

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 25

WARSZAWA, maj 2017

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 25

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Małgorzata Stręciwillk (Urząd Zamówień Publicznych)

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)

Dagmara Gałczewska-Romek (Krajowa Izba Odwoławcza)

Dominika Serocka (Urząd Zamówień Publicznych)

Pod kierownictwem:

Małgorzaty Stręciwillk

Opracowanie techniczne:

Dominika Serocka

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

www.uzp.gov.pl

e-mail: 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. 280/W/C/2017

Warszawa 2017 r.

SPIS TREŚCI

| | |
|---|-----------|
| WPROWADZENIE | 11 |
| WYKAZ SKRÓTÓW | 12 |
| Art. 8 ust. 1–3 | 13 |
| 1. Sygn. akt: KIO 733/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r. | 13 |
| 2. Sygn. akt: KIO 879/16, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2016 r. | 13 |
| 3. Sygn. akt: KIO 1013/16, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2016 r. | 14 |
| 4. Sygn. akt: KIO 1011/16, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r. | 15 |
| 5. Sygn. akt: KIO 1073/16, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2016 r. | 16 |
| 6. Sygn. akt: KIO 1227/16, KIO 1236/16, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2016 r. | 16 |
| 7. Sygn. akt: KIO 1370/16, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2016 r. | 17 |
| 8. Sygn. akt: KIO 1646/16, Wyrok KIO z dnia 20 września 2016 r. | 17 |
| 9. Sygn. akt: KIO 1654/16, Wyrok KIO z dnia 20 września 2016 r. | 18 |
| 10. Sygn. akt: KIO 1711/16, Wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r. | 19 |
| Art. 9 ust. 1 | 20 |
| 11. Sygn. akt: KIO 894/16, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r. | 20 |
| 12. Sygn. akt: KIO 1107/16, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2016 r. | 20 |
| Art. 9 ust. 2 | 21 |
| 13. Sygn. akt: KIO 691/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r. | 21 |
| Art. 16 ust. 1 | 21 |
| 14. Sygn. akt: KIO 1384/16, KIO 1401/16, KIO 1402/16, KIO 1404/16, KIO 1413/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r. | 21 |
| Art. 22 ust. 1 pkt 1 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 1] | 21 |
| 15. Sygn. akt: KIO 728/16, KIO 741/16, KIO 802/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r. | 21 |
| Art. 22 ust. 1 pkt 2 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 3] | 22 |
| 16. Sygn. akt: KIO 650/16, Wyrok KIO z dnia 13 maja 2016 r. | 22 |
| Art. 22 ust. 4 [aktualnie art. 22 ust. 1a] | 22 |
| 17. Sygn. akt: KIO 613/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r. | 22 |
| 18. Sygn. akt: KIO 669/16, Wyrok KIO z dnia 12 maja 2016 r. | 23 |
| 19. Sygn. akt: KIO 628/16, KIO 632/16, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r. | 23 |
| 20. Sygn. akt: KIO 786/16, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r. | 23 |
| 21. Sygn. akt: KIO 1336/16, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2016 r. | 24 |
| 22. Sygn. akt: KIO 1526/16, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2016 r. | 24 |
| 23. Sygn. akt: KIO 1525/16, Wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2016 r. | 24 |

| | |
|---|-----------|
| Art. 23 ust. 2 | 25 |
| 24. Sygn. akt: KIO 1446/16, KIO 1447/16, Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2016 r. | 25 |
| Art. 24 ust. 1 pkt 4–8 i 10–11 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 13–14] | 25 |
| 25. Sygn. akt: KIO 609/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r. | 25 |
| 26. Sygn. akt: KIO 1031/16, Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2016 r. | 26 |
| Art. 24 ust. 2 pkt 1 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 19] | 27 |
| 27. Sygn. akt: KIO 746/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r. | 27 |
| 28. Sygn. akt: KIO 1120/16, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r. | 27 |
| Art. 24 ust. 2 pkt 3 [aktualnie art. 24 ust 1 pkt 16 i pkt 17] | 28 |
| 29. Sygn. akt: KIO 673/16, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r. | 28 |
| 30. Sygn. akt: KIO 691/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r. | 28 |
| 31. Sygn. akt: KIO 1291/16, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2016 r. | 28 |
| 32. Sygn. akt: KIO 1496/16, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r. | 29 |
| 33. Sygn. akt: KIO 1511/16, KIO 1512/16, Wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. | 29 |
| Art. 24 ust. 2a [aktualnie art. 24 ust. 5 pkt 2] | 29 |
| 34. Sygn. akt: KIO 610/16, Wyrok KIO z dnia 9 maja 2016 r. | 29 |
| 35. Sygn. akt: KIO 653/16, Wyrok KIO z dnia 9 maja 2016 r. | 30 |
| Art. 25 ust. 1 pkt 1 | 30 |
| 36. Sygn. akt: KIO 621/16, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2016 r. | 30 |
| 37. Sygn. akt: KIO 630/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r. | 30 |
| 38. Sygn. akt: KIO 1229/16, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2016 r. | 31 |
| 39. Sygn. akt: KIO 1381/16, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2016 r. | 31 |
| Art. 26 ust. 2b [aktualnie art. 22a] | 31 |
| 40. Sygn. akt: KIO 661/16, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r. | 31 |
| 41. Sygn. akt: KIO 1363/16, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r. | 32 |
| 42. Sygn. akt: KIO 1514/16, Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2016 r. | 32 |
| Art. 26 ust. 3 [aktualnie art. 26 ust. 3 i ust. 3a] | 33 |
| 43. Sygn. akt: KIO 608/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r. | 33 |
| 44. Sygn. akt: KIO 760/16, Wyrok KIO z dnia 20 maja 2016 r. | 33 |
| 45. Sygn. akt: KIO 1050/16, KIO 1053/16, Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2016 r. | 34 |
| 46. Sygn. akt: KIO 1136/16, Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2016 r. | 35 |
| 47. Sygn. akt: KIO 1289/16, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r. | 35 |
| 48. Sygn. akt: KIO 1511/16, KIO 1512/16, Wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. | 36 |
| Art. 26 ust. 4 | 36 |
| 49. Sygn. akt: KIO 1124/16, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r. | 36 |

