstawiania dowodów na samooczyszczenie, jak literalnie stanowi przepis, dotyczy każdego wykonawcy, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp. Okoliczność, czy wykonawca dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego ma charakter obiektywny. Charakteru tego nie zmienia ewentualna błędna kwalifikacja przedstawiona przez wykonawcę w dokumencie JEDZ.

Jeżeli zatem zamawiający uważał, że wykonawca X jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, powinien dać temu wyraźnie wyraz w korespondencji kierowanej do odwołującego. Zamawiający powinien wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do poprawienia oświadczenia JEDZ, a także do uzupełnienia rubryki tego oświadczenia dotyczącej samooczystczenia, umożliwiając wykonawcy przedstawienie ewentualnych dowodów w ramach procedury samooczystczenia. Za wypełnienie tych obowiązków nie można było uznać wezwania, jakie zamawiający skierował do odwołującego 28 grudnia 2016 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W piśmie tym zamawiający wezwał jedynie odwołującego do złożenia wyjaśnień, dlaczego w części III JEDZ dla wykonawcy X zaznaczono, iż wykonawca ten nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego, w sytuacji gdy w roku 2016 r. konsorcjum w skład którego wchodził X miał nieterminowo wykonywać pracę, wykonywać prace przez osoby niezgłoszone, że naliczono kary umowne i że miał miejsce fakt wykonania zastępczego.

Z wezwania tego zatem nie wynikało w sposób jednoznaczny, że zamawiający wzywa wykonawcę do poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia JEDZ ani, że uznaje, iż wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Zamawiający poprosił jedynie odwołującego o ujawnienie motywów wypełnienia dokumentu JEDZ i odwołujący sprostował tak sformułowanemu wezwaniu. Postępując literalnie, zgodnie z jego treścią, podał przyczyny wypełnienia oświadczenia JEDZ. W tej sytuacji nie można było się zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego, który w uzasadnieniu wykluczenia wskazał, jakoby miał „jednoznacznie stwierdzić rażące niedbalstwo w wykonaniu umów”. Jak wskazano powyżej, na żadnym etapie postępowania przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający nie zakomunikował odwołującemu takiego stanowiska. W szczególności nie nastąpiło to w wezwaniu z 28 grudnia 2016 r. W konsekwencji należało uznać, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia JEDZ, a także art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, przez uniemożliwienie wykonawcy przedstawienia dowodów na tzw. samooczystczenie.

### **43. Sygn. akt KIO 1087/17, Wyrok z dnia 21 czerwca 2017 r.**

(...) wymaga zastrzeżenia, że możliwość skorzystania z dobrodziejstwa procedury samooczystczenia jest warunkowana złożeniem stosownego oświadczenia w JEDZ-u, albo najpóźniej (biorąc pod uwagę, że potwierdzenie ma w JEDZ-u charakter wstępny) wraz z dokumentami złożonymi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Podobnie zostało wskazane w publikacji PARP z 2016 r.: „(...) Z samooczystczenia skorzystać można tylko w odniesieniu do konkretnie wskazanych podstaw wykluczenia. Pierwszą ich grupę stanowią podstawy wykluczenia z postępowania w związku popełnieniem przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–14. Kolejne przesłanki dotyczą działań wykonawcy ściśle związanych z konkretnym postępowaniem, tj. wprowadzeniem w błąd zamawiającego, próbą bezprawnego wpływu na zamawiającego, udziałem wykonawcy w przygotowaniu postępowania oraz zawarciem przez wykonawcę niedozwolonego porozumienia naruszającego konkurencję. Wykonawca, który zamierza skorzystać z przepisu art. 24 ust. 8, musi udowodnić zamawiającemu (przedstawić dowody), że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Innymi słowy, wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie wskazanych przepisów musi przedstawić dowody na tyle wiarygodne i na tyle wysokiej jakości, że potwierdzą solidność i uczciwość wykonawcy. W omawianym przepisie ustawodawca wskazuje przykładowe kategorie czynności mieszczących się w tym katalogu dowodów. Ponieważ wraz z ofertą wykonawca składa oświadczenie (JEDZ), że nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy zaistnieje przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 13–14 oraz 16–20, wykonawca musi oświadczyć, że podlega wykluczeniu z postępowania (por. rozdział 2.1). Chcąc skorzystać z art. 24 ust. 8 musi do oferty i oświadczenia dołączyć dowody potwierdzające jego rzetelność mimo podlegania wykluczeniu z postępowania. Mogą to być



wszystkie dokumenty potwierdzające podjęcie działań naprawczych, w szczególności informacje o przeprowadzonych audytach i kontrolach oraz dowody wdrożenia wynikających z nich rekomendacji. Z możliwości określonych w art. 24 ust. 8 nie może skorzystać wykonawca, wobec którego orzeczono prawomocnie zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia i zakaz ten obowiązuje.(...)”. (...) Powyższy fragment biorąc pod uwagę, że art. 24 ust. 8 Pzp odnosi się także do art. 24 ust. 5 Pzp ma także zastosowanie w sytuacji zaistnienia przesłanki wynikającej z art. 24 ust. 5 pkt 7 Pzp.

### Art. 24aa

#### 44. Sygn. akt: KIO 583/17, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2017 r.

W pierwszej kolejności w ocenie Izby należy odnieść się do tzw. „procedury odwróconej” uregulowanej w art. 24aa ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp zamawiający może w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający – zgodnie z przepisami ustawy Pzp – zastosował niniejszą procedurę. W tym miejscu należy zgodzić się z Zamawiającym, iż w niniejszej sprawie dokonał on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, następnie w odniesieniu do wykonawcy X z siedzibą w K. – którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, Zamawiający dokonał oceny podmiotowej wykonawcy, badając złożone przez tego wykonawcę oświadczenie wstępne.

Nie ulega również wątpliwości, że w procedurze, o której mowa w art. 24aa ust 1 ustawy Pzp, ma zastosowanie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Na podstawie tego przepisu wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty oświadczenie – w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Składane przez wykonawcę oświadczenie stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu – wobec tego, że wartość zamówienia przekraczała „progi unijne”, ww. oświadczenie wykonawcy składane było w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Nie ulega również wątpliwości, że Zamawiający poprzez postanowienia ogłoszenia i specyfikacji miał prawo zawarcia szczegółowych wymagań dotyczących Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (zwanego dalej: „JEDZ”), z którego to uprawnienia Zamawiający skorzystał w niniejszym postępowaniu. Owe wstępne potwierdzenie wymagań – na co zwrócił uwagę Zamawiający – jest formalnym oświadczeniem wykonawcy zawierającym istotne informacje, które w świetle przepisów ustawy Pzp mogą być wymagane przez Zamawiającego. W pełnej rozciągłości należało zgodzić się z Zamawiającym, że Odwołujący w sposób istotny pominął niniejszy wymóg Zamawiającego i sporządził Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w uproszczonej formie, dalece odbiegającej od wymogów Zamawiającego, nie dający Zamawiającemu możliwości oceny – nawet we wstępny sposób – spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wobec powyższego – skoro złożony przez Odwołującego dokument zawierał istotne braki – Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia niniejszego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodzić należało się również z Zamawiającym, że w związku z faktem, że oferta firmy X została wstępnie przez Zamawiającego najwyżej oceniona, Zamawiający wezwał – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wykonawcę X do uzupełnienia informacji zawartych w JEDZ (w zakresie postawionych warunków udziału). W wezwaniu kierowanym przez Zamawiającego do



wykonawcy zawarta była zarówno prośba o uzupełnienie informacji pochodzących od samego wykonawcy, jak i informacji dotyczących podmiotów trzecich. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że wezwanie w niniejszej sprawie było precyzyjne, konkretnie wskazywało uchybienia i błędy popełnione przez wykonawcę w oświadczeniu JEDZ i wyznaczało odpowiedni termin na uzupełnienie. Zgodzić należało się zatem z Zamawiającym, że treść wezwania była jednoznaczna, konkretna, precyzowała wszystkie oczekiwania Zamawiającego i wskazywała na wady, błędy oświadczenia zawartego w JEDZ.

Dodatkowo pomimo wezwania, wykonawca uzupełniając informacje nadal nie złożył prawidłowego JEDZ, a zatem Zamawiający nie mógł przyjąć, że wykonawca złożył wstępne oświadczenie. Gdyby wykonawca uzupełnił te informacje prawidłowo, jego oferta ponownie zostałaby uznana za najwyższej ocenioną i Zamawiający przeszedłby do procedury opisanej w art. 26 ust. 1 – jak żąda tego Odwołujący – wzywając tego wykonawcę do złożenia – aktualnych na dzień złożenia – dokumentów potwierdzających postawione warunki. Nie ulega również wątpliwości, że to na wykonawcy spoczywał obowiązek i jednocześnie prawo do uzupełnienia JEDZ, przedstawiając w tym zakresie informacje własne, konsorcjanta lub podmiotów trzecich. Nawet gdyby wykonawca na tym etapie zmienił treść JEDZ w zakresie personelu czy doświadczenia, np. wskazując inny niż pierwotnie podmiot trzeci, na którego zasobach polega, to Zamawiający, przy założeniu że tak sporządzony JEDZ można byłoby uznać za wstępne oświadczenie o spełnianiu warunków, uznałby go za prawidłowy.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że konsekwencją nieuzupełnienia JEDZ w sposób wskazany w wezwaniu do uzupełnienia było stwierdzenie, że wykonawca nie złożył dokumentu zawierającego wstępne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jego ofertę, zgodnie z ust. 4 tego artykułu uznano za odrzuconą. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do dokonywania dalszej oceny tej oferty, a tym bardziej do uznawania, że oferta ta może być najwyższej oceniona. Stąd w konsekwencji konieczności uznania tej oferty za odrzuconą, Zamawiający nie mógł zastosować art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Artykuł ten nakazuje Zamawiającemu, przed zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta została najwyższej oceniona żądać złożenia przez tego wykonawcę aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w niniejszym postępowaniu wykonawca tych warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ – we wstępnym oświadczeniu – nie wykazał, zatem nie było podstaw do wzywania go o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, skoro już na etapie wstępnego oświadczenia wykonawcy okazało się, że nie spełnia on wymagań Zamawiającego.

Zatem – mając na względzie powyższe rozważania – Zamawiający w świetle art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązany jest do wezwania o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu wówczas gdy wykonawca – którego oferta została oceniona najwyższej – spełnia wymagania nakreślone przez Zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. W niniejszym postępowaniu – co zostało zauważone – Odwołujący w JEDZ złożonym wraz z ofertą nie wykazał zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, że spełnia wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz, że spełnia wymagania w zakresie potencjału osobowego. Wykonawca nie przedstawił bowiem w JEDZ wymaganych przez Zamawiającego wykazów – pomijając je. Wskazał natomiast w złożonym przez siebie JEDZ – na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – iż wykazy przedstawi Zamawiającemu dopiero na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (a więc dopiero na etapie wezwania kierowanego wobec wykonawcy najwyższej ocenionego). W ocenie Izby takie działanie Zamawiającego – jak żądał tego Odwołujący – należałoby uznać za sprzeczne z przepisem art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz wymaganiami zawartymi w SIWZ, ponieważ Zamawiający jasno określił w specyfikacji, „żeby treść informacji dotyczącej spełnienia

warunków udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznych i zawodowych była przedstawiona przez Wykonawcę w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia JEDZ w postaci tabelarycznej, tj. wykazów. Treść wykazów została określona w ww. dokumencie”.

Za istotną należy również uznać argumentację Zamawiającego – przy dokonywaniu interpretacji ww. przepisów – że gdyby zatem było tak, jak twierdzi Odwołujący, że weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podstaw do wykluczenia odbywać miałby się dopiero na etapie weryfikacji oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1, to powyższe podważałoby istotę i sens wprowadzenia wymagań JEDZ, a jego istnienie ograniczyłoby się do obowiązku wymagania złożenia oświadczenia jedynie na poziomie bardzo ogólnym, co jednoznacznie należałoby uznać za sprzeczne z treścią art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, który daje Zamawiającemu możliwość doprecyzowania zakresu wstępnego oświadczenia, a wykonawca – nie kwestionując tych postanowień – ma obowiązek się do nich zastosować.

Zatem niezastosowanie się Odwołującego do treści wezwania do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wobec jednokrotności takiego wezwania – skutkować mogło jedynie wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający w takiej sytuacji nie miał obowiązku wzywania o dokumenty w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykonawca nie wykazał we wstępnym oświadczeniu – odnosząc się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu – że takowe warunki spełnia.

#### **45. Sygn. akt: KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17, Wyrok z dnia 19 maja 2017 r.**

Dostrzeżenia w ocenie Izby zatem wymaga, w przypadku decyzji o zastosowaniu w postępowaniu tzw. „procedury odwróconej” uregulowanej w art. 24aa ustawy Pzp, że zamawiający może w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, ocena ta odnosi się do aspektów przedmiotowych samej oferty, gdzie zamawiający zadecydować może, czy oferta podlega odrzuceniu, czy też możliwe jest przejście do kolejnego etapu badania. Po ustaleniu rankingu ofert, jeżeli oferta nie podlega odrzuceniu, zamawiający może zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. (...)

Izba nie ma także wątpliwości, iż Zamawiający poprzez postanowienia ogłoszenia i specyfikacji miał prawo zawarcia szczegółowych wymagań dotyczących JEDZ, sposobu jego wypełnienia oraz zakresu i formy informacji wymaganych od wykonawców i z uprawnienia tego Zamawiający w postępowaniu skorzystał. Owo wstępne potwierdzenie wymagań – na co zwrócił uwagę Zamawiający – jest formalnym oświadczeniem samego wykonawcy zawierającym istotne informacje, które w świetle przepisów ustawy Pzp mogą być od niego wymagane. Informacje te mają dawać Zamawiającemu możliwości oceny – we wstępny sposób – poziomu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców. Jeżeli zaś Zamawiający tak zdecyduje, stanowią one punkt wyjścia do potwierdzenia ich na kolejnym etapie odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi złożone oświadczenia lub też stanowią jedyne źródło wiedzy Zamawiającego o potencjale wykonawcy. (...)

Skoro więc złożony przez Odwołującego 1 dokument zawierał istotne braki (nie wskazywał osób na stanowisko kierownika budowy, kierownika robót drogowych i kierownika robót mostowych), Zamawiający wezwał Odwołującego 1, którego oferta została sklasyfikowana na najwyższej pozycji, do uzupełnienia niniejszego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 24aa ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający kierując dane wezwanie do wykonawcy dał wyraz, iż wezwanie realizowane jest w procedurze odwróconej. Gdyby dokumenty zostały uzupełnione prawidłowo, dopiero wówczas, jeżeli wykonawca nie podlega już na tym etapie wykluczeniu (właśnie choćby z powodu nieprawidłowego uzupełnienia

JEDZ) Zamawiający zobowiązany byłby wystosować wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia odpowiednich dokumentów i oświadczeń, aktualnych na dzień złożenia – dokumentów potwierdzających postawione warunki. Nie ulega również wątpliwości, że to na wykonawcy spoczywał obowiązek i jednocześnie prawo po pierwsze do prawidłowego wypełnienia JEDZ i złożenia go wraz z ofertą, po drugie zaś do prawidłowego uzupełnienia JEDZ, przedstawiając informacje w takim zakresie jak wymagał tego Zamawiający.

Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, iż „wstępność” oświadczenia zawartego w JEDZ należy rozumieć w ten sposób, że na pierwszym etapie oceny zastępuje ono dokumenty, których żąda się w trybie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Jest to zwłaszcza widoczne w przypadku procedury odwróconej, gdzie owe dokumenty musi *de facto* przedstawiać tylko wykonawca, którego oferta została najwyżej sklasyfikowana. Wstępny charakter oświadczeń zawartych w JEDZ nie oznacza jednak, że mogą być one przygotowane w niestaranny sposób, nie wynika z nich potwierdzenie spełnienia ustalonych przez Zamawiającego warunków udziału, wykonawca nie ujmuje wszystkich istotnych kwestii, których w SIWZ wymagał Zamawiający. Również uzupełnienie JEDZ nie może się odbywać w sposób wybiórczy, bez brania pod uwagę treści wezwania Zamawiającego, które tak naprawdę zwraca wykonawcy uwagę, jakie błędy popełnił przy wypełnianiu dokumentu w jego pierwotnej treści.

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że konsekwencją nieuzupełnienia JEDZ w sposób wskazany w wezwaniu do uzupełnienia było stwierdzenie, że wykonawca nie złożył dokumentu zawierającego wstępne oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a jego ofertę, zgodnie z ust. 4 tego artykułu uznano za odrzuconą.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw do dokonywania dalszej oceny tej oferty, a tym bardziej do uznawania, że oferta ta może być najwyżej oceniona. Stąd w konsekwencji konieczności uznania tej oferty za odrzuconą. Zamawiający nie mógł zastosować art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Artykuł ten nakazuje Zamawiającemu, przed zawarciem umowy z wykonawcą, którego oferta została najwyżej oceniona, żądać złożenia przez tego wykonawcę aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a w niniejszym postępowaniu wykonawca tych warunków zakreślonych przez Zamawiającego w SIWZ – we wstępnym oświadczeniu – nie wykazał, zatem nie było podstaw do wzywania go o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, skoro już na etapie wstępnego oświadczenia wykonawcy okazało się, że nie spełnia on wymagań Zamawiającego. Nie może być tak, że wykonawca, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, złoży lub uzupełni dokument JEDZ w ten sposób, że nie będzie on wciąż potwierdzał spełnienia ustalonych warunków udziału w postępowaniu licząc, że swoje błędy będzie można naprawić przy kolejnym podejściu składając dokumenty na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Aby ta ostatnia regulacja ustawy mogła być zastosowana, konieczne jest prawidłowe wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które najlepszy wykonawca potwierdzi jedynie przez złożenie odpowiednich dokumentów. Owe dokumenty nie zastępują oświadczenia samego wykonawcy złożonego w JEDZ. Dokumenty mają jedynie potwierdzać informacje wynikające z JEDZ. Podobnie było w poprzednim stanie prawnym, gdzie wykonawca składał oświadczenie własne (np. wykaz usług), natomiast referencje miały jedynie potwierdzać informacje wynikające z wykazu. Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego 1, że przy odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp mógłby on złożyć prawidłowy „wykaz osób”, zawierający już tym razem wszystkie dane potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Takie postępowanie oznaczałoby danie wykonawcy kolejnej możliwości naprawienia błędów i niedoskonałości JEDZ, które powinny zostać zweryfikowane w wyniku pierwszego z wezwań Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, wskazującego dokładnie jakie błędy przy potwierdzaniu spełnienia warunków udziału popełniono. Poza tym tak złożony wykaz nie mógłby się różnić od informacji płynących z JEDZ.

Gdyby było tak jak twierdzi Odwołujący 1, że weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podstaw do wykluczenia odbywać miałby się dopiero na etapie weryfikacji oświadczeń i dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1, to powyższe podważałoby istotę i sens wprowadzenia wymagań JEDZ, a jego istnienie ograniczyłoby się do obowiązku wymagania złożenia oświadczenia jedynie na poziomie bardzo ogólnym, co jednoznacznie należałoby uznać za sprzeczne z treścią art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, który daje Zamawiającemu możliwość doprecyzowania zakresu wstępnego oświadczenia, a wykonawca – nie kwestionując tych postanowień – ma obowiązek się do nich zastosować. Przepis ten daje również Zamawiającemu możliwość niewymagania dokumentów dla potwierdzenia pewnych okoliczności, w takiej zaś sytuacji oświadczenia znajdujące się w JEDZ są jedynym elementem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co z resztą miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do niezbędnej personelu wykonawcy.

Zatem niezastosowanie się Odwołującego do treści wezwania do uzupełnienia JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wobec jednokrotności takiego wezwania – skutkować mogło jedynie wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający w takiej sytuacji nie miał obowiązku wzywania o dokumenty w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykonawca nie wykazał we wstępnym oświadczeniu – odnoszącym się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu – że takowe warunki spełnia. Izba w zakresie możliwości ponownego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w pełni podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Regulacja ta została wobec najkorzystniejszej ocenionej oferty zastosowana. Natomiast okoliczność, że Odwołujący 1 nieprawidłowo przedstawił uzupełnione oświadczenie JEDZ obciąża jego samego. W ocenie Izby Zamawiający nie był w żaden sposób zobowiązany do ponownego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

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

#### **46. Sygn. akt: KIO 502/17, KIO 508/17, Wyrok z dnia 30 marca 2017 r.**

Zasadniczym w sprawie było ustalenie, czy uzupełnione zaświadczenie urzędowe wystawione w dacie późniejszej, niż okres wyznaczony przedziałem czasu – 3 miesiące przed upływem terminu na złożenie wniosku, nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. braku zaległości w podatkach i składkach na ubezpieczenie społeczne wykonawcy ubiegającego się o udział w dialogu konkurencyjnym.

Na wstępie zauważyć należy, iż postępowanie wprawdzie prowadzone jeszcze na gruncie przepisów Ustawy przed wejściem w życie przepisów nowelizujących wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r., było wszczęte po wejściu w życie przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (tzw. dyrektywa klasyczna) oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (tzw. dyrektywa sektorowa), uchylających odpowiednio Dyrektywę 2004/18/WE oraz Dyrektywę 2004/17/WE. Zamawiający miał tego świadomość żądając złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia wstępnego składanego na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), który został wprowadzony przepisami wykonawczymi celem ułatwienia podmiotom ubiegania się o zamówienie prawidłowe przygotowanie ofert/wniosków. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowania



o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe. Zamawiający prowadził zatem postępowanie na podstawie przepisów Ustawy (nieznowelizowanej), jednocześnie będąc zobowiązanym do przestrzegania przepisów Dyrektyw, które na zasadzie ich bezpośredniego zastosowania powinny być przestrzegane. W załączniku nr 1 do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardy jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3/16) (Instrukcja) zawarte zostały wytyczne wiążące bezpośrednio Państwa Członkowskie w zakresie związanym ze stosowaniem przepisów Dyrektywy, w tym między innymi wskazano, iż ofertom w procedurze otwartej i wnioskom o dopuszczenie do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym musi towarzyszyć jednolity europejski dokument zamówienia, wypełniony przez wykonawców w celu dostarczenia wymaganych informacji. Z wyjątkiem przypadków związanych z niektórymi zamówieniami udzielanymi na podstawie umów ramowych, oferent, któremu zamierza się udzielić zamówienia, będzie musiał przedstawić aktualne zaświadczenia i dokumenty potwierdzające (...) Instytucja Zamawiająca lub podmiot zamawiający może w dowolnej chwili w trakcie postępowania zwrócić się do każdego oferenta o przedłożenie wszystkich lub niektórych wymaganych zaświadczeń i dokumentów potwierdzających, jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania.

Przenosząc powyższe na sytuację w niniejszym postępowaniu zachodziła kolizja pomiędzy przepisem krajowym – art. 26 ust. 3 Ustawy, którym nałożono obowiązek weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a przepisem Dyrektywy nakładającym konieczność weryfikacji podmiotowej wykonawcy w oparciu o JEDZ i aktualne zaświadczenie. Zamawiający stanął zatem przed koniecznością oceny, czy dokument aktualny, ale wystawiony w dacie po złożeniu wniosku, mógł stanowić potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Poruszona kwestia była już przedmiotem oceny dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 7 października 2016 r., sygn. akt KIO 1772/16, w którym Izba uznała, iż decyzja Zamawiającego o tym, aby przyjąć jako dokument potwierdzający weryfikację podmiotową wykonawcy X aktualne zaświadczenie z KRK pozwoliła dokonać wyboru oferty wykonawcy w zgodzie z zasadami dyrektywy oraz przepisami Ustawy. W ocenie Izby osiągnięty został cel dyrektywy, jak również uszanowano zasady oceny nałożone na instytucje zamawiającego przepisami rozporządzenia wykonawczego, z których wynika, iż wykonawca, któremu ma zostać udzielone zamówienie, powinien złożyć aktualne dokument potwierdzający weryfikację podmiotową (...). Fakt, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu prowadził ocenę podmiotową wykonawców na dotychczasowych zasadach, tj. wobec wszystkich wykonawców, nie stało na przeszkodzie uznania, iż uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy zaświadczenie z KRK potwierdzało, iż w stosunku do X nie zachodzą podstawy do jego wykluczenia z postępowania. (...) W ocenie Izby, przepisy art. 26 ust. 3 Ustawy nie mogły stać na przeszkodzie stosowania zasad wynikających z przepisów unijnych wiążących Zamawiającego w postępowaniu, co pozwoli uniknąć ewentualnej podstawy do unieważnienia postępowania.

Skład orzekający w niniejszej sprawie przychylił się do stanowiska prezentowanego powyżej wraz z argumentacją, która pozwala przyjąć, iż zaświadczenie z urzędu podatkowego wystawione po dacie składania wniosku, jako aktualne potwierdza stan braku zaległości w podatkach i składkach na ubezpieczenie społeczne. Potwierdza zatem, że Y spełnia warunki udziału w postępowaniu i powinien być zaproszony do dialogu konkurencyjnego.

Dodatkowo, Izba uznała, iż nawet stosując przepis krajowy Zamawiający nie miał podstaw do odmowy uznania tego zaświadczenia z uwagi na zasady wystawiania i uzyskiwania zaświadczeń w Holandii na jakie wskazał Odwołujący i dodatkowo potwierdził dowodem w postaci

oświadczenia Radcy Handlowego Ambasady Królestwa Niderlandów w Warszawie. Zamawiający przyznał, iż nie miał wiedzy co do zasad wystawiania zaświadczeń przez Urząd Podatkowy i Celny, a swoje wnioski wywodził z zapisu zamieszczonego w uwadze, wskazującej na znane Urzędowi w dacie wystawienia zaświadczenia dane ujawnione. W ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw do podważenia treści zaświadczenia urzędowego, w którym potwierdzono stan braku zaległości podatkowych oraz składek na ubezpieczenie społeczne w oparciu o wskazana uwagę, w której organ nie podał, aby stan objęty zaświadczeniem istniał tylko w dacie wystawienia i nie obejmował okresu wcześniejszego, jak ma to miejsce w rzeczywistości. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Y, iż wystawiając zaświadczenie Urząd dokonuje sprawdzenia danych znajdujących się w zasobach informatycznych i stwierdza stan ustalony bez wskazywania daty historycznej. Oznacza to zatem, iż każde tego rodzaju zaświadczenie będzie zawierało dane aktualne bez odnoszenia się do konkretnej daty, której nie wskazuje się w zaświadczeniu. Słusznie zatem Odwołujący wskazywał, iż nie jest możliwe uzyskanie zaświadczenia wystawionego na konkretny dzień, np. złożenia wniosku, gdyż w zaświadczeniu nie jest podawana data historyczna, a jedynie data wystawienia. Skoro data złożenia wniosku o wydanie zaświadczenia nie pokrywa się z datą wystawienia, a w samym zaświadczeniu brak jest informacji co do stanu istniejącego w dacie poprzedzającej dzień wystawienia zaświadczenia, Zamawiający nie ma podstaw do wywodzenia negatywnych wniosków, tylko w oparciu o własne przypuszczenia i wątpliwości co do zakresu danych znanych Urzędowi.

#### **47. Sygn. akt: KIO 644/17, Wyrok z dnia 18 kwietnia 2017 r.**

Skoro zatem, z treści Wykazu usług wynika, że referencyjna usługa została zrealizowana (wskazano okres jej realizacji) i powyższe znalazło potwierdzenie w treści referencji, bowiem wskazano tam, że w określonym czasie (okresie) Odwołujący wykonał przedmiotową usługę, a jednocześnie Zamawiający nie dysponuje dowodem na okoliczność przeciwną (czyli, że usługa jest nadal wykonywana), to nie było podstaw do przyjęcia, że rzeczona usługa jest jednak realizowana, a skoro tak, to nie jest istotna jest data wystawienia referencji.

Brak daty wystawienia referencji może mieć znaczenie jedynie w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych, bowiem w odniesieniu do tego rodzaju usług zastrzeżono, że referencje powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Natomiast w niniejszej sprawie spełnienie tego wymogu nie może być badane, bowiem rzeczony zastrzeżenie nie dotyczy usług zrealizowanych, a na takie powołuje się Odwołujący. W konsekwencji, brak daty na przedmiotowym dokumencie referencji nie stoi na przeszkodzie przyjęciu, że referencyjna usługa została wykonana należycie.

Niezależnie od tego, że z treści referencji nie można wnioskować o referencyjnej usłudze, za wyjątkiem należytego jej wykonania, a już tym bardziej ustalać jej cech z pominięciem czy też nawet wbrew treści Wykazu usług, co uczynił Zamawiający, to podkreślenia wymaga, że nawet gdyby oprzeć się wyłącznie na treści Wykazu usług, to absolutnie nie ma podstaw do przyjęcia, że referencyjna usługa jest nadal wykonywana. Zwrot „zleczone prace wykonuje rzetelnie, terminowo (...)” zawarty w treści referencji w kontekście stwierdzenia, również zawartego w treści referencji, że „w okresie od 07.01.2014 r. do 30.01.2015 roku, spółka X wykonała usługi (...)” nie może być tłumaczony inaczej niż jako sposób, w jaki Spółka wykonuje usługi.

Stwierdzenie, że dokument nieopatrzony datą nie ma cech dokumentu jest absolutnie pozbawione uzasadnienia w świetle art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 773 k.c., który zwiera normatywną definicję dokumentu stanowiąc, że dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Uzupełniająco należy podać, że również brak daty nie odbiera dokumentowi cech dokumentu prywatnego (art. 245 k.p.c.), bowiem tylko dokumenty niepodpisane nie stanowią dokumentu w rozumieniu art. 245 k.p.c. (por. wyrok SN z dnia 9 grudnia 1980 r., II URN 171/80, OSP 1981, z. 7, poz. 126).



Okoliczność, na którą wskazywał Zamawiający, że w referencji znajdują się nieaktualne dane dotyczące siedziby i wysokości kapitału zakładowego ich Wystawcy nie ma żadnego znaczenia, biorąc pod uwagę, że referencje służą potwierdzeniu należytego wykonania czy też wykonywania zamówienia. Wnioskowanie z powyższego faktu, że referencje są „zaprzeszłe” jest nieuprawnione. Jakkolwiek Zamawiający nie wyjaśnił, co kryje się pod pojęciem „zaprzeszłe”, to należy domniemywać, że Zamawiający stoi na stanowisku, iż pochodzą one z czasu wykonywania referencyjnej usługi, co nie ma oparcia ani w treści Wykazu usług ani w treści referencji. Natomiast, jeśli by tę „zaprzieszłość” rozumieć jako wydanie referencji wcześniej niż w okresie 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, to argument ten jest nietrafny, bowiem w świetle przedłożonych dokumentów nie budzi wątpliwości, że referencyjna usługa została wykonana, a zastrzeżenie związane z datą wydania referencji dotyczy tylko usług nadal wykonywanych. Nadto, co najważniejsze, za absolutnie nieuprawnione, zdaniem Izby, należy uznać domniemywanie z danych zawartych na listowniku firmy o referencyjnej usłudze, wbrew treści zawartych w dokumencie zamieszczonym na tym listowniku.

### Art. 26 ust. 1 i 2

#### 48. Sygn. akt: KIO 496/17, KIO 511/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SIWZ należy zauważyć, że stosownie do treści art. 26 ust. 1 Pzp, zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Przepis powyższy wskazuje, że dokumenty i oświadczenia potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym dokumenty i oświadczenia składane na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane lub usługi spełniają wymagania zamawiającego, nie są składane wraz z ofertą lecz składa je wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona. Powyższe potwierdza treść Jednolitego Europejskiego Dokumentów Zamówienia („JEDZ”), Część IV lit. C pkt 11) oraz pkt 12).

Jak wynika z treści SIWZ, tj. rozdziału XII pkt. 3 ppkt 4) – 13), Zamawiający z naruszeniem art. 26 ust. 1 Pzp żąda dokumentów tzw. przedmiotowych wraz z ofertą od wszystkich wykonawców, tj. certyfikatów oraz oświadczeń producenta, które nie stanowią treści oferty, lecz jedynie potwierdzają treść złożonej oferty w zakresie jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Dokumenty przedmiotowe powinny być wymagane od wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej spośród złożonych ofert. Dokumenty te składane są na wezwanie zamawiającego oraz podlegają wyjaśnieniu i uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zauważyć należy, że zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawca składa w ofercie wypełniony i podpisany załącznik nr 2 do SIWZ – Formularz ofertowy, w którym oświadcza, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z przedstawioną próbką demonstracyjną (pkt 4) oraz że przy świadczeniu usług gwarancyjnych oferowany sprzęt został objęty kontraktem serwisowym producenta, na warunkach spełniających wymogi gwarancyjne Zamawiającego (pkt 5), a także, że oferuje określone wartości parametrów podlegające ocenie w ramach kryterium oceny Parametry techniczne (pkt 6) oraz załącznik nr 3 – Szczegółowy formularz cenowy. Oświadczenia wykonawcy zawarte w Formularzu ofertowym wraz z próbką demonstracyjną stanowią ofertę (treść oferty). Certyfikaty, karty katalogowe i oświadczenia producenta stanowią wyłącznie potwierdzenie treści oferty w zakresie wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu próbka demonstracyjna stanowi treść oferty – Zamawiający jednoznacznie postanowił

w SIWZ, że testy przeprowadzone na próbcie nie będą podlegać powtórzeniu, a niespełnienie któregokolwiek wymagań określonych w SIWZ będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

**49. Sygn. akt: KIO 588/17, KIO 591/17, Wyrok z dnia 12 kwietnia 2017 r.**

(...) istotne znaczenie dla sprawy ma rozróżnienie przesłanek zastosowania art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i kolejność ich stosowania w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonuje weryfikacji pod kątem wykazania okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jedynie w odniesieniu do tego wykonawcy, którego ofertę ocenił najwyżej, tj. wykonawcy, który uplasował się na najwyższej pozycji w rankingu ofert. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp jest stosowane zatem wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej i jest to wezwanie do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Ewentualne wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to wezwanie do uzupełnienia lub poprawienia niekompletnych, zawierających błąd lub budzących wątpliwości dokumentów i oświadczeń, w tym również oświadczeń złożonych w jednolitym europejskim dokumencie JEDZ.

W analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w częściach 2,3 i 7 Zamawiający błędnie zastosował wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do wszystkich wykonawców, a nie tylko do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej. Pisma z dnia 14 lutego 2017r., nie można traktować jako wezwań w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie tylko ze względu na wskazanie wprost jako podstawy prawnej art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ale także z uwagi na samą jego treść, w której wzywa się do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań.

**50. Sygn. akt: KIO 827/17, KIO 837/17, KIO 838/17, Wyrok z dnia 17 maja 2017 r.**

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Rzeczywiście przepisy prawa wydają się niekonsekwentne, na jaką datę dokumenty mają być „aktualne” (zgodnie z art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – na dzień ich złożenia, zgodnie z § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – powinny być wystawione w odpowiednim 3 i 6-miesięcznym terminie przed składaniem ofert). Można przyjąć, że rozporządzenie stwarza domniemanie aktualności dokumentów, wynikające z daty ich wystawienia, a ustawa mówi o rzeczywistej aktualności dokumentów – dokument jest aktualny, o ile potwierdza okoliczności, które nie uległy zmianie. Zatem uprawniona zdaniem składu orzekającego jest akceptacja uzupełnionych dokumentów, wystawionych w odpowiednich terminach liczonych przed datą składania ofert, o ile stan, potwierdzony tymi dokumentami, nie uległ zmianie. Można wskazać na postulat, że wykonawca winien nie podlegać wykluczeniu w dacie otwarcia ofert i powinien w tym stanie trwać. Ponieważ celem przepisów miało być ułatwienie dla wykonawców, trudno oczekiwać, żeby systematycznie, w miarę przedłużania się postępowania, w każdym kolejnym tygodniu wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia pozyskiwali nowe dokumenty, potwierdzające, że nie podlegają wykluczeniu (jest to zarówno kosztowne, jak i czasochłonne). W konsekwencji, aby udowodnić, że uzupełnione dokumenty utraciły walor „aktualności” Odwołujący powinien wykazać, że zmienił się stan rzeczy, który te dokumenty potwierdzają.

**Art. 26 ust. 2f**

**51. Sygn. akt: KIO 859/17, KIO 867/17, KIO 894/17, Wyrok z dnia 19 maja 2017 r.**

Co do regulacji przewidzianej w art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, to zauważyć należy, iż znajduje ona zastosowanie, jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzed-

nio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, wzywa się wykonawcę do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Nie jest to więc przepis, który może być zastosowany obok art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do wykonawcy, którego oferta została oceniana jako najkorzystniejsza. Art. 26 ust. 2f ustawy Pzp dotyczyć może każdego wykonawcy, ale w sytuacji, gdy wcześniej złożone dokumenty lub oświadczenia straciły aktualność. Przy czym pojęcia „aktualności” nie można utożsamiać z nieprawidłowym uzupełnieniem przez wykonawcę dokumentów w trybie wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W takim przypadku bowiem oświadczenia i dokumenty nie przestają być „aktualne”, zawierają natomiast nieusuwane błędy, w konsekwencji prowadzące do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

### **Art. 26 ust. 3 i 3a**

#### **52. Sygn. akt: KIO 366/17, Wyrok z dnia 8 marca 2017 r.**

Izba nie zaprzecza poglądom, że procedura wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów – ma co do zasady charakter jednokrotny, w odniesieniu to tych samych stwierdzonych braków, czy nieprawidłowości. Jednakże w orzecznictwie Izby wskazywano również na konieczność dokładnego poinformowania wykonawcy, jakie braki zamawiający stwierdził w danej ofercie, i jakiego ich usunięcia oczekuje. Z reguły wskazanie jedynie podstawy prawnej wezwania nie jest wystarczające, gdyż wykonawca nie powinien się domyslać konkretnych przyczyn wezwania. Ważne jest więc, wbrew stanowisku odwołującego, wskazanie w sposób prawidłowy – kierunku uzupełnienia dokumentu.

Potwierdza to nawet przywołany przez odwołującego wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 – zakresie oferty niedokładnej lub niezgodnej z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, ETS stwierdzający, że w ocenie ETS wskazane żądanie zamawiającego powinno w szczególności: (...) „2. odnosić się do wszystkich punktów oferty, które są niedokładne lub niezgodne z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, przy czym instytucja zamawiająca nie może odrzucić oferty ze względu na niejasność jej aspektu, który nie był przedmiotem owego żądania”. Przy czym, stwierdzenie to można odnosić zarówno do niejednoznaczności samych wymagań SIWZ, jak i treści wezwań kierowanych do wykonawcy celem np. uzupełnienia dokumentów.

#### **53. Sygn. akt: KIO 483/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r.**

Podkreślenia wymaga fakt, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. To ten podmiot zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności w przygotowaniu odpowiednich dokumentów składających się na ofertę, aby spełniały wymogi przepisów i wymagań SIWZ, a także potwierdziły, że spełnione zostały określone wymagania i ustalone warunki udziału w postępowaniu.

Izba podziela stanowisko zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, iż nie jest możliwe ponowne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów JEDZ. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia tych dokumentów razem z ofertą. W wyjątkowych przypadkach, jeżeli wykonawca nie złożył odpowiednich dokumentów lub oświadczeń, są one niekompletne lub zawierają błędy, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp daje takiemu wykonawcy możliwość zweryfikowania poprawności spełnienia warunków podmiotowych w postępowaniu. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający zastosował wspomnianą regulację prawną, biorąc pod uwagę okoliczność, że oferta konsorcjum nie zawierała dokumentów JEDZ dla wszystkich członków tego konsorcjum. Zamawiający skierował do konsorcjum wezwanie wskazując jakie braki posiada oferta. Wykonawca w wyznaczonym terminie, odpowiadając

na wezwanie Zamawiającego, dane formularze (wypełnione i podpisane) złożył. Okolicznością podlegającą ocenie Zamawiającego była zatem sytuacja, czy uzupełnione na wezwanie dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum Odwołującego. Jak się okazało złożone egzemplarze JEDZ nie były wypełnione prawidłowo i nie potwierdzały ustalonych warunków. Odwołujący sam przyznał, że doszło do pomyłki przy drukowaniu dokumentów i ich wydruku z niewłaściwego folderu. Tym samym, ponowne zastosowanie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadziłoby do uprzywilejowanego traktowania Odwołującego i stworzenia dla tego wykonawcy ponownej możliwości naprawienia pierwotnego błędu w postaci niezłączenia do oferty formularzy JEDZ, na podstawie których Zamawiający oceniał zdolność poszczególnych wykonawców do prawidłowej realizacji zamówienia.

#### **54. Sygn. akt: KIO 549/17, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r.**

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dowodów wykazujących, iż istniejące między nim a innym podmiotem powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji. Podkreślenia wymaga, co wskazywał także Zamawiający w toku rozprawy, że Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 22 zamówienia. Zamawiający jedynie, powołując się na orzeczenie KIO z dnia 6 marca 2017 r. sygn. akt KIO 283/17, 291/17 oraz 298/17 dotyczące części 13 i 25 zamówienia unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że powrócił do czynności badania i oceny ofert, w toku której podejmie decyzje o ewentualnym zastosowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty Odwołującego.

O zaniechaniu można mówić jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonuje jakiejś czynności, do której dokonania w danym czasie jest zobowiązany przepisami ustawy Pzp. Do ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania dojdzie wówczas, gdy Zamawiający bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań i brak podstaw wykluczenia, dokona czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, skoro w zaistniałym stanie faktycznym nie doszło jeszcze do czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w zakresie części 22, to nie można stwierdzić, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

#### **55. Sygn. akt: KIO 588/17, KIO 591/17, Wyrok z dnia 12 kwietnia 2017 r.**

Jedną z podstaw faktycznych odrzucenia ofert Odwołujący się wykonawców był niekompletny, niewypełniony dokument JEDZ.

Zgodnie z art. 25a ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniach powyżej progów unijnych (tak jak w analizowanym postępowaniu) wykonawca składa oświadczenie o braku podstaw wykluczenia oraz spełnieniu warunków udziału, o których mowa w art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w formie jednolitego europejskiego dokumentu JEDZ. Oświadczenia złożone na formularzu JEDZ, podlegają stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnieniu lub poprawie, jeśli są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym w toku rozprawy przez Przystępującego, że brak odesłania wprost w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do art. 25a ust. 2, który dotyczy dokumentu JEDZ, oznacza, że nie jest możliwe uzupełnienie lub poprawienie dokumentu JEDZ. Przywołany przepis art. 25a ust. 2 ustawy Pzp określa jedynie formę, w jakiej składane są oświadczenia, o których mowa w ust. 1 tego przepisu, tj. oświadczenia o braku podstaw wykluczenia oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje zaś wprost na konieczność wezwania do złożenia, uzupełnienia, poprawie-

nia lub udzielenia wyjaśnień co do oświadczeń, o których mowa w art. 25 a ust. 1 ustawy Pzp, a zatem także oświadczeń, które w postępowaniach powyżej progów unijnych składane są w formie jednolitego europejskiego dokumentu JEDZ.

#### **56. Sygn. akt: KIO 620/17, KIO 627/17, Wyrok z dnia 24 kwietnia 2017 r.**

W ocenie Izby zamawiający powinien jednoznacznie i stanowczo wezwać odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem potwierdzenia spornego warunku wskazując w treści wezwania, że w jego ocenie uprawnienia pana Jarosława I. nie odpowiadają uprawnieniom z obecnego rozporządzenia, gdyż odnoszą się wyłącznie do kierowania robotami w telekomunikacji przewodowej, a nie dotyczą także telekomunikacji bezprzewodowej (radiowej).

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp musi być jasne, precyzyjne, kategoryczne, wskazywać konkretny brak, który uniemożliwia pozytywną ocenę spełnienia warunku i obejmować wezwanie do jego usunięcia. Tych elementów w wezwaniu z 16 lutego 2017 r. zabrakło. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że ciężar sporządzenia prawidłowego wezwania spoczywa na zamawiającym. Za chybione uznano stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym jeżeli wykonawca miał wątpliwości co do treści wezwania, to mógł prosić zamawiającego o doprecyzowanie stanowiska. Obowiązek wezwania z mocy art. 26 ust. 3 Pzp spoczywa na zamawiającym. Wykonawca nie ma obowiązku składania wniosku o doprecyzowanie treści wezwania.

W ocenie Izby, skutek nieprawidłowego wezwania, odwołujący X informację o rzeczywistych powodach wezwania powziął dopiero w wyniku analizy uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia z 20 marca 2017 r. Dopiero bowiem na tym etapie zamawiający poinformował odwołującego, dlaczego uważa, że uprawnienia kierownika robót telekomunikacyjnych są niewystarczające. W tej dacie zakomunikowano odwołującemu X po raz pierwszy, że – zdaniem zamawiającego – w stosunku do wymaganych w ogłoszeniu przedłożone uprawnienia są bowiem ograniczone do telekomunikacji przewodowej.

#### **57. Sygn. akt: KIO 785/17, Wyrok z dnia 9 maja 2017 r.**

W powyższej kwestii Izba – odmiennie niż Zamawiający i Przystępujący – prezentuje stanowisko, że uzupełniane na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp dokumenty w postaci zaświadczeń z KRK mogą być aktualne na dzień ich złożenia. W praktyce oznacza to, że dopuszczalne jest wykazywanie braku podstaw do wykluczenia za pomocą zaświadczeń opatrzonych inną (późniejszą) datą niż zaświadczenia o niekaralności składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z art. 26 ust. 1 Pzp. Brak jest przy tym podstaw do formułowania tezy, że skoro wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp dotyczy dokumentów, których wykonawca – wbrew uprzedniemu wezwaniu z art. 26 ust. 1 Pzp – nie przedstawił, to dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp muszą być aktualne na dzień ich złożenia w reakcji na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie odnosi się bowiem li tylko do oświadczeń lub dokumentów objętych wcześniejszym wezwaniem zamawiającego (wezwaniami z art. 26 ust. 1 Pzp), ale w sposób ogólny dotyczy oświadczeń lub dokumentów potwierdzających m.in. brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...)

W konsekwencji z okoliczności, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp, w przeciwieństwie do art. 26 ust. 1 Pzp, nie wskazuje na jaki moment mają być aktualne dokumenty uzupełniane wynikać może jedynie, że skoro pierwotne dokumenty miały być aktualne na dzień ich złożenia, to w ten sam sposób należy potraktować kwestię aktualności uzupełnianych dokumentów i przyjmować, że także one mają być aktualne na dzień ich złożenia. (...)

Reasumując, skład orzekający uznał, że posłużenie się przez Odwołującego zaświadczeniami o niekaralności datowanymi na dzień 16 marca 2017 r., w miejsce oczekiwanego



przez Zamawiającego 21 lutego 2017 r., było wystarczające dla stwierdzenia, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania. Należy przy tym zauważyć, że stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym dokumenty podmiotowe należy podzielić na takie, które – mimo późniejszej daty sporządzenia – potwierdzają stan sprzed ich wystawienia i takie, w przypadku których opisanej możliwości nie ma, było, w odniesieniu do zaświadczenia o niekaralności oczywiste o tyle, że zaświadczenie takie zawsze będzie potwierdzać stan z daty złożenia wniosku o jego wydanie. Argumentacja Zamawiającego pomija jednak okoliczność, że wraz z ofertą Odwołujący złożył JEDZ stanowiący wstępne potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z Postępowania, którą to okoliczność następnie potwierdził, przedstawiając m.in. zaświadczenia o niekaralności członków organu nadzorczego spółki. Jedynie na marginesie Izba wskazuje w tym miejscu, że – biorąc pod uwagę przywołane powyżej Motywy 84 i 85 – sytuację, w której Zamawiający otrzymał dokumenty bardziej aktualne niż te, których żądał (oczekiwanie Zamawiającego wyrażone w wezwaniu z 16 marca 2017 r. sprowadzało się bowiem do konieczności przedstawienia zaświadczeń stwierdzających stan sprzed prawie miesiąca) – należy ocenić pozytywnie, jako odpowiadającą wymogowi oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy w oparciu o możliwie najnowsze informacje. Jeżeli natomiast Zamawiający pomimo przedstawienia ww. oświadczeń i dokumentów powziąłby wątpliwości co do braku podstaw do wykluczenia Odwołującego, dotyczącą okresu pomiędzy 21 lutego 2016 r. (data określająca aktualność zaświadczeń z KRK wskazana w pierwszym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów) a 16 marca 2017 r. (data na którą stwierdzono brak karalności członków organu odwołującej się spółki), to powinien podjąć działania zmierzające do ich wyjaśnienia i – w razie ich potwierdzenia – wykluczyć Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 14 lub pkt 16 Pzp.