| | |
|---|-----------|
| Art. 29 | 36 |
| 50. Sygn. akt: KIO 671/16, Wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r. | 36 |
| 51. Sygn. akt: KIO 806/16, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2016 r. | 37 |
| 52. Sygn. akt: KIO 969/16, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2016 r. | 37 |
| Art. 30 ust. 5 | 38 |
| 53. Sygn. akt: KIO 1391/16, KIO 1416/16, KIO 1418/16, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r. | 38 |
| Art. 32 ust. 4 | 38 |
| 54. Sygn. akt: KIO 935/16, Postanowienie KIO z dnia 14 czerwca 2016 r. | 38 |
| Art. 34 ust. 5 | 39 |
| 55. Sygn. akt: KIO 1300/16, Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2016 r. | 39 |
| Art. 36 | 40 |
| 56. Sygn. akt: KIO 626/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r. | 40 |
| 57. Sygn. akt: KIO 1109/16, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2016 r. | 40 |
| Art. 45 ust. 1 | 41 |
| 58. Sygn. akt: KIO 1419/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r. | 41 |
| 59. Sygn. akt: KIO 1441/16, Wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2016 r. | 41 |
| Art. 46 ust. 4a | 42 |
| 60. Sygn. akt: KIO 757/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r. | 42 |
| Art. 67 ust. 1 pkt 3 | 42 |
| 61. Sygn. akt: KIO 1352/16, KIO 1355/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r. | 42 |
| Art. 84 ust. 1–2 | 43 |
| 62. Sygn. akt: KIO 894/16, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r. | 43 |
| 63. Sygn. akt: KIO 1327/16, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r. | 44 |
| 64. Sygn. akt: KIO 1381/16, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2016 r. | 44 |
| Art. 87 ust. 1 | 45 |
| 65. Sygn. akt: KIO 620/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r. | 45 |
| 66. Sygn. akt: KIO 708/16, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r. | 45 |
| Art. 87 ust. 2 pkt 1 | 45 |
| 67. Sygn. akt: KIO 826/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r. | 45 |
| Art. 87 ust. 2 pkt 2 | 46 |
| 68. Sygn. akt: KIO 808/16, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2016 r. | 46 |

| | |
|---|-----------|
| 69. Sygn. akt: KIO 994/16, KIO 1020/16, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r. | 46 |
| 70. Sygn. akt: KIO 1177/16, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2016 r. | 46 |
| Art. 87 ust. 2 pkt 3 | 47 |
| 71. Sygn. akt: KIO 749/16, Wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r. | 47 |
| 72. Sygn. akt: KIO 756/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r. | 47 |
| 73. Sygn. akt: KIO 836/16, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r. | 47 |
| 74. Sygn. akt: KIO 1037/16, Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2016 r. | 48 |
| 75. Sygn. akt: KIO 1095/16, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2016 r. | 48 |
| 76. Sygn. akt: KIO 1286/16, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2016 r. | 49 |
| 77. Sygn. akt: KIO 1297/16, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r. | 49 |
| Art. 89 ust. 1 pkt 1 | 50 |
| 78. Sygn. akt: KIO 1037/16, Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2016 r. | 50 |
| Art. 89 ust. 1 pkt 2 | 51 |
| 79. Sygn. akt: KIO 828/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r. | 51 |
| 80. Sygn. akt: KIO 830/16, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r. | 51 |
| 81. Sygn. akt: KIO 856/16, KIO 860/16, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r. | 52 |
| 82. Sygn. akt: KIO 923/16, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2016 r. | 52 |
| 83. Sygn. akt: KIO 1591/16, Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r. | 52 |
| 84. Sygn. akt: KIO 1130/16, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r. | 53 |
| 85. Sygn. akt: KIO 1286/16, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2016 r. | 54 |
| 86. Sygn. akt: KIO 1276/16, Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2016 r. | 54 |
| 87. Sygn. akt: KIO 1394/16, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2016 r. | 55 |
| 88. Sygn. akt: KIO 1423/16, Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r. | 56 |
| 89. Sygn. akt: KIO 1434/16, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r. | 56 |
| 90. Sygn. akt: KIO 1613/16, Wyrok KIO z dnia 7 września 2016 r. | 56 |
| 91. Sygn. akt: KIO 1609/16, KIO 1615/16, Wyrok KIO z dnia 12 września 2016 r. | 57 |
| 92. Sygn. akt: KIO 1619/16, Wyrok KIO z dnia 15 września 2016 r. | 58 |
| 93. Sygn. akt: KIO 1723/16, Wyrok KIO z dnia 29 września 2016 r. | 59 |
| Art. 89 ust. 1 pkt 3 | 60 |
| 94. Sygn. akt: KIO 590/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r. | 60 |
| 95. Sygn. akt: KIO 648/16, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r. | 60 |
| 96. Sygn. akt: KIO 726/16, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r. | 61 |
| 97. Sygn. akt: KIO 830/16, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r. | 61 |
| 98. Sygn. akt: KIO 858/16, KIO 871/16, KIO 872/16, KIO 873/16, KIO 874/16, KIO 876/16, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2016 r. | 62 |
| 99. Sygn. akt: KIO 962/16, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2016 r. | 63 |