Odnosząc się dodatkowo do argumentów Przystępującego skład orzekający wyjaśnia, że użytego w art. 26 ust. 3 Pzp sformułowania „w terminie przez siebie wskazanym” nie należy odnosić do aktualności oświadczeń lub dokumentów, do których uzupełnienia wykonawca jest wzywany, a do terminu na ich złożenie. Ponadto nie sposób podzielić zapatrywania Wykonawcy W o niezgodności przedstawionych przez Odwołującego zaświadczeń o niekaralności z § 5 pkt 1 Rozporządzenia [*Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) – przyp. red.*] ze względu na datę ich wystawienia. Przywołany przepis aktu wykonawczego stanowi jedynie o tym kiedy najwcześniej może zostać wystawione takie zaświadczenie, nie reguluje natomiast kwestii kiedy najpóźniej dokument może zostać sporządzony.

#### **58. Sygn. akt: KIO 954/17, Wyrok z dnia 24 maja 2017 r.**

Wskazać należy, że w omawianej sprawie strony nie były zgodne co do tego, jaki charakter posiada karta katalogowa, powołana w pkt A.3.4 w pkt 5 PFU (str. 17). Izba stoi na stanowisku, że tego rodzaju dokumenty co do zasady mają charakter przedmiotowy i są przedkładane przez wykonawców w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom, określonym przez Zamawiającego.

Jednak w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający, zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak również w treści SIWZ, nie sprecyzował żądania jakichkolwiek dokumentów przedmiotowych, mających potwierdzać, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Powyższe wyraźnie wskazuje na intencję Zamawiającego, a mianowicie uczynienia rzeczony karty katalogowej treścią oferty.

Izba całkowicie podziela ocenę zaprezentowaną przez skład orzekający KIO w tym przedmiocie w wyroku z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt: KIO 318/17 i KIO 329/17, gdzie wskazało: „W ocenie Izby tak ukształtowane postanowienia siwz z całą pewnością pozwalają stwier-



dzić, iż żądanej przez Zamawiającego karty katalogowej uchwytów mocujących nie można zaliczyć do katalogu dokumentów z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, opisanych w § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126). Izba zwraca uwagę, że powołany powyżej przepis rozporządzenia nie zawiera katalogu zamkniętego, gdyż w jego treści ustawodawca odwołał się do określenia „w szczególności”. Tym samym wskazane w nim dokumenty mają charakter jedynie przykładowy. W tym miejscu zaznaczyć należy, że tak ukształtowane postanowienia ogłoszenia oraz siwz nie były przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia kwestionowane w terminie uprawniającym do ich skutecznego zaskarżenia. Wobec tego na tym etapie postępowania należy uznać je za obowiązujące i wiążące dla wykonawców ubiegających się o zamówienie”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że w przypadku wystąpienia błędu w karcie katalogowej, dotyczącej naczynia przeponowego nie jest możliwe jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ ww. karta nie jest dokumentem przedmiotowym, opisanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

#### **59. Sygn. akt: KIO 1004/17, Wyrok z dnia 7 czerwca 2017 r.**

Wobec uznania za zasadny zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wystąpiły okoliczności przewidziane w tym przepisie, za zasadny należy uznać również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione wezwanie przystępującego do złożenia nowego wykazu dostaw. Wykonawca, który przedstawił informacje, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy P.z.p., nie jest wzywany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

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

#### **60. Sygn. akt: KIO 588/17, KIO 591/17, Wyrok z dnia 12 kwietnia 2017 r.**

Odnosnie rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia zawartego w formularzu oferty X, gdzie wykonawca nie wpisał iż zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie części zamówienia oraz oświadczeniem ze strony 5 dokumentu JEDZ, gdzie wykonawca zaznaczył TAK – w rubryce zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo części zamówienia, a także oświadczeniem ze strony 15 dokumentu JEDZ, gdzie nie wskazano procentowej części zamówienia, jaką wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom, Izba uznała, że rozbieżność ta mogła wzbudzić co najwyżej wątpliwości Zamawiającego, ale nie mogła stać się ona podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Treść oświadczeń złożonych w JEDZ podlega bowiem, jak każde oświadczenie dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, wyjaśnieniom w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W tym zakresie, w ocenie Izby, koniecznym jest zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i zwrócenie się do Odwołującego X o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy złożonymi oświadczeniami.

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

#### **61. Sygn. akt: KIO 413/17, Wyrok z dnia 20 marca 2017 r.**

Izba za uzasadnione uznała także twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym pozostawienie niedookreślonych postanowień umownych stanowi niejasność, nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia (umowy). Treść § 1 ust. 5 wzoru umowy zawiera takie niejasne sformułowania.

Po pierwsze, w treści przedmiotowego paragrafu Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość wprowadzenia materiałów i urządzeń równoważnych pod warunkiem zachowania co najmniej minimalnych wymagań parametrów określonych w SIWZ, w tym SST i PB. Przez minimalne wymagania parametrów należy rozumieć spełnienie wymagań określonych w obowiązujących normach oraz rodzaj zastosowanego materiału, parametry wytrzymałościowo – eksploatacyjne, do których nie zalicza się sposobu wytwarzania, sposobu łączenia elementów, kolorystyki materiału, zewnętrznej faktury materiału, wymiarów zewnętrznych itp. Jak trafnie zauważył Odwołujący, takie postanowienie zawiera pojęcia niedookreślone i pozostawia dowolność oceny Zamawiającego. Niedookreśloność wprowadzają stwierdzenie: „itp.” oraz przykładowo wymienione okoliczności.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jaki produkt i na jakich warunkach mogą zaoferować, aby spełniał wymagania SIWZ. Niezbędne jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. Zamawiający, dopuszczając równoważność produktów, winien sprecyzować zakres minimalnych parametrów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób przejrzysty i jasny, tak, aby z jednej strony Zamawiający mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaoferowanych produktów, z drugiej zaś strony, aby wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu przetargowym mieli jasność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Precyzyjne określenie wymagań co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów stanowi naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i równego dostępu do zamówienia publicznego.

Izba uznała, że podane przez Zamawiającego kryteria równoważności produktów są kryteriami nieprecyzyjnymi. Oznacza to, że ocena, czy produkt spełnia wymagania Zamawiającego, jest uznaniowa i co najgorsze, będzie dokonywana na etapie realizacji zamówienia (o czym powyżej). Takie działanie Zamawiającego przeczy dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także godzi w podstawową zasadę zamówień publicznych, jaką jest przejrzystość postępowania. Zamawiający posłużył się pojęciami niedookreślonymi, przez co pozostawił dużą swobodę decyzyjną po stronie Zamawiającego. Powoduje to, że wykonawcy będą mieli także dużą swobodę doboru materiałów na etapie realizacji zamówienia. Tymczasem kryteria powinny zostać sformułowane w formie katalogu zamkniętego. Otwarty katalog przesłanek równoważności produktów określony we wzorze umowy poprzez użycie sformułowań „itp.”, „przykładowo”, powoduje, że nie wiadomo, jakimi jeszcze ewentualnymi, innymi kryteriami może posłużyć się Zamawiający przy ocenie równoważności. Zamawiający pozostawił sobie zatem uznaniowość co do ewentualnej akceptacji proponowanych przez wykonawcę na etapie realizacji przedmiotu zamówienia zmian materiałów i urządzeń (w stosunku do tych jakie zobowiązał się on użyć w treści swojej oferty przetargowej), gdy chodzi o „minimalne wymagania parametrów”, jakie winien posiadać zaproponowany do zamiany materiał czy urządzenie, aby Zamawiający mógł uznać je za „równoważne”.

Sformułowanie „spełnienie wymagań określonych w obowiązujących normach oraz rodzaj zastosowanego materiału, parametry wytrzymałościowo – eksploatacyjne,” jest pojęciem ogólnym, nie wskazano konkretnie, którego produktu dotyczy. Przed wszystkim jednak Zamawiający nie sprecyzował zakresu parametrów dla każdego z materiałów czy urządzeń (dla których dopuścił możliwość zaoferowania produktów równoważnych), jakie uzna za wystarczające dla spełnienia równoważności.

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający miał możliwość opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny. Zamawiający nie wykazał, że nie jest w stanie opisać przedmiotu zamówienia przy użyciu dostatecznie dokładnych i określeń.

Zamawiający wyjaśnił w trakcie rozprawy, że użył sformułowania „itp.”, gdyż na tym etapie postępowania nie można przewidzieć wszystkich ewentualnych okoliczności, które zostaną uznane za nieistotne. Izba ponownie podkreśla, że obowiązkiem Zamawiającego jest jednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia. Z wymogu jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia wynika, że każdy przypadek, w którym Zamawiający dopuszcza równoważność, powinien zawierać wskazanie, które parametry Zamawiający uznaje za istotne i jakie granice dla parametrów urządzeń (materiałów równoważnych) Zamawiający dopuszcza. Tylko takie opisanie przedmiotu zamówienia pozwoli jednakowo ocenić wszystkie oferty.

## **62. Sygn. akt: KIO 1187/17, Wyrok z dnia 26 czerwca 2017 r.**

Zamawiający zobowiązany jest w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Tym samym nie można uznać za prawidłową argumentację Odwołującego wskazującą na to, że przedmiot zamówienia powinien być opisany ogólnie, jak najbardziej ogólnie co wynika z tego, że powinien być dostępny dla jak największej grupy wykonawców. Podkreślić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma kupić cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna określonych rzeczy, a w ramach tych określonych rzeczy nieuprawniona jest taka specyfikacja techniczna, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów. Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty na cokolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować niezasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję, co nie oznacza, że zasada konkurencji ma prowadzić do sytuacji, w której o zamówienie muszą móc ubiegać się wszyscy wykonawcy.

## **63. Sygn. akt: KIO 1206/17, KIO 1208/17, Wyrok z dnia 30 czerwca 2017 r.**

Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W ramach zamówień publicznych zasada ta doznaje pewnych ograniczeń, polegających m.in. na tym, że co do zasady to zamawiający określa postanowienia umowne (art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych), najczęściej w postaci wzoru umowy. Tak też jest w niniejszym przypadku.

Z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający musi opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przepis ten można odnieść także do innych części specyfikacji istotnych warunków zamówienia niż jedynie opisana jako „opis przedmiotu zamówienia”, określających przedmiot

i sposób wykonania zamówienia, np. do warunków realizacji umowy. Z przepisu tego nie można jednak wywodzić, że, aby opis wymagań był wyczerpujący i dostatecznie dokładny, należy go uszczegóławiać aż do etapu omówienia najmniejszego szczegółu.

Oczywiste jest, iż analizując każdy przygotowany wzór umowy da się stwierdzić, iż do projektowanej umowy można by wprowadzić rozwiązania inne, lepsze, bardziej szczegółowe, korzystniejsze dla którejś ze stron itd., co jednak nie oznacza, że już istniejące rozwiązania naruszają przepisy prawa lub są nieakceptowalne ze względu na ich jakość. Podobnie każde postanowienie umowy można uszczegóławiać wręcz w nieskończoność, jednak nie oznacza to, że jest to postępowanie racjonalne. W obiegu prawnym bowiem nie bez przyczyny, czy to w przepisach, czy postanowieniach umownych, istnieją całe klauzule, jak i poszczególne pojęcia i frazy zachowujące duży stopień generalności, niedookreśloności, przykładowości czy otwartości. Podobnie przyjęte jest w zobowiązaniach, że mogą one powstawać również na zasadzie ryzyka, także w zakresie przyjęcia na siebie pewnych ryzyk umownych – zatem na gruncie zamówień publicznych wykonawca musi w cenie oferty takie ryzyko umowne wycenić.

Dodatkowo każda umowa tego typu umieszczona jest w pewnym kontekście związanym z istniejącymi przepisami, używanym językiem branżowym, wiedzą profesjonalną, przyjętymi rozwiązaniami, zwyczajami itd., które wypełniają pewne, ewentualne luki pojęciowe umów. Podobnie dzieje się w tym przypadku.

## Art. 29 ust. 2

### 64. Sygn. akt: KIO 386/17, Wyrok z dnia 15 marca 2017 r.

Stwierdzić także należy, że Zamawiający ma prawo wyboru takiego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, który zapewni zachowanie uczciwej konkurencji oraz zagwarantuje uzyskanie optymalnego rozwiązania technicznego, spełniającego jego oczekiwania. Nie można domagać się od Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób, który w przekonaniu Odwołującego byłby dla tego przedmiotu zamówienia bardziej preferowany, tj. za pomocą minimalnych rozwiązań funkcjonalnych. Ważne jest, aby wybrany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie naruszał dyrektywy, wynikających z art. 29 ust. 1–3 ustawy Pzp. (...)

W tym zakresie Izba uznała, że niezasadnym jest żądanie Odwołującego dotyczące zmiany parametru w zakresie żywotności źródła światła w trybie Eco. Zamawiający ma prawo wymagać zaoferowania urządzeń o jak najlepszych parametrach technicznych i jakościowych, spełniających jego oczekiwania. Uwzględnienie żądania Odwołującego w tym zakresie doprowadziłoby w efekcie do obniżenia z 5000 h na 4000 h żywotność źródła światła w trybie ECO, który to parametr dla Zamawiającego ma istotne znaczenie. (...)

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym w toku rozprawy przez Zamawiającego, że parametry „maksymalna przekątna obrazu minimalnie 300 cali oraz „maksymalny zoom” minimalnie 1,65 x”, nie muszą być spełnione jednocześnie przez zaoferowane urządzenie. Okoliczność taka nie wynika z treści Załącznika nr 1 do SIWZ, a także innych postanowień SIWZ. Przeciwnie, Zamawiający, precyzując wykaz minimalnych parametrów w OPZ, oczekuje, że zaoferowane urządzenia będą spełniały wszystkie wymienione przez niego parametry jednocześnie. Niespornym między stronami jest, że projektor X jako projektor instalacyjny nie jest wyposażony w żaden obiektyw, a dla tego urządzenia dostępnych jest pięć obiektywów o różnych parametrach technicznych. Aby spełnić oczekiwanie Zamawiającego co do wymagań dotyczących maksymalnego zoomu oraz przekątnej wykonawca musi dokonać wyboru być może kilku spośród dostępnych na rynku obiektywów. Oznacza to, że dobór tylko jednego obiektywu może spowodować niemożliwość spełnienia jednocześnie

obu wymaganych parametrów. Koniecznym jest zatem, w ocenie Izby, wskazanie wprost w treści SIWZ, intencji Zamawiającego wyrażonej w toku rozprawy, że wymagania dotyczące maksymalnej przekątnej i zoomu nie muszą być spełnione jednocześnie, co wpłynie na rozszerzenie konkurencji.

#### **65. Sygn. akt: KIO 463/17, Wyrok z dnia 21 marca 2017 r.**

Odwołujący nie wykazał, że postulowane przez niego rozwiązanie (kształtowniki z dotychczas stosowanej stali R260 z obróbką cieplną) są co najmniej nie gorsze, niż oczekiwane przez Zamawiającego (kształtowniki ze stali R350HT). Sam przyznawał, że rozwiązanie oczekiwane przez Zamawiającego w tym postępowaniu będzie jedynym dopuszczalnym w przyszłości. Odwołujący zdaje się akceptować ten fakt, jedynie dąży do przesunięcia w czasie obowiązywania nowego standardu, ponieważ – jak oświadczył na rozprawie – ma zawarte umowy, które gwarantują dostawę kształtowników ze stali R260, a nie jest w stanie przewidzieć, czy będzie miał takie umowy na kształtowniki z innej stali, które nie są jeszcze produkowane i nie wiadomo obecnie, kto będzie ich producentem. Powyższa argumentacja nie wskazuje na obiektywne naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych (utrudnianie uczciwej konkurencji i nierówne traktowanie wykonawców), a na ewentualny uszczerbek w interesie gospodarczym Odwołującego, który być może w przyszłości nie będzie pośrednikiem pomiędzy hutą a Zamawiającym, a jest takim pośrednikiem obecnie. Prawo zamówień publicznych nie służy ochronie indywidualnych interesów gospodarczych wykonawców w ten sposób, że gwarantuje obecnym dostawcom, że będą dostawcami także w przyszłości.

Zamawiający ma prawo określić szczególne wymagania, jeżeli są uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami. W takich okolicznościach oczekiwania Zamawiającego sformułowane nawet na bardzo wysokim poziomie (co zwykle prowadzi do zawężenia kręgu wykonawców) nie stanowią naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest produkt nowy, obecnie nieprodukowany, ale będący – zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego nie zakwestionowanymi skutecznie przez Odwołującego – rozwiązaniem lepszym, które jako jedyne będzie stosowane w przyszłości. Gdyby akceptować wywody Odwołującego, nie można byłoby w postępowaniu o zamówienie publiczne nigdy zastosować rozwiązań nowych, a jedynie takie, którymi dysponują obecni dostawcy. W konsekwencji Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.

#### **66. Sygn. akt: KIO 387/17, Wyrok z dnia 27 marca 2017 r.**

Pomimo konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie odpowiada części wykonawcom, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem prawidłowego przeprowadzenia postępowania jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający udział w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której oferty nie może złożyć każdy wykonawca z danej branży. (...)



W myśl art. 8 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, prawo autorskie przysługuje twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ustawa rozróżnia prawa autorskie osobiste i majątkowe, przy czym w stosunku do tych drugich twórca przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji. Podobnie jak właściciel rzeczy, twórca może z wyłączeniem innych osób korzystać z utworu, upoważniać inne osoby do takiego korzystania oraz dokonywać czynności rozporządzania prawem do korzystania z utworu. Cechą prawa własności jest sposób kształtowania jego treści: właścicielowi wolno wszystko, co nie zostało mu wyraźnie zabronione. Z takim kształtowaniem treści prawa łączymy domniemanie na rzecz jego podmiotu, że dane uprawnienie czy dany sposób korzystania z rzeczy przysługuje temu podmiotowi. Własnościowa koncepcja monopolu autorskiego rodzi podobne domniemanie. Oznacza to, że twórca utworu może przenieść autorskie prawa majątkowe na inną osobę, przy czym umowa przenosząca te prawa obejmuje wyłącznie te pola eksploatacji, które są w niej wyraźnie wymienione. Przeniesienie w drodze umowy autorskiego prawa majątkowego na danym polu eksploatacji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem twórcy.

Zawarcie umowy mającej za przedmiot autorskie prawa majątkowe może nastąpić w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim przypadku zawarta umowa musi odpowiadać wymogom zawartym zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i przepisom Kodeksu cywilnego. Ustawa P.z.p. statuuje warunki, jakim winny odpowiadać zawierane na jej podstawie umowy, jak – przykładowo – forma umowy, zakres świadczenia w stosunku do zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie, czas obowiązywania itp. Żaden z przepisów ustawy P.z.p. (ani wcześniejszej ustawy o zamówieniach publicznych) nie nakłada jednak na podmiot zamawiający obowiązku nabywania w drodze umowy uprawnienia do wykonywania zależnego prawa autorskiego. Obowiązku takiego nie da się również wywieść z żadnego przepisu Kodeksu cywilnego. Wręcz przeciwnie – zawarta w art. 353<sup>1</sup> K.c. zasada swobody umów umożliwi stronom zawierającym umowę ułożenie stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Oczywiście jest, że zasada swobody umów na gruncie zamówień publicznych, z uwagi na charakter tego rodzaju postępowań, nie może być w pełni realizowana, niemniej jednak ograniczenie jej stosowania może wynikać wyłącznie z ustawy. Jak już wyżej wskazano, żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych nie statuuje obowiązku przenoszenia przez twórcę utworu na jego nabywcę zależnego prawa autorskiego.

Tem samym nie sposób czynić zamawiającemu zarzutu z faktu, iż nie posiada on autorskich praw majątkowych do posiadanego systemu. Nie jest to również równoznaczne z tym, iż dla zapewnienia konkurencji winien on tak opisać przedmiot zamówienia, by umożliwić innym wykonawcom zaoferowanie innego systemu lub rozszerzenie systemu aktualnego o takie funkcjonalności, których system nie posiada w sytuacji, gdy zamawiającego interesuje wyłącznie nabycie usługi serwisu posiadanego systemu.

### **67. Sygn. akt: KIO 651/17, Wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r.**

Utrudnieniem uczciwej konkurencji będzie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, a wystarczy tylko, że użyte w tym opisie cechy i parametry zostaną określone tak, aby mógł je spełnić tylko określony wykonawca.

A zatem, realizacja obowiązku zawartego w art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. oznacza dla zamawiającego konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych.

Taki pogląd został wyrażony między innymi przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 stycznia 2004 roku sygn. akt VI ACa 965/11.

Jednakże, pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji, zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego rzeczywiste potrzeby. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawców w ogóle złożenia oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem zapewnienia konkurencji jest w takim przypadku wyeliminowanie sytuacji, w których uniemożliwia się z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego. 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 produktu o wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności.

#### **68. Sygn. akt: KIO 729/17, Wyrok z dnia 8 maja 2017 r.**

Izba podkreśla również, art. 29 ust. 2 Pzp nie zmienia generalnej zasady wyrażanej w art. 190 ust. 1 Pzp i stanowiącej, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dyspozycja art. 29 ust. 2 mówi o możliwości naruszenia konkurencji. Brak jednak w przepisie tym domniemania faktycznego lub prawnego sprowadzającego się do twierdzenia, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej. To na odwołującym nadal spoczywa ciężar dowodzenia. Przepis art. 29 ust. 2 Pzp nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie „celu dowodowego” nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje – powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane. Wobec zawartych w treści odwołania twierdzeń, że opis przedmiotu zamówienia oraz ustalone kryteria pozacenowe naruszają konkurencję oraz wskazują na konkretny produkt lub, że doszło do uprzywilejowania tego produktu, nie znalazły żadnego potwierdzenia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym.

W ocenie Izby, każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. W zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej. Jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest jego analiza w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego”. Zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które zawężają potencjalnych wykonawców, jednakże zawężenie do następuje nie w celu preferowania określonego wykonawcy i naruszenia zasad konkurencji, ale w celu uzyskania produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Celem bowiem opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku.

**69. Sygn. akt: KIO 833/17, Wyrok z dnia 16 maja 2017 r.**

(...) Izba doszła do przekonania, że rację ma Odwołujący, który twierdził, że ukształtowanie postanowień siwz, odnoszących się do sposobu oceny w ramach kryterium „Czas usunięcia awarii/usterki” uprzywilejowuje wykonawcę X, który jako dysponent własnej infrastruktury może zaproponować czas krótszy na usunięcie awarii/usterki, gdyż nie jest uzależniony od terminów, opisanych w § 1 pkt 19 ww. regulaminu.

Izba dała wiarę twierdzeniom Odwołującego, który twierdził, że firma X nie jest zainteresowana skróceniem czasu usługi SLA premium poniżej 4 godzin w odniesieniu do innych wykonawców. Powyższe koresponduje z treścią korespondencji e-mailowej przedstawionej przez Odwołującego. Nie można wykluczyć, że powyższe jest spowodowane tym, że wykonawca X jest zainteresowany udziałem w omawianym postępowaniu.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na inny aspekt rozpoznawanego zarzutu, dotyczący określonych uwarunkowań, związanych z różnorodnością lokalizacji jednostek objętych postępowaniem oraz zgłaszanych awarii. W tym zakresie Izba uznała za trafny i adekwatny przykład, którym posłużył się Przystępujący, tj. przykład awarii, polegającej na fizycznie przzerwaniu łącza. W takim przypadku awarię trzeba nie tylko rozpoznać, ale również dojechać w określone miejsce, usunąć ją i dokonać sprawdzenia prawidłowości działania łącza, co powoduje, że w większości przypadków niemożliwe jest usunięcie awarii w okresie 1 godziny.

**Art. 29 ust. 3a****70. Sygn. akt: KIO 308/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r.**

Przedmiotem rozstrzygnięcia sporu jest zagadnienie oświadczenia się wykonawcy w formularzu oferty co do zobowiązania się do zatrudnienia Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy na podstawie umowy o pracę. Przy czym wymóg tego oświadczenia znajduje podstawę prawną w art. 29 ust.3 a ustawy pzp., który obliuguje w przypadku robót budowlanych do oświadczenia jakie czynności mają być wykonywane na podstawie umowy o pracę. Wskazanie takich czynności sprowadza się do zajmowanych stanowisk i wchodzi w zakres opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednoznacznie co do tego opowiedział się w pkt 3.11. SIWZ przywołując art. 29 ust. 3a ustawy pzp jako podstawy regulacji i wymienił w tym miejscu stanowisko Kierownika Budowy i Dyrektora Kontraktu. Też w tym samym punkcie 3.11. SIWZ zamawiający stwierdza, że co do zobowiązania zatrudnienia Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy na umowę o pracę wykonawca ma się oświadczyć w formularzu ofertowym. Przy czym formularz został tak opracowany, że wykonawcy mieli tylko go podpisać, ponieważ zawierał już zobowiązanie w tym zakresie i nie musieli wykonawcy wykazywać żadnej inicjatywy na przykład przez uzupełnienie oświadczenia we własnym zakresie. Natomiast wykonawca wybrany użył nieaktualnego formularza, to jest nie zawierającego pkt-u 10, w którym wykonawca zobowiązuje się do zatrudnienia Dyrektora Kontraktu i Kierownika Budowy na podstawie umowy o pracę. Sam zamawiający wskazuje w wezwaniu z dnia 16.01.2016 roku, że oświadczenie o zatrudnieniu wyżej wymienionych osób jest elementem treści oferty. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający zwracając się do wykonawcy posłużył się dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy pzp., przywołując ją w wezwaniu (...) „ i zwraca się o wyjaśnienie treści oferty”(…). Zgodnie z tym przepisem zamawiający może żądać wyjaśnień od wykonawców dotyczących treści złożonych przez nich ofert, ale w wyniku złożonych wyjaśnień treść oferty nie może ulec zmianie. W przedmiotowej sprawie wykonawca przyznał się do pomyłki polegającej na posłużeniu się formularzem oferty niewłaściwym, to jest formularzem przed wprowadzonymi zmianami. W związku z tym złożył na wezwanie zamawiającego i po złożeniu ofert odrębne zobowiązanie, które miało stanowić element treści wymaganych w formularzu

oferowym, których zabrakło na etapie składania ofert. Tą brakującą treścią było złożone odrębnym dokumentem zobowiązanie do zatrudnienia na umowę o pracę Dyrektora kontraktu i Kierownika Budowy.

W ocenie Izby tak dokonane uzupełnienie oświadczenia brakującego na etapie składania ofert stanowi niedopuszczalną ingerencję w treść złożonej oferty, w której nie znajdowało się wymagane zobowiązanie. (...)

Zobowiązanie do zatrudnienia na umowę o pracę osób na określonych stanowiskach nie jest równoważne z takimi klauzulami generalnymi jak potwierdzeniem, że zna się warunki zamówienia, akceptuje się je oraz, że uzyskane informacje umożliwią przygotowanie oferty. Czy też taka klauzula generalna jak, że zapoznano się z postanowieniami umowy i w przypadku wyboru oferty obligujemy się do zawarcia jej na warunkach SIWZ.

Tak więc w ocenie Izby klauzule punktu 5 i 6 formularza ofertowego nie zastępują wymaganego postanowieniem pkt 3.11 SIWZ oświadczenia woli wykonawcy co do sposobu wykonania zamówienia przez zatrudnienie Kierownika Budowy i Dyrektora Kontraktu na podstawie umowy o pracę realizowanego treścią pkt 10 formularza ofertowego. Tego rodzaju pominięcie, opisanego oświadczenia woli w pkt 3.11. SIWZ, należy kwalifikować jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Z kolei uzupełnienie tego braku w trybie wyjaśnień w myśl art. 87 ust. 1 ustawy pzp po złożeniu oferty, nie naprawia wadliwości oferty wypełniającej treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Również z innych treści złożonej oferty nie wynika oświadczenie woli wykonawcy wskazujące na spełnienie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę wymienionych stanowisk. Przywoływany i cytowany powyżej JEDZ wykonawcy wymienia stanowiska i nazwiska, ale nie zawiera oświadczenia co do podstawy dysponowania tymi osobami. Dopiero przed udzieleniem zamówienia, a po złożeniu oferty, wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp złożył Wykaz osób z którego wynika, sposób dysponowania wskazanymi osobami. Tak więc ustalenie treści brakującego oświadczenia woli przewidzianego w formularzu ofertowym nie było możliwe do ustalenia z innych dokumentów składanych na dzień upływu terminu składania ofert. Powyższe stanowi potwierdzenie okoliczności podnoszonej w odwołaniu o wystąpieniu sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w myśl postanowień art. 82 ust. 3 ustawy pzp. W niniejszej sprawie sprzeczność ta przejawiała się przez brak oświadczenia woli wymaganej treścią formularza ofertowego w zmodyfikowanym jego dokumencie na dzień 18 października 2016 roku.

#### **Art. 34 ust. 5**

**71. Sygn. akt: KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17, KIO 1090/17,**

**Wyrok z dnia 26 czerwca 2017 r.**

W pierwszej kolejności wskazać należy, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji legalnej pojęcia „prawo opcji”. Definicji takiej nie zawierają również dyrektywy dotyczące udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, wskazuje jedynie, że podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia publicznego jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji lub wznowienia zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia (art. 5 ust. 1 dyrektywy).

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Z powyższego wynika zatem, że prawo opcji, o ile jest przewidziane, jest niezbędnym składnikiem opisu przedmiotu zamówienia. Jest to bowiem czynnik objęty koniecznością jego

wskazania zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. Stanowisko to potwierdzają także wskazane wyżej przepisy dyrektywy oraz art. 34 ust. 5 ustawy P.z.p., nakazujące, przy ustalaniu szacunkowej wartości zamówienia, uwzględniać prawo opcji. Oczywistym jest zatem, iż prawo opcji stanowi część przedmiotu zamówienia, czyli przedmiotu umowy zawieranej pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział prawo opcji i określił, w jaki sposób i na jakich zasadach będzie z niego korzystał. W szczególności wskazał możliwe terminy przedłużenia okresu wykonywania nadzoru autorskiego w ramach prawa opcji oraz sposób dokonywania płatności w przypadku każdego z przewidzianych terminów. W związku z tym zobowiązał wykonawców do określenia ceny z uwzględnieniem wszystkich wymagań s.i.w.z. w sposób określony w Formularzu Ofertowym oraz w załączniku zawierającym Harmonogram rzeczowo-finansowy, Rozbicie Ceny Ofertowej, Dodatkowy Potencjał Kadrowy). Podkreślił, że należy dokonać rozbicia procentowego ceny oferty zgodnie podziałem wskazanym w Załączniku nr 7 do OPZ, a następnie wypełnić RCO. Maksymalna Cena Kontraktowa Brutto z RCO uważana będzie za cenę oferty. Pozycja 10 RCO dotyczyła prawa opcji.

### **Art. 36a i art. 36b**

#### **72. Sygn. akt: KIO 192/17, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2017 r.**

Analizując znowelizowane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych można zatem dojść do kilku istotnych wniosków wypływających z tych przepisów. Przede wszystkim realizacja zamówienia przy udziale konkretnych podwykonawców wskazanych w ofercie (poprzez ich identyfikację) może ulec zmianie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, także na etapie realizacji zamówienia poprzez zmianę albo rezygnację z podwykonawcy (gdy jest on jednocześnie podmiotem, na którego zasobach wykonawca powołał się) bądź w przypadku gdy zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia. W tym ostatnim przypadku – jak wskazano powyżej – ustawodawca dopuścił zmianę podwykonawcy – poprzez zastąpienie go innym podwykonawcą, dopuszczając również sytuację całkowitej rezygnacji z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, pomimo że powyższe wykonawca zadeklarował w ofercie. Zatem nie ulega wątpliwości, że pomimo wskazania podwykonawcy konkretnego z nazwy (zidentyfikowania go) może w różnych przypadkach wskazanych w ustawie dojść do zmiany tego podmiotu.

Po drugie wnioskować należy, że skoro ustawodawca dopuszcza – w świetle znowelizowanych przepisów – szereg takich zmian podmiotu podwykonawcy, dopuszczając również weryfikację podwykonawcy na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem należy uznać, że wskazanie konkretnych podwykonawców w złożonej ofercie (ich spersonalizowanie poprzez podanie konkretnych firm) nie stanowi immanentnej części złożonej przez wykonawcę oferty. Informacja dotycząca firmy wskazanego przez wykonawcę podwykonawcy, nie jest elementem oferty, który nie może ulec zmianie. Istotnym zatem – stanowiącym treść oferty – jest opis i zakres zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje i które zaciąga, składając ofertę w postępowaniu, zaś wskazane przez niego firmy, nazwy podwykonawców są jedynie informacją wtórną, gdyż – jak wskazano powyżej – również na etapie realizacji zamówienia może dojść do zmiany takiego podmiotu. Wobec powyższego należy uznać, że informacje dotyczące firm podwykonawców nie mogą – w świetle znowelizowanych przepisów – stanowić treści oferty w rozumieniu przepisów, m. in. art. 87 oraz 89 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W następnej kolejności, należy dokonać szczegółowej analizy przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wyko-



nawcę firm podwykonawców. W ocenie Izby przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp skierowany jest do Zamawiającego. To Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców, co w niniejszym stanie faktycznym miało miejsce. Co do wykonawców zauważyć należy, że – w przepisie tym ustawodawca posługuje się pojęciem „zamiaru”, co wskazywałoby, że wykonawca ma podać na etapie składania oferty – w przypadkach gdy część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, co zamawiający dopuścić – firmy, nazwy proponowanych podwykonawców, które są mu na daną chwilę znane. Na poparcie swojego stanowiska – Izba dokonując analizy przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp – Izba wzięła pod uwagę – posiłkowo celem dokonania właściwej wykładni przepisów ustawy – treść art. 71 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także, aby podał ewentualnych proponowanych podwykonawców. W ocenie Izby interpretacja przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp wskazana przez Odwołującego – dokonana przez pryzmat przepisów wspólnotowych – jest jak najbardziej właściwa, gdyż przepis ten odnosi się w swej treści do „podania ewentualnych proponowanych podwykonawców”, zatem niewątpliwie „zamiar”, o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, odnosi się do projektu, pewnego zarysu listy podwykonawców proponowanych przez wykonawcę.

Stanowisko Izby wydaje się być tym bardziej słuszne z uwagi na kształt i treść standardowego formularza jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (pkt D Informacje dotyczące podwykonawców), gdzie wykonawca wskazuje czy zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo, jakiegokolwiek części zamówienia?, jeśli tak to podaje wykaz proponowanych podwykonawców, jeśli jest mu to wiadome. Zatem niewątpliwie jednolity dokument dopuszcza sytuację, w której na etapie składania oferty pełna lista podwykonawców wykonawcy nie będzie jeszcze znana. Ponadto zauważenia wymaga, że treść art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie różnicuje sytuacji wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia powyżej i poniżej progów unijnych. Przepis sformułowany jest w taki sposób, że dotyczy wszystkich postępowań – również tych których wartość zamówienia przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zatem nieuprawnionym byłoby traktowanie w inny sposób wykonawców, którzy takich informacji nie podali (w postępowaniach poniżej progów unijnych) z wykonawcami, którzy składając jednolity europejski dokumentu zamówienia podaliby jedynie firmy podwykonawców, które są im znane, z pominięciem firm podwykonawców, co do których nie mieliby pewności, czy będą brały udział w realizacji tego zamówienia.

Niewątpliwie również – co nie może umknąć uwadze Izby – że przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie wprowadza granicy czasowej kiedy podanie tych firm, nazw podwykonawców ma nastąpić. Powyższe należy uznać za spójne z treścią innych przepisów – przywołanych przez Izbę – odnoszących się do podwykonawstwa. Przede wszystkim Zamawiający nie dokonuje weryfikacji podwykonawców wyłącznie do upływu terminu składania ofert, a przeciwnie wobec możliwości dokonania takiej zmiany (firmy podwykonawcy) na późniejszym etapie postępowania zmuszony jest dokonać takiej weryfikacji na przykład na etapie wykonawstwa, co utwierdza Izbę w przekonaniu, że przyjęta interpretacja ww. przepisu jest właściwa. Zatem należy stwierdzić, że skoro brzmienie tego przepisu nie odnosi się wyłącznie do etapu oceny oraz wyboru oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne, to nie można wobec wykonawcy, który nie podał wyczerpującej listy firm podwykonawców wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty, w tym w szczególności – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dodatkowo zauważenia

również wymaga, że przepis ten nie posługuje się pojęciem „podania wszystkich firm podwykonawców”, co również potwierdza przedstawione powyżej stanowisko Izby.

Ponadto zauważenia również wymaga, iż zarówno przepisy krajowe, jak i ww. dyrektywa, pozostawiają wykonawcy swobodę w doborze podwykonawcy, a omawiane powyżej podwykonawstwo niewątpliwie odnosi się do realizacji zamówienia, co potwierdza analiza przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, gdzie art. 71 dotyczący podwykonawstwa zawarty został w rozdziale dotyczącym realizacji zamówienia. Zatem potwierdza to tezę, że w dużej większości podwykonawcy będą weryfikowani przez Zamawiającego na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie również – na co należy zwrócić uwagę – istotnie może ulec zmianie sytuacja podwykonawcy (np. poprzez układ czy upadłość), co zostało dostrzeżone i wskazane w preambule dyrektywy (pkt 85). Istotnym jest, aby Zamawiający opierał się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych. Zatem – na co zwraca się szczególną uwagę – iż instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne do właściwego przebiegu postępowania.

Izba nie zgodziła się z interpretacją przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp przedstawioną przez Zamawiającego i Przystępujących. Przyjęcie takiej interpretacji – jak żądał tego Zamawiający – prowadziłoby do nadmiernego formalizmu, od którego ustawodawca – poprzez wprowadzoną nowelizację – zamierza odejść. Powyższe sprowadzałoby się do automatycznego odrzucania ofert wykonawców nie zawierających – według Zamawiającego – wyczerpującej listy firm podwykonawców, co w ocenie Izby w świetle znowelizowanych przepisów ustawy jest działaniem zbyt daleko idącym. Zauważenia również wymaga, że – posiłkując się preambułą Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE – celem wprowadzenia niniejszych uregulowań było odformalizowanie postępowania, gdyż, jak wskazano w pkt 84 preambuły: „Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Ograniczenie takich wymogów, na przykład przez zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne mogłoby w znacznym stopniu uprościć procedurę z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i wykonawców”. Zatem odrzucenie oferty wykonawcy – jak to miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym – po przeanalizowaniu całokształtu przedstawionej argumentacji byłoby również sprzeczne z ogólnymi zasadami swobody świadczenia zamówienia na rzecz wybranego podmiotu, jak również sprzeczne z zakazem dyskryminacji podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W szczególności nie może umknąć uwadze Izby, iż wykonawca, który podałby – jako swojego podwykonawcę – podmiot, który, wiadomym jest, że z różnych przyczyn, tym podwykonawcą nie będzie – tylko celem nieodrzuconia oferty wykonawcy, tak by na późniejszym etapie dokonać zmiany podwykonawcy, potraktowany byłby – w świetle przyjętej przez Zamawiającego interpretacji – lepiej w przeciwieństwie do wykonawcy – podającego informację zgodną z rzeczywistym stanem faktycznym, że takowi podwykonawcy nie są mu jeszcze znani – a oferta takiego wykonawcy zostałaby przez Zamawiającego – w świetle przepisów ustawy Pzp – odrzucona. W ocenie Izby – jak zostało to wcześniej wskazane – przepis art. 36b ust. 1 ustawy Pzp powinien być interpretowany przez pryzmat innych znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując zatem ewentualne ograniczenie wykonawców – w zakresie swobody doboru podwykonawstwa (podania nazw, firm podwykonawców) – możliwe jest tylko na etapie rea-

lizacji zamówienia, gdyż niewątpliwie podwykonawstwo dotyczy właśnie tej fazy postępowania o udzielenie zamówienia i samo podwykonawstwo (podanie nazw, firm podwykonawców) w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wtórny, istotne znaczenie ma treść oferty, w rozumieniu opisu i wskazania zakresu zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje i które zaciąga. Wobec powyższego informacje dotyczące podwykonawstwa – podania ich nazw, firm – nie stanowią treści oferty w rozumieniu przepisów art. 87 i 89 ustawy Prawo zamówień publicznych.

### **73. Sygn. akt: KIO 416/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r.**

Zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy P.z.p. [chodzi o art. 36b ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.], zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że pod pojęciem „części zamówienia” można rozumieć jedynie procentowy udział w realizacji zamówienia. Art. 36a i nast. ustawy P.z.p., dotyczące możliwości powierzenia części zamówienia podwykonawcom, poprzez część zamówienia rozumieją przede wszystkim zakres i przedmiot tych części. Ustawodawca umożliwił zamawiającemu ingerencję w decyzje wykonawców w zakresie powierzania prac podwykonawcom, np. wymóg wykonania przez wykonawcę, któremu zlecono zamówienie, kluczowych części zamówienia (art. 36 ust. 2) czy też podanie szczegółowych informacji o podwykonawcy w przypadku zamówień na roboty budowlane i usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego (art. 36b ust. 1a). Tym samym wskazanie jedynie procentowego udziału zamówienia, który ma być powierzony podwykonawcy, czyniłoby uprawnienie zamawiającego iluzorycznym i nieskutecznym.

### **Art. 36aa**

### **74. Sygn. akt: KIO 164/17, Wyrok z dnia 9 lutego 2017 r.**

Izba przychyła się do stanowiska Zamawiającego, iż Ustawa nie nakłada obowiązku podziału zamówienia na części, pozostawiając decyzji zamawiającego to, czy zamówienie podzielić na części, a także w jaki sposób tego podziału ewentualnie dokona. Wskazuje na to brzmienie art. 36aa ust. 1 Ustawy Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Powyższe skłania zatem do wniosku, że kwestia podziału zamówienia jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Mając na uwadze możliwe konsekwencje w dostępie do zamówienia, decyzja o tym, że zamówienie nie będzie dzielone, przy postawionym zarzucie naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy, podlegać powinna ocenie w kontekście uzasadnionych potrzeb i korzyści, jakie może nieść taka formuła zamówienia dla zamawiającego.

### **75. Sygn. akt: KIO 920/17, Wyrok z dnia 23 maja 2017 r.**

Kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp). Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części. Zamawiający podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przy-

nieść wymierne korzyści finansowe. Nie należy również zapominać, iż decyzją zamawiającego musi również uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Zważyć należy, że powodem nowelizacji ustawy Pzp, w zakresie ewentualnego podziału zamówienia na części był motyw 78 preambuły do Dyrektywy klasycznej. W przypadku, gdy instytucja zamawiająca zdecyduje, że podział zamówienia na części nie byłby właściwy, stosowne indywidualne sprawozdanie lub dokumenty zamówienia powinny zawierać wskazanie głównych przyczyn decyzji instytucji zamawiającej. Powyższy motyw preambuły wymienia następujące przykładowe przyczyny: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrożić właściwemu wykonaniu zamówienia.

Izba wskazuje, iż przy założeniu wniosków zgłaszanych przez odwołującego, szacując koszty zamówienia, zamawiający byłby zobowiązany do szacowania, np. kosztów transportu (paliwa) oraz pracy kierowcy/kierowców każdorazowo przy czterokrotnym przeliczaniu danej usługi, a nie jednokrotnej usłudze opisanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazać należy, że wskazane w pkt od a – d, usługi przy obecnie sformułowanym w s.i.w.z. opisie przedmiotu zamówienia i w treści zamieszczonej na stronie zamawiającego, mogą być łączone i realizowane wspólnie, albowiem naprzemiennie na terenie Gminy Miejskiej T. i przy określonej ulicy znajdują się nieruchomości zamieszkałe, nieruchomości niezamieszkałe i mogą znajdować miejsca składowania odpadów komunalnych. Zatem odwołujący, oczekując podziału zamówienia na cztery części dąży do ponoszenia nieuzasadnionych kosztów przez zamawiającego, znacznie większych, bowiem każdą z tych usług osobno w odniesieniu do każdej części mógłby wykonywać inny wykonawca, gdyż intencją odwołującego była możliwość realizowania każdej części z osobna.

Zdaniem Izby, zarzut odwołującego, jakoby zamawiający poprzez brak podziału zamówienia na części naruszył konkurencję i ograniczył możliwość ubiegania się o zamówienie mniejszym podmiotom jest zarzutem, który nie może się ostać, gdyż wynika jedynie z chęci dostosowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i bardzo korzystnego dla odwołującego modelu odbierania odpadów komunalnych z terenu Gminy Miejskiej T. w aspekcie posiadanych zasobów osobowych i posiadanych urządzeń technicznych.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 114/13, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie można postrzegać w ten sposób, że dogodnie dla wykonawców warunki wykonania zamówienia, jego zakres mogą przysłonić uzasadnione potrzeby zamawiającego (w zaistniałej sytuacji zwiększenie kosztów zamówienia).

Wskazać należy, że odwołujący nie udowodnił w żaden sposób, dlaczego zamawiający, miałby podzielić zamówienie na części i czy taka decyzja zamawiającego znajdzie swoje wymierne uzasadnienie, w tym czy będzie związana z obniżeniem środków przeznaczonych na realizację zamówienia, nie spowoduje znacznego utrudnienia w obsłudze tak realizowanych zamówień (częściowych), w tym organizacyjno-technicznych, np. związanych z koniecznością zatrudnienia dodatkowych osób nadzorujących realizację tych kontraktów.

### **Art. 67 ust. 1 pkt 12**

#### **76. Sygn. akt: KIO 158/17, Wyrok z dnia 7 lutego 2017 r.**

Odnośnie przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy należy zauważyć, że zawarta tam regulacja literalnie ujmując, dotyczy kontroli, odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne

oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej. Jak stwierdził odwołujący, przenosząc powyższe na grunt funkcjonowania spółek samorządowych, należy podkreślić, że formy (struktury) prawne takich spółek – określone bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa – wyłączają pełną kontrolę wspólników lub rady nadzorczej nad działalnością zarządu spółki, a zarząd, a nie wspólnicy, ponosi odpowiedzialność za zobowiązania spółki na zasadzie art. 299 Kodeksu spółek handlowych.

Skład orzekający Izby zauważa, że aparat pojęciowy analizowanego przepisu ustawy pzp nie w pełni odpowiada regulacjom prawa handlowego. Jak wyżej wskazano ustawa pzp przewiduje kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne i istotne decyzje dotyczące zarządzania. W tym świetle należy ocenić charakter relacji pomiędzy gminą jako jednostką samorządu terytorialnego a spółką, która przez gminę została utworzona. Zarówno gmina, jak i spółka, są wyposażone w osobowość prawną, a ta druga powołana została stosownie do przepisów ustawy o gospodarce komunalnej w celu wykonywania zadań w zakresie gospodarki komunalnej sprecyzowanych w umowie spółki jako przedmiot przedsiębiorstwa spółki.

Jako spółka kapitałowa podlega oczywiście regulacjom kodeksu spółek handlowych, jednocześnie jednak niezbędne jest rozpatrywanie jej funkcjonowania w kontekście sposobu jej powstania, jej finansowania, kontroli jej działalności przez jednostkę samorządu terytorialnego, zasad powierzania spółce poszczególnych zadań, a także odpowiedzialności prawnej za skutki jej funkcjonowania; takie okoliczności decydują o specyfice spółki będącej komunalną osobą prawną. W istocie rzeczy status prawny spółki gminnej jest pochodną statusu prawnego jej wspólnika i założyciela zarazem, czyli jednostki samorządu terytorialnego. Jakkolwiek tego rodzaju relacja i zależność pomiędzy spółką i jej założycielem zawsze występuje, to w przypadku spółek komunalnych jest ona przez ustawodawcę szczególnie silnie eksponowana, a wynika to z ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o gospodarce komunalnej. Wynika to z faktu, że spółka wykonuje zadania należące do gminy, w zakresie spółce powierzonym, a jej działanie nie jest nastawione przede wszystkim na zysk, lecz ma zaspokajać zbiorowe potrzeby wspólnoty samorządowej. Powołane przepisy wskazują, że gospodarka komunalna jest to działalność jednostek samorządu terytorialnego polegająca na wykonywaniu nałożonych na nie ustawowo zadań określonego rodzaju, natomiast spółka prawa handlowego, podobnie jak i zakład budżetowy, to tylko formy wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego tychże zadań. Z tego stwierdzenia nasuwa się wniosek, że spółka komunalna oraz zakład budżetowy są jedynie swoistymi instrumentami w rękach gminy, która decyduje o ich utworzeniu, przedmiocie ich działalności, a także o ich likwidacji.

### **77. Sygn. akt: KIO 328/17, Wyrok z dnia 3 marca 2017 r.**

W ocenie składu orzekającego Izby w analizowanej sprawie, Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, uprawniających go do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki. Wskazać należy, że zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Pozostałe tryby – negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, partnerstwo innowacyjne albo licytacja elektroniczna – mogą być zastosowane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp). Z przywołanych wyżej przepisów wynika, że przesłanki uprawniające do zastosowania trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane ściśle, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w podstawowych trybach przewidzianych w ustawie (podobnie Sąd Najwyższy z dnia 6 lipca 2001, III RN 16/01, OSNP 2001/22/657). Podkreślenia wymaga, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo do zasady udzielania zamówień w trybach kon-



kurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości. Obowiązek publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, ma na celu umożliwienie innym podmiotom dokonania oceny, czy faktycznie istnieją podstawy do udzielenia zamówienia w trybie *in-house*. Zobowiązując Zamawiającego do zamieszczenia takiej informacji ustawodawca zapewnił ochronę zasady konkurencji i przejrzystości, a potencjalnym wykonawcom dał możliwość zweryfikowania spełnienia, m.in. przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, którzy w przypadku przekonania, że brak jest podstaw do udzielenia zamówienia *in-house* w oparciu o ten przepis mają prawo wnieść odwołanie i w takim kontekście przedmiotowe odwołanie jest rozpoznawane przez Izbę (podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza o wyroku z dnia 7 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 96/17).

O ile przesłanki określone w lit. a i c art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zostały, choć lakonicznie, ale wskazane w opublikowanej przez Zamawiającego Informacji o zamiarze zawarcia umowy, o tyle w treści tego ogłoszenia Zamawiający zupełnie pominął obowiązek wykazania zaistnienia przesłanki określonej w lit. b tego przepisu, odnoszącej się do procentowego udziału działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych spółce przez zamawiającego, sprawującego nad nią kontrolę. Celem wykazania, że ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego, sprawującego nad nią kontrolę, koniecznym było – w tym stanie faktycznym, mając na uwadze, że ze względu na rozpoczęcie działalności spółki w roku 2016 r. dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata są niedostępne – ustalenie procentu działalności, o którym mowa w lit. b za pomocą „wiarygodnych prognoz handlowych” (art. 67 ust. 9 ustawy Pzp). Tymczasem, w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, brak jakichkolwiek informacji o ustaleniu procentu działalności spółki kontrolowanej, co więcej również w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający nie wykazał, że spełnienie wymagania co do procentowego udziału działalności zostało ustalone, zgodnie z wymaganiami art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, tj. w oparciu o wiarygodne prognozy handlowe. Zamawiający, na którym spoczywa ciężar wykazania przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, winien w treści Informacji o zamiarze zawarcia umowy wskazać na spełnienie przesłanki z lit. b i sposób ustalenia procentowego udziału zadań własnych w działalności kontrolowanej osoby prawnej, zaś w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający winien wykazać spełnienie tej przesłanki, przedstawiając wiarygodne prognozy handlowe, w oparciu o które dokonał ustaleń. Inicjatywy w tym zakresie Zamawiający jednak nie podjął. W konsekwencji, brak wymaganego przepisami ustawy Pzp uzasadnienia faktycznego wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, dowodzi braku wykazania przez Zamawiającego przesłanek niezbędnych do udzielenia zamówienia w trybie *in house*, w szczególności braku spełnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp. Okoliczność ta uniemożliwia weryfikację prawidłowości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i stanowi naruszenie przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co powoduje konieczność uwzględnienia odwołania przez Izbę i nakazania unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Prowadzone postępowanie z uwagi na wskazane wyżej uchybienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W sytuacji bowiem zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, ewentualna przyszła umowa w sprawie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu (art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

#### **78. Sygn. akt: KIO 625/17, Wyrok z dnia 21 kwietnia 2017 r.**

Zdaniem Izby z przywołanych powyżej przepisów ustawy pzp nie wynika, aby dla udzielenia z wolnej ręki zamówienia tzw. *in-house* konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp. Jest to właśnie jeden z określonych w ustawie

pzp wyjątków, do których odsyła art. 10 ust. 2 pzp, od zasady prymatu trybów najbardziej konkurencyjnych (czyli przetargów: nieograniczonego i ograniczonego) z art. 10 ust. 1 pzp. Innymi słowy z przepisów art. 10 pzp wynika, że w razie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonych w ustawie pzp nie dochodzi do naruszenia zasady z ust. 1, gdyż w takim przypadku znajduje zastosowanie wyjątek, o którym mowa w ust. 2. W takiej sytuacji nie zostaje również naruszony art. 7 ust. 1 pzp, gdyż oczywiste jest, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego istotą jest brak jakiejkolwiek konkurencji dla jedynego wykonawcy, trudno w ogóle rozważać na czym miałyby polegać zapewnienie przez zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego jest bezprzedmiotowa.

Z kolei skorelowanie wskazywanych w odwołaniu i przytoczonych powyżej przepisów art. 67 pzp jest takie, że wynikający z ust. 11 pkt 5 obowiązek podania przez zamawiającego podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w ramach zamieszczanej na stronie BIP informacji o zamiarze zawarcia umowy), odnosi się do wykazania spełnienia zaistnienia jednej z sytuacji określonych ust. 1 w pkt od 12 do 15. Ujmując to w szerszej perspektywie – konstrukcja art. 67 pzp jest taka, że ust. 1 w pkt od 1 do 15 zawiera taksatywne wyliczenie wszystkich sytuacji, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, przy czym na każdą z nich składają się określone przesłanki, które łącznie muszą być spełnione. Wykazanie spełnienia się tych przesłanek jest konieczne, a zarazem wystarczające, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki. Co do zasady tak rozumiane uzasadnienie wyboru tego trybu zamawiający może zamieścić w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy (tzw. ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*), które ma charakter fakultatywny, co wynika z art. 66 ust. 2 pkt 3 pzp. Natomiast w przypadku zamówień udzielanych *in-house* i innych zbliżonych sytuacjach, o których mowa w pkt od 12 do 15 ust. 1 art. 67, różnica sprowadza się do tego, że zamieszczenie takiego uzasadnienia, jako jednego z elementów zamieszczanej na stronie BIP danego zamawiającego informacji o zamiarze zawarcia umowy, ma charakter obligatoryjny, co wynika z art. 67 ust. 11 pkt 5 pzp. W obu przypadkach uzasadnienie wyboru trybu sprowadza się do wykazania spełnienia przesłanek konstytuujących daną sytuację jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych.

Powyższe przepisy ustawy pzp – zarówno co do przesłanek określających zamówienie *in-house*, jak i zakresu wymaganego udowodnienia wystąpienia tej sytuacji w danym postępowaniu – nie poddają się wykładni, prezentowanej w odwołaniu jako prounijna, gdyż jej sugerowany rezultat – w postaci konieczności uzasadniania wystąpienia dodatkowych przesłanek, wywodzonych z art. 18 ust. 1 dyrektywy – stanowiłby w istocie wykładnię *contra legem* przepisów ustawy pzp. Tymczasem, jak sam zauważył Odwołujący, o ile w ustawie pzp zamówienie *in-house* zostało ujęte jako jeden z przypadków uzasadniających udzielenie zamówienia w trybie z założenia wyłączającym konkurencję, o tyle według dyrektywy, po spełnieniu przesłanek z art. 12 ust. 1 (analogicznych do określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp), zamówienia takie nie są w ogóle objęte zakresem jej zastosowania. W takiej sytuacji nie ma możliwości badania innego, niż przez przyzmat tych przesłanek, czy udzielenie zamówienia *in-house* nie stanowi nieuzasadnionego wyłączenia danego zamówienia z zakresu zastosowania dyrektywy lub przejaw sztucznego zawężania konkurencji. (...)

Wybierając powyższe rozwiązanie, ustawodawca dał wyraz stanowisku, że nie chce, aby zawieranie umów typu *in-house* było wyłączone spod obowiązku stosowania Prawa zamówień publicznych, ale żeby umowy te były zawierane w trybie zamówienia z wolnej ręki. Uznał, że zapewni to większą transparentność udzielania przedmiotowych zamówień przez podmioty publiczne. Wybierając takie rozwiązanie, nałożył jednocześnie na zamawiających więcej obowiązków, aniżeli przewidują to przepisy unijne. Przykładowo obowiązek ogłaszania informacji o zamówieniu w tym trybie i informacji o każdej zawartej umowie został nało-

żony na zamawiających w celu monitorowania i kontroli przez przedsiębiorców i właściwe organy kontroli legalności udzielania przez nich takich zamówień.

Stanowisko Izby zajęte w tej sprawie nie jest odosobnione, gdyż podobne wyraziła Izba już w wyroku z 7 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 96/17), rozpatrując analogiczny do podniesionego w tej sprawie zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp, polegający na bezpodstawnym uznaniu, że zachodzą przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy zamawiający nie wykazał, że udzielane w tym trybie zamówienie nie narusza zasad konkurencji wynikających z art. 49, art. 56, art. 102 i art. 106 TFUE (na konieczność czego, wskazuje pro unijna interpretacja przepisów pzp), co w konsekwencji będzie prowadziło do nieuzasadnionego preferowania tylko jednego z wykonawców zainteresowanych zamówieniem publicznym, z pominięciem innych wykonawców działających na rynku właściwym.

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

#### **79. Sygn. akt: KIO 604/17, Wyrok z dnia 19 kwietnia 2017 r.**

Wszakże zarówno art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, który zawiera dyrektywę, że treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, jak również pochodne tej dyrektywy ujęte w treści art. 87 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 ustawy Pzp chronią z jednej strony Zamawiającego przed nieuprawnionymi manipulacjami ze strony wykonawców nakierowanymi na modyfikację pierwotnego zakresu świadczenia, jak również stanowią gwarancję dla pozostałych, uczestniczących w postępowaniu wykonawców, że nie dojdzie do zaburzenia konkurencji i równego traktowania wykonawców na skutek nieuprawnionych negocjacji pomiędzy wyłonionym w postępowaniu wykonawcą, a podmiotem zamawiającym.

Szczególne rozwinięcie wskazanych wyżej zasad znajdujemy w treści przepisu art. 87 ust. 1–2 ustawy Pzp, gdzie uregulowane zostały mechanizmy ingerencji w treść oferty i wskazany został jeden wyjątek, który umożliwia dokonanie zmiany treści oferty przez samego wykonawcę. Analizując wskazane wyżej przepisy wskazać należy, że art. 87 ust. 1 zdaniem drugie ustawy Pzp wprost wskazuje, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści.

Odnosząc się do kolejnych przepisów tego artykułu Izba wskazuje, iż jedyny wyjątek, w ramach którego dopuszczalne jest na wniosek (żądanie) samego zamawiającego sprecyzowanie lub dopracowanie treści oferty oraz przedstawienie informacji dodatkowych (jednak bez możliwości dokonywania istotnych zmian w jej treści oraz zmian wymagań zawartych w treści SIWZ) dotyczy tylko postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego. Wszakże zmiany treści oferty (na skutek wystąpienia oczywistych omyłek rachunkowych, pisarskich lub innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ) jest realizowana przez samego zamawiającego (art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp).

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

#### **80. Sygn. akt: KIO 460/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r.**

Próba ustalenia przyczyny omyłki nie pozwala ustalić mechanizmu jaki przyjął wykonawca do wyliczenia wartości netto. Nie oznacza to jednak, iż nie było możliwe przyjęcie, iż na skutek przyjęcia błędnych składowych działania matematycznego polegającego na obliczeniu wartości procentowej prac projektowych, podane wartości po zsumowaniu dały inny wynik i nie pokrywały się z ceną oferty netto z formularza cenowego, dotyczącą tego elementu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby omyłka miała miejsce przy wyliczeniu wartości etapów prac, a nie przy ustaleniu ceny ofertowej i miała charakter matematyczny. Odwołujący

ograniczał możliwe omyłki rachunkowe do podstawowych działań matematycznych, i ich zakresu związanego z błędnym zsumowaniem wartości pozycji. Ustalenie wartości procentowej również jest tego rodzaju działaniem, którego poprawność można zweryfikować samodzielnie w oparciu o zasady matematyczne, jak uczynił to Zamawiający dokonując prawidłowego wyliczenia wartości wszystkich pozycji w oparciu o dane wynikające z oferty. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż mógł on ustalić prawidłowe składowe ceny w oparciu o narzucone w siwz stawki procentowe, wiążące wszystkich wykonawców i wskazane w załączniku nr 1A do formularza ofertowego. Mechanizm wyliczenia procentowego udziału ceny w poszczególnych etapach realizacji prac projektowych stanowił działanie matematyczne i nie wymagał komunikacji z wykonawcą po złożeniu oferty. Potwierdza to również stan faktyczny wskazujący na brak wezwania do wyjaśnienia stwierdzonej rozbieżności w sposobie prezentacji ceny ofertowej. Zamawiający jedynie poinformował wykonawcę o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej, na której poprawienie wykonawca wyraził zgodę. W ocenie Izby nie doszło do negocjacji, której celem miało być ustalenie ceny ofertowej, która nie uległa zmianie. Wprost w siwz określono, iż załącznik nr 1A do formularza ofertowego służył prezentacji ceny ofertowej w rozbiciu procentowym, a sama cena ofertowa była prezentowana w formularzu ofertowym. Nie budziło wątpliwości i suma kwot prezentowanych w załączniku nr 1A powinna odpowiadać cenie ofertowej za wykonanie dokumentacji projektowej, a zatem działanie Zamawiającego zmierzało do przywrócenia spójności oferty wykonawcy, a nie kreowania nowego oświadczenia co do wysokości ceny, ustalonej od początku w formularzu ofertowym i odczytanej na otwarciu ofert, a także stanowiącej podstawę do oceny oferty w kryterium cena. Załącznik 1A nie mógł stanowić samodzielnej podstawy do ustalenia ceny ofertowej, również z tej przyczyny, iż odnosił się do jednego z dwóch elementów ceny, tj. wykonania dokumentacji projektowej wycenionej przez X w ofercie na kwotę netto 11.177.400,00 PLN. A zatem, to w formularzu ofertowym prezentowana była cena oferty brutto, jako cena za całość prac objętych przedmiotem zamówienia. W świetle powyższego czynność poprawienia treści oferty nie prowadziła do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Ustawy, co czyniło odwołanie w tym zakresie bezzasadnym.

### **81. Sygn. akt: KIO 835/17, Wyrok z dnia 11 maja 2017 r.**

W ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp okazał się nieuzasadniony. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że w pojęciu „oczywistej omyłki rachunkowej” mieszczą się takie sytuacje, w których działanie arytmetyczne dotknięte jest błędem. Oczywistość tej omyłki powoduje, że dla przeciętnego człowieka nie budzi wątpliwości, że wynik określonego działania matematycznego został określony wadliwie. Powodem tej wadliwości jest omyłka w wykonywaniu obliczeń lub w sposobie przeprowadzenia działania matematycznego.

### **Art. 87 ust. 2 pkt 3**

### **82. Sygn. akt: KIO 2492/16, Wyrok z dnia 16 stycznia 2017 r.**

Zdaniem Izby, działanie Zamawiającego polegające na poprawieniu ilości opakowań 28 zamiast 32 była prawidłowe i znajduje oparcie w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wspomnieć należy, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest eliminowanie sytuacji, w których z powodu nieistotnych omyłek w treści oferty, odrzuceniu podlegałaby oferta gwarantująca realizację zamówienia zgodnie z siwz i wymaganiami zamawiającego (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r. sygn. akt XII Ga 429/09).. Przepis obliuguje zamawiającego do poprawienia niezgodności treści oferty z treścią siwz, jeśli zach-

dzą łącznie dwie okoliczności: 1) niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter omyłki i 2) poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Ocenę czy owe przesłanki zaistniały w danym stanie faktycznym należy dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności sprawy (*ad casum*). Uwzględniając powyższe, Izba doszła do przekonania, iż w rozpatrywanym stanie faktycznym ziściły się obie przesłanki uprawniające Zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze: okoliczności sprawy wskazują, że niezgodność treści oferty z treścią siwz ma charakter niezamierzonego, niecelowego działania wykonawcy i wynika z błędnego przyjęcia do obliczeń ilości pacjentów w ciągu 48 miesięcy. Po drugie: poprawienie omawianej omyłki, tj. 28 op. na 32 op. nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

### **83. Sygn. akt: KIO 22/17, Wyrok z dnia 19 stycznia 2017 r.**

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

Ustawodawca dopuszczając jednak możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawienia innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił jednocześnie ich granicę. Dokonane zabiegi nie mogą bowiem prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja wskazuje, że ustawodawca posługując się pojęciem nieostrym („istotne zmiany”) zrezygnował z określenia katalogu zmian w treści oferty, które mogą nastąpić w wyniku poprawienia omyłek, dając wyraz temu, iż ważne są okoliczności sprawy. Tylko bowiem przy ich uwzględnieniu, można ocenić, czy poprawienie omyłki doprowadzi do istotnej zmiany w treści oferty. Jak już zostało wyżej wskazane, treść oferty obejmuje istotne postanowienia umowy, a więc postanowienia, które odnoszą się m.in. do przedmiotu i ceny. Oznacza to, że za uprawnione należy uznać poprawienie błędów występujących w tym zakresie. Jednocześnie w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że dokonując oceny istotności zmian w treści oferty należy brać pod uwagę rozmiar tych zmian, mając na uwadze ilość, jakość i wartość przedmiotowych zmian.

Z powyższego wynika, że intencją ustawodawcy było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieściśłości 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 [chodzi o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – *przyp. red.*]). Zamawiający obowiązany jest bowiem niezwłocznie powiadomić wykonawców o dokonanych przez siebie poprawkach, na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, zaś w przypadku, gdy poprawki te dotyczą niezgodności oferty z SIWZ – uzyskać akceptację wykonawcy na poprawienie omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

W odniesieniu do poprawek dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty wskazuje się, że taka poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Niewątpliwym jest zatem, że w wyniku poprawy tego rodzaju niezgodności, na gruncie tego przepisu, każdorazowo nastąpi zmiana treści oferty. Granicą zmiany dokonanej w następstwie



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

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

#### **84. Sygn. akt: KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17, Wyrok z dnia 20 marca 2017 r.**

W znaczeniu nadanym art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp jako „inne omyłki” należy rozumieć niezgodności wymagań zawartych w SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Tymczasem wskazanie przez odwołującego modelu i nazwy oferowanego procesora było dla zamawiającego kwestią podstawową i najistotniejszą. Bez podania właśnie tych elementów oferta była dla zamawiającego praktycznie bezwartościowa i uniemożliwiała przejście do kolejnego etapu postępowania tj. ewentualnego wyjaśnienia dotyczącego treści oferty. Mając powyższe na uwadze nie można zgodzić się z tezą odwołującego, że możliwe było poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do oferty modelu i nazwy procesora, gdyż wiązałoby się to z niezwykle istotną zmianą oferty. Oznaczenie i wskazanie oferowanych urządzeń stanowi niewątpliwie treść oferty wykonawcy (taki też był określony w SIWZ charakter dokumentu opisu przedmiotu zamówienia wymaganego wraz z ofertą), i to jej istotny element – *essentialia negotii* – definiujący przedmiot składanej oferty i, późniejszej dostawy. W tym zakresie, art. 87 ust. 1 Pzp uniemożliwia dokonywanie zmian w stosunku do złożonej oferty. Ewentualne uwzględnienie wyjaśnień odwołującego byłoby bezprzedmiotowe, bowiem doprecyzowanie w nich przez X przedmiotu oferty (marki/modelu/ symbolu oferowanego procesora, prowadziłyby do nieuniknionej zmiany treści złożonej już oferty w jej istotnym aspekcie. Z tych samych względów, brak podstaw do zastosowania w przedmiotowej sytuacji instytucji poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

#### **85. Sygn. akt: KIO 500/17, Wyrok z dnia 28 marca 2017 r.**

Następnie zauważyć należy, że wykonawcy mieli obowiązek sporządzić wykaz infrastruktury, która jest niezbędna, aby system działał prawidłowo i wydajnie. Określenie cech tej infrastruktury miało zatem na celu zapewnienie należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca określał parametry sprzętu, przy zastosowaniu którego dostarczony system będzie działał zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, a w przeciwnym wypadku wykonawca poniesie odpowiedzialność kontraktową. Już z tego powodu parametry te należy uznać za istotny element oferty. Oferta Odwołującego, po wykreśleniu zakwestionowanych parametrów byłaby ofertą inną, niż przed poprawieniem omyłki, inaczej kształtowałyby obowiązki Zamawiającego dotyczące zakupu sprzętu, a przedmiot zamówienia musiałby zostać wykonany przy użyciu sprzętu o innych cechach, niż pierwotnie opisane w ofercie. W przypadku wykreślenia cech wskazujących na konkretne produkty Zamawiający

miałby dowolność doboru parametrów. Tym samym powstałoby pytanie o wpływ tychże parametrów na działanie systemu. Tymczasem Zamawiający nie po to żądał od wykonawców określenia cech infrastruktury, aby samodzielnie, w zastępstwie wykonawcy, dokonywać ustaleń co do ich istotności dla działania systemu, którego architektury nie zna, a który dostarczy i wdroży wykonawca.

Nie sposób zaakceptować tezy Odwołującego, że kwestia prawidłowego działania systemu z wykorzystaniem sprzętu niespełniającego zakwestionowanych parametrów byłaby ryzykiem, które wykonawca wzięłby na siebie wykonawca wyrażając zgodę na poprawienie omyłki. Niweczyłoby to cel, jak przyświecał żądaniu przez Zamawiającego opisanie infrastruktury, którą zobowiązany będzie zakupić, a było nim zapewnienie przez dostawcę systemu, że zakupiony przez Zamawiającego sprzęt będzie odpowiedni do wykonania przedmiotu zamówienia.

#### **86. Sygn. akt: KIO 535/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r.**

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1084/12, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz oczekiwania. W tym miejscu należy powołać podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Zamawiający będący podmiotem odpowiedzialnym za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powinien dotożyć należytej staranności, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, a wykonawcy, który ją złożył, powierzyć realizację zamówienia.

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1–3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp (*vide*: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12).

Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty zakreśla przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią siwz. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni siwz (art. 82 ust. 3 Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu

nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z siwz (*vide*: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obciążone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [(t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 2018) – *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. (...). 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 kasuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami.”

Analiza treści przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. pozwala na stwierdzenie, iż – odmiennie aniżeli jest to uregulowane w pkt 1 i 2 omawianego ustępu – omyłka, o której mowa w ust. 3, niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. O tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy.

### **87. Sygn. akt: KIO 1083/17, KIO 1095/17, Wyrok z dnia 22 czerwca 2017 r.**

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który był podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego, stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp głosi natomiast, że zamawiający poprawia w ofercie omyłki nie będące oczywistymi omyłkami pisarskim lub rachunkowymi, o ile nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty. Orzecznictwo wydane w związku z powołanym przepisem wypracowało dyrektywę uzdrowienia oferty dotkniętej omyłkami. Przede wszystkim omyłki powinny być niezamierzone przez wykonawcę. Po drugie powinny mieć one charakter nieistotny, co ocenia się z reguły z zastosowaniem kryterium wartości, liczby pozycji ofertowych, w których znajdują się omyłki w stosunku do całości świadczenia oraz przedmiotowego znaczenia poprawianych elementów w stosunku do całości świadczenia wykonawcy. Przyjmuje się również, że zamawiający powinien móc we własnym zakresie ustalić sposób poprawienia oferty. Źródłem tego poglądu jest nie tylko wynikający z art. 87 ust. 1 Pzp zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących treści

oferty, ale również to, że celem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest odtworzenie oświadczenia wykonawcy zniekształconego skutkiem popełnienia omyłki, nie zaś ukształtowania przez zamawiającego nowego oświadczenia woli wykonawcy. Tego rodzaju działanie zamawiającego, nawet jeśli dotyczy nielicznych pozycji oferty, o relatywnie niedużej wartości w stosunku do ceny całej oferty nie mieści się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wyjątkowy charakter przywołanego przepisu, który stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w art. 87 ust. 1 *in fine* Pzp zakazu dokonywania zmian w treści ofert, uzasadnia restrykcyjną wykładnię przepisów dopuszczających korektę błędów oferty. Niezmienny charakter oferty akcentuje również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości wydane w sprawach C-599/10 *SAG ELV Slovensko*, C-366/*Manova*, C-131/16 *Archus i Gama*.

Argumentowanie nieistotności omyłki przez wskazanie, czy jej poprawienie zmieni sytuację wykonawcy w postępowaniu przez zmianę miejsca oferty w rankingu ofert, może mieć jedynie znaczenie posiłkowe. Dostrzec bowiem trzeba, że zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jeśli poprawienie omyłki popełnionej w ofercie jest niedopuszczalne, to wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy powinna ona podlegać odrzuceniu, jest naruszeniem tego przepisu.

#### **88. Sygn. akt: KIO 1211/17, Wyrok z dnia 29 czerwca 2017 r.**

Po pierwsze, Izba podnosi, że „inna omyłka” niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Jest to bowiem pojęcie nieostre. Ważne jest byleby nie spowodowała ona istotnej zmiany.

Po drugie, z pozoru wydaje się, że Odwołujący miał rację i zasadnie domagał się zastosowania trybu z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż taka zmiana nie będzie generowała zmiany wartości całkowitej Pakietu 2, ani wartości jednostkowych w kosztorysie ofertowym, lecz zmianę opisu trzech pozycji. Jednakże kwestia istotności winna być rozpatrywana w zależności od okoliczności sprawy. To co w jednym stanie faktycznym jest istotne lub nie, w innym nie musi mieć takiego przymiotu. Ważne jest również, aby z okoliczności wynikał zamiar złożenia oferty określonej treści.

Izba wskazuje w tym zakresie na komentarz do nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. ustawy Prawo zamówień publicznych, wydany przez Urząd Zamówień Publicznych, zgodnie z którym: „można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, 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.” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r., s. 118.).

W przedmiotowym stanie faktycznym, Odwołujący wskazywał, że zamiar wynikał z generalnego oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym/druku oferty. Jednakże Odwołujący, abstrahuje od tego, że w tym stanie faktycznym ważna jest okoliczność tego rodzaju, że należy wziąć pod uwagę udzielone wyjaśnienia i załączniki do nich. Tym bardziej, że sam Odwołujący o nie zabiegał w ramach uwzględnionego odwołania z 25.04.2017 r. W tym kontekście Izba musi badać faktyczny zamiar złożenia oferty o danej treści. Zgodnie z uchwałą KIO z 14.08.2013 r., sygn. akt: KIO/KD 73/13, określono, że stwierdzenie omyłki, o której mowa w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, może nastąpić na podstawie wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Jakkolwiek wyjaśnienia takie nie mogą tworzyć treści oferty, tym niemniej dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania Zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia (art. 65 § 1 K.c. w zw. z art. 14 Pzp.). Potwierdza to także wyrok KIO z 04.04.2013 r., sygn. akt: KIO 662/13: „Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie i rozprawy, co do procedury wyjaś-

nienia treści oferty, czy też braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba stwierdziła, że przeprowadzenie takich wyjaśnień nie prowadziłoby do zmiany treści oferty (istotnej) i nie stanowi o niedopuszczalnych negocjacjach z wykonawcą. Jedynie w sytuacji, gdyby Odwołujący w ramach tych wyjaśnień wskazał jeszcze inny termin płatności, a Zamawiający dokonałby w tym zakresie korekty oferty Odwołującego wówczas takie działanie należałoby zakwalifikować jako naruszenie dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp.”.

Inaczej mówiąc takie wyjaśnienia nie mogą tworzyć treści oferty, czy też jej zmieniać. Uzyskane wyjaśnienia niewątpliwie generowały treść oferty, tj. wcześniej nie istniejące zestawienie sprzętu, z uwagi na pierwotny brak takiego zestawienia wymaganego obligatoryjnie wraz z kosztorysem ofertowym. Nadto, z samego kosztorysu ofertowego nie wynikało wykonywanie zamówienia z użyciem sprzętu, lecz ręcznie. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok SO w Krakowie z 29.01.2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09, gdzie stwierdzono, że założenie umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Pzp. Izba uznała, że zaistniała w tym stanie faktycznym zmiana wykonania świadczenia z ręcznego na z użyciem sprzętu kwalifikuje się na sytuacje podobnego rodzaju co w powołanym orzeczeniu sądu powszechnego.

### Art. 89 ust. 1 pkt 2

#### 89. Sygn. akt: KIO 9/17, Wyrok z dnia 17 stycznia 2017 r.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty, stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. (...)

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się bowiem również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów (...). Innymi słowy niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawie-



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

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. (...) Dokumenty te należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty ma bowiem dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach co do zasady pochodzących od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wycieczonych w § 6 ust. 1 pkt 2–4 rozporządzenia *[Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), któremu aktualnie odpowiada Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) – przyp. red.]*), względnie w próbkach, opisach lub fotografiach produktów, które mają być dostarczone, których autentyczność musi być poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych produktów z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Resumując, jak trafnie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 16 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2162/12), konsekwencją nieuzupełnienia dokumentu przedmiotowego (innego niż potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu) jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z. W odniesieniu do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp, oznacza to konieczność zidentyfikowania parametru oferowanego produktu, który nie znalazł w nich kwalifikowanego potwierdzenia, pomimo że w ofercie został zadeklarowany przez wykonawcę jako zgodny z parametrem wymaganym według opisu przedmiotu zamówienia. (...)

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe

jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obligeuje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

### **90. Sygn. akt: KIO 11/17, KIO 29/17, Wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r.**

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, 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 zakresu bądź jakości zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczone w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.

### **91. Sygn. akt: KIO 399/17, KIO 438/17, KIO 439/17, Wyrok z dnia 20 marca 2017 r.**

Ewentualnemu sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może podlegać treść oferty, która została w dostateczny sposób wyartykułowana. W tym zaś przypadku – niezgodność treści oferty polegała na braku podania (skonkretyzowania) oferowanego wyrobu, aby pozostawał on spójny z przestawionymi parametrami. Z treści oferty nie wynikało, jaki model monitora za podaną cenę odwołujący ma zamiar dostarczyć zamawiającemu. Powoływanie się zatem na okoliczność, że niektóre z rodziny monitorów (...), spełniają parametry wyznaczone w tym postępowaniu w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia – w świetle dokumentów oferty odwołującego – nie świadczą, że taki model został zaofertowany. To samo dotyczy braku zaofertowania w ofercie oprogramowania biurowego typu I. Wobec zasadniczych odstępstw – w żaden sposób zdiagnozowane w ofercie odwołującego braki nie mogłyby być konwalidowane na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. – jako sprostowanie ewentualnej omyłki niepowodującej zmian w treści oferty.

Tym samym, w ocenie Izby, okoliczności takie jak wyżej opisane, dyskwalifikują ofertę odwołującego, predestynując ją wyłącznie do odrzucenia, albowiem przepis art. 87 ust. 1

ustawy Pzp nie dozwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Do zmiany treści oferty, czy też dookreślenia oferowanego świadczenia, nie mogą prowadzić wyjaśnienia, ani dokumenty uzupełniane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp – gdyż procedura ta, jak wynika z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – ma wyłącznie na celu potwierdzenie przez wykonawcę dokumentami, że oferowane przez niego produkty odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. W innym przypadku, wykonawca, znając złożone oferty i ich ceny, mógłby dowolnie kształtować przedmiotową treść własnej oferty, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Zobowiązanie odwołującego w zakresie monitora oraz oprogramowania typu I w ogólności nie zostało w ofercie podane (sprecyzowane), zatem nie mogłoby być przedmiotem konkretnych wymagań na etapie zawarcia umowy i realizacji zamówienia, pozostawiając wykonawcy swobodę dostarczenia dowolnego monitora i dowolnego oprogramowania typu I.

Nakaz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej – musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona merytorycznie odmiennie niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta przejawiała się poprzez brak sprecyzowania w ofercie proponowanego przedmiotu dostawy. Wobec powyższego na mocy przywołanego wyżej przepisu, zamawiający zobligowany był ofertę odwołującego konsorcjum X odrzucić. Stwierdzona niezgodność jest na tyle oczywista, że przyjęcie uprzednich wyjaśnień, lub dalsze wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłyby jedynie do niedozwolonego dookreślenia treści oferty – po upływie terminu jej złożenia, tj. podana konkretnego modelu monitora rodziny (...), czy nazwy konkretnego oprogramowania biurowego typu I, którego pierwotnie nie zaoferowano, a więc zmiany oferty po upływie wyznaczonego terminu złożenia ofert, lub prowadzenia negocjacji, czego wymieniony przepis nie dozwala.

## **92. Sygn. akt: KIO 482/17, Wyrok z dnia 24 marca 2017 r.**

Skoro Zamawiający dał wyraz w treści SIWZ, jakie oświadczenia i dokumenty składają się na treść oferty, to winien tego zastrzeżenia przestrzegać i ustalić treść oświadczenia woli Wykonawcy na podstawie oświadczeń i dokumentów wymaganych. Zdaniem Izby, powyższe wynika nie tylko z faktu, że Zamawiający postanowieniami SIWZ jest związany, ale również i z tej przyczyny, że tego wymaga zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Jeśli natomiast, co miało miejsce w niniejszej sprawie, Zamawiający dostrzegł, że poza oświadczeniami i dokumentami wymaganymi przez Zamawiającego, znajdują się tam jeszcze inne dokumenty, jakim były OWU [*Ogólne Warunki Umowy – przyp. red.*], to Zamawiający winien powyższe potraktować co najwyżej jako wartość informacyjną.

Za absolutnie nieuprawnione należało uznać takie działanie Zamawiającego, który na podstawie rzezonego dokumentu zrekonstruował treść oświadczenia woli Odwołującego, pomijając przy tym „właściwą” treść oferty. Podkreślenia wymaga, że oświadczenie woli oferenta znajduje się w ofercie i nie ma żadnych podstaw normatywnych, aby to oświadczenie pomijać przy ocenie oferty Wykonawcy, czy je modyfikować na podstawie innych dokumentów, które na treść oferty się nie składają. Zamawiający, jak wskazano, mógł zapoznać się z treścią pozostałych dokumentów, które Odwołujący przedłożył wraz z ofertą, nawet jeśli nie tworzyły jej treści, ale jak wskazano wyżej, rzezone dokumenty mają jedynie walor informacyjny, co powoduje, że jedynym dopuszczalnym działaniem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

**93. Sygn. akt: KIO 547/17, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r.**

Nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego, jakoby Przystępujący nie złożył oświadczenia o dacie rozpoczęcia robót, ustalonej przez Zamawiającego na 11 czerwca 2017 r. Jakkolwiek rzeczywistość nie jest ona możliwa do wyinterpretowania z treści wykresu Gannta, tym niemniej Konsorcjum X trafnie argumentowało, że można ją wywieść z innych dokumentów składających się na ofertę wykonawcy. Należało zatem zwrócić uwagę na pkt 12 formularza ofertowego Przystępującego, z którego wynika, że zamówienie zostanie zrealizowane w terminie 22 miesięcy liczonych od Daty Rozpoczęcia, która – jak wspomniano – została określona przez Zamawiającego datą dzienną. W konsekwencji uprawnione jest twierdzenie, że zarzut odwołania miał charakter *stricte* formalny, opierający się na założeniu, że informacja ta musiała zostać – pod rygorem uznania oferty za niezgodną z SIWZ – przeniesiona do HRZW [*Harmonogram Realizacji Zadania Wykonawcy – przyp. red.*] sporządzonego przez Przystępującego.

W nawiązaniu do powyższego skład orzekający wskazuje, że – po pierwsze – skoro na ofertę Przystępującego składał się szereg dokumentów charakteryzujących zobowiązanie, to przesądzenie kwestii zgodności/niezgodności oferty z treścią SIWZ wymagało ich całościowej analizy i interpretacji, nie zaś – jak to uczynił Odwołujący – fragmentarycznej oceny wybranego dokumentu. Uznanie stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu za uzasadnione doprowadziłoby do absurdalnej, w ocenie Izby, sytuacji, w której oferta Konsorcjum X podlegałaby odrzuceniu wyłącznie na tej podstawie, że określona informacja nie została zamieszczona w określonym miejscu. W związku z tym należy mieć na względzie, że – po drugie – odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie obejmuje przypadków uchybień formalnych, wyrażających się chociażby w odmiennym od oczekiwanego przez zamawiającego sposobie prezentowania informacji w ofercie, jak to miało miejsce w omówionym powyżej zakresie.

**94. Sygn. akt: KIO 781/17, KIO 792/17, KIO 799/17, Wyrok z dnia 12 maja 2017 r.**

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zamawiający podejmuje decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty na podstawie treści tej oferty. Izba natomiast, rozstrzygając o zarzutach dotyczących niezgodności oferty z treścią SIWZ, nie tyle dokonuje badania oferty wykonawcy (jest to zadanie zamawiającego), co ocenia zasadność czynności odrzucenia oferty, tj. rozstrzyga, czy Zamawiający na podstawie informacji i dokumentów, jakimi dysponował, miał podstawy stwierdzić, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Podkreślenia wymaga również, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należy uznać wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełnia-

nia wymagań SIWZ. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dopuszcza możliwość, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovenskoz a.s.*). Reasumując, treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu.

#### **95. Sygn. akt: KIO 993/17, Wyrok z dnia 30 maja 2017 r.**

Pomimo wyraźnych wymagań zamawiającego przystępujący w ponad 100 pozycjach kosztorysowych nie podał nazwy producenta / dostawy materiałów. W swym kosztorysie ofertowym w kolumnie „dostawca” przystępujący wskazał bowiem „różne”. Taka treść oferty przystępującego oznaczała, że w każdej z omawianych pozycji mogły się kryć materiały i urządzenia rozmaitych producentów. Przystępujący przyznał w trakcie rozprawy, że mogły to być materiały nawet dziesięciu producentów / dostawców. Przystępujący pomimo wyraźnego obowiązku nałożonego na wykonawców w SIWZ nie skonkretyzował oferowanego przedmiotu świadczenia w ww. zakresie. W konsekwencji pozbawił zamawiającego informacji niezbędnych do oceny, czy oferowane materiały lub urządzenia są zgodne z SIWZ, na co zresztą zamawiający sam zwrócił uwagę w wezwaniu z 11.05.2017 r.

W zaistniałej sytuacji zamawiający bezpodstawnie wezwał przystępującego do uzupełnienia kosztorysu o brakujące dane, stosując instytucję wezwania do złożenia wyjaśnień uregulowaną w przepisach art. 87 ust. 1 Pzp.

Zakres możliwych wyjaśnień i uzupełnień dokumentów był przedmiotem orzeczenia TSUE w sprawie C-336/12 *Manova*. Sąd wskazał w nim, że: „zgodnie z utrwaloną praktyką orzeczniczą *Klagenævnet for Udbud* art. 51 dyrektywy 2004/18 i generalna zasada równego traktowania stoją na przeszkodzie wzywaniu kandydatów przez instytucję zamawiającą do uzupełnienia informacji wymaganych jako warunek rozpatrzenia kandydatury lub oferty, których kandydaci ci nie podali”. Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 *SAG ELV Slovensko a.s.*, art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty. Trybunał wskazał także na dalsze warunki dopuszczalności wyjaśnień lub korekty.

„34 Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, należy skierować bez różnicy do wszystkich oferentów znajdujących się w podobnej sytuacji [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *SAG ELV Slovensko i in.*, pkt 42,43].

35 Następnie, żądanie musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *SAG ELV Slovensko i in.*, pkt 44]. Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie *SAG ELV Slovensko i in.*, pkt 40].

36 Wreszcie generalnie rzecz biorąc, korzystając z możliwości zwrócenia się do oferentów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować oferentów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie oferenta lub oferentów, do których zażądanie takie skierowano [ww. wyrok w sprawie *SAG ELV Slovensko i in.*, pkt 41].”



Przywołane orzeczenia dotyczyły poprzedniej dyrektywy zamówieniowej, ale nie ulega wątpliwości, że zachowały swą aktualność, z uwagi na to, że zasada równego traktowania wykonawców w dalszym ciągu pozostała kluczową zasadą w zamówieniach publicznych. Powyższe znajduje odzwierciedlenie w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści ofert (z zastrzeżeniem wyjątków z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, które nie dotyczą omawianej sytuacji).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzono, że w wyniku niedopuszczalnych negocjacji z zamawiającym, przystępujący w odniesieniu do ponad 100 pozycji kosztorysowych sformułował nową ofertę, co nastąpiło po upływie terminu składania ofert. Przez użycie słowa „różne” w ponad 100 pozycjach kosztorysowych wykonawca nie sprostął obowiązkowi zindywidualizowania oferowanych materiałów i urządzeń. Taka treść oferty oznaczała, że przystępujący na etapie realizacji zamówienia, w przeciwieństwie do innych wykonawców, mógłby dowolnie wybierać spośród istniejących na rynku materiałów i ich producentów. Przy czym przystępujący sam przyznał w trakcie rozprawy, że na rynku dostępne są materiały dziesięciu producentów. Ponadto ocena dopuszczalności zastosowania zamienników materiałów w trakcie realizacji umowy byłaby niemożliwa, wobec braku danych stanowiących punkt odniesienia.

Oczywistym jest również, że w wyniku wyjaśnień przystępującego doszło do zmiany treści jego oferty. Zmiana ta polegała na tym, że – jak sam przyznał przystępujący – spośród dziesięciu producentów materiałów, przystępujący wybrał, po terminie składania ofert, dwóch lub trzech producentów i ich dane wpisał do uzupełnionego kosztorysu ofertowego. W efekcie, gdyby przyjąć rezultat wyjaśnień przystępującego, na etapie realizacji umowy mógłby oferować materiały i urządzenia tylko wskazanych przez siebie producentów/dostawców (lub ich kwalifikowane zamienniki, o czym była mowa wcześniej). W konsekwencji działania przystępującego nosiły znamiona uzupełnienia oferty po terminie składania, przybierające postać nowej oferty, co było sprzeczne z art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp.

**96. Sygn. akt: KIO 1072/17, KIO 1076/17, KIO 1078/17, KIO 1090/17,  
Wyrok z dnia 26 czerwca 2017 r.**

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. 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 s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.

W związku z tym, iż prawo opcji jest istotnym czynnikiem opisu przedmiotu zamówienia, a jego wartość w przedmiotowym postępowaniu winna była zostać uwzględniona w RCO [*Rozbicie Ceny Ofertowej – przyp. red.*] i składała się na ostateczną cenę oferty, uznać należy, że brak jej wyceny stanowi o niezgodności treści oferty odwołujących X ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co stanowi podstawę odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. W rozpoznawanym przypadku brak wyceny jest bowiem istotnym brakiem oświadczenia woli, który nie może być konwalidowany w ramach złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w si.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...)

### **Art. 89 ust. 1 pkt 3**

#### **97. Sygn. akt: KIO 135/17, Wyrok z dnia 3 lutego 2017 r.**

Biorąc pod uwagę natomiast, że w tych okolicznościach Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 3 uznk, poprzez świadome i zamierzone działania, konsekwentnie zmierzające do stworzenia preferencyjnych warunków, faworyzujących wybranego wykonawcę, w tym „rzeczowo nieuzasadnione, różnicowane traktowanie pozostałych wykonawców (art.15 ust.1 pkt 3 uznk)”, zauważyć należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten wskazuje na nieuczciwe działanie podejmowane przez wykonawcę, składającego ofertę. W okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie podniósł natomiast żadnych okoliczności, które wskazywałyby na nieuczciwe działania wykonawcy, który złożył ofertę (Przystępujący). Zgodnie z brzmieniem art. 15 ust. 1 pkt 3 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez rzeczowo nieuzasadnione, różnicowane traktowanie niektórych klientów. Skoro Odwołujący twierdził, że to Zamawiający ukształtował okoliczności, w których złożenie oferty przez X stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to konieczne jest wykazanie przesłanki celowego działania zamawiającego, związku tego działania ze złożeniem oferty przez wykonawcę. Odwołujący nie wykazał jednak celowego działania Zamawiającego, ani związku (zmowy lub porozumienia) tego działania ze złożeniem oferty przez Przystępującego.

W opinii Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240) stwierdzono m. in.: „Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnia-

niem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.”

#### **98. Sygn. akt: KIO 297/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r.**

Swoją argumentację o złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji Zamawiający oparł na okolicznościach związanych z zaniżoną ceną oferty Odwołującego. Z uwagi na nieuwzględnienie argumentacji Zamawiającego co do możliwości wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny, Izba nie znalazła również podstaw do uznania, że złożenie tej oferty wypełniało przesłanki popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Za działanie takie nie może być uznane złożenie oferty konkurencyjnej cenowo w stosunku do pozostałych ofert, jeżeli konkurencyjność tej ceny została w sposób prawidłowy przez wykonawcę wykazana. Zamawiającemu nie udało się w ocenie składu orzekającego Izby wykazać, że Odwołujący podjął się takich działań, które uniemożliwiały lub utrudniały innym wykonawcom dostęp do zamówienia. Nie wykazano także z jakimi dobrymi obyczajami kupieckimi były sprzeczne działania podjęte przez Odwołującego. Konkurowanie ceną wpisuje się w strategię prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot profesjonalnie zajmujący się działalnością w określonej branży. „Zoptymalizowanie” kosztów realizacji przedmiotu zamówienia nie stanowi o nieuprawnionym działaniu ze strony Odwołującego. Wykonawca podjął kroki, które uważał za konieczne, aby uzyskać zamówienie, nie naruszając swoim postępowaniem sytuacji innych wykonawców, którzy to zamówienie chcieli uzyskać.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że działania Odwołującego nie zapewniały niezakłóconego funkcjonowania konkurencji i nosiły znamiona niedozwolonego współzawodnictwa ceną. Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący w jakikolwiek sposób wpływał na możliwość złożenia oferty przez innych wykonawców. Co warto podkreślić, nawet krąg podwykonawców, na których powoływali się wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu był w każdej z ofert podobny. Nie można więc czynić Odwołującemu zarzutu z faktu posiadania większych zdolności negocjacyjnych i możliwości uzyskania wyższych rabatów od współpracujących firm.

#### **99. Sygn. akt: KIO 373/17, Wyrok z dnia 14 marca 2017 r.**

Okolicznością kwestionowaną w ramach omawianego zarzutu była zasadność i rzetelność podziału ceny oferty X na kwoty (netto) obejmujące realizację usługi stanowiącej przedmiot zamówienia na powierzchniach wewnętrznych i terenach zewnętrznych w proporcji 70.971,90 zł do 153.965,60 zł. W ocenie Odwołującego oderwane było to od rzeczywistych kosztów wykonywania tych elementów usługi i ukierunkowane było na dodatkowe, nieuprawnione obniżenie ceny oferty stanowiącej wyłączne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie było przy tym okolicznością sporną, że świadczenie usług sprzątania powierzchni wewnętrznych opodatkowane jest podstawową stawką VAT, podczas gdy wykonywanie takich usług na terenach zewnętrznych korzysta ze stawki obniżonej.