| | |
|--|-----------|
| 100. Sygn. akt: KIO 1074/16, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r. | 63 |
| 101. Sygn. akt: KIO 1081/16, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r. | 64 |
| 102. Sygn. akt: KIO 1229/16, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2016 r. | 65 |
| 103. Sygn. akt: KIO 1277/16, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2016 r. | 65 |
| 104. Sygn. akt: KIO 1315/16, KIO 1324/16, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2016 r. | 67 |
| 105. Sygn. akt: KIO 1516/16, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2016 r. | 68 |
| 106. Sygn. akt: KIO 1717/16, Wyrok KIO z dnia 27 września 2016 r. | 68 |
| Art. 89 ust. 1 pkt 4 | 69 |
| 107. Sygn. akt: KIO 557/16, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2016 r. | 69 |
| 108. Sygn. akt: KIO 1434/16, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r. | 69 |
| Art. 90 ust. 1–3 | 69 |
| 109. Sygn. akt: KIO 616/16, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r. | 69 |
| 110. Sygn. akt: KIO 722/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r. | 69 |
| 111. Sygn. akt: KIO 728/16, KIO 741/16, KIO 802/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r. | 70 |
| 112. Sygn. akt: KIO 817/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r. | 70 |
| 113. Sygn. akt: KIO 820/16, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r. | 70 |
| 114. Sygn. akt: KIO 1282/16, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2016 r. | 71 |
| 115. Sygn. akt: KIO 1343/16, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2016 r. | 72 |
| 116. Sygn. akt: KIO 1397/16, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r. | 72 |
| 117. Sygn. akt: KIO 1432/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r. | 73 |
| 118. Sygn. akt: KIO 1468/16, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r. | 73 |
| 119. Sygn. akt: KIO 1569/16, Wyrok KIO z dnia 8 września 2016 r. | 74 |
| Art. 91 ust. 1 | 75 |
| 120. Sygn. akt: KIO 735/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r. | 75 |
| 121. Sygn. akt: KIO 737/16, KIO 739/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r. | 75 |
| 122. Sygn. akt: KIO 1436/16, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r. | 75 |
| Art. 91 ust. 2 | 76 |
| 123. Sygn. akt: KIO 645/16, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r. | 76 |
| 124. Sygn. akt: KIO 712/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r. | 76 |
| 125. Sygn. akt: KIO 820/16, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r. | 77 |
| Art. 91 ust. 3a | 77 |
| 126. Sygn. akt: KIO 1208/16, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2016 r. | 77 |
| Art. 92 | 78 |
| 127. Sygn. akt: KIO 588/16, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2016 r. | 78 |
| 128. Sygn. akt: KIO 1227/16, KIO 1236/16, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2016 r. | 78 |
| 129. Sygn. akt: KIO 1346/16, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r. | 78 |

| | |
|--|-----------|
| Art. 93 ust. 1 pkt 4 | 79 |
| 130. Sygn. akt: KIO 1384/16, KIO 1401/16, KIO 1402/16, KIO 1404/16, KIO 1413/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r. | 79 |
| Art. 93 ust. 1 pkt 6 | 80 |
| 131. Sygn. akt KIO 866/16, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r. | 80 |
| 132. Sygn. akt KIO 1093/16, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r. | 81 |
| Art. 93 ust. 1 pkt 7 | 82 |
| 133. Sygn. akt KIO 798/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r. | 82 |
| 134. Sygn. akt KIO 883/16, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r. | 83 |
| 135. Sygn. akt KIO 1069/16, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r. | 83 |
| 136. Sygn. akt KIO 1263/16, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2016 r. | 84 |
| Art. 93 ust. 3 | 85 |
| 137. Sygn. akt: KIO 751/16, Wyrok KIO z dnia 20 maja 2016 r. | 85 |
| 138. Sygn. akt: KIO 1114/16, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2016 r. | 85 |
| Art. 139 ust. 1 | 86 |
| 139. Sygn. akt: KIO 1477/16, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r. | 86 |
| Art. 142 ust. 5 | 88 |
| 140. Sygn. akt: KIO 748/16, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2016 r. | 88 |
| Art. 179 ust. 1 | 88 |
| 141. Sygn. akt: KIO 590/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r. | 88 |
| 142. Sygn. akt: KIO 969/16, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2016 r. | 89 |
| 143. Sygn. akt: KIO 1397/16, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r. | 89 |
| 144. Sygn. akt: KIO 1352/16, KIO 1355/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r. | 90 |
| 145. Sygn. akt: KIO 1436/16, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r. | 90 |
| Art. 180 ust. 3 | 90 |
| 146. Sygn. akt: KIO 620/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r. | 90 |
| 147. Sygn. akt: KIO 1054/16, Postanowienie KIO z dnia 30 czerwca 2016 r. | 91 |
| 148. Sygn. akt: KIO 1610/16, Wyrok KIO z dnia 9 września 2016 r. | 92 |
| Art. 183 ust. 2 | 92 |
| 149. Sygn. akt: KIO/W 12/15, Postanowienie KIO z dnia 11 czerwca 2015 r. | 92 |
| 150. Sygn. akt: KIO/W 22/15, Postanowienie KIO z dnia 18 listopada 2015 r. | 93 |
| 151. Sygn. akt: KIO/W 30/15, Postanowienie KIO z dnia 22 grudnia 2015 r. | 93 |
| 152. Sygn. akt: KIO/W 32/15, Postanowienie KIO z dnia 28 grudnia 2015 r. | 94 |
| 153. Sygn. akt: KIO/W 39/15, Postanowienie KIO z dnia 4 stycznia 2016 r. | 95 |
| 154. Sygn. akt: KIO/W 1/16, Postanowienie KIO z dnia 12 stycznia 2016 r. | 96 |