Analiza treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego potwierdza zasadność postawionej przez Odwołującego tezy. Abstrahując od dokonanych przez Odwołującego wyliczeń właściwego stosunku kosztów realizacji wskazanych powyżej rodzajów

usług sprzątania (odpowiednio 58% do 42%), opartych – jak sam przyznał – wyłącznie na kosztach osobowych, skład orzekający doszedł do przekonania, że uwzględnienie w kosztach sprzątania powierzchni wewnętrznych choćby tylko tego składnika wyczerpywało niemal w całości ten element ceny oferty. Jeżeli bowiem wziąć pod uwagę konieczność zatrudnienia do sprzątania powierzchni wewnętrznych przynajmniej 28 osób (wymóg Zamawiającego) i okoliczność zatrudniania ich w pełnym wymiarze czasu pracy (deklaracja Przystępującego z wyjaśnień rażąco niskiej ceny), to uwzględniając wyliczenia kosztów osobowych zawarte w poz. 1 i 2 tabeli ze wspomnianych wyjaśnień, należało stwierdzić, że wynoszą one łącznie 67.205,60 zł netto (120.010,00 zł/50 x 28), stanowiąc 94,7% całkowitego kosztu sprzątania powierzchni wewnętrznych zadeklarowanego przez X w formularzu oferty. Odwołujący trafnie wskazywał, że do powyższej kwoty należałoby doliczyć chociażby koszty wskazane przykładowo pod poz. 3, 4, 6 i inne dotyczące tego aspektu usługi sprzątania. W ocenie Izby Przystępujący dokonał zatem świadomego przeniesienia części kosztów świadczenia usługi na powierzchniach wewnętrznych do kosztów dotyczących realizacji zamówienia na terenach zewnętrznych, co – biorąc pod uwagę różne stawki VAT – pozwoliło na dodatkowe obniżenie ceny jego oferty.

W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że działanie takie, o ile nie narusza prawa, bowiem nie powoływał się na to Odwołujący (choć trzeba mieć na względzie, że wystawiane Zamawiającemu faktury zawierające wyszczególnienie wspomnianych rodzajów usługi powinny dokumentować rzeczywiście poniesione w związku z tym koszty), to stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Niezależnie od funkcjonujących w doktrynie interpretacji pojęcia dobrych obyczajów, jednej kładącej nacisk na kryteria etyczno-moralne, drugiej – zwracającej uwagę na kryteria ekonomiczno-funkcjonalne (szerzej zob. M. Zdyb: Komentarz do art. 3 Znk – teza 90 i nast. [w:] M. Sieradzka (red.): Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, LEX/el.) pod pojęciem tym Izba w ogólności rozumie szczególną umiejętność, staranność zawodową (profesjonalizm jakiego oczekuje się od porządnego przedsiębiorcy), uczciwość działania i dobrą wiarę. Podejmując opisane powyżej działania X wymogom tym nie sprostał, naruszając tym samym interes Odwołującego, jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Trzeba mieć na względzie, że Odwołujący – podobnie jak każdy inny konkurent Przystępującego – ma prawo oczekiwać nie tylko równego traktowania ze strony Zamawiającego, ale również możliwości konkurowania na równych i uczciwych zasadach z innymi uczestnikami rynku. Okoliczność, że pojęcie uczciwej konkurencji użyte zostało w adresowanym do zamawiającego przepisie art. 7 ust. 1 Pzp nie oznacza, że na akceptację zasługują jakiegokolwiek zachowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Braku wspomnianej akceptacji ustawodawca dał wyraz właśnie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, nakazującym odrzucenie oferty wykonawcy, który składając ofertę dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Innymi słowy – obowiązkiem zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a obowiązkiem wykonawców jest uczciwe konkurowanie o wybór ich ofert. Zachowanie X taką konkurencję zaburzyło, jako że stanowiło odstępstwo od zasad rzetelnego kalkulowania ceny oferty, której oczekiwać należy od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

#### **100. Sygn. akt: KIO 473/17, Wyrok z dnia 28 marca 2017 r.**

Za czyn nieuczciwej konkurencji może być poczytane takie rozkładanie kosztów oferty, przykładowo, które wskazuje na lokowanie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, nie związany z postępowaniem prac, lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykona-

nych prac, co również zdarzało się w praktyce zamówień publicznych. Częściej spotykanym przypadkiem, jest taki – jak ma miejsce w niniejszym postępowaniu – zaniżania cen związanych z dążeniem do uzyskaniem większej punktacji w oznaczonym kryterium oceny ofert – do granic absurdalnych, oferując któreś ze składowych cen, np. za wywóz śmieci – objętych kryterium oceny ofert – za dopłatą na rzecz zamawiającego, co powodowało matematyczne skutki – nie tylko braku punktacji dla konkurentów, tak jak stało się w niniejszym przypadku, ale wręcz konieczność odejmowania punktów wykonawcom, którzy zaoferowali realne ceny, (zgodnie z wzorem matematycznym przyznawania punktacji w kryterium ceny – zamieszczonym w SIWZ). (...)

Jedynym logicznym wytłumaczeniem zaoferowanej przez odwołującego ceny w zakresie usługi polegającej na podjazdach do Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe przez okres 1 miesiąca na poziomie 1,23 zł z VAT, tj. 1,00 zł netto – w ocenie Izby – było celowe dążenie do uzyskania na swoją rzecz maksymalnej punktacji dla ceny – ocenianej w kryterium C3 o wadze 8 % – z pozbawieniem tej punktacji konkurentów. Żadnego znaczenia nie miało, że dla kryterium C3 przypisana była najniższa waga 8%, gdyż o uzyskaniu zamówienia może nawet zdecydować ułamek punktu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że jest tylko jedno sensowne uzasadnienie dla stwierdzonego faktu, chodziło o zmanipulowanie procesu wyboru oferty, tak by nierealny poziom ceny tego elementu oferty – przełożył się na korzystniejszą dla wykonawcy ocenę jego oferty. Takie działanie wykonawcy X stanowiło zaś czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe wnioski Izba opiera na stanowiskach doktryny i judykatury. Artykuł 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211, (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 163, poz. 1503), jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust 2 oraz art. 5–17 unkn, który stanowi katalog otwarty. „Dobre obyczaje” to normy postępowania nie będące normami prawnymi, są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak „zasady współżycia społecznego” [...] oraz „ustalone zwyczaje” (zob. art. 56, 65, 69 i 354 [...] Kodeksu cywilnego), których powinny przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego, norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Jednocześnie o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług.

Orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych w pełni aprobuje kwalifikację zachowań rodzajowo podobnych do działania wykonawcy X do działań spełniających znamiona czynów nieuczciwej konkurencji. Tak postąpił ZA UZP w orzeczeniu o sygn. UZP/ZO/0-3026/06, gdzie stwierdzono, iż czynem takim jest „złożenie oferty i zaproponowanie gwarancji na perforację nadwozia na okres 312 miesięcy [...], który jest okresem nierealnie długim, w praktyce niemożliwym do zrealizowania” w celu „matematycznego” wypaczenia sensu kryteriów oceny ofert i faktycznego wyeliminowania w ten sposób wykonawców należycie sporządzających oferty.” Podobnie w kontekście sztucznego manipulowania elementami oferty z myślą li tylko o ocenie punktowej wypowiedziała się Izba w wyroku o sygn. KIO 1934/12. (...)

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, że nie manipulował on poszczególnymi cenami własnej oferty składającymi się na cenę całkowitą. Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażącej dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty – w niegodziwym celu – wyeliminowania w ten sposób konkurencji,



ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar – odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen – bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania. (...)

W ocenie Izby, odwołujący X przyznał w odwołaniu, że dopuścił się praktyk zakazanych ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie stypizowanych w art. 17 tej ustawy, mieszczących się w ogólnym zakresie dyspozycji art. 3 ust. 1 uznk, do której odsyłają przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przez zamówienia publiczne zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są między innymi usługi. Odwołujący X przyznał do protokołu rozprawy, że gdyby przedmiotowe zamówienie było podzielone na części, to mimo tożsamości kosztów – nie uznawałby analogicznie, że może oferować zamawiającemu usługę podjazdów do Obiektów bezobsługowych przez patrole objazdowe – praktycznie nieodpłatnie, gdyż kwoty 1,23 zł (z VAT) miesięcznie nie można nazwać realną ceną – tylko z tych względów, że w rejonach obsługiwanych świadczy też usługi ochroniarskie na rzecz prywatnych odbiorców i z przychodów z tychże umów zamierza pokrywać koszty omawianej usługi na rzecz zamawiającego. Odwołujący najwyraźniej nie zdawał sobie sprawy, że na gruncie przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przepisów z tym związanych, np. w odniesieniu do kształtowania taryf, opłat – czynem zakazanym jest tzw. subsydiowanie skrośne, czyli pokrywanie kosztów usług i dostaw dla jednej z grup odbiorców, wpływami z umów od innych grup odbiorców. Działanie takie zakazane jest więc przez prawo i nie mogło stanowić usprawiedliwienia dla symbolicznej ceny oferty odwołującego X, podlegającej ocenie w kryterium C3.

Jest normalną praktyką gospodarczą, że wykonawcy zajmujący się określoną dziedziną działalności świadczą usługi na rzecz różnych odbiorców i utrzymują konieczny w związku z tym potencjał techniczny i osobowy, jednakże powinni zwłaszcza przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, dokonywać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej, która jest fundamentem procedur udzielania zamówień publicznych. Odwołujący X mógłby faktem jednoczesnego świadczenia usług na rzecz innych odbiorców – tłumaczyć znaczące obniżenie ceny, ale nie jej symboliczne ustalenie. Z ceny oferty w kryterium C3 wynika, że odwołujący – koszty danego segmentu usługi pokrył innymi przychodami, chociaż miał obowiązek skalkulować je na poziomie rzeczywistym.

### **101. Sygn. akt: KIO 543/17, Wyrok z dnia 29 marca 2017 r.**

Okolicznościami przesądzającymi w niniejszej sprawie uwzględnienia zarzutu odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 47, poz. 211, z 2003 r. Nr 153, poz. 1503) było, że konsorcjum X poprzez swoje wyjaśnienia złożone zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – deklarując poziomy realizacji wskaźników badań w wysokości 99% (ppkt 1–4) oraz 85% (ppkt 5) – potwierdziło jednocześnie, że w trakcie realizacji umowy – nie zamierza ich dotrzymać, i że z tego tytułu skalkulowało w cenie oferty koszty zapłaty kar umownych za niedotrzymanie podjętych zobowiązań. (...)

Konsorcjum X, jako podmiot działający na rynku badań społecznych – w ofercie podał wskaźniki realizacji badania oderwane od rzeczywistości, historycznie nie występujące. Logicznie tłumacząc takie działanie, nasuwają się wnioski, iż chodziło wyłącznie o ukierunkowanie procesu wyboru oferty, tak by nierealne do osiągnięcia wskaźniki przełożyły się na korzystniejszą dla konsorcjum X ocenę oferty.

Z tych względów Izba przyznała rację odwołującemu, że deklarując poziomy realizacji wskaźników badań w wysokości 99% (ppkt 1–4) oraz 85% (ppkt 5), konsorcjum X działało

w warunkach nieuczciwej konkurencji, dla niegodziwego celu – zmanipulowania procesu wyboru oferty – uzyskania jak najwyższej oceny punktowej w ramach kryteriów oceny ofert, a nie w celu zapewnienia usługi wyższej jakości – co naruszało dobre obyczaje i godziło w interes innych przedsiębiorców uczestniczących w postępowaniu oraz w interes zamawiającego. Nie sposób doszukać się innych celów takiego złożenia oferty przez skarżonego wykonawcę, jak tylko wpłynięcie na wynik oceny ofert w poszczególnych kryteriach, oparty na nierzetelnie deklarowanych wskaźnikach. To zaś wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w oparciu o art. 3 ust 1 ustawy uznk, gdyż zmierzało do zaburzenia wyników oceny ofert i zapewnienia konsorcjum X pierwszej pozycji z naruszeniem reguł tzw. „uczciwości kupieckiej” – odwołujących się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, które nie są ściśle zdefiniowane, ale obejmują szeroki wachlarz zachowań odbiegających od przyjętych powszechnie i uznawanych standardów. (...)

Konsorcjum X nie zaoferowało usługi w celu należytego wykonania zamówienia, skoro celowo zaoferowało wskaźniki procentowe wyników badań w tak nierealnej wysokości, że ich dotrzymanie uznało za niemożliwe, przyjmując z założenia, że ich nie spełni i zapłaci z tego tytułu kary zamawiającemu, co potwierdziło wprost w udzielonych zamawiającemu (utajnionych) wyjaśnieniach składanych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe w sposób dobitny świadczy, iż konsorcjum X zaoferowało wysokości wskaźników *response rate* – jedynie w celu nieuczciwego wpływu na wynik postępowania i jest to jedynie, oderwany od realiów wykonania zamówienia, zabieg mający na celu uzyskanie zamówienia, poprzez manipulowanie wskaźnikami, ocenianymi w wyznaczonych kryteriach. Takie działanie wykonawcy wyczerpuje przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowiącym iż „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”. Stanowisko konsorcjum X, zaprobowane przez zamawiającego – poprzez wybór jego oferty – było niewiarygodne, kłóciło się z doświadczeniem z poprzednich badań i przeprowadzonymi dowodami.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, do której odsyłają przepisy Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Artykuł 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej stanowi, iż przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznych interesów konsumentów.

Izba poprzez analogię i równoważne skutki dla przyjmowania nierealnych wskaźników, czy nierealnych cen – poprzez przerzucanie kosztów między pozycjami wyceny dla uzyskania efektu w postaci sztucznego podwyższenia punktacji – uznaje, że adekwatne jest szerokie orzecznictwo Izby na dany temat, ustalenia czynu nieuczciwej konkurencji odnoszone do cen.

## **102. Sygn. akt: KIO 679/17, KIO 680/17, Wyrok z dnia 21 kwietnia 2017 r.**

Art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp [chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – przyp. red.] stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Uznanie konkretnego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tejże ustawy (wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2002 r., II CKN 271/01, OSNC 2004 nr 2, poz. 26).

Sąd Najwyższy w wyroku z 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt III CSK 120/11) wskazał ponadto, że art. 3 ust. 1 uznk, jak trafnie podnosi się w literaturze oraz w judykaturze (por. m.in. wyroki SN wydane: 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97, OSNC 1999 nr 5, poz. 97; 9 maja 2003 r., V CKN 219/01, OSP 2004 nr 7, poz. 54; 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008 nr 5, poz. 55), pełni niewykluczające się trzy funkcje: definiującą, uzupełniającą i korygującą. Pierwsza z nich polega na określeniu, a więc na zdefiniowaniu czynu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie narusza to zasadniczo stypizowanych, konkretnych czynów nieuczciwej konkurencji, które zostały zawarte w art. 5–17 uznk (a przykładowo wymienione w art. 3 ust. 2 uznk) i wskazanych tam definicji, lecz – jako klauzula generalna – pozwala na ich właściwe odczytanie. Funkcja uzupełniająca polega na uzupełnieniu katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, nie jest bowiem możliwe skatalogowanie i stypizowanie wszystkich zachowań, które mogą być zakwalifikowane jako naruszające zasady uczciwego obrotu, dlatego takie zachowania, które nie podpadają pod hipotezy przepisów rozdziału drugiego ustawy, ale są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i przy tym zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, również stanowią czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 u.z.n.k. Funkcja korygująca polega na tym, że w sytuacji, w której zachowanie podpada pod hipotezę któregoś z przepisów rozdziału 2 ustawy, ale nie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Niewątpliwie w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z funkcją uzupełniającą art. 3 ust. 1 uznk. Sąd Najwyższy w wyroku z 30 maja 2006 r. (sygn. akt I CSK 85/06) podkreślił, że termin „czyn nieuczciwej konkurencji” jest pewnym skrótem myślowym, pod którym – jak wskazuje się w doktrynie – kryje się wiele, często znacznie różniących się od siebie, zachowań przedsiębiorców. Treść klauzuli wskazuje na te cechy, które pozwalają na wyodrębnienie zachowań interesujących z punktu widzenia celu ustawy, wyłożonego w jej art. 1.

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

### **103. Sygn. akt: KIO 22/17, Wyrok z dnia 19 stycznia 2017 r.**

W przywoływanym orzecznictwie wskazuje się, iż ustawodawca używając pojęcia „rażąco niska” referuje do znaczącego zaniżenia kwotowego ceny ofertowej względem wskazanego w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp punktu odniesienia, którym jest przedmiot zamówienia, a ujmując rzecz ściślej „wartość przedmiotu zamówienia”. W konsekwencji, w świetle regulacji ww. przepisu, ekonomiczna wartość, jaką jest opisana określoną kwotą pieniężną cena ofertowa, odnoszona jest do wartości przedmiotu zamówienia, którą również należy wyrazić w ten sam sposób (w innym przypadku jakiegokolwiek porównania będą bezsensowne i bezprzedmiotowe). Tym samym dla porównania i stwierdzenia zaniżenia wartości żądanego świadczenia pieniężnego w stosunku do wzajemnego świadczenia niepieniężnego, konieczne jest ustalenie bądź przyjęcie jakiejś powinnej wartości pieniężnej owego świadczenia wzajemnego.

W ekonomii występuje znaczna ilość definicji pojęcia wartości – niejako wiele różnych „wartości”. Na potrzeby niniejszego uzasadnienia zbędne jest ich przywoływanie i charakteryzowanie. Wystarczy poprzestać na konstatacji, iż jak wynika z analizy przywoływanego wyżej orzecznictwa, w przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp chodzi o wartość rynkową.

Tym samym, to zastana wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady pracy i materiałów, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży i asortymencie, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej. Innymi słowy to realna, rynkowa wartość danego przedmiotu zamówienia, jest odniesieniem dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dających się wycenić dóbr i usług.

W tym miejscu można dodać, iż w świetle orzecznictwa właśnie zaniżenie ceny ofertowej względem wartości rynkowej przedmiotu zamówienia jest pierwszym i koniecznym warunkiem zastosowania procedury wyjaśniającej cenę, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia, zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako przesłanki odrzucenia oferty będzie nieuprawnione, a jakiegokolwiek ustalanie indywidualnych kosztów wykonawcy, czy innych czynników pozwalających mu zaoferować cenę na danym poziomie, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, jest właściwie bezprzedmiotowe. (...)

W świetle powyższych rozważań, definicja rażąco niskiej ceny, o której mowa w przesłance odrzucenia oferty i której wystąpienie obliguje do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, winna brzmieć następująco: rażąco niska cena, to cena oferty odbiegająca swoją wartością in minus od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał, że różnica ta jest uzasadniona, tj. że będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Co do zasady przytoczone rozważania na temat ceny rażąco niskiej zachowują aktualność, z tym zastrzeżeniem jednakowoż, że w obecnym stanie prawnym pojęcie to zostało rozszerzone, bowiem na gruncie przepisu art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp mowa nie tylko o rażąco niskiej cenie, ale również o rażąco niskim koszcie. Oznacza to, iż aktualnie obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy i jej badania może wiązać się nie tylko z kategorią jaką jest cena, ale także z kosztem, stanowiącym element danej ceny. (...)

Reasumując, podkreślenia wymaga, że aktualnie przedmiotem oceny pod kątem niskiej ceny nie jest już jedynie cena, rozumiana jako suma elementów kosztowych, składających się na realizację danego zamówienia, ale również sam koszt. Stwierdzenie zaś nierynkowości kosztu czy też ceny, a więc stwierdzenie braku odzwierciedlenia tej ceny czy kosztu w realiach rynkowych, mając oczywiście w pamięci zakres przedmiotowy zamówienia i warunki indywidualizujące przedsiębiorcę, mające wpływ na koszt czy cenę, prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp).

#### **104. Sygn. akt: KIO 416/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r.**

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

**Art. 89 ust. 1 pkt 6****105. Sygn. akt: KIO 261/17, Wyrok KIO z dnia 14 lutego 2017 r.**

Izba na wstępie uznaje za zasadne wskazanie, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT, bowiem zgodnie z przepisami podatkowymi wystawca faktury odpowiada za jej prawidłowość. Zauważenia wymaga fakt, że jeśli w zamówieniu łącznie występuje kilka świadczeń, z których każde mogłoby mieć samodzielny charakter, to wtedy mówimy o usługach złożonych albo kompleksowych. Nie chodzi tu oczywiście o podzielność świadczenia w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, lecz o szczególną zależność między wykonanymi czynnościami danego zamówienia. Usługę kompleksową powinien cechować związek czasowy między poszczególnymi jej elementami, tak, aby stanowiły one całość i chodzi o relację między głównym, podstawowym elementem usługi, a czynnościami dodatkowymi. Elementy te powinny pozostawać w nierozdzielalnym związku. Ich rozdzielanie miałyby sztuczny charakter (por. wyrok ETS z 27 października 2005 r., C-41/04, *Levob Verzekkeringen BV*). W usłudze kompleksowej należy dostrzegać jeden przedmiot świadczenia (zaspokojenie określonej potrzeby usługobiorcy), którego kluczowy charakter przesądzi o pomocniczym, drugorzędnym charakterze pozostałych działań oraz o tym, że są one potrzebne tylko ze względu na wytworzenie takiej gospodarczej całości. Jeżeli wykonywana jest usługa kompleksowa, to ma do niej zastosowanie stawka VAT właściwa dla świadczenia o podstawowym charakterze (dominującego). Ocena tego, czy mamy do czynienia z usługą kompleksową czy też kilkoma niepowiązаныmi usługami, powinna odbywać się w oderwaniu od treści umowy łączącej strony, a jedynie w oparciu o to, czy dokonywane przez podatnika czynności (świadczenia) wykazują ze sobą tak ścisłe powiązanie, że w sensie gospodarczym tworzą jedną całość, której rozdzielanie miałyby sztuczny charakter. W sposób szczególny zdaniem Izby należy w takich sytuacjach zwrócić uwagę na kwestie, iż dla oceny prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT nie jest istotne zapatrywanie stron postępowania w tym zakresie, gdyż prawo podatkowe zachowuje pewną autonomiczność wobec innych gałęzi prawa, w tym prawa cywilnego. Dlatego też również postanowienia SIWZ nie mogą mieć decydującego znaczenia i wpływu na wysokość opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Swoboda w opisie przedmiotu zamówienia i interpretacja postanowień SIWZ przez wykonawców w zakresie spraw podatkowych, nie może przekładać się w sposób bezpośredni na obowiązek podatkowy wykonawcy i nie należy z nich wywodzić stawek podatku VAT. Dlatego też dla prawidłowości ustalenia przez Zamawiającego właściwej stawki podatkowej istotne znaczenie mają przede wszystkim przepisy prawa podatkowego.

Należy także zwrócić uwagę na kwestię, iż w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia mamy czynienia z odwołaniem w postępowaniu realizowanym w formule „zaprojektuj i wybuduj”, czyli w postępowaniu, gdzie zamawiający wskazując przedmiot zamówienia określa ramy wymagań, które wykonawca winien najpierw ująć w sporządzanym projekcie, a następnie je wykonać. Dlatego też argumentacja zamawiającego jakoby nie znał wielu kwestii co do sposobu realizacji monitoringu i tym samym zasadnym jest jego stanowisko o uznaniu tego systemu jako świadczenia kompleksowego, zdaniem Izby nie daje się obronić, gdyż w takiej formule wszystkie szczegóły co do sposobu realizacji zamówienia będą znane obu stronom postępowania dopiero po wykonaniu dokumentacji technicznej – projektowej danego zamówienia.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług, oraz warunków stosowania stawek obniżonych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1719), stawkę podatku wymienioną w art 41 ust 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług obniża się do wysokości 8% między innymi dla obiektów budownictwa mieszkaniowego, o któ-



rych mowa w art 2 pkt 12 ustawy, lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, a także lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12.

W uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 czerwca 2013 r. (I FPS 7/12) Sąd stwierdził że: „Obniżona stawka podatku od towarów i usług, o której mowa w art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, ze zm., w brzmieniu od 1 stycznia 2008 r.) oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 212, poz. 1336) i w § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 224, poz 1799), nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem. Słowo „dotyczących” odnosi się do tego, jakich rodzajów budynków muszą dotyczyć wymienione czynności, roboty. (...) problem dotyczy obniżonej stawki podatku, a ta ma zastosowanie do czynności, robót. Kwestię możliwości rozdzielenia, należy więc odnosić do tychże robót nie zaś do możliwości funkcjonowania budynku, czy też funkcjonalnego związania infrastruktury z budynkiem. Fizycznie, jeśli chodzi o wykonywane prace, rozdzielenie takie jest możliwe i stosowane, gdyż bardzo często jeden podmiot wykonuje roboty budowlane dotyczące budynku, a inny, wyspecjalizowany, w uzgodnieniu z dysponentem sieci, wykonuje przyłącza (tak w sprawach o sygn. akt: I FSK 1189/11,1 FSK 499/10,1 SA/Bd 863/11).”

W ocenie Sądu nie ma znaczenia stopień powiązania instalacji znajdujących się poza obrysem budynku z instalacjami wewnątrz i na budynku, w tym takich, które warunkują prawidłowe działanie tych instalacji. Potwierdzają to również następne orzeczenia sądów administracyjnych (np. NSA z dnia 17 grudnia 2013 r. sygn. I FSK 1792/12), jak i interpretacje indywidualne Ministra Finansów, np. z dnia 3 lipca 2015 r. nr IBPP2/4512-347/15/JJ, gdzie wskazano, że preferencyjna stawka podatku w wysokości 8% ma zastosowanie dla robót i usług z nimi związanych wykonywanych w bryle budynku, natomiast dla usług wykonywanych poza bryłą budynku zastosowanie ma podstawowa stawka podatku w wysokości 23%, zgodnie z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT.

Niewątpliwym w postępowaniu jest to, że część urządzeń i usług związanych z wykonaniem systemu monitoringu będzie realizowanych w obrębie bryły budynków mieszkalnych i lokali mieszkalnych o parametrach pozwalających na zastosowanie do wykonywanych robót 8% stawki podatku VAT. Tego faktu nie kwestionuje także sam zamawiający, lecz jego odmienna interpretacja w tym zakresie wynika z tego, iż uznał on system monitoringu za usługę kompleksową mającą charakter samoistny, do której winna być zastosowana stawka 23%, gdyż wielkość robót dotyczących monitoringu zarówno w sensie rozmiaru, jak i wartości będzie realizowanych poza bryłą budynku.

Istotnym elementem, zdaniem Izby, wpływającym na możliwość zakwalifikowania usługi monitoringu, jako usługi wchodzącej w zakres zamówienia, ale mającej charakter usługi samodzielnej jest kwestia jej związku z robotami podstawowymi dotyczącymi instalacji kolektorów słonecznych oraz układów fotowoltaicznych. W szczególności należało poddać ocenie fakt, czy usługa monitoringu ma nierozzerwalny związek z realizowaną usługą główną, czy też mogła stanowić samodzielnie przedmiot innego zamówienia, a więc czy może mieć szersze samodzielne znaczenie dla zamawiającego poza tym postępowaniem, czy też jest zwykłą usługą pomocniczą. Za usługę pomocniczą zgodnie z wyrokiem ETS z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 *Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise*, w którym ETS stwierdził Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej”, co tutaj niewątpliwie miało miejsce, gdyż nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej.

Podkreślić należy, iż zgodnie z treścią pkt 3.1 SIWZ, będącym opisem przedmiotu zamówienia, zamawiający podał, że Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane związane z realizacją inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i montażu instalacji odnawialnych źródeł energii (OZE), tj. instalacji kolektorów słonecznych dla wspomagania produkcji ciepłej wody użytkowej oraz układów fotowoltaicznych do produkcji energii elektrycznej na budynkach mieszkalnych mieszkańców Gminy N. wraz z urządzeniami monitorującymi. Tym samym, jak wynika z powyższego opisu usługa monitoringu nie jest oddzielną, samodzielnią częścią zamówienia, nie jest oderwana od roboty głównej, nie ma odrębnego bytu lecz jest usługą pomocniczą, powiązaną z wykonaniem instalacji solarnych i fotowoltaicznych. Taki związek potwierdzają chociażby postanowienia PFU ze strony 22, gdzie zamawiający ustalił, że po zakończeniu instalacji kolektorów słonecznych na wskazanych przez zamawiającego instalacjach wykonawca zainstaluje elektroniczny system monitoringu efektywności funkcjonowania instalacji. Wskazuje także, że mają być zamontowane liczniki ciepła połączone bezpośrednio z instalacją kolektorów słonecznych. Zainstalowany system monitoringu ma służyć wykazaniu efektywności funkcjonowania instalacji w kontekście ich sprawności technicznej, produkcji energii i efektów ekologicznych.

Biorąc to pod uwagę należy stwierdzić, że system monitoringu w myśl postanowień SIWZ jest częścią całego zamówienia i to on ewentualnie winien dzielić – gdyby przyjąć zamówienie jako świadczenie kompleksowe sposób opodatkowania podatkiem VAT, gdzie odwołujący zaoferował stawkę 8%. Jednakże biorąc pod uwagę ww. przepisy rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług, oraz warunków stosowania stawek obniżonych (Dz. U. z 2013 r. poz. 1719) oraz orzecznictwo sądów administracyjnych i organów skarbowych, stwierdzić należy, iż preferencyjna stawka podatku VAT w wysokości 8% ma zastosowanie do robót, a także usług wykonywanych w bryle budynku i to niezależnie od stopnia powiązania instalacji znajdujących się poza obrębem budynku z instalacjami wewnątrz i na bryle budynku, takich, które warunkują prawidłowe działanie tych instalacji.

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

#### **106. Sygn. akt: KIO 531/17, Wyrok z dnia 19 kwietnia 2017 r.**

Zgodnie z treścią podstawowego dokumentu wadium: „zobowiązanie z tytułu niniejszego wadium wygasa w momencie zwrócenia nam przez Państwa lub stronę trzecią oryginału niniejszego wadium w celu jego zwolnienia, ale wygasa w każdym przypadku najpóźniej w dniu 15 lutego 2017 r. Wszelkie roszczenia o wypłatę spełniające powyższe warunki muszą zostać nam dostarczone w okresie ważności niniejszego wadium.” Z treści tego postanowienia, a w szczególności z wyrażenia „zwrócenia nam przez Państwa lub stronę trzecią oryginału niniejszego wadium” jednoznacznie wynika, że bank będący wystawcą wadium określił, że jego zobowiązanie wynikające z treści dokumentu wadium wygasa z chwilą przekazania bankowi oryginału wadium. Oznacza to, że jednym z elementów niezbędnych dla powstania zobowiązania banku z tytułu wadium, było przekazanie przez bank oryginału dokumentu wadium. Gdyby przekazanie takiego oryginału dokumentu wadium nie było niezbędne dla powstania zobowiązania banku, bezprzedmiotowy byłby zawarty w dokumencie wadium zapis o wygaśnięciu wadium na skutek zwrotu oryginału dokumentu wadium. Tym samym, powstanie zobowiązania banku z tytułu wadium jest immanentnie związane z przekazaniem oryginału wystawionego przez bank dokumentu wadium i posiadanie oryginału tego dokumentu daje pewność, że w okresie ważności wadium bank wykona swoje obowiązki wynikające z faktu wystawienia dokumentu wadium.

W świetle powyższych rozważań, Izba zauważa, że niesłusznie wadium zostało uznane za wniesione skutecznie przez Odwołującego. Izba ocenia czynność Zamawiającego, polegającą

na ocenie ważności, prawidłowości wniesienia wadium, na chwilę jego wniesienia. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego wyrażonemu w odpowiedzi na odwołanie, obowiązkiem Zamawiającego jest weryfikacja prawidłowości złożonego wadium. Na chwilę wniesienia wadium, Odwołujący do swojej oferty załączył dokument wadium jedynie w kopii. Tym samym, Zamawiający nie mógł mieć pewności, czy podstawowy dokument wadium (który w oryginale znajdował się w posiadaniu Odwołującego) nie został zwrócony do banku – wystawcy gwarancji bankowej. Zwrot tego dokumentu do banku ma podstawowe znaczenie, bowiem w chwili zwrotu oryginału dokumentu, wadium wygasło. Brak oryginału wadium powodował, że Zamawiający nie posiadał wiedzy, co się dzieje z wadium, a przede wszystkim, czy oferta jest prawidłowo zabezpieczona wadium. Posiadacz oryginału dokumentu wadium mógł bowiem bez wiedzy i woli Zamawiającego doprowadzić do wygaśnięcia wadium. Tym samym nieprzekazanie Zamawiającemu oryginału dokumentu wadium powodowało brak pewności, że oferta została należycie zabezpieczona wadium.

### **107. Sygn. akt: KIO 951/17, Wyrok z dnia 24 maja 2017 r.**

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Powyższy przepis zastąpił uprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, który przewidywał wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert lub na przedłużony okres związania ofertą. Przy czym już w poprzednim stanie prawnym nieprawidłowe wniesienie wadium uznawano za mieszczące się w zakresie hipotezy tej normy prawnej, czyli w ramach niewniesienia wadium.

Charakter prawny gwarancji bankowej nie wynika z ustawy pzp, gdyż jest to domena ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.) {dalej również: „Prawo bankowe”}. Art. 82 ust. 1 definiuje istotę gwarancji bankowej, wskazując, że jest ona jednostronnym zobowiązaniem banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Z przepisu art. 82 ust. 2 wynika, że dla udzielenia i potwierdzenia gwarancji wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności. Natomiast przepis art. 84 Prawa bankowego wskazuje, iż do gwarancji bankowych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, zastrzegając, że zobowiązanie banku ma zawsze charakter pieniężny. (...)

Szczupła regulacja Prawa bankowego dotyczącej gwarancji powoduje, że precyzyjne ukształtowanie tego stosunku prawnego zależy od woli stron, w szczególności od gwaranta, który działa na polecenie zleceniodawcy (zwykle wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu). Ten z kolei powinien działać według wskazówek Zamawiającego, który ma być beneficjentem świadczenia pieniężnego z gwarancji. Zatem treść dokumentu gwarancji powinna w sposób kompletny zakres obowiązków i uprawnień stron tego stosunku prawnego. Jednocześnie odesłanie do stosowania przepisów kodeksu cywilnego co do zasady nie wyklucza jednak możliwości stosowania reguł wykładni oświadczeń woli i umów wskazanych w art. 65 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w odniesieniu do tej czynności prawnej.

Gwarancja wadialna oznacza podjęcie przez bank gwaranta (zwykle) na zlecenie podmiotu przystępującego do przetargu (wykonawcy), w przypadku naruszenia przez niego zobowiązań wynikających z udziału w tym przetargu (tzw. zobowiązanie podstawowe), zobowiązania do dokonania na rzecz organizatora przetargu (zamawiającego) jako beneficjenta zapłaty w granicach określonej sumy pieniężnej. Celem gwarancji wadialnej jest zatem ochrona interesów zamawiającego na wypadek niedopełnienia przez wykonawcę obowiązków związanych

z udziałem w postępowaniu przetargowym (których zakres w przypadku zamówień publicznych określa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1–3 ustawy pzp). (...)

Z powyższych względów w rozpoznawanej sprawie, z uwagi na ustalone powyżej okoliczności, nie ma podstaw, aby twierdzić, że zakres podmiotowy ww. gwarancji ubezpieczeniowej obejmował X, skoro na wstępie listu gwarancyjnego gwarant zdefiniował, że przez wykonawcę, którego udział w przetargu zabezpiecza, rozumie X (...) Sławomir C., a nie X, ponieważ wniesienie do spółki tytułem aportu przedsiębiorstwa prowadzonego dotychczas w ramach tzw. jednoosobowej działalności gospodarczej miało miejsce 30 grudnia 2017 r. nie było żadnej obiektywnej przeszkody, aby w gwarancji wskazać spółkę jako wykonawcę, który będzie składał ofertę w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Sprecyzowany dalej przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta, choć odzwierciedla przesłanki opisane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, odnosi się do zdefiniowanego na wstępie zakresu podmiotowego.

### **108. Sygn. akt: KIO 1046/17, Wyrok z dnia 6 czerwca 2017 r.**

W ocenie Izby art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej. Gdyby miał tu zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy, to wówczas analogicznie jak w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ustawodawca powinien był zawrzeć sformułowanie „z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy”, czego nie uczynił. Zakładając zatem racjonalność ustawodawcy, Izba stanęła na stanowisku, że nawet w zmienionej rzeczywistości prawnej, dokument wadium nie podlega uzupełnieniu. Tym samym fakt, że do zamawiającego dotarł oryginał aneksu po zakreślonym przez zamawiającego terminie, jak również fakt, że bank potwierdził wydłużony okres związania, nie ma wpływu na prawidłowość ustalenia zamawiającego, że gwarancja wadialna oryginalna złożona w zakreślonym przez zamawiającego terminie była nieprawidłowa.

### **109. Sygn. akt: KIO 1067/17, Wyrok z dnia 20 czerwca 2017 r.**

Bezspornie, ze względu na abstrakcyjny i samoistny charakter zobowiązania w relacji do stosunku podstawowego (gwarancji bankowej), treść zobowiązania gwaranta do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Niezbędnym elementem treści gwarancji bankowej jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności (przesłanek), których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta (zamawiającego) ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium).

Za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt X Ga 189/13 z dnia 11 lipca 2013 r. stwierdzić należy, że „nie ma konieczności w treści gwarancji cytowania przepisów p.z.p. 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”.

W treści złożonej przez odwołującego gwarancji bankowej przesłanki zatrzymania wadium zostały wskazane przez gwaranta we wstępnej jej części – pierwszy akapit, poprzez w istocie zacytowanie przepisu art. 46 ust. 5 ustawy Pzp (nieistotna różnica dotyczy zastąpienia „wykonawcy” z art. 46 ust. 5 pkt 3) ustawy Pzp „zleceniodawcą). Jest to treść jednoznaczna i nie budząca wątpliwości co do tego, że przesłankę zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, nie wskazano. Za trafne skład orzekający Izby uznał argument przystępującego (stanowisko pisemne z dnia 1 czerwca 2017 r.), iż „Zasady logiki i doświadczenia życiowego nakazują przyjąć, że gdyby gwarancja miała obejmować oba te przepisy (zarówno art. 46 ust. 5, jak i art. 46 ust. 4a ustawy Pzp) gwarant i Odwołujący uwzględniliby w jej treści tożsame rozwiązanie (przytoczenie treści przepisu) dla obu regulacji.”

W ocenie składu orzekającego Izby, choć dopuszczalne jest odwoływanie się w treści gwarancji w zakresie przesłanek zatrzymania wadium do innego dokumentu (tak w ww. wyroku

SO we Wrocławiu), to jednocześnie (o czym także w ww. wyroku), chodzi o odwołanie się do takiego dokumentu, w którym przesłanki te są wskazane. Z całą pewnością „warunku” tego nie spełnia oferta odwołującego, o której mowa w akapicie czwartym gwarancji („Gwarancja jest ważna tylko w stosunku do oferty Zleceniodawcy wskazanej w gwarancji.”), ponieważ nie wskazuje tych przesłanek, abstrahując nawet od faktu, że treść akapitu czwartego – jak trafnie podnosił przystępujący w swoim stanowisku pisemnym z dnia 1 czerwca 2017 r. – oznacza tyle tylko, że gwarancja „nie może być wykorzystana w jakiegokolwiek innej ofercie w postępowaniach prowadzonych przez Beneficjenta”. Podkreślić należy, że przesłanki zastrzymania wadium zostały przez gwaranta wyspecyfikowane w akapicie pierwszym. Akapit czwarty, choćby ze względu na jego „umiejscowienie”, kwestii tych nie dotyczy – począwszy od akapitu drugiego gwarancja referuje do kwestii technicznych i formalnych (identyfikacja żądania, adres, na który winno zostać przesłane żądanie, termin ważności gwarancji, zwrot oryginału dokumentu gwarancji).

Dostrzeżenia nadto wymaga, że gwarant w treści gwarancji bankowej w żaden sposób nie odwołał się do dokumentu SIWZ przedmiotowego postępowania. Fakt, że z treścią SIWZ, w tym rozdziałem VII, regulującym wymagania dotyczące wadium, zapoznał się odwołujący (o czym mowa w Formularzu ofertowym odwołującego pkt 10 – „Zapoznaliśmy się z treścią SIWZ (w tym ze wzorem umowy) i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w niej zawarte”), w żaden sposób nie pozwala przyjąć, że wymaganie tam wskazane były w ogóle znane wystawcy gwarancji.

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

#### **110. Sygn. akt: KIO 353/17, Wyrok z dnia 14 marca 2017 r.**

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z 16 lutego 2016 r. (kopia w aktach sprawy) zamawiający oświadczył, że oferta ta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż została złożona przez wykonawców nie ubiegających się wspólnie o realizację zamówienia, lecz w celu uzyskania przez jednego z nich uprawnień do wiarytelności powstałej z tytułu wykonania świadczeń objętych zamówieniem. Czynności te z mocy art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1638 ze zm.) wymagają uzyskania zgody organu tworzącego zamawiającego, a jako podjęte bez zgody tego organu dotknięte zostają wadą nieważności z mocy art. 54 ust. 6 tej ustawy. Zamawiający wskazał, że mając na uwadze doświadczenia w zakresie naruszania przez wykonawców ograniczeń wynikających z powołanego art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie dotyczące treści złożonej przez niego oferty, jakie czynności w świetle zawartej pomiędzy stronami umowy konsorcjum w zakresie przedmiotu zamówienia będzie wykonywała na rzecz zamawiającego X, mając na uwadze, że przedmiot zamówienia to „dostawa produktów leczniczych i wyrobów medycznych” oraz że koncesję/zezwoleń na obrót produktami leczniczymi posiada wyłącznie Y. Zamawiający opisał, że pismem z dnia 9 lutego 2017 r. lider konsorcjum Y wyjaśnił, że to on będzie wykonywał zamówienie w zakresie dostarczania produktów leczniczych, natomiast pozostałe obowiązki nie wymagające stosownych zezwoleń, w tym przyjmowanie zamówień, wystawianie faktur, not księgowych i innych dokumentów pozostawać będą w gestii uczestnika konsorcjum X Ponadto lider konsorcjum przedstawił umowę konsorcjum z dnia 1 grudnia 2016 r., z której wynika, że uczestnik konsorcjum nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, a wyłącznie dokonywał czynności obsługowych w istocie na rzecz lidera konsorcjum, w tym administrowania należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz zamawiającego oraz windykacji należności od zamawiającego. W dalszym ciągu pisma zamawiający wywodził, że w świetle wyroku Sądu Najwyższego



z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie sygn. akt I CSK 486/15 cyt.: „Nie jest dopuszczalne zawarcie umowy konsorcjum nie w celu wspólnej realizacji zobowiązań wynikających z umowy podstawowej, tylko w celu uzyskania uprawnień do wierzytelności należnej z tytułu wykonania świadczeń z tej umowy wyłącznie przez jednego z uczestników konsorcjum. Prowadzi to do faktycznego obrotu wierzytelnościami pod „przykryciem” umowy konsorcjalnej i narusza obowiązek określony w art. 54 ust. 5 ustawy z 2011 r. o działalności leczniczej. Umowa konsorcjum może prowadzić do zmiany wierzyciela w rozumieniu art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, wymagającej zgody organu tworzącego publiczny zakład opieki zdrowotnej.”

Zamawiający wskazał, że umowa konsorcjum zawarta w takich okolicznościach, a więc i występujących w postępowaniu, nie może być uznana za ważną, z powodu braku zgody na dokonanie czynności mającej na celu zmianę wierzyciela przez organ tworzący zamawiającego. W związku z tym również oferty konsorcjum nie można uznać za ważną, skoro została złożona na podstawie nieważnej umowy konsorcjum. (...)

Art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Orzecznictwo wskazuje, że wadliwość reprezentacji wykonawcy przy złożeniu oferty powoduje nieważność samej oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r. w sprawie XXIII Ga 1072/15). Tym bardziej więc oferta złożona przez wykonawców, których wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia jest niedopuszczalne, dotknięta jest sankcją nieważności bezwzględnej (art. 58 § 1 k.c.), gdyż sanowanie podmiotowej niedopuszczalności kontraktowania w tej sytuacji nie jest możliwe.

Konsorcjum stanowi niestypizowaną umowę cywilnoprawną. Powszechnie przyjmuje się, że celem ubiegania się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum jest rozszerzenie konkurencji – ustawodawca dał wykonawcom możliwość łączenia potencjałów, dzięki czemu zamówienie mogą uzyskać i zrealizować wspólnie podmioty, które pojedynczo nie mogłyby tego dokonać. Pomimo tego, że przepisy Pzp i kodeksu cywilnego nie kształtują w żaden sposób warunków porozumienia konsorcjalnego, to jednak możliwość zawiązywania i układania stosunków wewnątrz konsorcjum nie została pozostawiona całkowitej dowolności wykonawców.

Art. 353<sup>1</sup> k.c. stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zawiązanie konsorcjum nie może nie może zatem naruszać przepisów prawa. (...)

Ustawowe ograniczenie zawierania umów konsorcjalnych wynika również z ustawy o działalności leczniczej. Art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej stanowi, że czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej może nastąpić po wyrażeniu zgody przez podmiot tworzący. Podmiot tworzący wydaje zgodę albo odmawia jej wydania, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych oraz w oparciu o analizę sytuacji finansowej i wynik finansowy samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej za rok poprzedni. Zgodę wydaje się po zasięgnięciu opinii kierownika samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Zgodnie z art. 54 ust. 6 ustawy o działalności leczniczej czynność prawna dokonana z naruszeniem ust. 2–5 jest nieważna.

W orzecznictwie sądów powszechnych w ślad za wykładnią tych norm dokonanych przez Sąd Najwyższy w wyroku z 2 czerwca 2016 r. w sprawie CSK 486/15 (...) ukształtował się pogląd, że przepis art. 54 ust. 5 nie jest ograniczony przedmiotowo do tych czynności prawnych, których istotą jest cel bezpośredni istniejący w chwili dokonywania czynności, z wyłączeniem tych czynności, których dalszym, ale nie bezpośrednim skutkiem może być zmiana wierzyciela (przykładowo wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 czerwca 2016 r. w sprawie VI ACa 556/16 (...)).

Izba dokonała zatem oceny postanowień umowy odwołującego się konsorcjum z kontekście możliwości zmiany wierzyciela z uwzględnieniem całokształtu okoliczności możliwych do ustalenia w postępowaniu. Wymagało to zbadania umowy konsorcjum, załączonych do niej pełnomocnictw oraz JEDZ odwołującego na zasadzie (z urzędu), a nie wyłącznie oceny § 3 umowy konsorcjum powołanej przez odwołującego. Zawarcie umowy konsorcjum przez odwołujących się wykonawców oraz złożenie przez nich wspólnej oferty Izba uznała za czynność mającą na celu obejście prawa w celu uzyskania przez konsorcjanta prawa do wierzytelności z naruszeniem art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej. (...)

Po pominięciu omówionych czynności jedynym obowiązkiem X wskazanym w § 3 ust. 2 umowy konsorcjum jest administrowanie należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz zamawiającego oraz windykacja należności od zamawiającego. (...) W ocenie Izby powołane okoliczności wskazują, że rzeczywistym celem umowy konsorcjum nie było ułożenie stosunków między wykonawcami w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia oraz w czasie wspólnego wykonania umowy przez odwołujących się wykonawców. Celem tym było natomiast stworzenie możliwości uzyskania przez X wierzytelności wynikającej z wykonania umowy przez Y, a temu sprzeciwia się art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej. Przekonanie o pozorności umowy konsorcjum wzmacniają stanowiska pełnomocników stron na rozprawie. Pełnomocnik zamawiającego oświadczył, że firmy tworzące konsorcjum zawarły ze sobą umowę ramową, na mocy której w sytuacji braku zapłaty przez zamawiającego należności z tytułu dostawy leków w określonej kwocie, Y uzyska zapłatę od X, która w konsekwencji uzyska prawo do dochodzenia wierzytelności od zamawiającego. (...)