| | |
|--|------------|
| 155. Sygn. akt: KIO/W 2/16, Postanowienie KIO z dnia 17 lutego 2016 r. | 97 |
| 156. Sygn. akt: KIO/W 5/16, Postanowienie KIO z dnia 22 kwietnia 2016 r. | 98 |
| 157. Sygn. akt: KIO/W 6/16, Postanowienie KIO z dnia 27 kwietnia 2016 r. | 99 |
| 158. Sygn. akt: KIO/W 7/16, Postanowienie KIO z dnia 2 czerwca 2016 r. | 99 |
| 159. Sygn. akt: KIO/W 16/16, Postanowienie KIO z dnia 21 listopada 2016 r. | 100 |
| 160. Sygn. akt: KIO/W 21/16, Postanowienie KIO z dnia 8 grudnia 2016 r. | 100 |
| Art. 185 ust. 2–4 | 100 |
| 161. Sygn. akt: KIO 654/16, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r. | 100 |
| 162. Sygn. akt: KIO 663/16, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r. | 101 |
| 163. Sygn. akt: KIO 659/16, Wyrok KIO z dnia 12 maja 2016 r. | 101 |
| 164. Sygn. akt: KIO 906/16, KIO 917/16, KIO 929/16, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2016 r. | 101 |
| 165. Sygn. akt: KIO 1028/16, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r. | 102 |
| 166. Sygn. akt: KIO 1117/16, KIO 1119/16, KIO 1127/16, Postanowienie KIO z dnia 5 lipca 2016 r. | 102 |
| 167. Sygn. akt: KIO 1352/16, KIO 1355/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r. | 103 |
| 168. Sygn. akt: KIO 1436/16, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r. | 104 |
| 169. Sygn. akt: KIO 1659/16, Wyrok KIO z dnia 20 września 2016 r. | 104 |
| Art. 186 | 104 |
| 170. Sygn. akt: KIO 1124/16, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r. | 104 |
| 171. Sygn. akt: KIO 1159/16, KIO 1174/16, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2016 r. | 105 |
| Art. 187 ust. 8 | 106 |
| 172. Sygn. akt: KIO 1021/16, Postanowienie KIO z dnia 22 czerwca 2016 r. | 106 |
| Art. 189 ust. 2 pkt 1 | 106 |
| 173. Sygn. akt: KIO 1049/16, Postanowienie KIO z dnia 1 lipca 2016 r. | 106 |
| Art. 189 ust. 2 pkt 2 | 106 |
| 174. Sygn. akt: KIO 849/16, Postanowienie KIO z dnia 30 maja 2016 r. | 106 |
| Art. 189 ust. 2 pkt 3 | 107 |
| 175. Sygn. akt: KIO 950/16, Postanowienie KIO z dnia 15 czerwca 2016 r. | 107 |
| 176. Sygn. akt: KIO 1514/16, Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2016 r. | 107 |
| 177. Sygn. akt: KIO 1718/16, Postanowienie KIO z dnia 19 września 2016 r. | 108 |
| Art. 189 ust. 2 pkt 5 | 109 |
| 178. Sygn. akt: KIO 772/16, Postanowienie KIO z dnia 16 maja 2016 r. | 109 |
| 179. Sygn. akt: KIO 1522/16, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2016 r. | 109 |
| Art. 190 ust. 1–7 | 109 |
| 180. Sygn. akt: KIO 598/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r. | 109 |

| | |
|--|------------|
| 181. Sygn. akt: KIO 620/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r. | 110 |
| 182. Sygn. akt: KIO 906/16, KIO 917/16, KIO 929/16, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2016 r. | 110 |
| 183. Sygn. akt: KIO 1391/16, KIO 1416/16, KIO 1418/16, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r. | 111 |
| Art. 192 ust. 2 | 111 |
| 184. Sygn. akt: KIO 626/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r. | 111 |
| 185. Sygn. akt: KIO 1073/16, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2016 r. | 111 |
| 186. Sygn. akt: KIO 1270/16, KIO 1274/16, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2016 r. | 112 |
| 187. Sygn. akt: KIO 1554/16, Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2016 r. | 112 |
| 188. Sygn. akt: KIO 1423/16, Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r. | 113 |
| 189. Sygn. akt: KIO 1711/16, Wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r. | 113 |
| Art. 192 ust. 7 | 113 |
| 190. Sygn. akt: KIO 1151/16, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2016 r. | 113 |
| 191. Sygn. akt: KIO 1352/16, KIO 1355/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r. | 113 |
| 192. Sygn. akt: KIO 1574/16, Wyrok KIO z dnia 5 września 2016 r. | 113 |
| Indeks rzeczowy | 115 |
| Akty prawne przywołane w orzeczeniach | 119 |

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Oddawany w Państwa ręce nowy Zeszyt Orzeczniczy nr 25 zawiera 192 tezy. Zespół Redakcyjny Zeszytów Orzeczniczych dokonał ich wyboru spośród ok. 1000 orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczących odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a wydanych w okresie od maja do września 2016 r. Na wskazany wybór składa się również analiza postanowień o uchyleniu zakazu zawarcia umowy wydanych przez Izbę w latach 2015–2016. W tym czasie Izba wydała 60 postanowień, z czego do niniejszego Zeszytu dokonaliśmy wyboru kilku najciekawszych tez orzeczniczych, wskazujących na najistotniejsze kwestie oceniane przez Krajową Izbę Odwoławczą w ramach tej procedury, takie choćby jak: rozumienie pojęcia „interesu publicznego”, ciężaru jego wykazania, zważenie interesu publicznego z interesem wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia czy też kwestie związane z odrębnością tej procedury od procedury badania zasadności zarzutów podniesionych we wnoszonym przez wykonawcę do Izby odwołaniu.