Jeśli czynności już w momencie swego „rodzenia się” miały na celu obejście ustawy, są nieważne (wyrok SN z 5 kwietnia 2007 r. w sprawie II CSK 533/06). Skoro zawarcie umowy konsorcjum, jak i złożenie oferty przez odwołujących się wykonawców, miały na celu obejście zakazu zawartego w art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej, Izba uznała, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, a unieważniając postępowanie nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

### **Art. 90 ust. 1–3**

#### **111. Sygn. akt: KIO 2455/16, Wyrok z dnia 17 stycznia 2017 r.**

Izba ustaliła, że wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 19 października 2016 r. są niewystarczające: zawarto je na dwóch stronach, które nie wskazują na żadne zobiektywizowane, a równocześnie poparte dowodami okoliczności, pozwalające na ustalenie, że cenę zaoferowano na odpowiednim poziomie. Wobec tego wyjaśnienia nie można uznać za nic innego, jak tylko rozbicie ceny ofertowej na poszczególne składniki. Takie działanie nie może być uznane za wystarczające wyjaśnienia, ponieważ wskazane w ten sposób kwoty częściowe nie są poparte żadnymi dowodami. Nie udowodniono zatrudniania wyłącznie osób niepełnosprawnych na umowę o pracę, wysokości kosztów administracyjnych, ani podstaw do wyliczenia średniego miesięcznego zużycia środków czystości. Okoliczności, na które powołuje się Wykonawca, powinny być udowodnione za pomocą dowolnych środków dowodowych – ustawodawca pozostawił wykonawcy wybór w tym zakresie. W ocenie Izby nie ma znaczenia, że ten właśnie Wykonawca obecnie realizuje umowę u Zamawiającego i Zamawiający zna jego sytuację. Gdyby zaakceptować taki pogląd, to wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny byłoby wyłącznie pozbawioną znaczenia formalnością. Wykonawca powinien odpowiedzieć na wezwanie w sposób pełny i wyczerpujący. Choć kompletność wyjaśnień ocenia się każdorazowo w okolicznościach danej sprawy, to jednak powinny one zawierać opis takich zobiektywizowanych okoliczności, wraz z dowodami na ich potwierdzenie, aby można było na ich podstawie zweryfikować ich prawidłowość. Analiza wyjaśnień ma umożliwić ocenę, czy doszło do

zaoferowania ceny na poziomie rażąco niskim, przede wszystkim Zamawiającemu, ale również – ze względu na zasadę transparentności postępowania – wykonawcom, którzy złożyli oferty droższe.

### **112. Sygn. akt: KIO 28/17, Wyrok z dnia 19 stycznia 2017 r.**

Zgodnie z zasadami określonymi w art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający jest zobowiązany wymagać wyjaśnień pełnych i obiektywnych, potwierdzonych dowodami dotyczącymi sposobu kalkulacji ceny oferty w równym stopniu od wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie może opierać się w tym zakresie wyłącznie na własnej wiedzy lub informacjach ogólnodostępnych (np. składanych przez wykonawcę w innym postępowaniu). Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa wyłącznie na wykonawcy. Zamawiający nie może zwolnić wykonawcy z tego obowiązku z tego względu, że wykonawca realizuje na jego rzecz umowę na zbliżony przedmiot zamówienia. Takie działanie stanowi naruszenie elementarnych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

### **113. Sygn. akt: KIO 40/17, Wyrok z dnia 24 stycznia 2017 r.**

Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Podkreślenia wymaga, że sformułowanie „budzą wątpliwości” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa w tym zakresie nie wskazuje żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. (...)

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaferował rażąco niskiej ceny. Przede wszystkim wyjaśnienia te, w zakresie podanych wartości, są bardzo niejasne i niezrozumiałe, że nie sposób ocenić, w jaki sposób wpływają na obniżenie ceny. Odwołujący wskazał kilka wartości, które uwzględnił przy kalkulacji ceny, ale są one nieczytelne i mało rzeczowe. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. Nie sposób ocenić, czy przyjęte stawki są stawkami realnymi, skoro nie zostały one oparte żadnymi dowodami. Izba nie dała wiary stanowisku odwołującego, że nie dysponował on żadnymi dowodami, które mógł złożyć na wezwanie zamawiającego. Dowodami takimi mogą być umowy z dostawcami, faktury i rachunki potwierdzające koszty wykorzystywanych mediów, umowy o pracę z zatrudnionymi pracownikami, listy płac i wiele innych. Wobec braku jakichkolwiek konkretnych danych, ocena zasadności przyjętych wartości jest po prostu niemożliwa.

Odnosząc się do wyjaśnień i danych zawartych w odwołaniu, Izba wskazuje, że informacje takie winny być przekazane przez odwołującego zamawiającemu, w związku z wystosowanym przez niego wezwaniem z dnia 22 grudnia 2016 roku, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, gdzie wskazano, że „Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego

przedłużenia (...) terminu udzielonemu do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłaby do naruszenia art. 90 ust. 3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwolidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez (...) na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji." „ Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji” oraz w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: „złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty.”

W ocenie Izby brak jest podstaw do ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wezwanie takie byłoby możliwe w sytuacji, gdyby wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a koniecznym byłoby wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. W rozpoznawanym przypadku z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia. Wezwanie zamawiającego wskazywało na kwestie wymagające wyjaśnienia, do których odwołujący się nie ustosunkował. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 725/14, „(...) prowadzona procedura wyjaśnień nie może usprawiedliwiać uchylania się przez wykonawcę od złożenia rzetelnych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Brak rzetelności w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych do wykonawcy”.

#### **114. Sygn. akt: KIO 193/17, Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2017 r.**

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Nałożony tym przepisem na wykonawcę ciężar dowodu nie zwalnia jednak Zamawiającego z obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia dokonanej oceny wyjaśnień. Wskazać należy na treść art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający niezwłocznie informuje wszystkich o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z przywołanym wyżej przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Przedstawiane przez Zamawiającego uzasadnienie czynności odrzucenia ma więc doniosłe znaczenie, a obciążenie wykonawcy obowiązkiem wykazania prawidłowości ceny nie zwalnia z konieczności uzasadnienia, z jakich powodów i na jakich podstawach Zamawiający uznaje wyjaśnienia za niewystarczające.

**115. Sygn. akt: KIO 289/17, Wyrok KIO z dnia 23 lutego 2017 r.**

(...) dostrzec należy, że wątpliwości Zamawiającego, o których mowa w komentowanym przepisie dotyczyć mogą ogólnie ceny lub kosztu oferty (tj. ceny lub kosztu jako takich), bądź ich istotnych elementów. Powyższe potwierdza jedynie ugruntowany w orzecznictwie, na kanwie poprzednio obowiązującego brzmienia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, pogląd o dopuszczalności badania nie tylko całkowitej ceny oferty, ale także elementów składowych ceny, o ile mają istotny wpływ na jej wysokość. W ocenie Izby niezależnie od tak rozumianego źródła wątpliwości zamawiającego spoczywa na nim obowiązek precyzyjnego wskazania okoliczności, które wykonawca winien wyjaśnić. Skład orzekający nie podziela bowiem zapłaty, jakoby wezwanie do złożenia wyjaśnień ograniczające się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp rodziło po stronie wykonawcy obowiązek wyjaśnienia bliżej nieokreślonych aspektów, które wywarły wpływ na skalkulowanie ceny jego oferty. Innymi słowy wezwany wykonawca, ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućcie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie – jego treść powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i – ewentualnie – dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Jeżeli zaś wezwanie do złożenia wyjaśnień ma charakter ogólnikowy, ograniczający się, przykładowo, wyłącznie do przytoczenia treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, to zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania równie ogólnikowych wyjaśnień.

Źródła braku konieczności precyzyjnego sformułowania okoliczności podlegających wyjaśnieniu nie można upatrywać – jak zdaje się uzasadniać Zamawiający – w powstaniu z momentem wezwania domniemania prawnego rażąco niskiej ceny. Z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wynika bowiem jedynie, że wezwanie jest następstwem pojawienia się stanu niepewności co do rzetelności ceny danej oferty, na co wskazuje użyte w komentowanym przepisie sformułowanie „cena oferty wydaje się (podkreślenie Izby) rażąco niska”, który to stan powinien zostać usunięty w drodze wyjaśnień.

**116. Sygn. akt: KIO 72/17, Wyrok z dnia 1 marca 2017 r.**

Izba dalej wskazuje, że badanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest dopuszczalne niezależnie od przyjętego przez zamawiającego modelu rozliczenia z wykonawcą należnego mu wynagrodzenia, ponieważ ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Niezależnie od modelu wynagrodzenia badaniu podlegają elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, co również wynika z treści przywołanego przepisu. Odwołujący wprawdzie trafnie argumentował, że ocenie podlegać powinna zasadniczo cena całkowita oferty, a nie jej poszczególne składowe, tym niemniej zaniżona wycena określonych elementów kalkulacji, nieznajdująca pokrycia w innych jej pozycjach, a jak w tym przypadku będąca przede wszystkim wynikiem samodzielnej [niedopuszczalnej specyfikacją] weryfikacji przedmiarów przez wykonawcę, co do wymaganych ilości, stanowić może podstawę odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt – pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość robót niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 K.c.) – nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce chociażby w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione, przykładowo, na etapie składania wyjaśnień. Zdaniem Izby, jest rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać,



że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 ustawy Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

### **117. Sygn. akt: KIO 297/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r.**

Rozpoznając zarzut odnoszący się do wyjaśnień cenowych złożonych przez Odwołującego, z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział bowiem procedury automatycznego odrzucania oferty z najniższą, tudzież najwyższą ceną i wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecnictwem europejskim, orzecnictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiście jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11). (...)

Zamawiający rażąco niską cenę oferty Odwołującego wywodzi z faktu zidentyfikowania w tej ofercie niezgodności z treścią SIWZ. Jak już stwierdzono w przedmiotowym orzeczeniu, z ustalonych niezgodności potwierdziła się jedna. Zatem wnioski Zamawiającego o niedoszacowaniu pozostałych pozycji kosztorysowych oraz rażąco niskiej cenie nie były prawidłowe. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia pozwalał wykonawcom na pewną swobodę w sposobie kalkulacji ceny, bazując na przedmiarach Zamawiającego, co nie czyni kalkulacji tych nieprawidłowymi. To wykonawców obciążało ryzyko ujęcia w kalkulacji wszystkich kosztów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia i przewidzenie, że w trakcie wykonywania kontraktu może zająć potrzeba wykonania prac dodatkowych, nieprzewidzianych w ramach ustalonego wynagrodzenia. Niewątpliwie jednak Zamawiający miał obowiązek wyjaśnić swoje wątpliwości co do kalkulacji poszczególnych ofert, zwłaszcza że próg 30% został przekro-

czony. Wezwanie więc wykonawców do złożenia wyjaśnień było jak najbardziej uzasadnione. Pamiętać jednak należy, iż ocena podobnych elementów kosztorysu w różnych ofertach nie jest do końca miarodajna, właśnie z uwagi na przyjęty sposób rozliczenia i możliwość różnego sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego. Dlatego też wątpliwości Zamawiającego co do pojedynczych pozycji kosztorysowych wymagały wykazania wpływu na wycenę całości oferty. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę ustalenia związane ze zgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, Zamawiający nie udowodnił, iż określone pozycje kosztorysowe tak znacząco zostały zaniżone, że w konsekwencji mogą one świadczyć o złożeniu oferty z rażąco niską ceną.

Odpowiadając na zarzuty Odwołującego, iż treść wyjaśnień kierowana do poszczególnych wykonawców nie była jednakowa a wezwania różniły się stopniem szczegółowości, wskazać należy, iż każda z ofert charakteryzuje się pewną odmiennością i przyjmuje inne założenia strategii cenowej. Słusznie więc Zamawiający dostosował treść wezwań do zawartości kosztorysów i treści oferty. Działan takich nie można uznać za naruszających zasadę równego traktowania wykonawców. Także skierowanie więcej niż jednego wezwania do któregoś z wykonawców nie stoi w sprzeczności ze wspomnianą zasadą.

### **118. Sygn. akt: KIO 321/17, Wyrok z dnia 7 marca 2017 r.**

Zamawiający w sposób ogólny wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień i na datę ich składania w ocenie Izby przystępujący złożył wyjaśnienia wskazujące, że skalkulował koszty i założył zysk, jednak z wyjaśnień wynikają pewne nieścisłości i brak udowodnienia, że koszty pracy są co najmniej równe minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Orzecznictwo i doktryna dopuszcza możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia nie potwierdzające, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską o dalsze wyjaśnienia kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. W ocenie Izby dążenie do wyjaśnienia wątpliwych informacji w wyjaśnieniach przystępującego służy interesowi zamawiającego, który żądając dalszych wyjaśnień uzyskuje lepszą możliwość weryfikacji założonych kosztów i zapewnia sobie ocenę realności wykonania zamówienia zgodnie z jego przedmiotem, ale także zapobiega eliminacji z postępowania wykonawcy korzystniejszego pod względem ekonomicznym. Izba podkreśla, że możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi wyłącznie w sytuacji, gdy:

1. sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą wątpliwości zamawiającego, co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty, a wezwanie było odzwierciedleniem przepisów ustawy,
2. wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami i z tych wyjaśnień wprost jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, a niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości zamawiającego.

### **119. Sygn. akt: KIO 416/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r.**

Wyjaśnienia przystępującego w tym zakresie [tj. *podejrzanie rażąco niskiej ceny – przyp. red.*] nie mogą być uwzględnione. To na nim bowiem spoczywa obowiązek udowodnienia zasadności zaoferowanej ceny, a w tym wypadku odwołujący nie złożył żadnego dowodu na wykazanie faktu prowadzenia negocjacji i uzgodnienia niższej ceny niż wynikająca z oferty podwykonawcy. Wskazać należy, że wykonawca – oprócz wyjaśnień – zobowiązany został do przedłożenia dowodów. W interesie przystępującego leżało więc uzyskanie dowodu, choćby w postaci pisemnego potwierdzenia innych warunków niż wynikające z oferty.

Krytycznie należy ocenić zawartą w wyjaśnieniach przystępującego informację, iż nie jest on uprawniony do ujawnienia ofert pozostałych podwykonawców. W postępowaniu

o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca obowiązany jest bowiem wykazać wszelkie okoliczności mające wpływ na wysokość ceny oferty. Ustawa P.z.p. przewiduje przy tym mechanizmy służące ochronie informacji, których wykonawca z pewnych uzasadnionych względów nie chce lub nie może ujawnić, w tym zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący z mechanizmów tych nie skorzystał i konsekwencje płynące z niewykazania danych zawartych w ofertach podwykonawców mogą obciążać wyłącznie jego. (...)

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez wielokrotne wzywianie przez zamawiającego wykonawcę X do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt KIO 150/16, powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 P.z.p., może być, np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często.

Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający, wzywając przystępującego po raz pierwszy do złożenia wyjaśnień w kwestii zaoficerowanej ceny, ograniczył się wyłącznie do przytoczenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Nie wskazał przy tym konkretnych obszarów, których wyjaśnienia oczekiwał szczególnie. W sytuacji, gdy cena jest sumą wartości wielu czynności składających się na przedmiot zamówienia, wykonawca może mieć problem z ustaleniem, które konkretnie prace wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Wykonawca nie może przy tym ponosić konsekwencji wynikających z braku precyzji i staranności po stronie zamawiającego.

## **120. Sygn. akt: KIO 460/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r.**

Rozpoznając w tym zakresie odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny istniejący w dacie podjęcia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wynikający z wezwań Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoficerowanej przez X, jak i wyjaśnień tego wykonawcy złożonych w pismach z dnia 17.01.2017 r. i 1.02.2017 r. Izba miała na uwadze okoliczność, iż wykonawca składał wyjaśnienia, które stanowiły odpowiedź na zadawane mu pytania w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy. Miały one zatem na celu wykazanie, iż cena oferty nie jest rażąco niska i przekonanie Zamawiającego o tym, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za kwotę znacząco niższą, od tej jaką zakładał Zamawiający przeznaczyć na jego sfinansowanie. Fatycznie zatem, to wezwania, jakie kierował Zamawiający identyfikowały obszary, co do których wykonawca miał odnieść się, tak aby rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Izby, wysokości cen proponowanych w innych ofertach miały wyłącznie znaczenie dla ustalenia poziomu cen zaoficerowanych w tym postępowaniu i ustalenia, czy cena odbiegająca od średniego poziomu cen może uzasadniać powzięcie wątpliwości przez Zamawiającego i wystąpienie do wykonawcy o złożenie szczegółowych wyjaśnień. W ocenie Izby, w trybie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, nie jest istotne odnoszenie się do ofert innych podmiotów, które prowadząc własną politykę cenową, kalkulując własne koszty i zakładany zysk, prezentują również indywidualną, subiektywną kalkulację ceny ofertowej. Fakt zatem zaoficerowania wyższych cen przez konkurentów, nie jest jeszcze dowodem na złożenie ceny rażąco niskiej w najtańszej, spośród złożonych ofert. Postępowanie wyjaśniające prowadzone przez Zamawiającego ma na celu wyłącznie ustalenie, czy oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert oraz szacowanych przez Zamawiającego kosztów, nadal jest ceną realną umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i zyskiem. Wykonawca powinien zatem wykazać, ja-

kie czynniki decydowały o kalkulacji kosztów, jak również to, iż znajdowały one uzasadnienie w obiektywnych okolicznościach, np. związanych z kosztami pracy specjalistów, jako zasadniczego elementu prac projektowych. Odwołujący w odwołaniu wskazywał szereg okoliczności, które obiektywnie związane są z kalkulacją kosztów, ale nie musiały być objęte wyjaśnieniami, jeżeli Zamawiający na nie wprost nie wskazywał. Uwzględniając oba wezwania Zamawiającego Izba ustaliła, iż oczekiwał on zaprezentowania kompleksowej, szczegółowej kalkulacji na pełną wartość ofertową obrazującą wszelkie uwzględnione w niej składowe kalkulacyjne takie, jak: jednostki miary, ilości, stawki, ceny, oferty podwykonawców i inne dowody oraz wszelkie narzuty z podstawami ich naliczenia itp. (wezwanie z 10.01.2017 r.). Wyjaśnienia czyniły zadość wezwaniu i zawierały informacje związane ze sposobem kalkulacji ceny, w tym szczegółowe założenia godzinowe prac wraz z kosztami wynagrodzenia oraz dowodami w postaci ofert podwykonawców (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). Po analizie wyjaśnień Zamawiający wystąpił z dodatkowymi pytaniami odnośnie kosztów prac projektowych związanych z wyceną za weryfikację WE podsystemu „infrastruktura, energia”, wykonaniem dokumentacji przetargowej i kosztorysowej, terminów zakończenia poszczególnych etapów prac, wskazania wartości prac projektowych dla wymienionych obiektów (przystanki tramwajowe wraz z tunelem, wiadukty kolejowe, obiekty kubaturowe, perony). Zamawiający nie oczekiwał pełnej informacji o kosztach dodatkowych, jakie ponosi wykonawca z tytułu zaplecza technicznego (biura, koszty eksploatacyjne, transportu), a zatem ich brak w wyjaśnieniach szczegółowych nie mógł jeszcze przesądzać o ocenie wyjaśnień, jako niedostatecznych.

Po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień składanych Zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwania Izba uznała, iż są one kompletne w tym znaczeniu, iż odnoszą się do istotnej strony przedsięwzięcia, dla którego zasadniczym elementem generujących koszty usługi, są koszty pracy specjalistów. Wykonawca odnosił się do tych elementów, które mogą odróżniać jego sytuację faktyczną (zaplecze techniczne, kadrowe, doświadczenie, lokalizacja siedziby), wpływając na lepsze rozeznanie ryzyk i niższe koszty. Co istotne do wyjaśnień załączone zostały dowody, które czyniły założenia wykonawcy realnymi, w tym przede wszystkim możliwy do osiągnięcia zysk na poziomie około 1 mln zł. Na ocenę tę nie miała wpływu nowa okoliczność wskazana przez Zamawiającego dopiero w stanowisku procesowym, a dotycząca rozbieżności w kosztach wykonania prac geodezyjnych. Ponieważ Zamawiający nie zwracał uwagi na tę nieścisłość w drugim wezwaniu, wykonawca nie miał możliwości odniesienia się do wątpliwości Zamawiającego, których ten nie posiadał podejmując decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej. Dopiero na rozprawie, w związku ze sprzeciwem, podjął się próby wyjaśnienia tej kwestii, która nie była również znana Odwołującemu na etapie wnoszenia odwołania. Izba uznała, iż przyjmując nawet, iż wyjaśnienia miały charakter swobodny i mogły być ocenione jako niewiarygodne, to nawet przyjęcie wyższych kosztów, zgodnych z załączoną ofertą geodety, nie czyniłoby ceny rażąco niskiej. Różnica pomiędzy ceną wskazaną w oświadczeniu geodety, a kosztem prezentowanym przez wykonawcę mogłaby być wyjaśniona wcześniej, gdyby taką potrzebę Zamawiający wyartykułował. Zamawiający uwzględnił odwołanie, gdyż dopiero przy okazji ponownej analizy oferty, w kontekście postawionych zarzutów dostrzegł nieścisłość wyjaśnień w zakresie wyceny tego elementu prac. Nie miał zatem wiedzy co do okoliczności wskazanych przez Przystępującego dopiero na rozprawie. Izba nie mogła zatem ustalić, w jaki sposób Zamawiający oceniłby wyjaśnienia, gdyby okoliczności te były mu znane wcześniej. Nie stanowiło to jednak przeszkody do tego, aby ocenić wyjaśnienia w zakresie w jakim zostały złożone Zamawiającemu, uwzględniając wskazaną nieścisłość, bez analizy przyczyn jej powstania. Izba uznała, iż z uwagi na założony poziom zysku (około 1 mln złotych), nadal nie ma podstaw do przyjęcia, iż zamówienie zostało skalkulowane poniżej kosztów realizacji. Zamawiający nie kwestionował pozostałych założeń, w tym dowodów, które dawały obraz warunków fi-

nansowania przedsięwzięcia. Uwzględniając odwołanie w tym zakresie nie wskazał również, aby dodatkowe koszty, jakie w jego ocenie wynikały z przedłożonych dowodów, powodowałyby faktycznie ten skutek, że zamówienie byłoby realizowane bez zysku i poniżej rzeczywistych kosztów.

### **121. Sygn. akt: KIO 425/17, KIO 426/17, Wyrok z dnia 24 marca 2017 r.**

Wobec tego Izba uznała, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi generalną zasadę, wskazującą na podstawę wystąpienia przez Zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień, odnoszących się do podejrzenia wystąpienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jego treść wręcz zobowiązuje Zamawiającego do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii Zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wobec tego wskazać należy, że obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od Zamawiającego i występuje w przypadku, gdy Zamawiający oceniając oferty wykonawców poweźmie wątpliwości co do całej ceny lub koszt oferty, lub ich istotnych części składowych.

Niezależnie od dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp ustawodawca uszczegółowił wskazaną generalną zasadę występowania z żądaniem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, przez regulacje zawarte w art. 90 ust. 1a Pzp, wskazując na szczególne przypadki, w których żądanie złożenia wyjaśnień może być konieczne. Należy podkreślić, że ww. przepis w pkt 1) nakłada na Zamawiającego obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, natomiast w pkt 2) istnieje taka możliwość. Te szczególne przypadki ustawodawca odniósł do wartości matematycznie przeliczanych, pozostawiając jednak zamawiającym możliwość ich oceny w konkretnym przypadku.

Treść art. 90 ust. 1a Pzp odnosi się bowiem do szczególnej okoliczności, jaka może świadczyć o rażąco niskiej cenie, tj. gdy:

1. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;
2. cena całkowita danej oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych.

Z powyższego wprost wynika, że różnice na poziomie minimum 30%, występujące w cenie całkowitej oferty, należy odnosić: w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania.

Izba wyjaśnia, że jeśli mówimy o różnicy w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług należy wziąć pod uwagę szacunkową wartość zamówienia (bez podatku od towarów i usług), ustaloną z należyta starannością przed wszczęciem postępowania zgodnie z przepisami art. 32 i nast. ustawy Pzp. Zatem jest to wartość, którą Zamawiający przyjął na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla ustalenia zasad i progów, na jakich dane postępowanie ma być prowadzone. Następnie, dla celów porównywalności z ceną ofertową, ustaloną wartość przedmiotu zamówienia (podstawowego, ewentualnie części zamówienia) należy, zgodnie z przywołaną regulacją ustawy, powiększyć o należny podatek od towarów i usług.



W ocenie Izby nie wymaga szerszego komentarza sytuacja związana z odnoszeniem się do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, gdyż Zamawiający w tym przypadku powinien dokonać porównania matematycznego ceny ofertowej do średniej cen złożonych w postępowaniu ofert.

Zaś co do kwestii wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania to Izba zwraca uwagę na treść opinii, wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych, w której stwierdzono: „(...) zauważyć należy, że ustawodawca wprowadził w tym zakresie nowy instrument służący badaniu, czy cena ofertowa nie jest rażąco niska. Ustawodawca, wskazując na wartość zamówienia z całą pewnością miał na myśli – tak jak to ma miejsce w przypadku regulacji zawartej w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp – szacunkową wartość zamówienia bez podatku od towarów ustaloną z należytą starannością przed wszczęciem postępowania na podstawie art. 32 i nast. ustawy Pzp, którą zamawiający dla celów porównywalności ma obowiązek powiększyć o należy podatek od towarów i usług. Wartość ta jako punkt wyjścia powinna być brana pod uwagę przez zamawiającego, który zdecyduje się dokonać jej aktualizacji w trakcie trwania procedury udzielenia zamówienia publicznego. Aktualizacja tej wartości sprowadza się do wzięcia pod uwagę przez zamawiającego zmian zachodzących w gospodarce, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, z którymi możemy mieć do czynienia w szczególności w trakcie długotrwałej procedury udzielania zamówienia publicznego, kiedy od szacunku wartości zamówienia do oceny ofert upłynął znaczny okres, w czasie którego nastąpiła znacząca zmiana sytuacji na runku towarów i usług, czy też powyższe jest wynikiem nagłej zmiany w tym zakresie, nie wynikającej z upływu czasu”.

Izba podziela również wnioski płynące z przywołanej powyżej opinii UZP, w której stwierdzono: „Wszystkie wskazane wyżej mierniki nie mają, zgodnie ze znowelizowanymi przepisami ustawy Pzp, charakteru automatycznego i bezwzględnie do zastosowania, tzn. wypełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności (różnica 30% w cenie oferty badanej w stosunku do któregośkolwiek ze wskazanych wyżej mierników) nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. W każdym bowiem przypadku zamawiający indywidualnie powinien dokonać oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia. W przypadku miernika wynikającego z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, związanego z wartością zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT i średnią arytmetyczną wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, kiedy wartość oferty odbiega o minimum 30% od tych mierników zamawiający może nie korzystać z procedury żądania od wykonawców wyjaśnień, jeżeli wskazane rozbieżności wynikają z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Oczywiście takich okoliczności oznacza, że wiadomość o nich rozwiewa wszelkie wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia przykładowo kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania została przeszacowana, tj. ustalona na znacząco wyższym poziomie niż wynikałoby to z realiów rynkowych a złożone w postępowaniu oferty potwierdzają tę sytuację. Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku miernika, o którym mowa w art. 90 ust. 1a pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten daje zamawiającemu prawo a nie obowiązek wystąpienia do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny, jeżeli uzna to za stosowne w określonych realiach. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia przykładowo, kiedy wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania straciła na swojej aktualności po wszczęciu postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, kiedy zamawiający dokonuje ich badania i oceny”. (opinia Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczona na stronie internetowej <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/badanie-razaco-niskiej-ceny-oferty-po-nowelizacji>). (...)

W ocenie Izby podkreślenia wymaga, że wartości ofert, złożonych w postępowaniu są do siebie zbliżone co wysoce uprawdopodobnia, że odzwierciedlają realny, rynkowy poziom wartości zamówienia. Wobec tego różnice w cenach oferowanych przez ww. wykonawców należy traktować jako najzupełniej naturalne zjawisko występowania konkurencji w określonej branży. W związku z tym, Izba uznała za słuszne i prawidłowe działanie Zamawiającego, który na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów przyjął, że przedstawione przez BP X i Konsorcjum ceny ofertowe nie odbiegają w sposób znaczący od cen rynkowych co sprawia, że należy te ceny uznać za realne i umożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami specyfikacji.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że co prawda czynność wezwania ww. wykonawców nie została zakwestionowana przez żadnego z wykonawców, a tym samym należy uznać ją za skuteczną, wiążącą, to jednak należy zwrócić uwagę na przyczynę skierowania przez Zamawiającego do wybranych wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień, dotyczących występowania w ich ofertach ceny rażąco niskiej. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że działanie Zamawiającego zostało podjęte jedynie z ostrożności a nie w związku z pojawieniem się jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego, odnoszących się do cen zaoferowanych przez wykonawców. W tym miejscu Izba wskazuje na treść art. 90 ust. 2 Pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zatem skierowanie przez Zamawiającego wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp rodzi dla wykonawcy daleko idące konsekwencję w zakresie ciężaru dowodu, polegające na tym, że wówczas to właśnie wykonawca, który został wezwany do złożenia wyjaśnień jest zobligowany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wobec tego w ocenie Izby czynność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie powinna być dokonywana „na wszelki wypadek” czy też „z ostrożności”, ale powinna opierać się na wystąpieniu okoliczności opisanych w art. 90 ust. 1 lub ust. 1a Pzp.

### **122. Sygn. akt: KIO 505/17, KIO 518/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r.**

(...) o tym, że cena jest rażąco niska, nie mogą przesądzać same przez się pewne uchybienia w sposobie prezentacji czy opisu rezerw. W szczególności elementy kalkulacji co do konkretnych kosztów, co do których można uznać, że przyjęto je ponad rzeczywistą wysokość kosztów wynikająca ze złożonych dowodów, można określić mianem „rezerwy rozproszonej”. Sam sposób przypisania tych nadmiarowych kwot w kalkulacji do określonych kosztów nie przesądza, że muszą one być konieczne wydatkowane na te koszty i że nie mogą być przeznaczone także na pokrycie innych kosztów. W sytuacji zatem, gdy zadeklarowana wysokość środków była niewystarczająca na pokrycie pewnych kosztów, jak to miało miejsce co do elementu koszt wykonania usługi w okresie wydłużonym w świetle pierwszych wyjaśnień, wykonawca miał prawo wskazać w kolejnych wyjaśnieniach na inne pozycje kalkulacji i argumentować, że założono w nich takie rezerwy, które mogą służyć do pokrycia kosztów.

Nie może działać na niekorzyść wykonawcy fakt, że gdy kalkulując koszty i działając z ostrożności przeznacza na nie w prezentowanym arkuszu kalkulacji wyższe środki, aniżeli rzeczywista wartość kosztów, to nie może zmienić swej deklaracji i zobowiązany jest przeznaczać te oszczędności tylko i wyłącznie na pokrycie tego konkretnego elementu cenotwórczego. W ocenie Izby, przy takim sposobie wynagradzania jak w analizowanej sprawie, opartym na wynagrodzeniu ryczałtowym, stanowiska obu odwołujących nie zasługiwały na uwzględnienie.

### **123. Sygn. akt: KIO 545/17, Wyrok z dnia 7 kwietnia 2017 r.**

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie wskazać należy, że jakkolwiek wiedza Zamawiającego wynikająca z profesjonalnego prowadzenia działalności w dziedzinie objętej przedmiotem zamówienia może być pomocna przy ocenie realno-

ści ceny oferty, to nie może to prowadzić do poszukiwania przez Zamawiającego usprawiedliwienia dla wysokości tej ceny w sytuacji, gdy jej prawidłowość w żadnej mierze nie została wykazana w wyjaśnieniach wykonawcy. W niniejszej sprawie Zamawiający opierając się na własnej wiedzy na temat kosztów usług informatycznych przyjął, że cena jest realna, do czego nie był uprawniony w świetle ogólnych i głoślownych wyjaśnień. Dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie (oświadczenie kierownika zespołu personalnego Zamawiającego, wydruk z portalu wynagrodzenia.pl) nie opierają się na treści tych wyjaśnień i nie mogą przesądzać o braku obowiązku odrzucenia oferty Przystępującego. Nie sposób również zgodzić się z Zamawiającym, że argumentem przemawiającym za prawidłowością ceny oferty X jest fakt, iż cena ta była o 33% niższa od wartości zamówienia, próg ten nie został natomiast przekroczony w odniesieniu do średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Skoro zaistniały ustawowe przesłanki wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny i wezwanie to zostało do wykonawcy wystosowane, Zamawiający zobowiązany był podjąć decyzję w oparciu o te wyjaśnienia, a w sytuacji gdy były one na tak dużym poziomie ogólności – odrzucić ofertę.

Podsumowując należy stwierdzić, że Przystępujący (na którym spoczywał ciężar dowodu), składając ogólne i głoślowne wyjaśnienia, nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo, a brak takiego wykazania jest równoznaczny z obowiązkiem odrzucenia oferty. W ocenie Izby, przedstawienie ceny ofertowej w rozbiciu na koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk, przy jednoczesnym braku podania szczegółów kalkulacji ceny oraz bez wykazania jakichkolwiek dodatkowych okoliczności pozwalających obniżyć cenę oferty, nie uprawniało Zamawiającego do wniosku, że wykonawca wykazał realność zaoferowanej ceny. Tym samym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty X, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

#### **124. Sygn. akt: KIO 624/17, Wyrok z dnia 13 kwietnia 2017 r.**

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p., 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.

Analiza treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Podkreślenia wymaga, że sformułowanie „budzą wątpliwości” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa w tym zakresie nie wskazuje żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju usług, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp.

**125. Sygn. akt: KIO 681/17, Wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r.**

(...) Zamawiający nie ma podstawy do akceptacji wyjaśnień tylko na tej podstawie, że wykonawca złożył je w odpowiednim terminie. Znaczenie ma treść złożonych wyjaśnień; istotne jest, czy pozwalają one na rzeczywiste ustalenie, dlaczego właśnie ten wykonawca mógł zaoferować cenę na niższym poziomie, niż pozostali, przy czym nie tylko należy wskazać czynnik (czynniki) umożliwiające obniżenie ceny, ale konieczne jest wyliczenie realnego kosztu. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2017 r. sygn. akt V Ca 2214/06).

**126. Sygn. akt: KIO 661/17, Wyrok z dnia 25 kwietnia 2017 r.**

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający jest uprawniony do badania prawidłowości wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia nie tylko w przypadku ceny kosztorysowej, ale również w sytuacji, gdy cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy. Ustalenie, czy poszczególne roboty składające się na przedmiot zamówienia (a niemające nieistotnego znaczenia) zostały wycenione na poziomie rynkowym może być niezbędne do ustalenia realności całej ceny oferty – jeżeli niektóre roboty zostały niedoszacowane, może okazać się, że niedoszacowana jest cała cena. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby *de facto* do uniemożliwienia zamawiającym rzetelnego zbadania realności ceny w sytuacji, gdy ma ona charakter ryczałtowy. W związku z powyższym ocena zaoferowanej ceny ryczałtowej, jakkolwiek powinna uwzględniać charakter tej ceny, nie wyklucza badania prawidłowej wyceny jej części składowych. Analiza realności wyceny poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia może być dokonywana również w stanie prawnym sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. [*Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) – przyp. red.*], jako element badania, czy cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie brak jest podstaw do przyjęcia, że zakwestionowane przez Zamawiającego elementy wyceny (roboty oświetleniowe, wykonanie obiektu inżynierskiego w Etapie X oraz roboty dotyczące dróg serwisowych i jezdni włączeniowych) nie są istotne, z całą pewnością Odwołujący takiej okoliczności nie wykazał.

**127. Sygn. akt: KIO 808/17, Wyrok z dnia 8 maja 2017 r.**

W oparciu o powyższe, założenie na jakim Odwołujący budował argumentację o jednakowym upuście, jaki mogli uzyskać wykonawcy składający oferty, nie zostało wykazane. Również Zamawiający w oparciu o informacje przekazane przez Odwołującego przed zakończeniem czynności badania i oceny ofert nie miał podstaw do stwierdzenia, iż różnica ceny oferty najtańszej w stosunku do pozostałych ofert, wskazywać miałyby na podejrzenie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie może mieć wiedzy o polityce cenowej, którą swobodnie kształtują wykonawcy, również partnerzy X, a różnica ceny na poziomie dalece odbiegającym od poziomami 30%, z jakim ustawodawca wiąże podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ust. 1 Ustawy, również nie musiała wywoływać wątpliwości co do sposobu jej kalkulacji. Przedstawiony materiał poglądowy (zestawienia cen z różnych postępowań), ale również wysokość cen zaoferowanych w tym postępowaniu pozwala przyjąć, iż nawet wśród partnerów X występują różnice w cenie po jakiej decydują odsprzedać produkt, co stanowi element własnej polityki cenowej i efekt rzeczywistej konkurencji na rynku, na którym pojawiły się nowe podmioty budujące swoją pozycję na rynku, co wymaga, np. oferowania cen z niższymi marżami, niż mogło mieć to miejsce dotychczas. Pomijając złożone dowody, które Izba oceniła jako nieprzekonujące, podstawą do stwierdzenia, iż Zamawiający powinien powziąć wątpliwości, miał być poziom różnicy w cenach zaoferowanych w postępowaniu. Należy w tym miejscu zauważyć, iż pomiędzy ceną najniższą, a drugą w kolejności ceną oferty Odwołującego

wystąpiła różnica na poziomie ok. 1,7 mln. zł (przy całkowitej kwocie zamówienia prawie 15 mln. zł.), tj. na poziomie 11%. Pomiedzy dwoma kolejnymi ofertami (Odwołującego i Y), a najdroższą różnica w cenie wyniosła ok. 800 tys zł (przy wartości ok 16,5 ml. zł), tj. ok 5%. W ocenie Izby, występujące różnice w cenach nie musiały wzbudzać podejrzeń Zamawiającego, który mając przegląd wyników prowadzonych wcześniej postępowań, mógł stwierdzić, iż nie odbiegały one szczególnie od różnic, z jakimi się spotykał. Wskazywał na to materiał pogładowy przygotowany przez Przystępującego prezentujący różnice w cenach oferowanych przez partnerów X na tle kilku postępowań. Faktycznie zatem stwierdzenie złożenia oferty z najniższą cenę nie było jeszcze okolicznością, która powinna prowadzić do wezwania Wykonawcy Z do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

### **128. Sygn. akt: KIO 825/17, Wyrok z dnia 15 maja 2017 r.**

Zamawiający w żadnym momencie (również w ofercie) nie oczekiwał podania nazw poszczególnych komponentów w celu oceny zgodności oferty z siwz, stąd Izba uznała, iż nie można pomijać kontekstu w jakim informacje zostały wskazane w wyjaśnieniach. Odwołujący próbował nadać wyjaśnieniom inne znaczenie, z pominięciem zakresu wezwania Zamawiającego, który nie oczekiwał przedstawienia szczegółów technicznych oferowanego rozwiązania na wzór kosztorysowego, szczegółowego wymienienia wszystkich elementów/komponentów potrzebnych do wykonania przedmiotu dostawy i ich szczegółowej wyceny. Brak informacji o wszystkich technicznych urządzeniach, nie mógł zatem stanowić podstawy do uznania, iż oferta nie obejmuje całości przedmiotu zamówienia, a taki wniosek formułował Odwołujący w odniesieniu do kosztów urządzeń. Wykonawca składał wyłącznie informacje związane z podstawą kalkulacji, która przyjmując, iż dostarczony element zostanie wyprodukowany przez X, była wiarygodna. Odwołujący, przedstawiając ofertę przedstawiciela producenta innego urządzenia, pominął możliwość, jaką posiada Wykonawca będący producentem urządzeń oferowanych w tym postępowaniu, czyli skorzystania z własnych rozwiązań. Nawet jeżeli w wyjaśnieniach pojawiła się informacja o innym produkcie, to wskazanie na inne rozwiązanie równoważne również zostało zamieszczone i nie powinno być pomijane, szczególnie jeżeli zamierza się wyciągać dalej idące wnioski, niż te związane z ustaleniem, czy cena oferty nie jest rażąco niska.

### **129. Sygn. akt: KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17, Wyrok z dnia 26 maja 2017 r.**

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie wyraża pogląd, że uprawnieniem zamawiającego jest badanie ceny oferty w każdym przypadku, gdy cena ta lub koszt budzą wątpliwości zamawiającego. Badanie to jest możliwe również w odniesieniu do części oferty lub nawet poszczególnych pozycji kosztorysowych. Istotne jest jednak, aby to badanie dotyczyło części istotnych, bo tak nakazuje ustawa. Powołany art. 90 ust. 1 Pzp nie stanowi o nieograniczonym uprawnieniu zamawiającego, lecz adresuje je do istotnych części składowych oferty. Zdaniem Izby istotność ta może być badana w dwóch aspektach: przedmiotowym – jeśli dostawa, usługa lub robota budowlana ma rzeczową doniosłość przy wykonaniu umowy lub kosztowym – jeśli zaniżenie ceny oferty jest tego rodzaju, że wywiera istotny wpływ na cenę całej oferty. Powyższe powinno być dowiedzione przez wykonawcę, który domaga się badania ceny oferty.

### **130. Sygn. akt: KIO 1074/17, Wyrok z dnia 14 czerwca 2017 r.**

Ze wskazanym dniem bowiem [01.09.2016 r. – przyp. red.], na podstawie art. 4 ustawy z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1265) zmianie uległ m.in. art. 90 w ust. 1 pkt 1 Pzp. Art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp otrzymał następujące brzmienie: „1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosz-



tów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265)”. Nadto, z dniem 17.08.2016 r. (data publikacji – ustawy z dnia 22 lipca 2016 r.) – wszedł w życie przepis wprowadzający minimalną stawkę godzinową (art. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 7 w/w ustawy – zgodnie z art. 15 te same ustawy). Akty wykonawcze do przywołanej na wstępie ustawy z dnia 22 lipca 2016 r., tj. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. z 2016 poz. 1456) opublikowano – 13.09.2016 r. oraz Obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2017 r. (M.P. nr 934) – 27.09.2016 r. Dotyczą one także osób wykonujących pracę na podstawie umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług.

Przepis ten powoduje wątpliwości interpretacyjne choćby z tego względu, że nakazano porównywać w nim koszty pracy z minimalnym wynagrodzeniem za pracę lub odpowiednio minimalną stawką godzinową. Do kosztów pracy poza wynagrodzeniem pracowników wlicza się, m.in. składki opłacane przez pracodawcę na ubezpieczenie społeczne pracowników, koszty szkolenia zawodowego oraz inne wydatki (np. wydatki na odzież roboczą – składniki kosztów pracy zostały wskazane w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1737/2005 z dnia 21.10.2005 r., Dz. U. UE L 279/11, rysunek 1). Interpretacja literalna mogłaby wskazywać, że wykonawca obowiązany jest przyjąć do ustalenia ceny tylko wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę (aktualnie też minimalną stawkę godzinową). (...)

Zaprobowanie takiego rozumowania prowadziłoby jednak do wniosków nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, mogłoby bowiem powodować, iż pracownicy *de facto* nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego (z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). W konsekwencji uzasadnione jest, w ocenie Izby, zastosowanie w tym wypadku wykładni systemowej (uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw, m.in. w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 963, ze zm. dalej: „ustawy SUS”) finansuje płatnik składek (pracodawca) i związane z zatrudnianiem pracowników) i w oparciu o dyrektywę *a cohaerentia* i *a completudine* uwzględnić koszty obowiązkowych składek, jakie ponosi pracodawca, niezależnie od formy zatrudnienia. Na taką interpretację wskazuje także art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp. /Jeżeli zaofiarowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wycieszenia ceny lub kosztu, m.in. w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp) /. W zakresie ujęcia obowiązkowych składek Izba wskazuje na wyrok z 18.03.2015 r., sygn. akt: KIO 398/15, z 09.03.2015 r., sygn.. akt: KIO 346/15, czy też na wyrok z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 189/15. Przy czym, przywołane zmiany w drugiej połowie 2016 r., wprowadzenie stawki godzinowej skutkują koniecznością ciągłej ewolucji orzecznictwa w zakresie niniejszej kwestii.

### **131. Sygn. akt: KIO 1169/17, KIO 1170/17, Wyrok z dnia 23 czerwca 2017 r.**

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że nie jest rolą Zamawiającego kreowanie wyjaśnień za Wykonawcę. To Wykonawca, obciążony ciężarem dowodu, decyduje, jakie okoliczności i wartości winny być przedstawione, aby przekonać zamawiającego o realności ceny (art. 90 ust. 2

ustawy Pzp). Rzeczony wyjaśnienia stanowią podstawę oceny (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) i nie ma miejsca tutaj na takie praktyki, jakie zdaje się też stosować Odwołujący, aby wyjaśnienia składać wielokrotnie, w pewien sposób je dozować. Izba stoi na stanowisku, że wezwanie do złożenia wyjaśnień co do zasady winno być jednokrotne, ponieważ to nie Zamawiający kreuje treść wyjaśnień a Wykonawca, z konsekwencjami określonymi w przepisach prawa. Nie jest rolą Zamawiającego, aby prowadzić wyjaśnienia dopóty, dopóki Wykonawca nie wyjaśni dostatecznie ceny oferty. Nie sposób takiego obowiązku ustalić w oparciu o obowiązujące przepisy, należy bowiem dostrzec, że zamawiający ma jedynie obowiązek wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w okolicznościach, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo wezwanie jest możliwe więc jedynie wówczas, gdy treść wyjaśnień rodzi pewne wątpliwości.

Stanowisko to znajduje aprobatę w orzecznictwie. Wystarczy wskazać na wyrok Izby z dnia 24 października 2016 r., sygn. akt: KIO 1887/16: „Przepis art. 90 ust. 1 p.z.p. nie określa, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia kwestii związanych z kalkulacją ceny oferty. Należy przyjąć, że wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości do wyjaśnienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający powinien w toku postępowania przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do wyjaśnienia ceny oferty, podczas gdy wykonawca zachowuje się biernie w tym zakresie, udzielając informacji jedynie ogólnych lub np. nieodpowiadających na konkretne pytania zamawiającego. Postępowanie zamawiającego w postępowaniu musi być bezstronne, nienaruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kolejne wezwania do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji, przy niestarannym stosunku wykonawcy, należy uznać za dokonywane z naruszeniem art. 90 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. Brak rzetelności i staranności wykonawcy w składanych wyjaśnieniach nie może uzasadniać kolejnych wezwań kierowanych przez zamawiającego”. (...)

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Izba nie podziela twierdzeń Odwołującego jakoby możliwość weryfikacji ceny oferty, w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego była ograniczona. Twierdzenia te, zdaniem Izby, nie znajdują normatywnej podstawy. Analiza przepisu art. 90 ustawy Pzp, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie przywodzi wniosku, że zamawiający powinien w odmienny sposób prowadzić procedurę udzielania wyjaśnień przez wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny w zależności od charakteru oferowanego wynagrodzenia, a co za tym idzie, również ich ocenę. Na próżno w powołanym przepisie poszukiwać odmiennego ukształtowania tej procedury dla wynagrodzenia ryczałtowego i kosztorysowego, a skoro tak, to w ocenie Izby, wolą ustawodawcy nie było ustalenie odrębnych procedur ze względu na stosowane w postępowaniu wynagrodzenie. (...)

Gdyby przyjąć, jak chciałby tego Odwołujący, że skoro wynagrodzenie ryczałtowe jest niezależne od rozmiaru wykonanych prac i wartości poniesionych kosztów, to by oznaczało, że wynagrodzenie, które skalkulowane zostało w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, zupełnie nieadekwatne do zakresu zamówienia, winno być przez zamawiającego przyjęte. Oczywiście z taką koncepcją nie należy się zgodzić, bowiem należy dostrzec dwie instytucje, a mianowicie realność ceny i wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie ryczałtowe wcale nie powoduje, że cena nie musi być skalkulowana w sposób realny i żaden z rozsądnie działających przedsiębiorców z pewnością tak nie czyni. Nie budzi wątpliwości, że wynagrodzenie jest wynikiem kalkulacji, które znajdują swoje uzasadnienie w realiach życia rynkowego i to winien zbadać zamawiający.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że niezależnie od tego, iż ustawodawca nie odróżnił procedury wyjaśniania i badania wynagrodzenia ryczałtowego od kosztorysowego, to w ogóle nie mówi o badaniu wynagrodzenia, ale ceny. W tym sposób odpada argument Odwołującego, że charakter wynagrodzenia może mieć jakikolwiek wpływ na sposób badania i oceny ceny przez zamawiającego.