Podkreślenia wymaga, że aktualny Zeszyt Orzeczniczy – podobnie zresztą jak trzy Zeszyty z 2016 r. – w większości dotyczy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Tym samym, podobnie jak w trzech poprzednich Zeszytach, przytoczone tezy orzecznicze zawierają odesłanie do nowych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych czy to w formie przyporządkowania do nowej jednostki redakcyjnej przepisu, czy też poprzez przypisy redakcyjne. Pomimo tego, że w większości publikowanych tez nie znajduje jeszcze wprost zastosowania ustawa nowelizacyjna z 22 czerwca 2016 r., zwróciliśmy uwagę na to, aby nie traciły one swojej aktualności w świetle znowelizowanych przepisów. Niezależnie jednak od powyższego w bieżącym numerze Zeszytu możemy już znaleźć orzecznictwo KIO odnoszące się do nowych instytucji i rozwiązań wprowadzonych ubiegłoroczną dużą nowelizacją przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. I tak w Zeszycie znajdziemy odwołanie do instytucji *self-cleaningu* (teza 167), zasady proporcjonalności (teza 20) i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (teza 130).

Przy lekturze Zeszytu warto też zwrócić uwagę na szeroki wybór orzeczeń Izby odnoszących się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (tezy: 1–10). Równie ciekawą tematykę prezentują tezy orzecznicze dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji (tezy: 94–106), szczególnie w zakresie, w jakim Izba rozważa zaistnienie zmowy przetargowej.

Życzę miłej i owocnej lektury.

Prezes

Urzędu Zamówień Publicznych



Małgorzata Stręciwillk

WYKAZ SKRÓTÓW

| | |
|--|---|
| art. | – artykuł |
| BZP | – Biuletyn Zamówień Publicznych |
| CPV | – Wspólny Słownik Zamówień |
| Dz. U. | – Dziennik Ustaw |
| Dz. U. UE | – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej |
| TS UE, ETS | – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej |
| KC, Kc, kc lub k.c. | – Kodeks Cywilny |
| KIO | – Krajowa Izba Odwoławcza |
| KPC, Kpc, kpc lub k.p.c. | – Kodeks postępowania cywilnego |
| KRK | – Krajowy Rejestr Krany |
| KRS | – Krajowy Rejestr Sądowy |
| KRUS | – Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego |
| KSH lub ksh | – Kodeks Spółek Handlowych |
| lit. | – litera |
| nr | – numer |
| UOKIK | – ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów |
| Ustawa Pzp, PZP, pzp lub p.z.p. | – ustawa Prawo zamówień publicznych |
| PKD | – Polska Klasyfikacja Działalności |
| pkt | – punkt |
| poz. | – pozycja |
| przyp. red. | – przypis redakcyjny |
| SN | – Sąd Najwyższy |
| SO | – Sąd Okręgowy |
| SIWZ, s.i.w.z. lub siwz | – Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia |
| t.j. | – tekst jednolity |
| UE | – Unia Europejska |
| US | – Urząd Skarbowy |
| ust. | – ustęp |
| UZP | – Urząd Zamówień Publicznych |
| VAT | – podatek od towarów i usług |
| ZA | – Zespół Arbitrów |
| zd. | – zdanie |
| ze zm. | – ze zmianami |
| ZNKU, u.z.n.k. lub znku | – ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji |
| ZUS | – Zakład Ubezpieczeń Społecznych |

Art. 8 ust. 1–3

1. Sygn. akt: KIO 733/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r.

(...) 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 rzeczone informacje 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 niewykazania powołanej okoliczności jest obowiązek odtajnienia przedmiotowych informacji.

2. Sygn. akt: KIO 879/16, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2016 r.

(...) aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy: mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Wykonawca X nie wykazał zaistnienia żadnej z tych przesłanek. Przedstawił jedynie krótkie pismo, zawierające hasła, które w żadnym razie nie może być uznane za dowiedzenie spełnienia ustawowych przesłanek. Wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy. Nadto brak jest jakiegokolwiek dowodu na okoliczność, że Wykonawca rzeczywiście dokonał działań zmierzających do zachowania poufności tego dokumentu. Wykonawca nie wyjaśnił także, na czym polega wartość handlowa informacji, zawartych w dokumencie, którego poufność zastrzegł. Biorąc pod uwagę powyższe, wyjaśnienia wykonawcy nie mogą być uznane za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. (...)

Trafnie zauważył Odwołujący, że nie są to poufne rozwiązania techniczne, skoro rozwiązania są funkcjonalnie jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i zostały narzucone w SIWZ. Nie mogą zostać zatem uznane za poufne, skoro znają je wszyscy wykonawcy i jako takie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Oferowane przez w/w wykonawcę produkty, mogą być dostępne na rynku praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem, a ich producenci powszechnie udostępniają opisy swoich rozwiązań i cenniki swoich produktów. Wykonawca X zastrzegł w postępowaniu tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu sprzętu, którego nie jest producentem (twórcą). Jedynie nabywa określone produkty od producentów tych produktów. Samo wyszczególnienie typu/modelu, nazwy producenta, zestawienia elementów, nie narusza know – how Wykonawcy X Wykaz sprzętu oferowanego w postępowaniu sposób nie świadczy o wiedzy technicznej i technologicznej oferenta, w szczególności, gdy wymagania zostały określone w treści SIWZ, a wykonawca miał jedynie w wyjaśnieniach potwierdzić spełnienie wymagań. Oferowane produkty w otwartej procedurze przetargowej są jawne. Nie można mówić o poniesieniu przez Wykonawcę szkody, skoro informacje staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez

przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy.

3. Sygn. akt: KIO 1013/16, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2016 r.

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 zasadność dokonanego zastrzeżenia. Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy – ściślej mówiąc – ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie zwrotu „niezbędność”. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują rodzaju lub zakresu środków, do których podjęcia zobowiązany jest wykonawca. Rodzaj i zakres wymaganych zabezpieczeń zależą będzie zatem w szczególności od rodzaju informacji, sposobu utrwalenia informacji, struktury oraz wielkości przedsiębiorstwa, a także pozycji rynkowej danego wykonawcy. W ramach podejmowanych środków można wyróżnić fizyczne oraz prawne środki ochrony informacji. Fizyczne środki ochrony informacji mogą polegać w szczególności na:

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

Natomiast prawne środki ochrony informacji mogą polegać na:

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

Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. 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.

W przedmiotowym postępowaniu wszyscy przystępujący złożyli wyjaśnienia na okoliczność wykazania zasadności dokonanych zastrzeżeń. W ocenie Izby informacje, których ujawnienia żąda odwołujący, mogą mieć charakter uzasadniający objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa lub mogą posiadać wartość gospodarczą. Odwołujący nie wykazał przy tym, iż infor-

macje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Izba uznała jednak, iż w przypadku wskazanych informacji przystępujący nie udowodnili, iż podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przystępujący złożyli co prawda wyjaśnienia w tym zakresie, jednak wyjaśnienia te nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ żaden z przystępujących nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień. Należy z całą mocą podkreślić, że jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołostownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznaliby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działania prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i – jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

4. Sygn. akt: KIO 1011/16, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że art. 8 ust. 3 ustawy nakazujący wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien być stosowany w drodze analogii także do sposobu postępowania przez wykonawców i zamawiający w sytuacji, gdy dokumenty zawierające informacje zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa są składane na innym etapie niż etap terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo terminu składania ofert. Izba podziela w tym zakresie w całości pogląd wyrażony w wyroku z dnia 18 września 2015 r. sygn. akt KIO 1947/15, zgodnie z którym, jak wynika z art. 8 ust. 3 p.z.p., dla skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest, aby informacje te zastrzec nie później, niż w terminie ich składania zamawiającemu. Przepis ten odnosi się do ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednak z uwagi na okoliczność, iż zastrzegane informacje mogą znajdować się także w innych dokumentach, np. w wyjaśnieniach wykonawcy, zasadę tę należy stosować do wszystkich dokumentów składanych w postępowaniu.

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

jącemu z art. 8 ust. 3 ustawy, podkreśla się, że brak taki nie może być uzupełniony na późniejszym etapie postępowania – tak wyrok z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15, wyrok z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 291/15, z dnia 26 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 306/15, wyrok z dnia 7 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15.

Biorąc powyższe pod uwagę i nakładając to na ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny, tj. fakt, że poza samym zastrzeżeniem wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę przystępujący w dacie składania tych wyjaśnień nie wykazał przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy uzasadniających wyłączenie jawności części dokumentacji postępowania, tym samym zamawiający w tym zakresie dopuścił się zaniechania, czym naruszył zasadę jawności wynikającą z art. 8 ust. 1 ustawy.

5. Sygn. akt: KIO 1073/16, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2016 r.

(...) w znowelizowanym art. 8 ust. 3 pzp [*chodzi o nowelizację dokonaną ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 18 września 2014 r.) – przyp. red.*] na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolę zamawiającego w toku badania ofert lub wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał, udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przy czym użyte przez ustawodawcę sformułowanie, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania”, oznacza coś więcej aniżeli samo wyjaśnienie (uzasadnienie) powodów objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Z pewnością za takie „wykazanie” nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto według znowelizowanego przepisu wykonawcy mają obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków. W odniesieniu do informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, a zawartych w dokumentach składanych zamawiającemu w toku postępowania należy stosować *per analogiam* omówione powyżej reguły postępowania wyrażone w art. 8 ust. 3 pzp, czyli wraz z ich złożeniem należy dokonać zarówno stosowanego zastrzeżenia, jak i wykazać jego zasadność. W konsekwencji zamawiający winien ustalić, czy wykazanie nastąpiło w momencie składania zastrzeganej informacji.

6. Sygn. akt: KIO 1227/16, KIO 1236/16, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2016 r.

W aktualnym stanie prawnym warunkiem koniecznym dla zachowania poufności informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest złożenie przez przedsiębiorcę powołującego się na tajemnicę, nie później, niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenia zastrzegającego, iż dana informacja nie może być udostępniana oraz wykazania, iż ta informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe oznacza, że w dacie przedkładania określonej informacji (co do zasady w dacie składania oferty) wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa musi zaprezentować wywód przedstawiający argumenty przekonujące zamawiającego o tym, iż zastrzegana przez niego informacja zasługuje na ochronę oraz że uzasadnione jest nie ujawnianie jej wobec pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Co do zasady wywód taki powinien szczegółowo wyjaśniać, czy w odniesieniu do zastrzeganej informacji zachodzą wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy znk. Zgodnie z tym przepisem, 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. Warunkiem skuteczności zastrzeżenia określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest zatem szczegółowe omówienie i wykazanie, że w odniesieniu

do danej informacji wszystkie przesłanki zostały spełnione. Sytuacja, w której wykonawca w ogóle nie wykazuje zasadności uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa lub wprowadzie takie „wykazanie” fizycznie przekazuje, jednak jego treść jest na tyle ogólnikowa, iż na ocenę zasadności stanowiska wykonawcy nie pozwala, winna prowadzić do uznania, iż zastrzeżenie informacji było nieskuteczne.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przystępujący X nie wykazał zasadności zastrzeżenia określonych przez siebie informacji. W szczególności Izba wskazuje, iż przystępujący X nie wykazał, że zastrzeżone przez siebie treści objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie są i nie były ujawnione do wiadomości publicznej oraz nie wykazał jakie wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Z uwagi na okoliczność, iż to wykonawca na etapie składania ofert (wraz z ofertą) musi złożyć wyczerpujące i jednoznaczne oświadczenie, co do zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa określonych w ofercie treści, wykazując jednocześnie, zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk, jakie informacje i jakie środki podjął do ich ochrony, to uznać należało, że przystępujący X w przedmiotowym postępowaniu takim wymaganiom nie sprostał, dlatego też Izba nakazała zamawiającemu udostępnienie informacji zawartych w „Koncepcji działań” (47 stron) wykonawcy X.