Pomocniczy charakter kosztorysu przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie wpływa na powyższą ocenę. Okoliczność, że rzeczony kosztorys nie ma przesądzającego znaczenia dla określenia zakresu (rozmiaru) zobowiązania wykonawcy, inaczej niż ma to miejsce w wynagrodzeniu kosztorysowym, nie powoduje, zdaniem Izby, że sposób badania ceny winien być ograniczony. Znaczenie kosztorysu nie modyfikuje obowiązków wykonawcy w zakresie wykazania, że cena nie ma charakteru rażąco niskiej (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) i nie wpływa również na zakres wyjaśnień, jakie winien złożyć wykonawca. Raz jeszcze należy podkreślić, że również ten wykonawca, oferujący wynagrodzenie ryczałtowe, jest zobowiązany obalić domniemanie rażąco niskiej ceny.

### Art. 91 ust. 1

#### 132. Sygn. akt: KIO 479/17, Wyrok z dnia 27 marca 2017 r.

Zgodnie z brzmieniem ustawy to Zamawiający odpowiada za dobór kryteriów w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to dobór ma pozwolić Zamawiającemu na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, optymalnej i pozwalającej na uzyskanie świadczenia odpowiadającego potrzebom Zamawiającego za najkorzystniejszą cenę. Zasadą jest, że kryteria jakie stosuje Zamawiający muszą być obiektywne i niedyskryminacyjne jak również nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy. W wyniku wskazanej na wstępie stanowiska Izby nowelizacji przepisów ustawy [chodzi o ustawę z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) – przyp. red.], jak również nowelizacji z 28 sierpnia 2014 roku [Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) – przyp. red.], o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie jest w większości przypadków obowiązkowe. Obecnie Zamawiający będą poszukiwać różnych rozwiązań, które z jednej strony pozwolą im na określenie kryteriów oceny ofert zgodnie z wymaganiami ustawy, a jednocześnie będą pozwalały na określenie realnych wymagań pozwalających na zmaksymalizowanie dokonania wyboru oferty odpowiadającej potrzebom w zakresie przedmiotu zamówienia. Określone przez Zamawiającego wymagania w przedmiocie zamówienia to w zasadzie niekończąca się możliwość doboru kryteriów, bowiem to przedmiot zamówienia, jego charakter i potrzeby Zamawiającego wskazane w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kreują budowę kryterium oceny ofert, którego kształt i charakter zdeterminowane są w szczególności rodzajem zamówienia. Poszukiwanie przez Zamawiających kryteriów oceny ofert winno stanowić stały element postępowań, bowiem każde z zamówień w zasadzie jest inne, jak również inne są potrzeby każdego Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, że ustawowe wymagania co do kryteriów pozacenowych są szersze, czego efektem mogą być ukształtowane przez Zamawiających kryteria oceny ofert nieznanne, niestosowane dotychczas. W tym miejscu warto wskazać jako przykład rozwoju kształtowania kryteriów oceny ofert kryterium – termin płatności, którego dopuszczalność została potwierdzona w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 roku sygn. akt III CZP 52/02. (...)

Powyższe wskazuje jak istotne były dla Zamawiającego określone w SWIZ kryteria oceny ofert, które w przypadku realizacji przekładają się w sposób bardzo prosty na ilość świadczonych prac na rzecz Zamawiającego w ramach określonej z góry maksymalnej kwoty. Zasadniczo Zamawiający prawidłowo zidentyfikował i określił niezbędne dla niego kryteria, co do samego ich doboru, z uwagi na przedmiot umowy. Jednakże opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem wag poszczególnych kryteriów musi również zawierać sposób oceny ofert. Zgodnie z ustawą (art. 91 ust. 2 d ustawy) Zamawiający musi określić kryteria w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie

informacji przedstawionych przez wykonawców. Tym samym ukształtowane kryteria muszą dać się policzyć, jeżeli Zamawiający przewidział w SIWZ, że będzie te kryteria mające określone wagi obliczał według wskazanych w SIWZ wzorów. Podkreślenie wymaga, że cel jakiego należy upatrywać w określeniu przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert ma doprowadzić do wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, pozwalając na realizację zamówienia zgodnie z potrzebami określonymi w SIWZ przy najkorzystniejszych warunkach.

Izba podkreśla, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający z jednej strony przyznając, że oferta Odwołującego w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz przedstawia najkorzystniejsze wartości, bowiem 0 jest wartością niewątpliwie najniższą, a z drugiej strony przyjmuje do obliczeń wartość „0” w poszczególnych ww. kryteriach, która to wartość nie jest wynikiem przyjętego przez Zamawiającego wzoru dla każdego z kryteriów. Podkreślić bowiem należy, że „0” podzielone przez „0” nie daje określonej wielkości, wynikiem nie jest „0”, co potwierdził w czasie rozprawy sam Zamawiający wskazując, że „zgadza się z Odwołującym, że „0” podzielone przez „0” nie daje żadnego rozwiązania w zbiorze liczb rzeczywistych.

Zamawiający w trakcie rozprawy wskazał, że równanie w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz odnośnie oferty Odwołującego jest nierozwiązywalne, dlatego przyznał 0 punktów Odwołującemu w tych kryteriach. Jednocześnie, co istotne jest również dla rozpoznania przedmiotowej sprawy Zamawiający oświadczył, że równanie w przypadku oferty uczestnika postępowania odwoławczego w tych dwóch ww. kryteriach daje 0 punktów, przy przyjęciu do wzorów określonych w SIWZ najkorzystniejszych zaoferowanych wartości w ofercie Odwołującego, tj.: 0%. Uczestnik postępowania odwoławczego wskazał w trakcie rozprawy również, że matematycznie nie da się obliczyć punktów dla Odwołującego w ww. kryteriach z uwagi na zaoferowane wartości wskaźników (0%).

Istotne w sprawie również jest, że wskaźnik narzutów kosztów pośrednich Kp w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego wynosi 43%, natomiast Wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz wynosi 1%; w ofercie Odwołującego oba te wskaźniki wynosiły 0% – co wskazuje, że Zamawiający, w ramach oceny w kryteriach oceny ofert powinien dokonać zróżnicowania oceny ofert ww. wykonawców w tych kryteriach, a nie przyznawać każdemu z wykonawców w tych kryteriach 0 punktów. W trakcie rozprawy żadna ze Stron postępowania oraz uczestnik postępowania odwoławczego nie kwestionowali zaoferowania przez Odwołującego Wskaźnika narzutów kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnika narzutu kosztów zakupu materiałów Kz na poziomie 0%.

W ocenie Izby Zamawiający naruszył zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Skora zatem Zamawiający przyznał Odwołującemu 0 punktów w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz oznacza to, że nie zastosował do tego wykonawcy tych samych zasad, które zastosował do przyznanej punktacji uczestnikowi postępowania odwoławczego. Brak zróżnicowania oceny ofert tych wykonawców prowadzi do sytuacji, w której realnie i faktycznie korzystniejsze parametry, które zaoferował Odwołujący (nie istnieje wartość mniejsza, tym samym korzystniejsza od 0%, co oznacza, że nie zostały przewidziane żądane narzuty) nie prowadzi do uzyskania korzystniejszych punktów w tych kryteriach. Słusznie wskazywał Odwołujący, że stawka 0% jest stawką korzystniejszą, co również zauważył w złożonej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podnosząc, że „wykonawca X jako wskaźnik narzutu kosztów pośrednich i kosztów zakupu materiałów wskazał 0, a 0 jest wartością niewątpliwie najniższą (...)”. Również uczestnik postępowania odwoławczego nie kwestionował, że 0% jest mniejsze, niż 1% czy 43%.



Reasumując tą część, Izba wskazuje, że działanie Zamawiającego polegające na przyznaniu Odwołującemu w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz po 0 punktów stanowiło działanie niezgodne z postanowienia SIWZ i jednocześnie nie może zostać uznane za prawidłowe.

Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy, że nie dochodzi do naruszenia zasad Prawa zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy) przez przyznanie Odwołującemu maksymalnej ilości punktów w danym kryterium, skoro sam Zamawiający przyznaje, że najkorzystniejszą wartością w kryteriach: Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz – jest niewątpliwie 0 %. Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zostały złożone dwie oferty – tym samym nie może dojść do naruszenia art. 7 ustawy w sytuacji, gdy Odwołującemu zostanie przyznana maksymalna ilość punktów w tych dwóch kryteriach. Izba podkreśla, że nie można pominąć w tym miejscu faktu, że Zamawiający nie przewidział w SWIZ, w przedstawionych wzorach matematycznych oraz innych postanowieniach sytuacji, w której zostanie zaoferowana wartość 0% dla poszczególnych wskaźników – kryteriów oceny oferty. Zamawiający natomiast jednoznacznie wskazał, że do oceny oferty w kryterium: Stawka roboczogodziny podstawowej r-g, Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp, Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz, Wskaźnik narzutu zysku Z zostaną przyjęte wskaźniki jakie Wykonawca wpisze w pkt 2 oferty cenowej – załącznik nr 1 do SWIZ. Tym samym nie pozostawił Zamawiający miejsca na dokonywanie jakichkolwiek interpretacji w zakresie sposobu obliczenia wartości punktowej w danym kryterium, poza wykorzystaniem zaoferowanych wskaźników.

Izba nie podziela tej argumentacji Odwołującego, bowiem w ocenie Izby przyznanie Odwołującemu punktacji w kryterium Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp – 15 pkt oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz – 5 pkt nie wynika z postanowień SIWZ i w efekcie prowadziłyby do naruszenia nie tylko zasad prawa zamówień publicznych, ale również przepisów zobowiązujących Zamawiającego do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ. (...)

Fakt, że Zamawiający nie określił w SWIZ sposobu postępowania w sytuacji, w której wykonawca zaferuje wskaźniki na poziomie 0%, jednocześnie nie wprowadzając zakazu zaferowania wskaźników o tej wartości, nie może w ocenie Izby prowadzić do sytuacji, w której wykonawca taki otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium. Prowadziłoby to do naruszenia przepisów ustawy i postanowień SWIZ, przez dokonanie oceny ofert w oparciu o zasady nieokreślone w SIWZ, a w efekcie uniemożliwiało realną ocenę ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący, wskazując, że powinien otrzymać maksymalną ilość punktów, pominął w swej argumentacji dwie zasadnicze kwestie, które są kluczowe dla oceny ofert w tym postępowaniu, a mianowicie: po pierwsze – jak w przypadku przyznania odwołującemu maksymalnej ilości punktów w danym kryterium miałyby zostać oceniona oferta uczestnika postępowania odwoławczego, bowiem zastosowanie do oceny, w kwestionowanych kryteriach, oferty uczestnika postępowania odwoławczego wskaźników na poziomie 0% (czyli wskazanych w ofercie Odwołującego) wypaczałoby w sposób wyraźny dokonaną ocenę, bowiem inne zasady byłyby stosowane w stosunku do Odwołującego oraz inne zasady w stosunku do uczestnika postępowania. Uwzględniając bowiem fakt, że Wskaźnik narzutów kosztów pośrednich Kp w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego wynosi 43%, natomiast Wskaźnik narzutu kosztów zakupu materiałów Kz wynosi 1% wykonawca ten, uwzględniając argumentację Odwołującego, realnie powinien również otrzymać punkty, jednakże nie wiadomo w jaki sposób powinny zostać obliczone; po drugie – Odwołujący pomija w zupełności fakt tego, że Zamawiający określił w SWIZ aż pięć różnych kryteriów oceny ofert, cenę oraz cztery rodzaje wskaźników, z czego: „Cena” jako kryterium została określona wagowo przez Zamawiającego na poziomie 60%, w kwestionowanych przez Odwołującego kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp – 15 % oraz Wskaźnik narzutu kosztów



materiałów Kz – 5% co w sumie daje 20% wagi oraz w pozostałych dwóch kryteriach Stawka roboczogodziny podstawowej r-g – 15% oraz Wskaźnik narzutu zysku Z – 5%, co również w sumie daje 20%. Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy w wyniku przeprowadzonej oceny ofert w poszczególnych kryteriach, która stanowiła podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej uczestnik postępowania odwoławczego otrzymał w sumie 80 punktów, natomiast Odwołujący otrzymał 73,02 punktu i przyznanie odwołującemu dodatkowych punktów spowoduje, że oferta Odwołującego będzie najkorzystniejsza. Jednakże nie wynika z SIWZ jak Odwołującemu należałoby przyznać punkty oraz nie wiadomym jest jak należałoby policzyć punkty w tych kryteriach uczestnikowi postępowania odwoławczego, a w efekcie nie wykazał Odwołujący, bo w zasadzie nie był w stanie tego zrobić przy takich postanowieniach SWIZ, jak zmienianie uległaby globalna punktacja ofert z wszystkich pięciu kryteriów oceny ofert.

W ocenie Izby nie jest bowiem możliwe i realne w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonanie oceny oferty Odwołującego w oparciu o kryteria oceny ofert przewidziane przez Zamawiającego w SWIZ, a przyjęcie wskazywanego „logicznego” sposobu przyznania punktów Odwołującemu prowadziłoby do odwrócenia sytuacji, w której tak jak przy przyznaniu 0 punktów w kryteriach było niezgodne z SIWZ i ustawą, to przyznanie maksymalnej ilości punktów bez możliwości faktycznej oceny w tych kryteriach każdej z ofert złożonych w postępowaniu, a tym samym niemożliwości ustalenia jednoznacznie wyniku punktowego, również prowadziłoby do niezgodności w działaniu z SWIZ oraz ustawą. Dlatego Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego naruszenia art. 7 ust.1 oraz 91 ust. 1 ustawy, choć częściowo co do przyznania Odwołującemu w kryteriach Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich Kp oraz Wskaźnik narzutu kosztów materiałów Kz wartości punktowej 0 dla każdego z kryteriów podzieliła argumentację Odwołującego. Nie sposób również byłoby uznać za prawidłowe pominięcie w trakcie oceny ofert dwóch z pięciu kryteriów określonych przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że cała powyższa argumentacja Izby w sposób jednoznaczny dowodzi, że nie jest możliwym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia dokonanie oceny ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SWIZ. Dlatego też Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z art. 146 ust. 6 ustawy i nakazała Zamawiającemu na tej podstawie prawnej unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Konservacja i bieżące utrzymanie sygnalizacji świetlnych i nawigacyjnych oraz urządzeń zarządzania i sterowania ruchem na terenie Miasta S. w latach 2017–2019 „, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z uwagi na brak możliwości oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z kryteriami oceny ofert.

### **133. Sygn. akt: KIO 679/17, KIO 680/17, Wyrok z dnia 21 kwietnia 2017 r.**

Zamawiający nie musiał wskazywać dolnej granicy, czyli minimalnej stawki, jaką wykonawcy mogą określić za jedną roboczogodzinę, gdyż wynika ona z obowiązujących przepisów prawa. W ocenie Izby fakt tego, że Zamawiający nie wskazał tej minimalnej granicy, nie oznacza, że granica ta nie jest określona. Szczególny rodzaj kryterium jakie zostało przyjęte przez Zamawiającego w tym postępowaniu, tj. stawka roboczogodziny, regulowany jest bowiem obowiązującymi przepisami prawa.

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

### **134. Sygn. akt: KIO 486/17, KIO 492/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r.**

Należy zwrócić uwagę na kwestie iż kryterium, społeczne zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, przy pomocy którego Zamawiający będzie oceniał oferty wynika z faktu, że przepis

art. 91 ust. 2 ustawy Pzp określający inne niż cena kryteria, wskazuje na takie aspekty, jakim są integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 Pzp. Przepis ten określa możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców zapewniających integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. Jakkolwiek wskazania w art. 91 ust. 2, jak i w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, nie stanowią katalogu enumeratywnego, co wynika z użycia określenia „w szczególności”, to w ocenie Izby fakt, że przedmiot zamówienia winien być wykonywany w szczególności przez osoby mające pozostawać dłużej niż trzy miesiące przed terminem składania ofert w stosunku pracy nie znajduje podstaw w powołanych przepisach ustawy. Zauważenia wymaga także fakt, że o ile wymóg wykazania się osobami pozostającymi w stosunku pracy może, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3a stanowić element opisu zamówienia, to przepisy dotyczące kryteriów oceny ofert na taką możliwość, w ocenie Izby nie wskazują.

Zasadnym w tym zakresie jest przywołanie fragmentu opinii projektu nowelizacji ustawy Pzp dokonany przez Radę Ministrów, gdzie wskazano między innymi, że pomysł wymuszania przez zamawiających na wykonawcach zatrudnienia pracowników na etatach może budzić silny opór, gdyż wprowadzenie takiego wymogu może prowadzić do dyskryminacji przedsiębiorców, którzy zatrudniają pracowników na umowach cywilnoprawnych. Nadto wskazano iż narzucenie konkretnej formy zatrudnienia wkracza w dziedzinę wolności działalności gospodarczej wykonawcy, czy podwykonawcy, realizujących zamówienie publiczne (...) należy mieć na uwadze, iż cel unijnych regulacji odnoszących się do szeroko rozumianych względów społecznych, powinien być definiowany w kontekście brzmienia motywu 33 dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którym warunki realizacji zamówienia są zgodne z dyrektywą, pod warunkiem że nie są one bezpośrednio lub pośrednio dyskryminujące oraz są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentacji zamówienia.

Zdaniem Izby tzw. klauzula zatrudnienia pracowniczego odnosi się do warunków realizacji zamówienia publicznego, a nie cech, które powinien posiadać podmiot ubiegający się o jego udzielenie. Zatrudnienie pracowników na podstawie umowy o pracę nie jest bowiem kryterium wyboru wykonawcy ani kryterium udzielenia zamówienia. Nadto w tym postępowaniu Zamawiający nie wykazał w przekonujący sposób, że wcześniejsze niż termin składania ofert zatrudnianie osób na podstawie umów o pracę może stanowić kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia. Sformułowane w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia dokonywanym na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 Pzp. Mamy do czynienia z zakazanym co do zasady kryterium oceny ofert odnoszącym się do właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 Pzp), gdyż niewątpliwie wkracza on do polityki kadrowo-płacowej danego wykonawcy, tego czy dany wykonawca zatrudniał przed złożeniem oferty osoby na podstawie umów o pracę czy też na umowy cywilno-prawne.

Nadto wskazać należy, iż zaakceptowanie postępowania Zamawiającego ustalającego jako kryterium zatrudnienie osób na umowę o pracę przed terminem składania ofert prowadziłoby do wypaczenia istoty zamówień publicznych, tj. niedopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców, a w szczególności małych i średnich przedsiębiorców, którzy są w stanie dane zamówienie w sposób prawidłowy wykonać. Stawianie takich kryteriów oceny ofert mogłoby spowodować nieuzasadnione zawężenie rynku wykonawców tylko do jednego lub kilku dużych wykonawców, którzy jak w tym postępowaniu przystępujący po stronie Zamawiającego X i Y mogą w ramach grupy kapitałowej wskazać maksymalną ilość osób spełnić w maksymalnym stopniu postawione kryterium. Akceptacja stanowiska zamawiającego w tym zakresie, mogłaby doprowadzić do sytuacji, że kolejni zamawiający mogliby stawiać podobny warunek wymagając, np. kilku bądź nawet kilkunasto miesięcznego wcześniejszego zatrudnienia na umowę o pracę, a to w sposób zasadniczy pozbawiłoby wiele firm możliwości ubiegania się o zamówienia.

Nie znajduje akceptacji Izby twierdzenie Zamawiającego, jakoby tak ustalone kryterium, nie powtórzone w warunkach udziału w postępowaniu nie uniemożliwiało złożenia ofert innym wykonawcom. Podkreślić należy, iż kryterium „organizacji zespołu wykonawcy„ została

przynana taka sama waga jak kryterium cenowym. Tym samym wykonawca, który nie dysponuje określoną liczbą osób kluczowego zespołu, zatrudnionych na 3 miesiące przed terminem, składania ofert, aby mógł konkurować w postępowaniu musiałby zaoferować cenę oferty conajmniej o połowę niższą niż wykonawca dysponujący takim zespołem. To niewątpliwie czyniłoby taką ofertę jako zaoferowaną z ceną rażąco niską.

Zamawiający nie może ustalać takich kryteriów oceny ofert i przyznawania im takiej wagi, które *de facto* już na etapie składania ofert przesądzą o wyborze oferty określonego wykonawcy. Zastosowanie wadliwego kryterium prowadzi do niezapewnienia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nadto trudno zdaniem Izby uznać argumentację Zamawiającego za zasadną, że większą gwarancją prawidłowego wykonania zamówienia daje zespół osób, którzy, np. pracują u danego wykonawcy, nad różnymi projektami, w różnych zamówieniach zatrudnionymi, np. na części etatu niż wieloletni zespół realizujący projekty, którego członkowie są związani z wykonawcą umowami cywilnoprawnymi. Ponadto zaznaczyć należy, iż postawiony wymóg tego kryterium oceny ofert nie znajduje kontynuacji w dalszych postanowieniach SIWZ, gdyż zgodnie z § 6 pkt 11 projektu umowy wykonawca może dokonać zamiany członków wskazanego Zespołu pod warunkiem, iż osoby te będą posiadały wymaganą wiedzę i doświadczenie, natomiast brak jest wymagania co do potrzeby wcześniejszego ich zatrudnienia jak w wymaganiach kryterium.

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

#### **135. Sygn. akt: KIO 1198/17, Wyrok z dnia 28 czerwca 2017 r.**

Oceniając ustalony stan faktyczny i prawny Izba wzięła pod uwagę treść art. 91 ust. 2c i ust. 2d ustawy wskazując, że ustawodawca nałożył na zamawiającego określenie jednoznacznych, zrozumiałych i weryfikowalnych kryteriów oceny ofert, oraz określił, że wszelkie aspekty realizowanej dostawy, także w odniesieniu do etapów cyklu życia, procesu produkcji, dostarczania i wprowadzania na rynek mogą być brane pod uwagę przy ustalaniu kryterium oceny ofert, nawet jeśli nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Z drugiej strony ustawodawca nakazał zamawiającemu zachować zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wprowadził zasadę proporcjonalności.

W ocenie Izby z zestawienia tych dwóch nakazów ustawodawcy wynika, że zamawiający może poddać punktacji w kryterium oceny ofert nawet nieistotną cechę przedmiotu zamówienia, o ile zachowa możliwość składania ofert w warunkach uczciwej konkurencji. W ocenie Izby na kanwie tego stanu prawnego należy uznać, że ustalenie kryterium oceny ofert jest domeną zamawiającego i Izba kontrolując zgodność z ustawą czynności i zaniechań zamawiającego (art. 180 ust. 1) musi mieć na względzie, że nie stanowi naruszenia ustawy zaniechanie przez zamawiającego ustanowienia jakiegoś innego niż cena kryterium, pod warunkiem, że procentowo waga pozostałych kryteriów pozacenowych spełni wymagania art. 91 ust. 2a – art. 90 ust. 2 (choć i w przypadku ceny lub kosztu jest wyjątek wynikający art. 91 ust. 2b) i innego niż właściwości wykonawcy – art. 91 ust. 3. Niewątpliwie zamawiający ustanowił kryterium ceny oraz nie ustanowił kryteriów odnoszących się do właściwości wykonawcy, a waga pozostałych kryteriów pozacenowych podpowiada wymogom określonym w art. 91 ust. 2a. Biorąc to pod uwagę Izba oceniła ustalony stan faktyczny mając na względzie, iż badając legalność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie kryteriów oceny ofert, jedynymi zaniechaniami zamawiającego przy ustalaniu kryteriów oceny ofert, jakie podlegają kontroli Izby, to zaniechanie ustalenia kryterium ceny lub kosztu i właściwej proporcji kryteriów pozacenowych. W ramach kontroli Izby w zakresie kryteriów oceny ofert, zdaniem Izby, Izba jest władna badać poza wyżej wskazanymi zaniechaniami jedynie czynności zamawiającego związane z ustaleniem kryterium niezgodnego z art. 91 lub z art. 7 ust. 1 ustawy.

**Art. 91 ust. 3****136. Sygn. akt: KIO 940/17, KIO 943/17, Wyrok z dnia 6 czerwca 2017 r.**

Izba, uznając zarzut i żądanie za zasadne, uwzględniła następujące aspekty. Przepis art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisanie kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Zgodnie z przywołanym art. 91 ust. 2 ustawy, kryteria inne (niż cena lub koszt) odnoszą się do przedmiotu zamówienia. W ust. 2c Pzp, który normuje materię związku kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, określono, że kryteria oceny ofert są związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia. Przytoczona część przepisu wskazuje, że ustawodawca uznał, że kryterium oceny ofert jest związane z przedmiotem zamówienia, jeżeli jest związane z świadczeniem wykonawcy na rzecz zamawiającego (przedmiotem zamówienia), które ma zostać zrealizowane w ramach danego zamówienia. Wymaganie to określa ramy legalności zastosowania kryterium. Kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia, a więc posiadać charakter przedmiotowy. Regulację tę uzupełnia art. 91 ust. 3 Pzp zakazujący ustanawiania kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy.

Jeśli więc zamawiający stosuje kryteria oceny ofert związane ze świadczeniem, musi zażądać złożenia w ofercie, dokumentów na podstawie których będzie w stanie ocenić ofertę i przyznać odpowiednią punktację. Będą to, m.in. również dokumenty potwierdzające posiadanie określonych parametrów przez przedmiot zamówienia, czyli również dokumenty przedmiotowe, o których stanowi § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z dnia 27 lipca 2016 r., poz. 1126) – w szczególności będą to: wyszczególnione w punktach 1–5. Dokumenty te mają inny charakter – nie są żądane w celu wykazania, że oferowany przedmiot spełnia wymagania określone przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w celu umożliwienia dokonania oceny złożonych ofert według kryteriów oceny ustalonych w postępowaniu.

W kontekście powyższego, Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, że żądanie dokumentów podpisanych przez użytkownika obiektu poświadczających osiągnięcie poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji zainstalowanej w innym obiekcie, narusza zasadę związania kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia – robotami budowlanymi, które mają być przedmiotem realizacji w wyniku zakończonego postępowania o udzielenie zamówienia. W szczególności przy uwzględnieniu faktu, że zróżnicowane warunki eksploatacyjne wpływają na osiągnięcie poziomu odwadniania osadów, czego przykładem może być osiągnięcie różnego poziomu odwadniania osadów u różnych użytkowników, mimo zastosowania takich samych instalacji. Należało również uznać za zasadne stanowisko odwołującego, że wykonawca nie ma żadnego roszczenia wobec użytkownika obiektu o wydanie poświadczenia o osiągnięciu poziomu odwadniania osadów dla danej instalacji.

**Art. 92****137. Sygn. akt: KIO 144/17, KIO 147/17, Wyrok z dnia 7 lutego 2017 r.**

To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawia-

jącego uchybień ustosunkować. To przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty, a ocenie Izby mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy. Nie mogą natomiast wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy okoliczności, które Zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym.

### **138. Sygn. akt: KIO 351/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r.**

Zdaniem Izby w okolicznościach niniejszej sprawy, wnosząc odwołanie i konstruując zarzuty, odwołujący nie miał pełnej możliwości oceny działań podjętych przez zamawiającego w zakresie odrzucenia jego oferty. Z jednej strony przywołanie gołosłownych twierdzeń zamawiającego przy braku odesłania do konkretnych postanowień SIWZ i odpowiedzi na pytania wykonawców, którym rzekomo odwołujący nie sprostął w ofercie, z drugiej strony ogólnikowe konstatacje posługujące się określeniami: „z wypełnieniem żądań Zamawiającego dotyczące tego punktu mogą być trudności”, „ich wiarygodności nie potwierdzają badania” (które *nota bene* nie były wymagane), „możliwość pracy z napływem 1,0 m firma gwarantuje słownie”, nie wypełniają dyspozycji art. 92 ust 1 pkt 3 Pzp w zakresie w jakim miałyby stanowić uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Z uwagi na newralgiczny dla wykonawcy charakter decyzji o odrzuceniu jego oferty, ustawodawca w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nałożył na zamawiającego obowiązek każdorazowego przedstawiania wykonawcom powodów podjętej decyzji. Uzasadnienie faktyczne i prawne winno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania zamawiającego tak, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu. Niezależnie od powyższego, uzasadnienie decyzji, jest po to, aby umożliwić składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie Sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Powyższe potwierdza orzecznictwo: „Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny.” (tak w wyroku KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. sygn. akt 1117/15; podobnie w wyrokach KIO z dnia 11 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 885/15, z dnia 10 lipca 2014 r. sygn. akt: KIO 1316/14, z dnia 9 września 2014 r. sygn. akt: KIO 1745/14, z dnia 17 października 2014 r. sygn. akt KIO 2028/14, wyrok KIO z dnia 17 października 2014 r.).

Rangę zakomunikowania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o odrzuceniu oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego opisano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 *Uniplex*: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do upewnienia, 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 publicz-



nych, 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.”

Jakkolwiek Izba rozważyła stanowisko zamawiającego przedstawione do protokołu rozprawy, to za podstawę rozstrzygnięcia należało przyjąć treść przekazanego wykonawcy uzasadnienia odrzucenia oferty, do tego bowiem uzasadnienia wykonawca X odnosił zarzuty wniesionego odwołania, a Izba z kolei nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, gdyż taki zakaz wynika z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

### **139. Sygn. akt: KIO 415/17, Wyrok z dnia 17 marca 2017 r.**

Izba uznała, że zarzuty odwołania co do naruszenie przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy – przez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia Odwołującego i art. 26 ust. 3 Ustawy przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, są uzasadnione.

Niesporne jest, że uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania jest znacząco lakoniczne, bowiem w części faktycznej wskazuje jedynie na pkt 8.2.1. instrukcji dla wykonawców opisujący wymagane do przedstawienia doświadczenie celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko zamawiającego poparte przez przystępującego, iż wykonawca mógł być domyśleć się konkretnej przyczyny faktycznej wykluczenia, a sam, z racji utajnienia części oferty, był powodem treści decyzji, w ocenie składu orzekającego nie zasługuje na uwzględnienie. Takie okoliczności nie usprawiedliwiają naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, które w sprawie miało miejsce. Fakt, iż powody wykluczenia zawarte są w treści zastrzeżonej oferty nie powinny być przeszkodą w ich podaniu wykonawcy, który sam dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

### **140. Sygn. akt: KIO 517/17, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r.**

Dokonując analizy znowelizowanego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp – porównując treść tego przepisu sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. [*Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020) – przyp. red.*] – można dojść do wniosku, iż intencją Ustawodawcy – zmieniającego ten przepis poprzez dodanie *in fine* sformułowania „podając uzasadnienie faktyczne i prawne” – było przesądzenie kwestii dotyczącej powinności Zamawiającego co do uzasadniania wszystkich dokonywanych przez niego czynności – w tym również czynności przyznawania punktacji poszczególnym wykonawcom. Powyższa zmiana – w ocenie Izby – miała zagwarantować wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia możliwość zapoznania się z pełnym rozstrzygnięciem Zamawiającego (oraz jego motywami). Z przepisu tego – i przyjętej przez Ustawodawcę konstrukcji tego przepisu – wynika zatem zamiar Ustawodawcy – również wobec wyartykułowanej w ustawie nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. zasadzie przejrzystości – aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali pełny zakres informacji co do rozstrzygnięcia wraz z jego uzasadnieniem – nie tylko co do czynności wykluczenia, odrzucenia i wyboru oferty, ale również co do przyznawanej przez Zamawiającego punktacji poszczególnym wykonawcom, – gdyż niewątpliwie uzasadnienie faktyczne i prawne przyznanej punktacji jest informacją istotną dla wykonawcy i wpływa chociażby na zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej.

Zauważenia wymaga, iż zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zatem przywołany przepis – po nowelizacji ustawy z dnia

22 czerwca 2016 r. – wskazuje na wymóg stosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie tylko – jak to miało miejsce dotychczas – zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale również zasady proporcjonalności i przejrzystości. Wyrazem zasady przejrzystości jest właśnie znowelizowany art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który ma być gwarantem jasności i klarowności prowadzonych przez Zamawiającego procedur przetargowych. Wobec powyższego wykonawca dopiero po zapoznaniu się z treścią rozstrzygnięcia formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Nie ulega wątpliwości – że samo podanie przez Zamawiającego przyznanej punktacji bez właściwego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji, może utrudniać wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy. Nie ulega również wątpliwości – co niejednokrotnie zostało potwierdzone orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej – że wykonawca ma prawo posiadania pełnej wiedzy jakimi przesłankami kierował się Zamawiający rozstrzygając postępowanie o udzielenie zamówienia – co zostało przesądzone niniejszą nowelizacją ustawy Pzp. W konsekwencji w ocenie Izby wobec przyjętej nowelizacją zasady przejrzystości wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do informowania wykonawców o przyznanej punktacji w poszczególnych kryteriach oraz podania łącznej punktacji z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji. Wykonawca w takiej sytuacji powinien uzyskać od Zamawiającego informację, dlaczego w danym kryterium nie otrzymał maksymalnej punktacji i czym Zamawiający kierował się przyznając mu taką, a nie inną ilość punktów.

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

#### **141. Sygn. akt: KIO 929/17, Wyrok z dnia 24 maja 2017 r.**

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że nie podlega uwzględnieniu zasadniczy zarzut podniesiony wobec czynności unieważnienia postępowania o udzielenie tego zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp z tego względu, że z okoliczności sprawy wynika, że zarzut ten jest niezasadny. Zgodnie ze wskazanym art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W postępowaniu przewidziano, że wykonawca ma uruchomić system dnia 20 i 21 kwietnia 2017 r.

W ocenie Izby tak opisanego terminu nie można kwalifikować, jako terminu dowolnego, lecz jako termin wiążący dla stron w takim znaczeniu, że ze względu na sezonowy charakter przedmiotu zamówienia okolicznością istotną jest, by realizacja umowy została rozpoczęta w sezonie wiosennym. Nie negując możliwości ewentualnej nieznacznej korekty tego terminu należy stwierdzić, że realna w okolicznościach sprawy jest perspektywa obiektywnej niemożności jego dotrzymania w tym sezonie. Tym samym termin należy uznać w tym postępowaniu za przedmiotowo istotny składnik ze względu na zasadniczy jego charakter dla tego postępowania i w konsekwencji składnik przedmiotowo istotny [*essentialia negotii*] umowy zawartej po przeprowadzeniu tego postępowania. Skoro zatem, jak zauważył Zamawiający, w oparciu o stan faktyczny sprawy, nie było możliwe zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem skargi na wyrok KIO, a okoliczność ta nie była kwestionowana w odwołaniu, zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

Sugerowane przez Odwołującego rozwiązanie zawarcia umowy w terminie znacząco późniejszym i w jego ocenie dopuszczalnym uchybiłoby istocie przedmiotu zamówienia, wyżej wskazanej, tj. sezonowego charakteru świadczenia usługi w czterech kolejnych latach z datą końcową 31 grudnia 2020 r.

**Art. 93 ust. 1 pkt 7****142. Sygn. akt: KIO 281/17, Wyrok z dnia 2 marca 2017 r.**

Na wstępie rozważań i oceny zasadności podniesionych zarzutów Izba wskazuje, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybranie oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy. Zamawiający tym samym zobowiązany jest podjąć wszelkie dopuszczone przez przepisy Pzp czynności zmierzające do realizacji tego celu, w ramach rozpoczętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Postępowanie winno podlegać unieważnieniu, jeśli obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Za wadę niemożliwą do usunięcia należy uznać tylko taką wadę, której zamawiający nie jest w stanie usunąć z własnej inicjatywy, poprzez dokonanie czynności określonych w prawie zamówień publicznych. Musi to być zatem wada powodująca zdarzenie nieodwracalne, którego konsekwencji Zamawiający nie jest w stanie naprawić poprzez własne działania. Nie każda wada postępowania wywołuje skutek w postaci obligatoryjnego unieważnienia procedury. Dla zastosowania tego skrajnego rozwiązania wymagane jest, by wada była bezwzględnie nieusuwalna, przy czym wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia, że podlegać może unieważnieniu. Przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powinna być rozumiana wąsko, a niemożliwa do usunięcia wada to taka, która dotyczy czynności niedającej się unieważnić lub powtórzyć. Podstawa unieważnienia całego postępowania może zachodzić w szczególności, kiedy jeszcze przed otwarciem ofert zaistnieje wada postępowania, a mimo to oferty zostaną otwarte. Taka sama sytuacja dotyczy treści postanowień ogłoszenia o zamówieniu czy SIWZ. Jeśli błędna treść postanowień uniemożliwia złożenie poprawnej oferty to postępowanie winno być unieważnione, gdyż po otwarciu ofert treść SIWZ nie podlega zmianie – poprawie.

Izba oceniając powyższe miała także na względzie to, iż czynność unieważnienia postępowania nie może służyć bezpodstawnemu wycofywaniu się przez Zamawiającego z postępowania, które nie spełniło jego oczekiwań, przykładowo co do ceny oferty, wykonawcy który złożył najkorzystniejszą ofertę, itd. Dlatego też Izba, orzekając w tym przedmiocie, miała na względzie wąskie rozumienie wskazanej podstawy unieważnienia postępowania.

Ustawodawca nie wymienił literalnie w ustawie przypadków, kiedy postępowanie zawiera nieusuwalną wadę, ta kwestia musi być odnoszona do każdego przypadku indywidualnie. Oceniając powyższe należy mieć na względzie, iż zasadnicze znaczenie przy ocenie zasadności unieważnienia postępowania, ma potrzeba poszanowania praw wykonawców, którzy uznali za wiążące postanowienia SIWZ, a potem złożyli zgodne z nimi oferty. Zamawiający nie może zatem swobodnie pozbawiać wykonawców uzyskania zamówienia ze względu na ryzyko unieważnienia umowy, wynikające z braku dołożenia należytej staranności w formułowaniu w szczególności warunków udziału, opisu przedmiotu zamówienia, sposobu kalkulowania i obliczania ceny ofertowej itp. Tym samym niedorzecznością byłoby przyjmować stanowisko, iż Zamawiający nie mógłby unieważnić postępowania, chociaż wie, że popełnił na danym etapie błąd, który ma wpływ na wyniki postępowania – byłoby to sprzeczne z logiką i zdrowym rozsądkiem. Ponadto prowadziłoby do niedającej się zaakceptować sytuacji, że Zamawiający mając świadomość błędu, podpisywałby umowę, która narażałaby jego na odpowiedzialność z zakresu dyscypliny finansów publicznych, a także wykonawców na niemożliwość, np. ukończenia zamówienia i uzyskania zakładanego zysku. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powinien zatem dotyczyć sytuacji powiązanych z podstawami opisanymi w art. 146 ust. 6 Pzp. (...)

Zasadnicze znaczenie zdaniem Izby oraz Zamawiającego dla stwierdzenia nieprawidłowości w postępowaniu, miały kwestie związane ze zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Pierwsza zmiana miała miejsce w dniu 29.04.2016 r., a dotyczyła ona zmniejszenia ilości spotkań w stosunku do ilości określonej w pierwotnej treści SIWZ. Natomiast druga zmiana

treści postanowień SIWZ, miała miejsce w dniu 05.05.2016 r., na kilkanaście godzin przed terminem otwarcia ofert i dotyczyła sposobu obliczenia ceny ofertowej poprzez zmianę znaczenia (wagi) poszczególnych cen jednostkowych, a także zmianie polegającej na tym, że w miejsce prostego sumowania kosztów wprowadzono wzór matematyczny ważący poszczególne ceny jednostkowe. (...)

Izba podkreśla, iż dla oceny wady postępowania należy brać pod uwagę ustalone przez Zamawiającego wymagania na termin składania ofert. To, że w danym postępowaniu, pomimo szeregu nieprawidłowości co do opisu przedmiotu zamówienia czy też ustalonych terminów, może zajść sytuacja, iż jakimś zbiegiem okoliczności do złożenia poprawnej oferty nie może przesądzać o braku wady postępowania. Wadę postępowania należy oceniać pod kątem czy dokonany opis wymagań nie powoduje sytuacji, iż wykonawca, pomimo dochowania staranności, nie jest w stanie złożyć poprawnej oferty, lub ustalony termin jest tak krótki, iż ofertę może złożyć lub dokonać jej poprawy tylko wykonawca posiadający wiedzę niedostępną na pewnym etapie innym wykonawcom. (...)

Natomiast zmiana SIWZ na kilkanaście godzin przed upływem terminu składania ofert, kiedy można założyć, że oferta „była w drodze” do Zamawiającego, nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Dlatego też dokonana przez Zamawiającego w „ostatniej chwili” zmiana treści wymagań co do sposobu obliczenia ceny ofertowej, powodowała w tym postępowaniu obiektywną niemożliwość złożenia poprawnej oferty. Dlatego też Izba uznała, że z tej przyczyny w postępowaniu zaistniała wada uniemożliwiająca wykonawcom złożenie poprawnych ofert i ta wada jest także wadą uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

#### **143. Sygn. akt: KIO 554/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r.**

Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania, jeśli jest ono obciążone nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada wskazywana przez zamawiającego to udzielenie odpowiedzi na pytania. w W. zadane na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp po upływie terminu składania ofert. Powołany przepis stanowi, że zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. W okolicznościach sporu zamawiający powinien udzielić odpowiedzi w terminie wskazanym w art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp, czyli nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Obowiązek udzielenia odpowiedzi wynika z samego faktu zadania pytania dotyczącego niejasnych treści SIWZ, nie ogranicza się natomiast – jak chciałby przystępujący Y – do sytuacji, w której niezbędna jest zmiana terminu składania ofert, o czym mowa w art. 38 ust. 6 Pzp.

Udzielenie odpowiedzi po upływie terminu składania ofert tworzy stan faktyczny i prawny taki, jakby odpowiedzi na pytania nie zostały udzielone w ogóle. *Ratio legis* art. 38 ust. 1 Pzp polega bowiem na uzyskaniu przez wykonawców pewności, co do wymagań zawartych w SIWZ, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwienie podjęcia decyzji, czy są w stanie złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu.

Nie można jednak tracić z pola praktyki stosowania art. 38 ust. 1 Pzp. W wielu przypadkach instytucja ta jest nadużywana przez wykonawców, którzy nie tyle chcą wyjaśnić budzące wątpliwości postanowienia SIWZ, ile dążą do ich „dopasowania” do swoich możliwości ofertowych. Bywa, że zmierza to do tak daleko idących zmian SIWZ, że nie może być to kwalifikowane inaczej jak faktyczne kwestionowanie postanowień SIWZ po upływie terminu na wniesienie odwołania. Instytucja zadawania pytań bywa nadużywana, co prowadzi do przewlekłości postępowania, ze szkodą dla zamawiającego i naruszeniem zasad uczciwego konkurencyjnego o zamówienie publiczne.

W tej sytuacji należy odwołać się do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Zasady te sprzeciwiają się temu, aby – tak jak chciałby odwołujący – dokonać oceny pytań zadanych przez X i legalność unieważnienia postępowania uzależnić od ustalenia, czy pytania w istocie dotyczyły niejasności tkwiących w SIWZ. W okolicznościach sporu Izba nie podzieliła tego poglądu, gdyż uznała, że sprzeciwiają się jej zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia oraz równego traktowania wykonawców. Zasada przejrzystości zakłada transparentność działań zamawiającego. Stanowi ona swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób pozbawiony czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę. Nie można odmówić zamawiającemu prawa do oceny pytań wykonawców pod kątem tego, czy stanowią one pytania w rozumieniu art. 38 ust. 1 Pzp. Musiałoby to jednak mieć miejsce od początku postępowania, na takich zasadach wobec wszystkich wykonawców zadających pytania, nie zaś wybiórczo. Zasada przejrzystości sprzeciwia się zatem sytuacji, w której zamawiający dokonuje arbitralnej oceny nie wszystkich, lecz niektórych pytań zadanych w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. W okolicznościach uznanie stanowiska odwołującego prowadziłaby również do nierównego traktowania wykonawców, gdyż X byłby jedynym wykonawcą zainteresowanym zamówieniem, który nie otrzymał odpowiedzi na zadane pytania.

W związku z tym Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada prawu. Wada tkwiąca w postępowaniu ma charakter nieusuwalny, gdyż udzielenie odpowiedzi na pytania do treści SIWZ jest prawnie nieskuteczne po upływie terminu składania ofert. Brak tych pytań wywiera, co najmniej potencjalny wpływ na wynik postępowania, gdyż wykonawca zainteresowany zamówieniem nie złożył oferty w związku z brakiem odpowiedzi na zadane przez siebie pytania.

W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, że błędy zamawiającego popełnione przy otwarciu ofert, będącym czynnością faktyczną, powodują obowiązek unieważnienia postępowania. Tym bardziej więc błędy popełnione w toku procedury, które mogą mieć znaczenie dla treści ofert i kręgu wykonawców ubiegających się o zamówienie, takie jak brak wyjaśnień treści SIWZ, które kształtują oświadczenia wykonawcy uzasadniają unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Oceny tej nie zmienia to, że X nie wniósł odwołania. Wprawdzie mógł był to zrobić, jednak bezczynność wykonawcy nie ma żadnego wpływu na wadliwość czynności zamawiającego.

#### **144. Sygn. akt: KIO 683/17, Wyrok z dnia 26 kwietnia 2017 r.**

W pierwszej kolejności Izba zgodziła się z Odwołującym, że nie została wykazana jakakolwiek wada postępowania. W ocenie Izby, żadna z przesłanek wskazanych przez Zamawiającego nie kwalifikuje się jako wada uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy. Przede wszystkim za taką wadę nie można uznać zaniechania Zamawiającego co do odrzucenia ofert wstępnych (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zgodzić się tu należy z Odwołującym, że oferta wstępna nie ma charakteru wiążącego, co jest oczywiste i zostało potwierdzone orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Po drugie oczywistym jest, że skoro oferty wstępne nie mają charakteru wiążącego, dopuszcza się możliwość wprowadzenia zmian w tym zakresie. Po trzecie Zamawiający nie przesądził w niniejszym stanie faktycznym, że kwestia wyporności, nie może być przedmiotem negocjacji, co wynika z dokumentacji (ofert wstępnych, negocjacji). Wobec powyższego, skoro Zamawiający dopuścił możliwość zmian, co wynika również z odpowiedzi Zamawiającego na zapytania wykonawców, w którym wyraził zgodę na możliwość negocjacji postanowienia SIWZ dotyczącego wyporności, zatem nie można zgodzić się że doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 58 ust. 2 ustawy Pzp ustawy Pzp – w sposób który miałby wpłynąć na unieważnienie niniejszego postępowania, gdyż Zamawiający wyraźnie dopuścił w zakresie wyporności możliwość negocjacji, zatem dopuścił możliwość zmiany



w tym zakresie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji – w ocenie Izby – Zamawiający nie wykazał istnienia wady, która skutkowałaby unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji nie ziszcila się również przesłanka co do istotności takiej wady. Zgodzić należy się z Odwołującym, że przyjmując stanowisko Zamawiającego, każde ewentualne hipotetyczne naruszenie mogłoby stanowić podstawę do unieważnienia postępowania, a należy pamiętać że istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jego celem jest wybór najkorzystniejszej oferty, a przesłanki unieważnienia muszą mieć charakter obiektywny i zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy, nie może być nadżywane przez instytucje prowadzące postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

#### **145. Sygn. akt: KIO 752/17, Wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r.**

Wada uzasadniająca unieważnienie postępowania we wskazanej części winna tkwić w samym postępowaniu i jednocześnie winna być wadą istotną i nieusuwalną. To na Zamawiającym jako wywodzącym skutek z unieważnienia postępowania spoczywał ciężar udowodnienia, że w tej części zamówienia wystąpiła konkretna wada mająca charakter nieusuwalny, czego nie uczynił. Hipotetyczne zakładanie możliwości zaoferowania niewłaściwego przedmiotu nie może być podstawą unieważnienia postępowania i zakładania, że zawarta w tej sytuacji umowa podlegałaby unieważnieniu. Wada musi zostać w sposób jednoznaczny wykazana. Przedstawione przez Zamawiającego niedoskonałości w opisie przedmiotu zamówienia zdaniem Izby nie miały, ani nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania. Jak wyżej wykazano nie znalazło również potwierdzenia stanowisko Zamawiającego, iż niejednoznaczny zapis: „wyprowadzenie światłowodu” został zinterpretowany różnie przez wykonawców, co spowodowało złożenie nieporównywalnych ofert, z dwoma różnymi produktami. W obu ofertach zaoferowano produkt tego samego producenta.