7. Sygn. akt: KIO 1370/16, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2016 r.

Uwzględniając wynikający z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp obowiązek wykazania przez wykonawcę zastrzegającego informacje w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa oraz uwzględniając definicję tajemnicy przedsiębiorstwa uznać należy, że wykonawca X był zobowiązany wykazać zamawiającemu, że podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Tymczasem wykonawca X poprzestał na oświadczeniu, że podjął w stosunku do zastrzeganych informacji niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności, nawet ich nie wskazując.

Wobec powyższego można co najwyżej przyjąć, że wykonawca X jest przekonany, że podjęte przez niego działania były niezbędne (zakładając, że rzeczywiście zostały podjęte), co jednak nie jest wystarczające dla odstąpienia przez zamawiającego od respektowania zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ zamawiający nie miał żadnych podstaw do uznania, że wykonawca X podjął niezbędne działania w celu zachowania zastrzeganych informacji w poufności.

8. Sygn. akt: KIO 1646/16, Wyrok KIO z dnia 20 września 2016 r.

Izba podzieliła natomiast pogląd prezentowany przez Odwołującego co do braku skuteczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do pisma X z dnia 30 czerwca 2016 roku. Zdaniem Izby zarówno wykaz głównych usług wraz z referencjami jak i wykaz osób i pozostałe dokumenty, załączone do pisma z dnia 30 czerwca 2016 r., nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 uznk.

Izba wielokrotnie w orzeczeniach podkreślała, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, 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. Wyjątki od zasady jawności określa art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Zwrócić należy uwagę, że w poprzednim stanie prawnym (przed nowelizacją z dnia 29 sierpnia 2014 r. Dz.U. 2014.1232) ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do po-

selskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in., że: „słuszny w swym założeniu przepis (przyp. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) 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.” (...)

Oceniając złożone przez wykonawcę X wyjaśnienie zastrzeżenia złożonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, że wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą.

Złożone w dniu 3 sierpnia 2016 r. wyjaśnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wszystkich stron odpowiedzi wraz z załącznikami, jest lakoniczne, ogólnikowe i odwołuje się jedynie do definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, nie wykazano w żaden sposób że informacje zawarte w tych wykazach nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej, nie opisano jakie wykonawca podjął działania w celu zachowania tych danych w poufności. Izba zwróciła uwagę także na fakt, że w uzupełnionym w dniu 3 sierpnia 2016 r. wykazie osób ujęto dane tych samych osób, które były wcześniej wskazane w analogicznym wykazie załączonym do oferty X i które nie zostały wówczas objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Już sama ta okoliczność powoduje, że z uwagi wcześniejsze podanie tych informacji do publicznej wiadomości nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, o jakiej mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Odnośnie wykazu usług Izba wskazuje, że informacje dotyczące: przedmiotu zamówienia, wartości (szczególnie z uwagi na brak wskazania dokładnych wartości), a także nazwy zamawiającego oraz daty rozpoczęcia realizacji, w tym także treść referencji, które są powieleniem tych informacji – nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Złożona w toku rozprawy przez wnoszącego sprzeciw umowa o zachowaniu poufności nr 07/01/2014 zwarta pomiędzy Y a X, nie może być wzięta pod uwagę przez Izbę z uwagi przede wszystkim na fakt, że nie została ona złożona wraz z udzielonymi w dniu 3 sierpnia wyjaśnieniami. Zauważyć należy, że przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprowadził także termin na wykazanie skuteczności poczynionego zastrzeżenia, wskazując, że wykazanie musi nastąpić nie później niż w dniu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału. W przypadku dokumentów składanych wraz z wyjaśnieniami termin na wykazanie skuteczności zastrzeżenia upływa z chwilą złożenia wyjaśnień, po tym terminie uprawnienie do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wygasa. Niezależnie od tego, zdaniem Izby złożona do akt sprawy umowa o zachowaniu w poufności, wskazuje w § 1 ust. 2 na zakres informacji, które mogą być poufne i podaje, że takie informacje są oznaczone przez sam bank jako poufne. Tymczasem na dokumentach złożonych w dniu 3 sierpnia 2016 r, w tym w szczególności referencjach z banku brak takiego zastrzeżenia poczynionego przez samego dysponenta poufnych informacji, jakim jest bank.