### **Art. 139 ust. 1**

#### **146. Sygn. akt: KIO 558/17, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r.**

Cywilistyczna zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych uległa znacznemu ograniczeniu – po stronie zamawiającego z powodu niemożności swobodnego wyboru kontrahenta. Dlatego też zamawiający niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy, co z kolei powoduje, że wykonawca często ma ograniczony wpływ na kształt zawieranej umowy, ma jednak możliwość decydowania (przynajmniej prawną), czy chce z zamawiającym daną umowę podpisać. Umowa i jej postanowienia w wielu przypadkach (załączenia przez zamawiającego gotowego projektu umowy do SIWZ) są bowiem znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uprzywilejowanie zamawiającego w relacji z wykonawcą wynika z faktu, że zamawiający działa w interesie publicznym. Zauważyć należy, że wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony poprzez właściwą wycenę oferty (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt sprawy: X Ga 67/08).

#### **147. Sygn. akt: KIO 714/17, Wyrok z dnia 15 maja 2017 r.**

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, prawo autorskie przysługuje twórcy, o ile ustawa nie stanowi inaczej. Ustawa rozróżnia prawa autorskie osobiste i majątkowe, przy czym w stosunku do tych drugich twórca przysługuje wyłączne prawo do korzystania z utworu i rozporządzania nim na wszystkich polach eksploatacji. Podobnie jak właściciel rzeczy, twórca może z wyłączeniem innych osób korzystać z utworu, upoważniać inne osoby do takiego korzystania oraz dokonywać czynności rozporządzania prawem do

korzystania z utworu. Cechą prawa własności jest sposób kształtowania jego treści: właścicielowi wolno wszystko, co nie zostało mu wyraźnie zabronione. Z takim kształtowaniem treści prawa łączymy domniemanie na rzecz jego podmiotu, że dane uprawnienie czy dany sposób korzystania z rzeczy przysługuje temu podmiotowi. Własnościowa koncepcja monopolu autorskiego rodzi podobne domniemanie. Oznacza to, że twórca utworu może przenieść autorskie prawa majątkowe na inną osobę, przy czym umowa przenosząca te prawa obejmuje wyłącznie te pola eksploatacji, które są w niej wyraźnie wymienione. Przeniesienie w drodze umowy autorskiego prawa majątkowego na danym polu eksploatacji jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem twórcy.

Zawarcie umowy mającej za przedmiot autorskie prawa majątkowe może nastąpić w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim przypadku zawarta umowa musi odpowiadać wymogom zawartym zarówno w ustawie Prawo zamówień publicznych, jak i przepisom Kodeksu cywilnego. Ustawa P.z.p. statuuje warunki, jakim winny odpowiadać zawierane na jej podstawie umowy, jak – przykładowo – forma umowy, zakres świadczenia w stosunku do zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie, czas obowiązywania itp. Żaden z przepisów ustawy P.z.p. (ani wcześniejszej ustawy o zamówieniach publicznych) nie nakłada jednak na podmiot zamawiający obowiązku nabywania w drodze umowy uprawnienia do wykonywania zależnego prawa autorskiego. Obowiązku takiego nie da się również wywieść z żadnego przepisu Kodeksu cywilnego. Wręcz przeciwnie – zawarta w art. 353<sup>1</sup> K.c. zasada swobody umów umożliwia stronom zawierającym umowę ułożenie stosunku prawnego według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Oczywistym jest, że zasada swobody umów na gruncie zamówień publicznych, z uwagi na charakter tego rodzaju postępowań, nie może być w pełni realizowana, niemniej jednak ograniczenie jej stosowania może wynikać wyłącznie z ustawy. Jak już wyżej wskazano – żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych nie statuuje obowiązku przenoszenia przez twórcę utworu na jego nabywcę zależnego prawa autorskiego.

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

#### **148. Sygn. akt: KIO 2373/16, Wyrok z dnia 2 stycznia 2017 r.**

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęta została treść siwz w części związanej z zakresem zamówienia koniecznym do zaoferowania w ofercie, ustalenie czy wykonawca będzie mógł złożyć ofertę samodzielnie, czy też z udziałem innego podmiotu, wpływa na jego sytuację faktyczną i prawną. Stwierdzenie w podstawie zarzutów, iż obecny opis przedmiotu zamówienia nie tworzy warunków dla uczciwej konkurencji pozwala uznać, iż odwołanie ma na celu ochronę interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia przez doprowadzenie do kształtu postanowień, przy których będzie miał możliwość przygotowania konkurencyjnej oferty i uzyskania zamówienia. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

#### **149. Sygn. akt: KIO 2395/16, Wyrok z dnia 3 stycznia 2017 r.**

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i uznała, że odwołujący, który złożył ofertę z ceną wyższą niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Po pierwsze, materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wynikające z przywołanego przepisu powinny być rozważane w związku z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Czynnością kwestionowaną badanym odwołaniem nie jest unieważnienie postępowania z powodu braku środków, lecz wybór najkorzystniejszej oferty, z tego powodu, że powinna być ona odrzucona przez zamawiającego, a wykonawca, który tę ofertę złożył, podlega wykluczeniu, (...). W tej sytuacji oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny wyrażonej do kwestionowanej czynności.

Oddalenie odwołania z uwagi na hipotetyczne unieważnienie postępowania w przyszłości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, którego zamawiający miałby dokonać w sytuacji uwzględnienia odwołania i wyboru oferty odwołującego, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy. Nie bez znaczenia jest, że w sytuacji wyboru oferty, której cena jest wyższa niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, zamawiający, może zwiększyć tę kwotę i nie unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia.

Po drugie, wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W orzeczeniu wydanym w sprawie C-689/13 (odwołującym się do wcześniejszego orzeczenia wydanego w sprawie C-100/12) Trybunał Sprawiedliwości UE wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Trybunał uznał, że wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o te zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Istota tego poglądu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot, przy przyjęciu, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny.

Polski system środków ochrony prawnej stanowi realizację postulatów dyrektywy odwoławczej i podstawowe pojęcia umożliwiające wykonawcom ochronę ich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuro-pejskiej.

### **150. Sygn. akt: KIO 2350/16, Wyrok z dnia 9 stycznia 2017 r.**

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska zamawiającego zasadzonego na przekonaniu, iż skoro oferta przystępującego przekracza kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to taki wykonawca nie może uzyskać danego zamówienia. W ocenie Izby takie stanowisko zamawiającego nie znajduje oparcia w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeśli: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. W chwili obecnej ofertą najkorzystniejszą i ofertą z najniższą ceną jest oferta przystępującego, zatem zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby rozważać zastosowanie tego przepisu, natomiast istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oceniać należy na datę wniesienia odwołania. W tej dacie, jak i na datę rozpoznania sprawy, przystępujący nie był wykonawcą z najkorzystniejszą ofertą, ani wykonawcą z najniższą ceną, tym samym wyeliminowanie konkurenta wybranego leżało jak najbardziej w jego interesie w uzyskaniu zamówienia; na datę wnoszenia odwołania nie wiedział także, że zamawiający nie ma zamiaru zwiększania kwoty finansowania zamówienia do ceny jego oferty, a zatem w ocenie Izby miał interes w uzyskaniu zamówienia. Nadto na

datę wyrokowania brak jest, poza stanowiskiem pełnomocnika zamawiającego, jakiegokolwiek dowodu na to, że zamawiający podjął decyzję o tym, że nie zwiększy kwoty przeznaczonej na sfinansowanie tego zamówienia. Tym samym brak jest podstaw do uznania, że odwołujący w rzeczywistości zmierza do unieważnienia przedmiotowego postępowania.

#### **151. Sygn. akt: KIO 328/17, Wyrok z dnia 3 marca 2017 r.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, a ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co powoduje, że ziszczone są przesłanki materialnoprawne, uprawniające Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Niewątpliwie Odwołujący – jako podmiot działający na terenie gminy w branży odbioru i zagospodarowania odpadów – jest bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia. Przywołać w tym miejscu należy stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w orzeczeniu z 25 maja 2012 r. o sygn. akt XII Ga 92/12, odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu: cyt. „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”.

#### **152. Sygn. akt: KIO 568/17, Wyrok z dnia 6 kwietnia 2017 r.**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego grozi mu poniesieniem szkody w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Rozpoznaniu podlegają wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu. Nie podzielono poglądu, że odwołujący nie ma interesu w podnoszeniu zarzutów wobec oferty przystępującego, z powodu stwierdzenia, że unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty da mu możliwość uzyskania zamówienia. Izba w składzie rozpoznającym odwołanie wyraża pogląd, że w postępowaniach o wartościach przekraczających tzw. progi unijne nie ma podstaw do ograniczania zarzutów, które podlegają rozpoznaniu na rozprawie. Ustawodawca w art. 180 ust. 2 Pzp reglamentuje dostęp do środków ochrony prawnej wyłącznie w postępowaniach o niższej wartości. Argumentując z przeciwieństwa należy dojść do przekonania, że ograniczenie czynności lub zaniechań zamawiającego, które mogą być kwestionowane przez wniesienie odwołania, nie istnieje w postępowaniach o wyższej wartości. Sprzyja to celowi istnienia systemu środków ochrony prawnej, czyli umożliwienie zamawiającemu korekty czynno-

ści zdziałanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tak aby ważność przyszłej umowy nie była kwestionowana.

Należy też sprzeciwić się pogładowi przystępującego, który wywodził niezasadność badania zarzutów wobec oceny jego oferty w kryteriach pozacenowych z powodu braku możliwości uzyskania przewagi punktowej przez odwołującego. Dostrzec trzeba, że zarzuty odwołania dotyczą oferty odwołującego, która nie była oceniana w ogóle oraz oceny oferty przystępującego. Niezasadne jest uzależnianie dopuszczalności badania zarzutów odwołania od hipotetycznych rezultatów przyszłej czynności zamawiającego. W postępowaniu odwoławczym Izba bada wyłącznie czynności lub zaniechania zamawiającego wskazane w odwołaniu, w oderwaniu od możliwych przyszłych czynności, czynności których zamawiający jeszcze nie dokonał.

### **153. Sygn. akt: KIO 803/17, Wyrok z dnia 11 maja 2017 r.**

Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia przedmiotowego odwołania byłoby unieważnienie postępowania.

Przede wszystkim X miał interes w uzyskaniu zamówienia na datę składania odwołania, a także mógł ponieść szkodę w związku ze wskazywanymi w odwołaniu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, co świadczy, że przesłanka materialnoprawna wymagana art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesionego odwołania została spełniona. Izba zwraca uwagę, że w myśl wskazanego art. 179 ust.1 ustawy Pzp interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, nawet przykładowo, jak w okolicznościach podnoszonych w tej sprawie, prowadzące do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć (art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Czynnością kwestionowaną w odwołaniu jest wybór najkorzystniejszej oferty z tego powodu, że powinna być ona – zdaniem Odwołującego – odrzucona przez Zamawiającego, a wykonawca, który tę ofertę złożył podlegać powinien wykluczeniu. W tej sytuacji oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny wyrażonej do kwestionowanej czynności, ale ze względu na hipotetyczną czynność [unieważnienia postępowania], którą może podjąć Zamawiający. Oddalenie odwołania z uwagi na hipotetyczne unieważnienie postępowania w przyszłości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, którego Zamawiający miałby dokonać w sytuacji uwzględnienia odwołania i wyboru oferty Odwołującego, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp.

### **154. Sygn. akt: KIO 811/17, Postanowienie z dnia 11 maja 2017 r.**

Co zaś do czynności Zamawiającego, które nastąpiły 5 kwietnia i później, to rzeczywiście należy przyznać rację Zamawiającemu, że nie wpływają one na sytuację Odwołującego w postępowaniu, gdyż postępowanie zakończyło się dla Odwołującego wraz ze zwrotem odwołania 3 kwietnia 2017 r. – chyba żeby Zamawiający następnie unieważnił swoją decyzję o odrzuceniu oferty i „przywrócił” go do postępowania. W chwili składania odwołania Odwołujący zatem nie był już wykonawcą, czyli podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przepis ten co prawda mówi o „innym podmiocie”, ale co do zasady nie dotyczy on wykonawcy, który status wykonawcy utracił (choć można sobie wyobrazić sytuację, w której taki byłby wykonawca, dowiedziawszy się, że zamawiający nierówno potraktował jego i jego kon-



kurenta i po odrzuceniu ofert z analogicznych powodów, przywrócił do postępowania tylko jednego wykonawcę, mógłby złożyć odwołanie skutecznie).

Warto też zauważyć, że zasada ograniczenia prawa do wniesienia odwołania przez byłego wykonawcę została rozpoznana w przepisach odwoławczych i przywołana wprost w art. 2 ust. 2 dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zgodnie z którym uprawnienia do wnoszenia środków odwoławczych kandydatów uważa się za zainteresowanych, jeżeli instytucja zamawiająca nie udostępniła informacji o odrzuceniu ich wniosku przed powiadomieniem zainteresowanych oferentów o decyzji o udzieleniu zamówienia (co prawda niniejsze zamówienie nie należy do wymienionych sektorów ani nie składano w nim wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak chodzi tu o samą możliwość ograniczenia praw byłych wykonawców we wciąż toczącym się postępowaniu).

### **155. Sygn. akt: KIO 821/17, Wyrok z dnia 15 maja 2017 r.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie uwzględniła zarzutu zgłoszonego na rozprawie przez Konsorcjum X co do braku interesu po stronie Odwołującego wobec faktu, że Odwołujący znajduje się na trzeciej pozycji w klasyfikacji ofert według kryteriów oceny ofert. Izba zważyła, że w świetle znowelizowanych przepisów ustawy Pzp (w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.) należy uznać, że wykonawcy, którzy złożyli ofertę w danym postępowaniu posiadają interes we wniesieniu odwołania wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zauważyć należy, że Zamawiający dokonuje badania i oceny oferty, która w stopniu najwyższym uzyskała punktację w ramach wstępnej oceny ofert. Pozostałe oferty podlegają odpowiednio badaniu dopiero wówczas, gdy oferta sklasyfikowana najwyżej podlega odrzuceniu. Zatem nie można wykluczyć sytuacji, w której każdy z wykonawców „oczekujących” może uzyskać zamówienie, gdyż oferty wyższe zostaną odrzucone.

W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał badania i oceny oferty Konsorcjum X – pozostałe oferty nie były badane w zakresie wymaganych dokumentów, dlatego też należy uznać, że każdy z pozostałych wykonawców (w tym Odwołujący) ma szansę na uzyskanie zamówienia w sytuacji, gdy oferty poprzedzające jego ofertę w klasyfikacji zostaną odrzucone.

### **156. Sygn. akt: KIO 921/17, Wyrok z dnia 22 maja 2017 r.**

Jak wyjaśnił sam Odwołujący, złożona przez niego oferta została uznana za odrzuconą w konsekwencji wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Powyższe decyzje Zamawiającego nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego w ramach środków ochrony prawnej. Odwołujący nie wniósł odwołania wobec czynności wykluczenia go z postępowania. W tej sytuacji decyzja o wykluczeniu Odwołującego i uznaniu jego oferty za odrzuconą stała się ostateczna, wobec czego Odwołujący nie bierze już udziału w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący, pomimo uprzedniego wykluczenia go z postępowania, wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę X z dnia 26 kwietnia 2017 r. W danym stanie faktycznym Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, wymaganej zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

W myśl art. 179 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz

poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Tym samym, skuteczne wniesienie odwołania przez wykonawcę uzależnione jest od jednoczesnego zaistnienia następujących okoliczności: naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Na gruncie rozpatrywanej sprawy nie sposób przypisać Odwołującemu, który został wykluczony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a jego oferta została uznana za odrzuconą, posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia. W ustawie Prawo zamówień publicznych odwołanie jest środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się w danym postępowaniu. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r. w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody „(...) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarczy zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, *vide*: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia” i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy – z różnych powodów – widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku 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. UE.

L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.”

Należy zatem opisać w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki materialnoprawne traktować w postępowaniu odwoławczym w powiązaniu z sytuacją wykonawcy składającego środek ochrony prawnej i elementarną możliwością uzyskania przez niego danego zamówienia oraz poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku zarzucanych naruszeń prawa. Odmienne rozumienie regulacji art. 179 ust. 1 Pzp oznaczałoby możliwość wnoszenia środka ochrony prawnej ze skutkiem jego merytorycznego rozpatrzenia nawet jeśli podmiot, który zainicjuje postępowanie odwoławcze pozostaje bez realnej możliwości udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia w kształcie, jaki wynika z zakresu tego zamówienia, dokonanego opisu przedmiotu tego zamówienia itp., warunków postępowania. Jednocześnie należy zauważyć, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp nie nawiązuje do interesu rozumianego jako dążenie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, polegającego na uzyskaniu stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie. Dane zamówienie – to konkretne zamówienie – konkretny przedmiot świadczenia opisany w części stanowiącej opis przedmiotu zamówienia, rodzaj i jakość świadczenia, czas i miejsce jego realizacji oraz inne elementy charakteryzujące świadczenie, do którego wykonania zobowiązuje się wykonawca. Podobnie stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 3 maja 2010 r. o sygn. akt XIX Ga 148/10, wskazując, że przez interes wykonawcy należy rozumieć szanse na wygranę konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że w wyniku uwzględnienia niniejszego odwołania dojdzie do unieważnienia postępowania, co otworzy mu drogę do uczestnictwa w kolejnym postępowaniu dotyczącym udzielenia zamówienia na dostawę będącą przedmiotem niniejszego przetargu. Słusznie w tym zakresie wskazywał Zamawiający, że po unieważnieniu danego postępowania wykonawcy nie przysługuje żadne roszczenie o wszczęcie kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia. Nie ma żadnej pewności, że nowe postępowanie zostanie wszczęte na tych samych warunkach i zasadach.

Legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy takiemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Nie może ona zostać spełniona przez wykazanie posiadania interesu, rozumianego jako zainteresowanie w rozstrzygnięciu, które nie może być poparte normą prawa materialnego. Odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej, aby uzyskać dane zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że wykonawca ostatecznie wykluczony z postępowania nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp, dotyczących oceny przez Zamawiającego innej oferty. Szkada musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co oznacza, że wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musiałby zatem wykazać, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Takie okoliczności, w świetle art. 179 ust. 1 Pzp, nie zostały przez Odwołującego w niniejszej sprawie wykazane.

**157. Sygn. akt: KIO 1083/17, KIO 1095/17, Wyrok z dnia 22 czerwca 2017 r.**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Przeprowadzenie przez zamawiającego aukcji elektronicznej nie ma znaczenia dla oceny materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności odwołania.

Po pierwsze, przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp podlegają ocenie na moment wniesienia odwołania. Dokonywanie przez zamawiającego kolejnych czynności w postępowaniu w sytuacji, gdy czynności zaskarżone odwołaniem były podstawą do dokonania tych kolejnych czynności, zatem w dalszym ciągu wywierają skutki prawne, nie ma znaczenia dla możliwości rozpoznania odwołania.

Po drugie, wynik postępowania który przystępujący wskazał, jako przeszkodę do rozpoznania zarzutów odwołania nie oznacza wyłącznie wyboru danego wykonawcy, lecz wybór najkorzystniejszej oferty, na podstawie której będzie zrealizowana umowa, czyli warunków wykonania umowy. Skoro cenowe warunki oferty w wyniku aukcji są mniej korzystne – odwołujący obniżył cenę oferty, to oczywistym jest, że zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy mają wpływ na wynik postępowania. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w wysokości różnicy między kwotą wynikającą z oferty a kwotą wskazaną w czasie aukcji elektronicznej.

Po trzecie, aukcja z udziałem wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, jest przeprowadzona niezgodnie z przepisami ustawy. Udział w aukcji wykonawcy, który złożył prawidłową ofertę oraz wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

**Art. 180 ust. 3****158. Sygn. akt: KIO 179/17, Wyrok z dnia 3 marca 2017 r.**

Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (*Dz. U. poz. 964, ze zm.*) – *przyp. red.*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*) a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Warto zaznaczyć, że z postawionymi zarzutami skorelowane jest żądanie, kierowane w związku z podnoszonymi nieprawidłowościami w działaniu Zamawiającego. Ono to bowiem wyznacza zakres rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą – w myśl § 34 ust. 1 powołanego rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, orzeczenie wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach stawianych przez Odwołującego – co po myśli art. 192 ust. 3

pkt 2) i 3) ustawy, następuje z urzędu – rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy.

Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania.

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

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r.,



III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. (...)

Słusznie w ocenie Izby wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że zarzuty odwołania nie są konkretne i należyce uzasadnione. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu nic konkretnego w zakresie dokonanej przez Zamawiającego w Kartach oceny merytorycznej oceny przedstawionych Koncepcji, nie przedstawił żadnej argumentacji. Samo wskazanie, że zostały mu odjęte punkty (co nie jest zgodne z SWIZ), bowiem nie zostały mu przyznane punkty, nie stanowi wystarczającej argumentacji w świetle czynności Zamawiającego zawartych w Kartach oceny merytorycznej. Słusznie w ocenie Izby wskazał Odwołujący, że przy takiej konstrukcji odwołania ocena koncepcji została przeniesiona na Izbę, gdyby Izba uznała, że odwołanie zwiera jakiś zarzut. Podkreślenia wymaga, że ocenie Izby w zakresie przedstawionych zarzutów podlega zasadność dokonanej przez Zamawiającego czynności lub jej brak – w tym wypadku ocenie Izby podlegać powinna czynność Zamawiającego dokonanej oceny, tym samym Odwołujący w treści odwołania powinien wzruszać treści jakie zawarte zostały w Kartach oceny merytorycznej. Odwołujący nie podał w odwołaniu, na czym miałyby polegać dokonana przez Zamawiającego niewłaściwa ocena. Jednocześnie wynika w sposób jednoznaczny z dokonanych czynności procesowych przez Odwołującego, że w istocie wiedział, że dopiero odniesienie do dokonanej w Kartach oceny merytorycznej czynności oceny wskaże faktyczne i konkretne podstawy i przyczyny, z których wywodzi Odwołujący fakt nieprzyznania mu określonej punktacji. Jednakże przedstawienie tych informacji dopiero w piśmie procesowym nie stanowi, nie może stanowić uzupełnienia odwołania o argumentację faktyczną w nim niezawartą. Sam Odwołujący wskazał w złożonym piśmie, że stanowi ono uzupełnienie argumentacji zawartej w odwołaniu i zawiera stanowisko w zakresie zasadności przyznanych punktów przez każdego z Oceniających z podziałem na oceniane kryteria.

### **159. Sygn. akt: KIO 421/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r.**

Zamawiający podniósł, że odwołujący nie określił w *petitum* odwołania, że odwołanie jest wnoszone także od zaniechania udostępnienia odwołującemu korespondencji pomiędzy Konsorcjum, a zamawiającym. Zamawiający bardzo rygorystycznie zinterpretował treść art. 180 ust. 3 ustawy i § 4 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm. z 2013 r. poz. 232). Ustawodawca nakazał wykonawcom odwołujący się wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, jednak wbrew stanowisku zamawiającego ustawodawca nie przewidział negatywnego dla wykonawcy skutku takiego niewskazania, Izba nie ma podstaw, np. do odrzucenia odwołania w części zarzutów nie objętych wskazaniem czynności czy zaniechania ani podstaw do pozostawienia takich zarzutów wykraczających ponad wskazane czynności i zaniechania bez rozpoznania. Zamawiający nie dostrzegł, że zakres kognicji Izby wyznaczają nie „wskazanie czynności lub zaniechania zamawiającego”, ale podniesione zarzuty – art. 192 ust. 7 ustawy, tym samym w ocenie Izby wskazanie czynności lub zaniechania nie musi być dokonywane odrębnie od przedstawienia zarzutów i omyłki lub niekompletności w zakresie wskazania czynności lub zaniechań nie stanowią

przeszkody w rozpoznaniu odwołania. W ocenie Izby wskazanie na zaniechanie udostępnienia korespondencji pomiędzy Konsorcjum, a zamawiającym nastąpiło w podstawie faktycznej pierwszego z postawionych przez odwołującego zarzutów i wypełniało wymogi ustawy. Tym samym ponieważ zaniechaniu zamawiającego polegającemu na naruszeniu art. 8 ust. 1–3 ustawy przez odmowę udostępnienia korespondencji pomiędzy Konsorcjum, a zamawiającym odwołujący postawił zarzut, to w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Izba obowiązana jest go rozpoznać. Korespondencja pomiędzy zamawiającym, a Konsorcjum stanowi załączniki do protokołu postępowania, które są jawne od daty wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że zarzuty nie są spóźnione. Izba zwraca także uwagę zamawiającego na fakt, że do postępowania przed Izbą nie mają zastosowania przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, a wskazanie czynności lub zaniechania nie jest takim samym wymogiem, jak wymóg z art. 368 § 1 pkt 1 kpc, nakazujący wskazanie czy wyrok sądu I instancji jest skarżony w całości czy w części. Izba jest organem pierwszoinstancyjnym, a decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej nie można porównać z wyrokiem sądu powszechnego pierwszej instancji. Nie ma do wyroków Izby zastosowania także przepis art. 378 § 1 kpc dotyczący granic zaskarżenia. W konsekwencji Izba uznała argumentację zamawiającego za nieuzasadnioną i nie dającą podstaw do zwolnienia Izby z obowiązku rozpoznania zarzutu także w odniesieniu do zaniechania zamawiającego udostępnienia korespondencji pomiędzy Konsorcjum, a zamawiającym – załączniki do protokołu postępowania nr 143, 144, 145, 146.

### **Art. 181 ust. 1**

#### **160. Sygn. akt: KIO 2438/16, Wyrok z dnia 12 stycznia 2017 r.**

Odnosnie naruszenia przez Zamawiającego art. 181 ust. 1 i 2 Pzp przez uwzględnienie informacji złożonej w trybie art. 181 ust. 1 pomimo, że na czynności, które były jej przedmiotem – służyło odwołanie, Izba pragnie podkreślić, że skorzystanie z art. 181 ustawy Pzp przez danego wykonawcę jest jego uprawnieniem, nie zaś obowiązkiem. Prawdą jest, że w przypadku zamówień powyżej progów wykonawcom w nieograniczonym zakresie przysługuje odwołanie, zaś w postępowaniach podprogowych krąg zaskarżalnych czynności i zaniechań Zamawiającego ma charakter ograniczony, a wykonawcom dodatkowo przysługuje prawo do skierowania do Zamawiającego informacji o naruszeniu prawa. Nie jest jednak tak, że wykonawca w postępowaniu powyżej progów zobowiązany jest wnieść tylko i wyłącznie odwołanie, bez możliwości zasygnalizowania Zamawiającemu w innej formie nieprawidłowości jego działań. Dla przykładu, wykonawcy na początkowym etapie postępowania często jednocześnie kierują do zamawiających pytanie odnośnie treści SIWZ i wnoszą odwołanie, aby zachować termin na korzystanie ze środków ochrony prawnej, następnie zaś wycofują określone zarzuty po uzyskaniu odpowiedzi na pytania.

W ocenie składu orzekającego Izby nie było działaniem nieuprawnionym skierowanie do Zamawiającego dodatkowych wyjaśnień bez wniesienia odwołania. Jest to ryzyko wykonawcy, który zdecydował się na skierowanie dodatkowego pisma, przy jednoczesnej możliwości utraty terminu na wniesienie odwołania od decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty. Skierowanie dodatkowych wyjaśnień nie daje wykonawcom pewności, że Zamawiający owe wyjaśnienia uwzględni i zweryfikuje swoją decyzję. Nie istnieje przepis, który nakazuje Zamawiającym jakiś określony sposób postępowania, przeprowadzenia dodatkowej procedury wyjaśniającej, a więc w ocenie Izby nie można działaniom lub zaniechaniom Zamawiającego przypisać jakiegokolwiek naruszenia przepisów. Gdy Zamawiający, jak w przedmiotowym postępowaniu, przeanalizuje uzyskane informacje i zmieni pierwotne rozstrzygnięcie, innym wykonawcom przysługuje prawo do zaskarżenia takiej decyzji, co Odwołujący skutecznie uczynił.

## Art. 182 ust. 1

### 161. Sygn. akt: KIO 398/17, Wyrok z dnia 9 marca 2017 r.

Izba stwierdza, że odwołujący – zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp może wnieść odwołanie w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Odwołujący wziął pod uwagę inny termin wniesienia odwołania – 15 dni, gdyż nie uwzględnił, że faks jest traktowany przez przepisy ustawy Pzp jako środek komunikacji elektronicznej. Jednak Izba musi stwierdzić, że zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt 17 Pzp, faks należy uznawać jako środek komunikacji elektronicznej. Art. 2 pkt 17 Pzp brzmi »Ilekcóć w ustawie jest mowa o [...] óródkach komunikacji elektronicznej – należy przez to rozumieć óródkie komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o ówiadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422, z 2015 r. poz. 1844 oraz z 2016 r. poz. 147 i 615) lub faks« (...).

W związku z poinformowaniem odwołującego o odrzuceniu jego oferty za pośrednictwem faksu oraz w związku z treścią art. 2 pkt 17 Pzp należy uznać, że odwołujący został poinformowany o odrzuceniu oferty drogą komunikacji elektronicznej 17.02.2017 r. W związku z tym, że wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (co jest bezsporne) do postępowania Izba musi brać pod uwagę unormowanie art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, który to przepis brzmi »Odwołanie wnosi się [...] w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8«. Z tego względu Izba musi również wziąć pod uwagę przepis art. 180 ust. 5 Pzp, który brzmi »Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu óródków komunikacji elektronicznej«.

## Art. 182 ust. 3

### 162. Sygn. akt: KIO 304/17, Postanowienie z dnia 1 marca 2017 r.

Składając odwołanie, odwołujący zastosował przepis art. 182 ust. 4 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z którym »Jeżeli zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (...) odwołanie wnosi się nie później niż w terminie: 1) (...) 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (...) w przypadku (...) zamówienia z wolnej ręki (...) – ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem«. Jak wskazał: »Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem 30-dniowego ustawowego terminu, gdyż ogłoszenie o udzieleniu przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r.«

Skład orzekający Izby ustalił jednak, że w tym przypadku należało zastosować przepis art. 182 ust. 3 pkt 1) ustawy Pzp, zgodnie z którym »Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia«.

Zastosowanie zacytowanego powyżej przepisu oznacza, że dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania upłynął (licząc od dnia publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umo-

wy czyli ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*, tj. od dnia 18 stycznia 2017 r.) w dniu 28 stycznia 2017 r. Złożenie odwołania w dniu 14 lutego 2017 r. obliuguje skład orzekający Izby do jego odrzucenia na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, tj. z tego względu, iż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Kwestia kluczową była ocena, czy – jak twierdził odwołujący – ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 012-018637 było ogłoszeniem dotyczącym „już udzielonego zamówienia”, tj. stanowiło „informację o udzieleniu zamówienia w dniu 13 stycznia 2017 r.”, czy – jak twierdził zamawiający – było to ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 012-018637 było ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy z następujących względów. Po pierwsze, wypełniony przez zamawiającego formularz „Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*” to „europejski odpowiednik” ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (art. 66 ust. 2 ustawy Pzp) i brak jest jakichkolwiek przesłanek, aby twierdzić, że zamawiający sięgając po ten formularz chciał w istocie zamieścić informacje, jakie wymaga ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Po drugie, sama nazwa formularza, tj. „Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*” przesądza o charakterze informacji w nim zawartych – *ex ante* oznacza „z góry, przed wydarzeniem się czegoś”. Po trzecie, zamawiający „jest zdany” na standardowy wzór formularza, w tym winien podać informacje zgodnie z nazwą poszczególnych sekcji i ich punktów, co oznacza, że wypełnić należało także sekcję V „Udzielenie zamówienia/koncesji” pkt 2.1. „Data zawarcia umowy/decyzji o udzieleniu koncesji”. Innymi słowy, treść formularza determinowana jest przez narzucany zamawiającemu wzór. (...) Po czwarte, wbrew twierdzeniom odwołującego, informacje zawarte w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 012-018637 nie pozwalały „w sposób jednoznaczny na przyjęcie, iż zamawiający ogłoszeniem tym informuje o fakcie udzielenia zamówienia” (str. 2 Repliki), ponieważ, poza okolicznościami wskazanymi powyżej, uwzględnić należało także treść sekcji VI „Informacje uzupełniające”, gdzie zamawiający podał: „W dniach 12–13.01.2017 r. negocjowano z wykonawcą X warunki realizacji zamówienia. (...) podjęto decyzję o udzieleniu zamówienia wykonawcy X”.

Informacja ta wcale nie oznacza, że zamówienie zostało wskazanemu wykonawcy udzielone (nie została zawarta umowa), ale oznacza, że po stronie zamawiającego zapadła „dopiero” decyzja o udzieleniu zamówienia”, co koreluje z nazwą formularza i charakterem informacji w nim przekazywanych, a nadto – co podkreślał zamawiający – z ochroną umowy wynikającą z art. 146 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp (umowa nie podlega unieważnieniu, pomimo zastosowania zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy, o ile zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z umową, a umowa została zawarta po upływie (...) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy).

Dostrzeżenia nadto wymaga, że w dniu 8 lutego 2017 r. zamawiający przekazał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, które w dniu 10 lutego 2017 r., tj. przed wniesieniem odwołania (co nastąpiło 14 lutego 2017 r.) zostało opublikowane pod numerem 2017/S 029-052915 – w sekcji VI.2) zamawiający podał, iż „Umowa z wykonawcą zawarta została w dniu 31.1.2017 r.”, wobec czego, tym bardziej nie można twierdzić, że informacje zawarte w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 stycznia 2017 r. pod numerem 2017/S 012-018637 pozwalały „w sposób jednoznaczny na przyjęcie, iż zamawiający ogłoszeniem tym informuje o fakcie udzielenia zamówienia”.

**163. Sygn. akt: KIO 385/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r.**

Nie podzielono stanowiska przystępującego, wyrażonego w jego piśmie procesowym, jako by zarzut odwołującego, odnoszący się do zaniechania przez zamawiającego odtajnienia wykazu osób złożonego przez przystępującego, był zarzutem spóźnionym. Przystępujący wywiódł, że skoro zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp oferty są jawne od chwili ich otwarcia, to odwołujący wiedzę o zastrzeżeniu przez przystępującego informacji z wykazu osób jako tajemnicy przedsiębiorstwa mógł powziąć już w październiku 2016 r., gdyż data otwarcia ofert przypadała 13 października 2016 r. W trakcie rozprawy alternatywnie argumentował, że odwołanie należało wnieść najpóźniej w terminie wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp liczącym od dnia, w którym zamawiający miał odmówić odwołującemu udostępnienia oferty przystępującego. Wywodził, że odmowa taka miała miejsce w grudniu 2016 r. i w lutym 2017 r.

Stanowisko przystępującego nie zasługiwało na uwzględnienie. Zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia ...". Uszło uwadze przystępującego, że wykaz osób, którego odtajnienia domagał się odwołujący, został złożony przez przystępującego dopiero w dacie 2 lutego 2017 r. Nastąpiło to w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia takiego dokumentu skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w dniu 27 stycznia 2017 r. Wykaz ten nie został zatem złożony wraz z ofertą i nie stanowił jej części. Wykaz ten należało kwalifikować – z pkt widzenia art. 96 ust. 3 Pzp – jako, inny niż oferta, załącznik do protokołu. W konsekwencji podlegał on udostępnieniu dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Dopiero z tym momentem można było mówić o „zaniechaniu” przez zamawiającego wykonania jego obowiązku udostępnienia takiego załącznika. Wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano w dniu 17 lutego 2017 r., zaś odwołanie wniesiono w dniu 27 lutego 2017 r., a zatem z zachowaniem 10-dniowego terminu, wynikającego z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Odwołanie w omawianej części nie mogło zatem zostać odrzucone jako spóźnione.

**164. Sygn. akt: KIO 421/17, Wyrok z dnia 23 marca 2017 r.**

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego, co do tego, że termin na wniesienie odwołania na zaniechanie zamawiającego w myśl art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy rozpoczynał bieg od chwili udostępnienia odwołującemu jawnej części oferty Konsorcjum, tj. od dnia 26 października 2017 r. Izba bowiem ustaliła, że brak jest dowodu na to, że odwołujący w tej dacie powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Nie przedstawiono dowodu na to, co twierdził zamawiający na rozprawie, że w dacie 26 października 2017 r. zakończył on weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum, a własne oświadczenia zamawiającego podważają wiarygodność tego twierdzenia. Zamawiający bowiem wskazywał, że odwołujący mógł dopytać zamawiającego o to czy zakończył weryfikację tajemnicy przedsiębiorstwa, albo żądać udostępnienia mu dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wskazywał także przy zarzutach dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum na trudność odniesienia się do tych zarzutów nawet w sposób zanonimizowany z uwagi na obszerność oferty Konsorcjum – ponad 500 stron, wskazywał także, że samodzielnie ustalił, że informacje zastrzeżone miały charakter techniczny, podczas, gdy w wyjaśnieniach sam przystępujący wskazał także na charakter technologiczny, organizacyjny i na informacje mające wartość gospodarczą. W tej sytuacji Izba oceniła jako niewiarygodne twierdzenie zamawiającego, że 26 października 2017 r. tj. 9 dni po otwarciu ofert, zamawiający zakończył badanie pod kątem ustalenia czy w ponad 500 stronicowej ofercie informacje zastrzeżone mają charakter podlegający ochronie w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Izba natomiast dała wiarę twierdzeniom odwołującego, że był on przekonany, iż



zamawiający jest w toku weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba w tym stanie faktycznym wzięła pod uwagę, że ustawodawca nie określił konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do którego zamawiający powinien zakończyć tę weryfikację. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy ostatecznym momentem, od którego wszystkie dokumenty postępowania podlegają udostępnieniu jest moment wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania. Tym samym zasadą jest, że o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można w sposób pewny mówić od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wprawdzie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przewidziane są wyjątki od tej zasady, to jednak są one ujmowane w wyjątkowych sytuacjach i dopuszczalne w określonych stanach faktycznych. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie można było ustalić, że odwołujący przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej powziął wiadomość o tym, że zamawiający zakończył badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przed 28 lutego 2017 r. Zamawiający o wyniku swojej czynności i fakcie jej zakończenia nie informował przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej, a sam fakt udostępnienia części jawnej oferty nie przesądza w ocenie składu orzekającego jeszcze o tym, że odwołujący miał wiedzę, że zakończono badanie skuteczności zastrzeżenia. W ocenie Izby z faktu udostępnienia części jawnej oferty Konsorcjum można logicznie wyciągnąć jedynie taki wniosek, że jakąś część swojej oferty Konsorcjum objęło zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, ale nie jest już wnioskiem bezpośrednio wynikającym z udostępnienia części jawnej oferty wniosek, że zakończono badanie skuteczności zastrzeżenia. W ocenie Izby musiałby istnieć dowód na to, że oświadczenie o zakończeniu badania dotarło do odwołującego, np. informacja w zaproszeniu do zapoznania się z ofertami, że zapoznanie będzie możliwe jedynie w zakresie części jawnych, bo części niejawne są skutecznie zastrzeżone. W tym stanie faktycznym taka okoliczność nie miała miejsca i na podstawie powyższego Izba wywiodła, że nie ma podstaw do przyjęcia, że dopuszczalne jest zastosowanie wyjątku od zasady, że zamawiający ma prawo badać skuteczność zastrzeżenia, aż do wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji Izba oceniła, że zarzut nie jest spóźniony i zasługuje na rozpoznanie.

### **Art. 184 ust. 2**

#### **165. Sygn. akt: KIO 391/17, Postanowienie z dnia 6 marca 2017 r.**

Izba wyjaśnia, że po nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [(Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778) – *przyp. red.*] dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie (podobnie: postanowienia KIO o sygn. akt: KIO/UZP 454/10, KIO 620/10). W przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, po jej nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 roku, brak jest bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w dotychczasowym brzmieniu (sprzed nowelizacji) wyraźnie stanowiły, iż „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie Prawa zamówień publicznych po nowelizacji), co oznacza, że ustawodawca musiał zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

**Art. 185 ust. 1 – 6****166. Sygn. akt: KIO 58/17, Postanowienie z dnia 17 stycznia 2017 r.**

Oceniając prawidłowość zgłoszenia ww. przystąpienia Izba uznała jego nieskuteczność, gdyż zgłoszenie przystąpienia zostało wysłane nie do Prezesa KIO, lecz do zamawiającego, a tylko jego kopia została przesłana do Prezesa KIO. Zgodnie z art. 185 ust. 2 Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Nadto przystąpienie musi zostać dokonane w formie pisemnej albo elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym, weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W niniejszym postępowaniu wykonawca dokument przystąpienia przesłał do Prezesa KIO za pośrednictwem faxu oraz maila bez spełnienia powyższych wymogów. Dlatego też Izba orzekając miała na względzie fakt braku przystępującego po stronie zamawiającego.

**167. Sygn. akt: KIO 233/17, Wyrok z dnia 16 lutego 2017 r.**

(...) treść art. 185 ust. 2 i 3 wskazuje, że interes przystępującego nie jest zawężony wyłącznie do sytuacji, gdy ma on szansę na uzyskanie zamówienia. Przepisy art. 185 ust. 2 i 3 stanowią o interesie przystępującego w rozstrzygnięciu na korzyść strony, do której przystępuje wykonawca. W ocenie Izby przystępujący taki interes wykazał, gdyż w przypadku oddalenia odwołania przystępujący utrzyma dotychczasowe *status quo*, zaś w przypadku jego uwzględnienia jego pozycja ulegnie pogorszeniu, to jest z pozycji 6 w rankingu ofert znajdzie się na pozycji siódmej. Tym samym w ocenie Izby rozstrzygnięcie wydane w niniejszej sprawie będzie oddziaływać na sytuację przystępującego zwłaszcza, gdy w aktualnym stanie prawnym tylko wykonawca wybrany jest w pełni weryfikowany przez zamawiającego. Rozstrzygnięcie zgodne z wolą zamawiającego jest korzystniejsze dla przystępującego.

**168. Sygn. akt: KIO 505/17, KIO 518/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r.**

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 518/17 po stronie odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia X w W. oraz Y, gdyż wykonawca nie dochował 3-dniowego terminu na doręczenie zgłoszenia przystąpienia, wynikającego z art. 185 ust. 2 Pzp i nie przekazał kopii zgłoszenia zamawiającemu ani odwołującemu. Jak wynika z dokumentacji postępowania (mail z 20 marca 2017 r. g. 14.48) oraz oświadczenia samego zgłaszającego przystąpienie kopię odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 518/17 zamawiający doręczył mu 20 marca 2017 r. Tymczasem wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego dopiero w dniu 24 marca 2017 r. Ponadto zamawiający i odwołujący oświadczyli, że nie otrzymali kopii zgłoszenia przystąpienia, zaś zgłaszający przystąpienie – prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia Izby – nie stawił się na nie i nie wykazał faktu przesłania kopii zgłoszenia stronom. W tej sytuacji, wobec niezachowania przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym.

**169. Sygn. akt: KIO 914/17, KIO 942/17, Postanowienie z dnia 18 maja 2017 r.**

Do udziału w postępowaniu odwoławczym nie został natomiast dopuszczony wykonawca X z uwagi na brak interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłosił przystąpienie. Wykonawca upatrywał go w okoliczności, że w przypadku uwzględnienia choćby jednego z odwołań Zamawiający będzie zobligowany do przywrócenia go do Postępowania, jako że jego oferta została odrzucona na analogicznych podstawach, co oferty odwołujących. Abstrahując od analizy tożsamości podstaw odrzucenia oferty wykonawcy X

z przyczynami odrzucenia ofert wykonawców, do których zgłosił przystąpienie, skład orzekający doszedł do przekonania, że w takiej sytuacji środkiem mogącym zapewnić dalszy udział w Postępowaniu jest wyłącznie odwołanie, nie zaś zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Należy mieć bowiem na względzie, że ewentualne pozytywne dla odwołujących rozstrzygnięcie Izby nie będzie wywierało bezpośrednich skutków w odniesieniu do sytuacji wykonawcy X.

### Art. 186

#### 170. Sygn. akt: KIO 2433/16, Wyrok z dnia 9 stycznia 2017 r.

(...) obowiązek Izby wezwania do złożenia sprzeciwu występuje wyłącznie w sytuacji, gdy odpowiedź zamawiającego na odwołanie uwzględniająca zarzuty tego odwołania wpłynie do Izby w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających. Te czynności zostały przez Izbę zakończone przed otwarciem posiedzenia w dniu 9 stycznia 2017 r. Tym samym oświadczenie o złożeniu sprzeciwu powinno być złożone na terminie posiedzenia lub rozprawy, a przystępujący winien był się liczyć z możliwością złożenia takiego oświadczenia przez zamawiającego, aż do zamknięcia rozprawy. Tym samym, nie stawiając się na termin posiedzenia, pozbawił się możliwości złożenia sprzeciwu, gdyż jego niestawiennictwo nie tamuje rozpoznania odwołania. Wprost wynikać to będzie ze zmiany powyższego rozporządzenia [tj. *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.) – przyp. red.*] po dacie 19 stycznia 2017 r., gdzie ustawodawca Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów (Dz. U. poz. 14) z dnia 20 grudnia 2016 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań dodał w § 13 ust. 2a treści „W przypadku posiedzenia z udziałem stron, uczestników postępowania odwoławczego, świadków lub biegłych przepis ust. 2 pkt 3 stosuje się odpowiednio, z wyłączeniem terminu do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu.”

W świetle powyższego należało uznać, że przystępujący nie złożył sprzeciwu, co dało Izbie podstawę do umorzenia postępowania w oparciu o art. 186 ust. 3 ustawy.

#### 171. Sygn. akt: KIO 2403/16, Postanowienie z dnia 10 stycznia 2017 r.

Wykonawca – X z siedzibą w W. – który skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego i stał się jego uczestnikiem, nie stawił się na posiedzenie Izby, będąc prawidłowo powiadomionym o terminie posiedzenia i rozprawy. Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [(t.j. *Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.*) – *przyp. red.*], niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na 10 stycznia 2017 roku. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolna rezygnacja z udziału w tej fazie postępowania odwoławczego oznacza rezygnację z uprawnień do

reprezentowania swoich interesów. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10) i postanowieniu z 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15).

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Pzp – należało umorzyć.

### **172. Sygn. akt: KIO 79/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2017 r.**

Izba wskazuje ponadto, że zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy w przypadku umorzenia postępowania przez Izbę na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zaznaczyć należy, że Izba na posiedzeniu niejawnym dokonuje niezbędnych czynności formalnoprawnych i sprawdzających oraz w zależności od poczynionych ustaleń faktycznych między innymi wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego (§ 13 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, tekst jednolity Dz. U. z 23 lipca 2014 roku poz. 964 ze zmianami). Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron. Izba umarzając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazywał Zamawiający, tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Sposób wykonania czynności, zgodnie z art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy, może podlegać ocenie w odrębnym postępowaniu odwoławczym.

### **173. Sygn. akt: KIO 104/17, Postanowienie z dnia 30 stycznia 2017 r.**

Zgodnie z art. 186 ust. 3 *in initio* Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba umarza postępowanie odwoławcze, pod warunkiem że wykonawca, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego w całości.

Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu X w B. w sytuacji posiadania przez niego informacji o uwzględnieniu przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości (informacja o przekazaniu odpowiedzi na odwołanie w oryginalnej dokumentacji postępowania), należy uznać za równoznaczne z brakiem zgłoszenia sprzeciwu.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. poz. 964 ze zm.) [aktualnie t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm. – *przyp. red.*] niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania, natomiast § 3 tego rozporządzenia stanowi, że przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych. W związku z tym należało uznać, że wyznaczone posiedzenie z udziałem stron stanowi etap postępowania odwoławczego, w którym następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zmierzająca do zakończenia

postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Następuje ona po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego bez udziału stron, na którym dokonywane są czynności formalnoprawne i sprawdzające, warunkujące, zgodnie z § 13 ust. 1 i 2 przywołanego rozporządzenia, skierowanie odwołania na posiedzenie z udziałem stron. Wobec tego po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę, będzie ono rozpoznane na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie, na którym mogą zostać złożone ewentualne wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia wniesionego odwołania, zatem przystępujący po stronie zamawiającego prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia sprzeciw co do uwzględnienia odwołania może i powinien zgłosić najpóźniej na posiedzeniu z udziałem stron. Niestawiennictwo przystępującego należy uznać zatem za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsame z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Przewidziany w § 13 ust. 2 pkt 3 tego rozporządzenia 3 dniowy termin na wyrażenie przez przystępującego po stronie zamawiającego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów odwołania znajduje zastosowanie jedynie na etapie postępowania odwoławczego przed wyznaczeniem posiedzenia z udziałem stron i uczestników.

Prezentowany pogląd kształtuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Został wyrażony m.in. w postanowieniach wydanych: 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt 1575/10), 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), 26 sierpnia 2016 r. (sygn. akt: KIO 1515/16, KIO 1519/16), 12 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1806/16), 11 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1821/16).

Staranność oczekiwana od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obejmuje zwiększone oczekiwania co do jego staranności i zapobiegliwości niezbędnej dla zachowania praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wymagany stopień staranności obejmuje również znajomość przepisów prawa i wynikających z nich następstw.

#### **174. Sygn. akt: KIO 378/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r.**

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 13.03.2017 r. Izba stwierdziła, iż obaj przystępujący skutecznie zgłosili przystąpienia i przy braku opozycji ze strony tak Zamawiającego, jak i Odwołującego, uznała, iż wykonawcy ci mogli skutecznie wnieść sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów. Fakt ten był znany przystępującym z zawiadomienia o uwzględnieniu zarzutów i wezwania do zgłoszenia sprzeciwu przekazanego przed terminem posiedzenia, tj. 08.03.2017 r. Przystępujący X oświadczył, iż nie zgłasza sprzeciwu w stanowisku pisemnym przekazanym faksem w dniu 10.03.2017 r. (piątek). Przystępujący Y mógł złożyć stosowne oświadczenie bądź w formie pisemnej, w terminie 3 dni (zgodnie z wezwaniem), lub ustnie na posiedzeniu Izby w dniu 13.03.2017 r. Brak reakcji na wezwanie, a także brak stawiennictwa na posiedzeniu przystępującego Y Izba potraktowała, jako brak sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego.

#### **175. Sygn. akt: KIO 381/17, Wyrok z dnia 13 marca 2017 r.**

Co do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewykonanie czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 2 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 17/17), uwzględnionym częściowo przez Zamawiającego w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się. (...)

Jak wskazuje sama nazwa: „powtórne badanie oferty”, czy „czynność ponownego badania oceny ofert” – zamawiający w ramach tej czynności ponownie bada ofertę i ewentualnie ją



ocenia według kryteriów oceny ofert. Tym samym uzyskuje wynik tego badania i w zależności od okoliczności może być on taki sam jak uprzednio albo odmienny/częściowo odmienny, przy czym wynik odmienny może wynikać z okoliczności, które były wcześniej wskazywane, np. w odwołaniu albo z okoliczności, które zamawiający dopiero zauważył lub wskazał.

Nie ma więc podstaw formalnych twierdzenie Odwołującego, że ponowne badanie ofert – poza zakres wynikający z wcześniejszego odwołania – i otrzymanie ponownego, odmiennego wyniku badania ofert jest niedopuszczalne. Tym bardziej, że celem postępowania przetargowego jest otrzymanie jego prawidłowego wyniku, czyli m.in. akceptacja ofert prawidłowych i odrzucenie ofert podlegających odrzuceniu, zatem zamawiający nie powinni pomijać zauważonego w trakcie postępowania błędu.

Oczywiście, zamawiający z założenia wszystkie istniejące wady ofert i podstawy ich odrzucenia powinien zauważyć przy pierwszym badaniu i wskazać je wykonawcom – co pozwala na koncentrację czynności w postępowaniu, jak i na pełne rozeznanie się wykonawcom w ich sytuacji (np. czy celowe jest wniesienie odwołania). Jednak praktyka uczy, iż nie zawsze jest to możliwe i nie zawsze tak się dzieje, w szczególności przy obszernych i skomplikowanych ofertach.

#### **176. Sygn. akt: KIO 409/17, Wyrok z dnia 17 marca 2017 r.**

Jedynie na marginesie, odnosząc się szerzej do stanowiska procesowego Zamawiającego, skład orzekający wskazuje, że w sytuacji otrzymania odwołania powinien być poddać jego zarzuty i żądania wnikliwej analizie jeszcze przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy. W sytuacji uznania części zarzutów i żądań odwołania za uzasadnione Zamawiający – chcąc uniknąć z tego powodu przegranej w postępowaniu odwoławczym, która, niezależnie od jej rozmiarów (liczby zarzutów uwzględnionych wyrokiem), skutkuje obciążeniem strony przegranej całością kosztów postępowania odwoławczego (przepisy Pzp, ani aktów wykonawczych nie przewidują bowiem możliwości stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego) – powinien był skorzystać z instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania w części, którą przewidziano w przepisie art. 186 Pzp. W takim przypadku, biorąc pod uwagę okoliczność, że Odwołujący nie wycofał żadnego z zarzutów, merytoryczne rozpoznanie sprawy ograniczone zostałyby *de facto* do zarzutów nieuwzględnionych (argument z art. 186 ust. 4a Pzp), natomiast w pozostałym zakresie (tj. w odniesieniu do zarzutów uwzględnionych), zachodziłaby możliwość umorzenia postępowania odwoławczego w części. Należy mieć jednak na względzie, że uwzględnienie odwołania wymaga złożenia w tym zakresie niebudzącego wątpliwości oświadczenia, które rodzi skutek w postaci konieczności realizacji żądań zawartych w odwołaniu (zob. przepis art. 186 ust. 3a Pzp). Sytuacja, w której Zamawiający nie uwzględnił odwołania w wyżej opisany sposób, a jedynie w toku rozprawy przyznał zasadność części zarzutów, deklarując zmianę zaskarżonych postanowień SIWZ, nie upoważniała Izby do częściowego umorzenia postępowania odwoławczego i pominięcia takich zarzutów w rozstrzygnięciu zawartym w wyroku. W konsekwencji odwołanie podlegało – jak wspomniano – uwzględnieniu w opisanym w pkt 1 sentencji orzeczenia zakresie.

#### **177. Sygn. akt: KIO 834/17, Postanowienie z dnia 5 maja 2017 r.**

Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący po stronie Zamawiającego X z siedzibą w W. miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na 5 maja 2017 roku. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest tą fazą postępowania odwoławczego, która

bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolna rezygnacja z udziału w tej fazie postępowania odwoławczego oznacza rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów. Tym samym w analizowanej sprawie podzielono stanowisko już uprzednio wyrażane przez Izbę w podobnych sytuacjach, m.in. w postanowieniu z 9 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO 991/10), postanowieniu z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1264/12), postanowieniu z 4 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1710/14), postanowieniu z 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1575/10) i postanowieniu z 21 września 2015 r. (sygn. akt KIO 1963/15).

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3a ustawy Pzp – należało umorzyć.

### **178. Sygn. akt: KIO 1174/17, Wyrok z dnia 23 czerwca 2017 r.**

Względem kwestii niewykonania uwzględnienia w całości poprzedniego odwołania, czyli naruszenia art. 186 ust. 2 Pzp. Izba w pierwszej kolejności podnosi, że uwzględnienie zarzutów nie może prowadzić do czynności niezgodnych z przepisami Pzp. Na powyższe wskazuje w drugim zdaniu cytowanego poniżej fragmentu wyrok KIO z 22.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1159/16; KIO 1174/16: „Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wybór oferty (wykonawcy) dokonany prawidłowo, podobnie prawidłowe powinny być pozostałe czynności w postępowaniu, a postępowanie odwoławcze ma tę prawidłowość zapewnić – niezgodne więc z tym założeniem byłoby przyczynianie się przez postępowanie odwoławcze do błędnego (niezgodnego z prawem) wyniku postępowania przetargowego, czy tym bardziej jego bezpośrednie powodowanie. Tym samym w praktyce toleruje się postąpienie zamawiającego niezgodnie z art. 186 ust. 2 zd. 2 p.z.p., jeśli jego czynność jest poprawna w świetle przepisów „merytorycznych”, tj. dotyczących samej procedury udzielania zamówienia, czyli, gdy dokonał on prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, poprawnego odrzucenia, poprawnego wykluczenia, poprawnej oceny (lub też poprawnie ich nie dokonał)”. Podobnie w wyroku KIO z 01.08.2016 r., sygn. akt: 1296/16, KIO 1323/16: „Uwzględnienie zarzutów odwołania nie może prowadzić do dokonania przez Zamawiającego czynności niezgodnej z prawem lub postanowieniami SWIZ.” Jednocześnie Izba potwierdza, za orzecznictwem, że przepis ten (art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp) sam w sobie nie jest podstawą do uwzględnienia odwołania, ale dają podstawę do ewentualnego ponownego podnoszenia tego samego zarzutu, celem jego rozpoznania na rozprawie. Przykładowo, wyrok KIO z 11.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2313/13: „Izba nie ma możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże zatem Izbę, niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana przy umorzeniu postępowania odwoławczego. Z tego względu naruszenie przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie może – co do zasady – stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia ponownego odwołania. Jest to *sui generis* przepis proceduralny, związany z umorzeniem postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów przez niezależny organ orzekający, a nie przepis materialny ustawy pzp regulujący *stricte* czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza zatem o zasadności kolejnego odwołania, lecz o konieczności rozpoznania innych zawartych w nim zarzutów. Dopuszczenie możliwości postąpienia niezgodnie z żądaniem zawarty w uwzględnionym poprzednio odwołaniu wynika z tego, że zamawiający każdorazowo winien kierować się zasadą udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp, co jednoznacznie wyini-

ka z art. 7 ust. 3 pzp.”. Podobnie w wyroku KIO z 05.11. 2013 r., sygn. akt: KIO 2480/13: „Niewykonanie czynności związanych z żądaniem uwzględnionego przez zamawiającego odwołania wiąże się dla zamawiającego z jednym negatywnym skutkiem – możliwością przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takiej bowiem sytuacji czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego.” oraz w wyroku KIO z 03.11.2015 r., sygn. akt: KIO 2241/15: „Izba uznała w świetle prezentowanego w dalszej części stanowiska, iż naruszenie przepisu proceduralnego nie wpływa na ocenę poprawności czynności oceny wniosków. Rzeczywiście przy obecnym kształcie przepisów, w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu. Nie wypełnienie tego obowiązku ma jedynie ten skutek, iż wykonawca może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów.”.

#### **Art. 187 ust. 7**

##### **179. Sygn. akt: KIO 790/17, Postanowienie z dnia 5 maja 2017 r.**

Zgodnie z przepisem art. 187 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono wpis. W tym przypadku brak formalny polegał na nieprzedłożeniu wraz z odwołaniem dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania odwołującego, który to dokument pomimo wezwania nie został w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania uzupełniony. Powyższe, jak wskazano w wezwaniu, skutkuje – zgodnie z treścią art. 187 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – zwrotem wniesionego odwołania.

Odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie wiąże ustawa z wniesieniem odwołania do Prezesa KIO. Z tego też względu nie podlegał rozpoznaniu zgłoszony przez Zamawiającego w piśmie z dnia 28 kwietnia 2017 r. wniosek o umorzenie postępowania odwoławczego w związku z uwzględnieniem zarzutów z odwołania.

#### **Art. 187 ust. 8**

##### **180. Sygn. akt: KIO 177/17, Postanowienie z dnia 15 lutego 2017 r.**

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, to jest kwotę 18 000 tysięcy złotych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 3a 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 ze zmianami ze zmianami). Jednocześnie z uwagi na okoliczność, że cofnięcie odwołania nastąpiło po otwarciu posiedzenia z udziałem stron, które wyznaczone zostało na dzień 9 lutego 2017 roku i zostało odroczone na wniosek odwołującego, a także, że cofnięcie miało miejsce na mniej niż jeden dzień, na który został wyznaczony termin posiedzenia, a Zamawiający złożył na posiedzeniu wniosek o przyznanie kosztów, na podstawie § 5 ust. 1 pkt 3b Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, czyli koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Art. 189 ust. 2 pkt 3****181. Sygn. akt: KIO 2476/16, Postanowienie z dnia 13 stycznia 2016 r.**

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia na usługi o wartości szacunkowej mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p. W dniu 19 grudnia 2016 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Informacja została przesłana drogą mailową. Na powyższe czynności zamawiającego odwołujący wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało nadane przesyłką poleconą w placówce Poczty Polskiej w dniu 23 grudnia 2016 roku, co wynika z pieczęci placówki pocztowej, umieszczonej na kopercie. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wpłynęło w dniu 28 grudnia 2016 roku, co potwierdza prezentata Krajowej Izby Odwoławczej, umieszczona na pierwszej stronie odwołania oraz na kopercie. (...)

Odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. (...)

W związku z tym, że zamawiający poinformował odwołującą o czynności stanowiącej podstawę odwołania drogą elektroniczną, o której mowa w art. 180 ust. 5 zdanie drugie ustawy P.z.p., przyjęc należy, że odwołanie powinno zostać wniesione w terminie 5 dni od daty przesłania informacji, a zatem w dniu 24 grudnia 2016 roku. W związku z tym, że 24 grudnia 2016 roku przypadła w sobotę, termin ten – zgodnie z art. 185 ust. 8 ustawy P.z.p., upływał dnia następnego po dniach wolnych od pracy, czyli 27 grudnia 2016 roku.

W myśl art. 180 ust. 4 ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nowelizacja ustawy P.z.p. wprowadzona ustawą z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) uchyliła przepis, zgodnie z którym równoznaczne z wniesieniem odwołania jest jego złożenie w placówce pocztowej operatora publicznego. Tym samym, dla zachowania terminu wniesienia odwołania konieczne jest jego doręczenie w wymaganym terminie Prezesowi KIO. Stanowisko takie potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 7 lutego 2014 roku sygn. akt II CZP 90/13. Wobec tego odwołanie złożone w przedmiotowym postępowaniu winno zostać doręczone do Prezesa KIO najpóźniej w dniu 27 grudnia 2016 roku. Odwołanie zostało zaś wniesione w dniu 28 grudnia 2016 roku, czyli z uchybieniem terminu.

**182. Sygn. akt: KIO 194/17, Postanowienie z dnia 6 lutego 2017 r.**

Skoro odwołujący już w oparciu o postanowienia SIWZ opublikowanej w dniu 27 grudnia 2016 r. wiedział o obowiązku posiadania spornych dopuszczeń, mógł w terminach wynikających z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp składać środki ochrony prawnej wobec treści SIWZ. Zamiast wniesienia odwołania wobec treści SIWZ odwołujący zdecydował się w dniu 10 stycznia 2017 r., a zatem po terminie na wniesienie odwołania wobec postanowień SIWZ, wystosować do zamawiającego *de facto* wezwanie do zmiany postanowień SIWZ. Ujawnienie stanowiska przez zamawiającego, który w dniu 19 stycznia 2017 r. podtrzymał pierwotne wymogi SIWZ, nie spowodowało zatem żadnej nowej okoliczności, która uzasadniałaby liczenie terminu do wniesienia odwołania od dnia otrzymania odpowiedzi na pytanie na zasadzie art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

**183. Sygn. akt: KIO 428/17, Postanowienie z dnia 20 marca 2017 r.**

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, który twierdził, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania należy wiązać z czynnością Zamawiającego, polegającą na ostatecznej odmowie udostępnienia wyjaśnień wykonawców: X oraz Konsorcjum, opisaną w piśmie z dnia 2 marca 2017 r.

Izba wskazuje, że już w treści pisma z dnia 16 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o tym, że dokonał stosownego badania informacji, zawartych w wyjaśnieniach wykonawców X oraz Konsorcjum w przedmiocie występowania w złożonych ofertach ceny rażąco niskiej, pod kątem występowania w nich informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający wyjaśnił, że w omawianym zakresie ponownie zwrócił się do wykonawców o wyjaśnienia i na jego wezwanie obaj wykonawcy objęli całą treść wyjaśnień klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec tego Zamawiający po przeprowadzeniu ww. badania doszedł do wniosku, że opisane powyżej wyjaśnienia nie powinny być ujawnione do wiadomości publicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że Zamawiający po otrzymaniu ze strony Odwołującego pisma z dnia 2 lutego 2017 r. przeprowadził odpowiednie badanie całości treści przytoczonych powyżej wyjaśnień wykonawców X i Konsorcjum, w aspekcie występowania w nich informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Przeprowadzona analiza doprowadziła Zamawiającego do przekonania, że zastrzeżenie dokonane przez ww. wykonawców było prawidłowe, ponieważ nie zdecydował się ujawnić jakiegokolwiek elementu wyjaśnień złożonych przez wykonawców X i Konsorcjum.

W ocenie Izby w omawianej sprawie brak jest jakichkolwiek okoliczności, które wskazywałyby, że Zamawiający wówczas dokonywał wybiórczego badania treści wyjaśnień pod kątem występowania w nich informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym uznać należy, że odmowa zapoznania się treścią wyjaśnień złożonych przez wykonawców X i Konsorcjum dotyczyła całości informacji w nich zawartych. Zatem, możliwość skorzystania w tej sprawie ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania należy wiązać z terminem przesłania przez Zamawiającego pierwotnej informacji o odmowie ujawnienia wyjaśnień ww. wykonawców, tj. z dniem 16 lutego 2017 r. W związku z powyższym Izba wskazuje, że pismo Odwołującego z dnia 23 lutego 2017 r. pozostaje bez znaczenia dla obliczenia prawidłowego terminu wniesienia odwołania w tej sprawie, gdyż jego treść odnosi się do przedmiotu badania Zamawiającego, opisanego już w piśmie z dnia 16 lutego 2017 r.

#### **184. Sygn. akt: KIO 686/17, Wyrok z dnia 28 kwietnia 2017 r.**

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, według którego zarzuty odwołania są częściowo spóźnione oraz że zarzut dotyczący niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ nie mógł być podniesiony, jako objęty wyrokiem Izby z 19 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2485/16). Podkreślenia wymaga, że w dniu 19 grudnia 2016 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a oferta Przystępującego została odrzucona jako niezgodna z punktem 14.4 SIWZ. Niezasadne jest więc stanowisko Przystępującego, że Odwołujący – będąc wykonawcą, którego oferta została wybrana – powinien wnieść odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na jej niezgodność z innymi postanowieniami SIWZ, czy też ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, jak również wobec nieujawnienia treści wyjaśnień Przystępującego z 20 września 2016 r. Wykonawca, którego oferta została wybrana, nie mógł skutecznie wnieść odwołania – zostałoby ono oddalone ze względu na brak legitymacji do wniesienia odwołania. Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku czysto hipotetycznych przyszłych czynności Zamawiającego, które nie zostały wykonane i nie wiadomo czy w ogóle nastąpią, a jeśli tak – będą one nowymi czynnościami, od których będzie przysługiwać prawo wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 ustawy Pzp. Na



marginesie wskazać należy, wykonawca taki nie byłby też w stanie wykazać wpływu ewentualnego naruszenia przepisów na wynik postępowania (co zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp jest warunkiem uwzględnienia odwołania), zasadność podniesionych zarzutów nie zmieniłaby bowiem wyniku przetargu. Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że Odwołujący nie mógł skutecznie wnieść odwołania po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, zarówno wobec nieodrzużenia oferty Przystępującego na dodatkowych podstawach, jak i wobec zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień dotyczących ceny, a dopiero wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej był czynnością, od której należało liczyć termin na wniesienie odwołania. W związku z powyższym również bez znaczenia dla terminowości podniesienia zarzutów pozostaje data przekazania Odwołującemu informacji o zastrzeżeniu pierwszych wyjaśnień, tj. 30 grudnia 2016 r. – w tej dacie Odwołujący nie miał bowiem legitymacji do wniesienia odwołania.

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

#### **185. Sygn. akt: KIO 505/17, KIO 518/17, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2017 r.**

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Zamawiający i przystępujący X z powołaniem się na ww. przepis wywiedli, że okoliczności faktyczne, jakie zostały przywołane w odwołaniu w sprawie o sygn. akt KIO 505/17 (w całości) i KIO 518/17 (we wskazanej wyżej części), były już przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku Izby z 6 lutego 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 110/17. Zamawiający i przystępujący X wskazywali, że zarzuty, o których mowa w odwołaniu 505/17 i częściowo w odwołaniu KIO 518/17, zostały oddalone. Powołali się przy tym na treść sentencji wyroku z 6 lutego 2017 r. i ustalenia faktyczne poczynione przez Izbę w tamtym orzeczeniu. Argumentowali, że zarzuty zostały rozstrzygnięte poprzez oddalenie odwołanie w tej części. Podnosili, że Izba przeprowadziła w tym zakresie na rozprawie postępowanie dowodowe, na co wskazuje protokół rozprawy, po wcześniejszym odtajnieniu dokumentów, co nastąpiło w trakcie rozprawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego i przystępującego X, jako bezzasadny. Faktycznie można dostrzec pewne podobieństwo pomiędzy okolicznościami faktycznymi przywołanymi w odwołaniu w sprawie KIO 110/17, a okolicznościami, o których mowa w odwołaniu KIO 505/17 i KIO 518/17 (w rozpatrywanej części). Faktem jest również, co wynika z sentencji wyroku z 6 lutego 2017 r., że Izba rozpatrując odwołanie w sprawie KIO 110/17 uwzględniła je w części dotyczącej zaniechania czynności odtajnienia niektórych oświadczeń i dokumentów, zaś w pozostałym zakresie odwołanie oddaliła.

Nie można jednak podzielić stanowiska zamawiającego i przystępującego X, że pozostałe zarzuty objęte są powagą rzeczy osądzonej. Jak wynika ze strony 52 uzasadnienia wyroku Izby z 6 lutego 2017 r. Izba nie orzekła co do zarzutu rażąco niskiej ceny wykonawcy wybranego to jest Konsorcjum X. jak i Konsorcjum Y a tym samym co do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji w związku ze złożonymi ofertami, uznając jako przedwczesne orzekanie w tym zakresie, z uwagi na odtajnienie dokonane niniejszym wyrokiem wyjaśnień oraz załączonych do wyjaśnień dowodów na brak rażąco niskiej ceny.

W tej sytuacji, jak słusznie podnosili odwołujący Z i odwołujący Y, Izba rozstrzygała o tożsamy okolicznościach faktycznych jedynie w takim kontekście, czy na dzień wyrokowania orzekanie o nich nie jest przedwczesne. Powodem oddalenia odwołania KIO 110/17 w rozpatrywanej części nie było zatem merytoryczne odniesienie się do przywoływanych okolicz-

ności faktycznych. Jednocześnie, jak wynika z § 34 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2014 poz., 964 ze zm.), Izba w sentencji ma rozstrzygnąć jedynie w przedmiocie żądań. Nie jest miejscem sentencji wypowiedanie się o powodach takiego czy innego rozstrzygnięcia, w tym przypadku częściowego oddalenia odwołania. Miejscem, w którym takie powody można odnaleźć jest uzasadnienie wyroku, które należy analizować łącznie z sentencją, celem stwierdzenia, co jest objęte powagą rzeczy osądzonej. Wobec powyższego wniosek podlegał oddaleniu.

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

#### **186. Sygn. akt: KIO 283/17, KIO 291/17, KIO 298/17, Wyrok z dnia 6 marca 2017 r.**

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do wniosku Przystępującego X o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Ustawy w związku z przekazaniem pocztą elektroniczną Zamawiającemu kopii odwołania, pod którą nie było kopii podpisu wykonawcy. Izba ustaliła, iż przekazana Zamawiającemu kopia sporządzona w dokumencie Word nie miała zdjęcia podpisu złożonego na oryginale wniesionym do Izby. Odwołujący na posiedzeniu wskazywał, iż z przyczyn technicznych nie mógł skutecznie umieścić podpisu elektronicznego na kopii przekazanej Zamawiającemu, jak również nie mógł złożyć odwołania do Izby w tej formie, co wywołało konieczność sporządzenia dokumentu pisemnego złożonego do kancelarii Izby i podpisanego przez pełnomocnika, dla którego pełnomocnictwo zostało później uzupełnione. Zamawiającemu natomiast przekazał kopię dokumentu wordowskiego na adres mailowy. W sprawie nie było spornym, iż treść przekazana Zamawiającemu w dokumencie wordowskim była identyczna z treścią odwołania złożonego Izbie, co obejmowała także załączniki do odwołania, również przekazane Zamawiającemu.

Izba oddalając wniosek Przystępującego X uznała, iż przekazanie kopii odwołania w postaci omówionej powyżej czyniło zadość obowiązkowi nałożonemu na wnoszącego odwołanie na mocy art. 180 ust. 5 Ustawy. Zgodnie z przywołaną podstawą Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W obecnym kształcie przepisu nastąpiła zmiana redakcyjna drugiego zdania, w którym pierwotnie domniemanie możliwości zapoznania się z treścią odwołania istniało przy wykorzystaniu każdego ze sposobów komunikacji określonych w uchylonym obecnie art. 27 ust. 2 Ustawy, tj. przy użyciu faksu lub drogą elektroniczną. Tym samym, aby w aktualnym stanie prawnym zaistniało domniemanie prawne – możliwości zapoznania się zamawiającego z treścią odwołania – wymagane jest zachowanie formy dla komunikacji z zamawiającym, ograniczonej do środków komunikacji elektronicznej, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Odwołujący przekazał bowiem Zamawiającemu kopię odwołania mailem na prawidłowy adres Zamawiającego. Ponieważ kopia odwołania miała umożliwić Zamawiającemu zapoznanie się z jego treścią, kwestia kopii samego podpisu pozostaje obojętna dla ustalenia, czy Zamawiający miał możliwość poznania całości zarzutów i żądań kierowanych przez Odwołującego, a także dalszego uzasadnienia. Ponieważ ustawodawca przy konstrukcji domniemania położył nacisk na zachowanie formy komunikacji elektronicznej przy przekazywaniu kopii odwołania zamawiającemu, po stronie Przystępującego spoczywał ciężar obalenia domniemania, iż Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przekazanej mailem. Samo powołanie się na brak podpisu pod dokumentem wordowskim nie było wystarczające przede wszystkim z tej przyczyny, iż treść kopii (bez podpisu), jak i treść odwołania opatrzonego podpisem była identyczna. Oznacza to zatem, iż Zamawiający

mógł zapoznać się z treścią odwołania w terminie przewidzianym na jego wniesienie, co zresztą potwierdza czynność faktyczna uznania w całości zarzutów przez Zamawiającego. Podpis pod odwołaniem mógł mieć natomiast znaczenie dla ustalenia, czy odwołanie zostało skutecznie wniesione i będzie możliwe nadanie mu dalszego biegu, co jest okolicznością możliwą do stwierdzenia w oparciu o oryginał złożony do Izby. Kopia przekazana do Zamawiającego ma na celu przede wszystkim umożliwienie Zamawiającemu ustalenia, czy rzeczywiście czynności jakie podejmował w sprawie powinny być uchylone, a także stanowi ważną informację o konieczności zawieszenia postępowania do momentu wydania rozstrzygnięcia w sprawie, co aktywizuje zakaz zawarcia umowy. Służy ona także zapoznaniu z odwołaniem innych wykonawców, którzy mogliby być zainteresowani wzięciem udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika zgłaszającego przystąpienie. Ustalenie co jest kopią wymaga przede wszystkim stwierdzenia identyczności treści dokumentu, który mógł być wniesiony w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem, generowanym przez system elektroniczny po wprowadzeniu samej treści dokumentu przygotowanego w formie elektronicznej. Jeżeli odwołanie wnoszone jest w formie pisemnej opatrzonej podpisem, wykonawca byłby ograniczony do konieczności zeskanowania dokumentu oryginalnego, pod którym widoczny byłby podpis. W ocenie Izby, nie ma prawnych przeszkód do tego, aby jako kopię potraktować treść odwołania, gdyż inny jest skutek jej przekazania Zamawiającemu. Podsumowując, Izba uznała, iż sam podpis pod odwołaniem ma znaczenie dla oceny, czy odwołanie zostało wniesione skutecznie, natomiast badając, czy wykonawca uczynił zadość obowiązkowi przekazania jego kopii należy ustalić, czy treść przekazana zamawiającemu merytorycznie odpowiada treści dokumentu oryginalnego i została przekazana w terminie właściwym. W niniejszej sprawie odpowiedź na oba pytania była pozytywna, co prowadziło do uznania przez skład orzekający Izby, iż kopia odwołania została przekazana zamawiającemu, a tym samym nie było podstaw do odrzucenia odwołania.

### **Art. 190 ust. 1 – 7**

#### **187. Sygn. akt: KIO 2350/16, Wyrok z dnia 9 stycznia 2017 r.**

Pozyskanie informacji publicznej o przebiegu tych postępowań w celu udowodnienia powyższych okoliczności było możliwe i dla odwołującego bezpośrednio zaangażowanego w każde z tych postępowań nie stanowiło nadmiernego utrudnienia, jednak odwołujący poprzestał w tym zakresie wyłącznie na własnych oświadczeniach i komentarzu zdarzeń, które jego zdaniem miały miejsce. Izba wprawdzie może dopuścić z urzędu dowód niewnioskowany przez strony, jest to jednak jej uprawnienie, a nie obowiązek i w procesie kontradyktoryjnym taka sytuacja powinna ograniczać się wyłącznie do przypadków, kiedy bez takiego dowodu nie jest możliwe rozstrzygnięcie sporu. Izba nie może wyręczać stron i uczestników postępowań w ich inicjatywie dowodowej, jak również rozstrzygnięcie musi oprzeć o fakty udowodnione, a nie twierdzenia stron i uczestników o faktach. Tym samym w ocenie Izby odwołujący w zakresie tego zarzutu nie podołał ciężącemu na nim obowiązkowi, z w konsekwencji zarzut należało oddalić.

#### **188. Sygn. akt: KIO 447/17, Wyrok z dnia 17 marca 2017 r.**

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi „Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)”.

### **189. Sygn. akt: KIO 496/17, KIO 511/17, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2017 r.**

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego o specjalności telekomunikacji i urządzeń telekomunikacyjnych na okoliczność, że wymagania wskazane w zarzucie 1 a–h, nr 7 a–b oraz kryteria: pojemność akumulatora, odporność na upadek, liczba wbudowanych slotów w kartę SIM i SAM wykraczają poza standard rynkowy dla tego typu urządzeń i nie są uzasadnione w świetle potrzeb Zamawiającego.

Izba uznała, że okoliczności wskazane przez Odwołującego, jako teza dowodowa, nie zostały wystarczająco sprecyzowane, w szczególności wskazano na bliżej nieokreślony „standard rynkowy” i w tym zakresie nie mają one istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu. Natomiast kwestia dowodu lub uprawdopodobnienia uzasadnienia obiektywnych potrzeb Zamawiającego w zakresie parametrów urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia spoczywa na Zamawiającym. Ponadto, w ocenie Izby, opinia biegłego nie może wyręczać Odwołującego w zakresie jego aktywności dowodowej i prowadzić tym samym do przewlekłości sprawy.

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

### **190. Sygn. akt: KIO 99/17, KIO 100/17, Wyrok z dnia 2 lutego 2017 r.**

Izba wskazuje, iż na mocy art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym będąc związaną wzorcami kontroli dla czynności Zamawiającego, wskazanymi w treści obu odwołań (o sygn. akt KIO 99/17 i KIO 100/17), winna uwzględnić ich treść i ustalić, czy doszło do wyczerpania hipotezy wskazanych przez Odwołującego norm prawnych.

Izba wskazuje, iż obowiązkiem wykonawcy wnoszącego odwołanie jest precyzyjne sformułowanie zarzutu. Jest to wynikiem faktu, że dokonywana przez Izbę ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Wszakże zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Ponadto należy wskazać, iż rozszerzenie na etapie rozprawy zarzutów zawartych w odwołaniu o nowe podstawy faktyczne powoduje *de facto* podniesienie nowych zarzutów, gdyż o ich istnieniu decydują dwa czynniki – przepis, który w ocenie odwołującego został naruszony przez zamawiającego oraz sposób jego naruszenia, tj. czynność lub zaniechanie, które stanowi podstawę faktyczną zarzutu. Wskazanie jedynie przepisu, który został przez zama-

wiąjącego naruszony nie przesądza o istnieniu zarzutu, gdyż ten winien być wynikiem działania lub zaniechania zamawiającego. Jak wyżej wskazano powyższe wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, iż odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (...). Powyższe wskazuje, iż zarzut zawarty w odwołaniu sformułowany jest wobec określonej czynności lub zaniechania czynności, które to działanie lub zaniechanie należy odnieść do konkretnego przepisu ustawy Pzp. W szczególności powyższy przepis należy odnosić do przypadków, gdzie odwołujący wskazuje naruszenie przepisów regulujących zasady udzielania zamówień publicznych, z których to przepisów nie da się dookreślić ściśle sprecyzowanych obowiązków zamawiającego. Dopiero dopełnienie tychże przepisów (art. 7 ust. 1–3 ustawy Pzp) normami o charakterze dyspozytywnym umożliwia ocenę, czy doszło do bezprawnego zróżnicowania pozycji wykonawców. W przypadku przepisów ustawy Pzp nakładających na zamawiającego określone obowiązki (np. art. 90 ust. 1 wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny) samo wskazanie przepisu może umożliwiać odniesienie go do określonych działań zamawiającego w konkretnym postępowaniu. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż jest związana normą prawną zawartą w treści przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

#### **191. Sygn. akt: KIO 139/17, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2017 r.**

W judykaturze odnośnie interpretacji art. 192 ust. 7 pzp już dawno przesądzono, że stawanego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}. Tym samym nie stanowi sprecyzowania zarzutu samo wskazanie na wstępnie odwołania przepisu, przywołanie kalendarium zdarzeń z odesłaniem do nr i dat pism {które jako dowody nie zostały załączone}, czy też obszerne przywołanie fragmentu komentarza do tego przepisu, jeżeli nie wiadomo, jaki miałyby to mieć związek ze sprawą, z uwagi na brak podania okoliczności specyficznych dla postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

#### **192. Sygn. akt: KIO 179/17, Wyrok z dnia 3 marca 2017 r.**

Przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego argumentacja, jak również pismo procesowe, stanowią nową, niezawartą w odwołaniu argumentację, uzasadnienie faktyczne podniesionych we wstępnej części odwołania naruszenia przepisów. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut poza podstawą prawną musi zawierać konkretną i precyzyjną podstawę faktyczną. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w piśmie procesowym w zakresie oceny przedstawionych koncepcji stanowi w ocenie Izby nowy, nie wskazany w odwołaniu zarzut, oparty na tych samych podstawach prawnych. Zaznaczyć należy, że to właśnie argumentacja merytoryczna, czyli odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie tworząc zarzuty. Przedstawienie na rozprawie danej argumentacji merytorycznej – czy to do protokołu, czy też w piśmie procesowym – nie może być poczytywane za uzupełnienie postawionych zarzutów, bowiem nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wykazane, lecz do wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane. Uznanie argumentacji zawartej w piśmie złożonym przez Odwołującego i jego argumentacji prowadziłyby do przywrócenia Odwołującemu terminu na przedstawienie dodatkowych, nowych zarzutów, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania jest



nieprzywracany. Odwołujący miał możliwość przedstawienia argumentacji merytorycznej nawet objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, przez załączenie do odwołania części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa bądź przez złożenie w terminie na wniesienie odwołania dodatkowej argumentacji zawartej w osobnym piśmie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa.

### **193. Sygn. akt: KIO 409/17, Wyrok z dnia 17 marca 2017 r.**

(...) Izba wyraża zapatrywanie, że w przypadku odwołania dotyczącego postanowień SIWZ, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana musi być z uwzględnieniem formułowanych w odwołaniu żądań co do ich nowej treści. W pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (zob. art. 192 ust. 7 Pzp), nie będąc jednocześnie związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej niż wnosił odwołujący lub nakazać zamawiającemu wykonanie/powtórzenie czynności nieobjętej w ogóle żądaniem odwołania. Sytuacje takie występują jednakże na etapie oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, przy czym kształt zapadających rozstrzygnięć przeważnie wprost wynika z przepisów obowiązującego prawa (które nakazują, np. wezwanie do uzupełnienia, poprawienie, czy odrzucenie oferty, bądź wykluczenie wykonawcy, etc.). Odmienne, zdaniem składu orzekającego, jest w przypadku treści postanowień SIWZ, których dalsza kreacja poza żądaniem wskazanym w odwołaniu winna doznawać ograniczeń. Przyjęcie odmiennego zapatrywania prowadziłoby do sytuacji, w której odwołanie byłoby tylko sygnalizowaniem zarzutów i żądań, które następnie byłyby dopracowywane, czy konkretyzowane na rozprawie. Sformułowane w odwołaniu żądania muszą być na tyle precyzyjne, aby przy uwzględnieniu odwołania możliwe było nakazanie zamawiającemu dokonania konkretnej, a nie blankietowej zmiany zakwestionowanych postanowień SIWZ. Wyrok Izby nie powinien pozostawiać wątpliwości co do zakresu koniecznych w jej ocenie zmian, a nadto nie powinien rodzić wątpliwości interpretacyjnych skutkujących dowolnością w sposobie jego wykonania.

W związku z powyższym skład orzekający wyjaśnia, że potencjalnym skutkiem nakazywania zamawiającemu dokonywania nieskonkretyzowanych zmian postanowień SIWZ jest problem z ustaleniem, czy wyrok Izby nakładający taki obowiązek został wykonany, a nadto – w razie wniesienia kolejnego odwołania obejmującego zmienione postanowienia SIWZ – czy dotyczący ich środek ochrony prawnej nadaje się – w świetle przepisu art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp – do merytorycznego rozpoznania.

### **194. Sygn. akt: KIO 430/17, Wyrok z dnia 30 marca 2017 r.**

Lektura odwołania doprowadziła skład orzekający do wniosku, że w ramach zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Odwołujący podniósł, że ww. inwestycja nie spełniała warunku udziału w Postępowaniu ze względu na: zbyt niską wartość (teza 14 uzasadnienia odwołania), niewłaściwy zakres rzeczowy (przebudowa i remont w miejsce budowy – teza 15) i realizację na podstawie dwóch odrębnych umów (tamże). Identyczne twierdzenia legły u podstaw zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Powyższe okoliczności stanowiły zatem podstawę faktyczną wzmiankowanych zarzutów, którą Izba – mając na względzie wyrażoną w art. 192 ust. 7 Pzp zasadę związania zarzutami odwołania – była zobligowana kierować się przy ocenie zasadności zarzutów odwołania. Ergo, wskazywane przez Odwołującego na rozprawie inne niż wymienione powyżej względy uzasadniające przedmiotowe zarzuty nie zostały wzięte pod uwagę, jako stanowiące rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów odwołania. Pod tym pojęciem Izba rozumie okoliczność (zespół okoliczności) mającą świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów Pzp. Tak skonstruowany zarzut określa ramy sporu prowadzonego w postępowaniu odwoławczym, a ten z kolei determinuje zakres kognicji Izby, który, co do zasady, musi po-

krywać się ze sformułowanymi w odwołaniu zarzutami. W świetle powyższego obowiązkiem Odwołującego było wskazanie na te elementy oświadczenia zawartego w ofercie Wykonawcy X, które świadczyć miały o niespełnieniu przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu, bądź o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w tym zakresie.

#### **195. Sygn. akt: KIO 602/17, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2017 r.**

Na wstępie zaznaczyć należy, iż odwołujący domagał się odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niemniej jednak nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających ową niezgodność. Podnoszone przez odwołującego zarzuty dotyczą niespełniania przez przystępującego warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, co uzasadniałoby wniosek o wykluczenie przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.

#### **196. Sygn. akt: KIO 643/17, Wyrok z dnia 20 kwietnia 2017 r.**

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zaznaczyć należy, że to właśnie argumentacja merytoryczna, czyli odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie tworząc zarzuty. Przedstawienie na rozprawie danej argumentacji merytorycznej – czy to do protokołu, czy też w piśmie procesowym – nie może być poczytywane za uzupełnienie postawionych zarzutów, bowiem nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wykazane, lecz do wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane. Uznanie argumentacji zawartej w piśmie złożonym przez Odwołującego i jego rozszerzonej argumentacji przedstawionej na rozprawie prowadziłyby do przywrócenia Odwołującemu terminu na przedstawienie dodatkowych, nowych zarzutów, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania jest nieprzywracany.

Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontrydiktoryjnym. Istota kontrydiktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom – uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony – uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego – pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą – odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, zakreśla jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

## INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

- A**
- Aukcja elektroniczna – 157
- B**
- Błąd w obliczeniu ceny – 105
- C**
- Cena:
- jednostkowa – 16, 96, 115
  - rażąco niska – 98, 103, 104, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131
  - ryczałtowa – 116, 117
  - wyjaśnienia – 101
- Certyfikat – 48
- Ciężar dowodowy – 39, 112, 114, 188
- Czyn nieuczciwej konkurencji – 97, 98, 99, 100, 101, 102
- D**
- Dialog konkurencyjny – 79
- Dokumenty:
- podmiotowe – 18, 32, 48, 50, 51, 59, 89, 92
  - uzupełnianie – 42, 44, 45, 46, 49, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59
  - wyjaśnienia – 60
- Dowody – 187, 188, 189
- F**
- Formularz ofertowy – 16, 70, 89
- Fax – 161, 166, 174, 186
- G**
- Gwarancja – 107, 108, 109
- H**
- Harmonogram – 93
- I**
- In-house – 76, 77, 78
- Interes: we wniesieniu środka ochrony prawnej – 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157
- Interes publiczny – 156
- J**
- JEDZ (Jednolity Dokument Europejski) – 8, 42, 43, 15, 46, 49, 53, 55, 60, 70
- K**
- Konsorcjum – 34, 35, 53, 110
- Kosztorys – 88, 95, 117
- Koszty – 120, 129, 133
- Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 46, 57
- Kryteria – 69, 132, 133, 134, 135, 136, 140
- Kwota na sfinansowanie zamówienia – 149, 150, 151, 153
- N**
- Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) – 105
- Należyte wykonanie zamówienia – 39, 40, 41
- Nieprawdziwe informacje – 36, 37, 38, 59
- O**
- Odwołanie:
- cofnięcie – 180
  - częściowe uwzględnienie – 176
  - kopia – 186
  - odrzucenie – 181, 182, 183, 184, 185, 186

- uwzględnienie przez zamawiającego – 172, 173, 175, 178
- zwrot – 179

**Oferta:**

- badanie i ocena – 6, 20, 44
- otwarcie – 163
- wyjaśnienie treści – 79, 86, 94
- zmiana – 83, 91

**Omyłka:**

- inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91
- rachunkowa – 80, 81

**Opcje – 71****Oświadczenie:**

- woli – 71, 86, 89, 92, 106
- wiedzy – 106

**P****Pełnomocnictwo / Pełnomocnik – 186****Pisemność – 17, 18****Podatek VAT – 71, 99, 100, 105****Podmiot trzeci – 30, 31, 32, 35****Podwykonawca – 2, 30, 60, 72, 73****Polisa – 25, 26****Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – 1****Postępowanie podzielone na części – 54, 74, 75****Potencjał:**

- ekonomiczny (finansowy) – 25, 26, 27
- kadrowy – 27, 28, 29, 31, 32, 34, 35
- techniczny – 31, 33, 34

**Procedura odwrócona – 44, 45****Próbka – 48****Przedmiot zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) – 19, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69****Przystąpienie/Przystępujący – 166, 167, 168, 169****R****Referencje – 37, 38, 47****Równoważność – 61****S****Sąd Apelacyjny (SA) – 67****Sąd Najwyższy (SN) – 14, 17, 38, 39, 41, 47, 77, 102, 105, 110, 132, 158, 181****Sąd Okręgowy (SO) – 86, 88, 109, 113, 117, 125, 132, 146, 151, 156, 158, 188****Self cleaning – 42, 43****Specyfikacja:**

- modyfikacja – 61
- treść – 63, 67
- zapytania i wyjaśnienia – 138, 143, 160, 182

**Sprzeciw – 170, 171, 172, 173, 174, 177****Ś****Środki ochrony prawnej – 151, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196****T****Tajemnica przedsiębiorstwa – 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 119, 164, 185, 192****Termin na wniesienie odwołania – 160, 161, 162, 163, 164, 165, 181, 182, 183, 184****Trybunał Konstytucyjny (TK) – 4****Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) – 3, 4, 5, 18, 20, 21, 23, 35, 39, 52, 87, 94, 95, 105, 117, 138, 149****U****Umowa:**

- o pracę – 70, 130, 134
- projekt – 146, 147
- zawarcie – 25, 66, 141, 147

**Unieważnienie postępowania – 141, 142, 143, 144, 145, 149****Usługa kompleksowa – 105****Uzasadnienie faktyczne i prawne – 52, 56, 137, 138, 139, 140**

**W**

**Wadium** – 106, 107, 108, 109

**Warunki udziału w postępowaniu** – 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 31

**Wpływ na wynik postępowania** – 77, 123, 143, 157

**Wykluczenie wykonawcy** – 37, 38, 39, 41, 156

**Wykonawca zagraniczny** – 46

**Z**

**Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa** – 31

**Zamówienie z wolnej ręki** – 76, 77, 78, 162

**Zarzuty** – 158, 159, 163, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196

**Zasada swobody umów** – 66, 146, 147

**Zasady udzielania zamówień publicznych:**

– **jawności** – 14

– **proporcjonalności** – 3, 4, 18, 20, 21, 23

– **równego traktowania i uczciwej konkurencji** – 3, 5, 66, 67, 68, 69, 75

**Ż**

**Żądania** – 172, 178, 190, 193





## 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 2017 r. poz. 1579, 2018) – 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 123, 124, 127, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 120, 184, 185, 186, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196
- 2) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.) – 17, 38, 39, 41, 47, 63, 66, 88, 89, 96, 100, 107, 110, 116, 147
- 3) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.) – 47, 159
- 4) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 11, 12, 13, 14, 15, 97, 100, 101, 102, 164
- 5) Ustawa z dnia 4 lutego 1944 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 880 ze zm.) – 66, 147
- 6) Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 524) – 156
- 7) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1876) – 107
- 8) Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. z 2017 r., poz. 1778 ze zm.) – 130
- 9) Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1577) – 76
- 10) Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1219) – 162
- 11) Ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 847) – 130
- 12) Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2117 ze zm.) – 105
- 13) Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1221 ze zm.) – 105
- 14) Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2168) – 101
- 15) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 165, 181
- 16) Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1638 ze zm.) – 110
- 17) Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232) – 9, 132
- 18) Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) – 46, 126, 132, 140, 155

- 19) Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z 2016 r. C 202, s. 1.) – 78
- 20) 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 ze zm.) – 138
- 21) Dyrektywy Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. UE L 395, str. 33) – 154, 156
- 22) 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) – 134
- 23) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L 94, str. 65 ze zm.) – 40, 46, 71, 72, 75
- 24) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 243 ze zm.) – 46
- 25) Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1737/2005 z dnia 21 października 2005 r. (Dz. Urz. UE L 279, str. 11) – 130
- 26) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. z 2007 r. Nr 251 poz. 1885 ze zm.) – 105
- 27) Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 247 ze zm.) – 105
- 28) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.) – 180
- 29) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.) – 158, 159, 170, 171, 172, 173, 185
- 30) 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) – 89
- 31) Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie towarów i usług, dla których obniża się stawkę podatku od towarów i usług, oraz warunków stosowania stawek obniżonych (Dz.U. z 2017 r., poz. 839 ze zm.) – 105
- 32) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) – 50, 57, 89, 136,
- 32) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. z 2016 poz. 1456) – 130