9. Sygn. akt: KIO 1654/16, Wyrok KIO z dnia 20 września 2016 r.

Na uwzględnienie zasługiwał także zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp. Z akt sprawy wynika, że Zamawiający nie uznawał, by oświadczenie banku mogło zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Taką optykę Zamawiający przyjął bynajmniej wobec Odwołującego (gdzie oświadczenia obu wykonawców pochodziły od tego samego podmiotu). Wobec oferty Przystępującego, Zamawiający akcentował uzasadnienie złożone przez Przystępującego dla wykazania zasadności objęcia informacji tajemnicą przedsię-

stwa. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp wymaga wykazania, że zastrzegane informacje stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby Przystępujący nie sprostął temu obowiązkowi. Złożone uzasadnienie jest ogólnikowe, chociażby w części dotyczącej podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności informacji. Wykonawca ograniczył się do kilkudziesięciu ogólnego uzasadnienia, co trudno uznać za wypełnienie obowiązku z art. 8 ust. 3 Pzp. Co istotne przytoczona w uzasadnieniu klauzula odnosiła się do decyzji banku, a więc dokumentu innego niż samo oświadczenie – w treści oświadczenia taka klauzula nie widnieje. Ponadto, w toku rozprawy Przystępujący w sposób jawny operował częścią informacji, które zawarte są w przedmiotowym oświadczeniu, wskazując dodatkowo, że odpowiadały one temu, co zostało podane jawnie w treści oferty. W tych okolicznościach nie sposób uznać, by zastrzeżone informacje mogły korzystać z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym by Przystępujący rzeczywiście strzegł i podejmował działania chroniące te informacje przed dostępem osób trzecich.

10. Sygn. akt: KIO 1711/16, Wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w ofercie przystępującego w zakresie wykazu osób, pozycji 2 wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, informacji o podmiocie trzecim, na zasoby którego przystępujący powołuje się celem wykazania warunku udziału w postępowaniu wraz z dokumentami odnoszącymi się do tego podmiotu oraz w zakresie wyjaśnień przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, gdyż nie zostało wykazane, aby ww. informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. (...)

Izba dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia wykazu osób, wykazu robót i danych oraz dokumentów podmiotu trzeciego, jakie przystępujący załączył do swej oferty, a także uzasadnienia zastrzeżenia wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej. Stwierdzono, że uzasadnienie utajnienia ww. danych sporządzone przez przystępującego jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia w zasadzie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia i przez każdego wykonawcę. Ponadto tak sporządzone uzasadnienie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.

W odniesieniu do wykazu osób przystępujący w swym uzasadnieniu wskazał jedynie, że indywidualne predyspozycje osób pozostających w dyspozycji przystępującego mają dla niego wartość gospodarczą w takim sensie, iż świadczą o sile wykonawcy na rynku branżowym. Przystępujący wskazał też na groźbę pozyskania ww. osób przez konkurencję. Ponadto oświadczył, że podjął działania celem zachowania poufności i że w tym zakresie wystarczającym jest zastrzeżenie tajemnicy poczynione w ofercie. Wreszcie oświadczył, że informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej.

Odnosząc się do przytoczonego uzasadnienia należało stwierdzić, że o ile rzeczywiście informacje z wykazu osób obejmujące wykształcenie i doświadczenie kadry mogą potencjalnie przedstawiać dla wykonawcy pewną wartość gospodarczą w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, to jednak przystępujący nie wykazał, iż taka sytuacja wystąpiła również w tym przypadku. Przystępujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie wyjaśnił, czy, a jeżeli tak to dlaczego osoby wymienione w wykazie mają jakieś unikalne na rynku wykształcenie i /lub doświadczenie, które mogłoby uzasadniać obawę pozyskania tych osób przez konkurencję. Nie wiadomo jakiego rzędu wielkości liczba osób z wymaganym wykształceniem i doświadczeniem jest dostępna na rynku. Wzięto pod uwagę, że w świetle warunku udziału w postępowaniu w przypadku eksperta 1, 2, 6, 9 zamawiający wymagał jedynie ogólnie posiadania wykształcenia wyższego technicznego, ekonomicznego lub menedżerskiego, względnie wykształcenia wyższego technicznego lub z zakresu automatyki. W przypadku pozostałych ekspertów zaś wymagano posiadania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach określonych w ustawie Prawo budowlane. Zatem w zakresie wykształcenia

zamawiający nie sformułował żadnych wygórowanych wymogów, które sprowadzały się do standardowo wymaganych w takich sprawach uprawnień (wykształcenia). Natomiast co do doświadczenia zawodowego to przystępujący nie wykazał, 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. Przystępujący nie sprostął także ciężarowi udowodnienia pozostałych przesłanek z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Jeżeli przystępujący istotnie zamierzał chronić dane odnośnie wykształcenia i doświadczenia zawodowego osób wymienionych w wykazie, to powinien udowodnić, a przynajmniej wyjaśnić, czy podjął jakiegokolwiek działania celem zachowania tych informacji w poufności. W szczególności nie wiadomo, czy na ww. osoby nałożono obowiązek nieujawniania danych co do ich doświadczenia zawodowego czy wykształcenia. Nie wiadomo przykładowo, czy w kontraktach z tymi osobami są stosowane, a jeżeli tak, to jakie klauzule poufności.

Art. 9 ust. 1

11. Sygn. akt: KIO 894/16, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r.

(...) z uwagi na zastrzeżoną jako zasada prawna na gruncie procedury udzielania zamówień publicznych w art. 9 Pzp – formę pisemną czynności, dowodem dla wykazania złożenia oferty w wyznaczonym terminie powinno być przedłożenie pisemnego potwierdzenia przyjęcia oferty odwołującego przez zamawiającego w czasie nie późniejszym niż 19 maja 2016 r. godzina 10:00. Takiego dowodu odwołujący Izbie nie przedstawił. Inne wnioskowane dowody przez odwołującego, były niedopuszczalne i bezprzedmiotowe. Zasada pisemności wyraża się w obowiązku składania /lub potwierdzania/ w formie pisemnej przez zamawiających i wykonawców wszelkich oświadczeń i zawiadomień. Obowiązek ten obejmuje wszystkie czynności podejmowane w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia i powiązany jest z zasadą przejrzystości procedur zamówień publicznych, tj. dokumentowania wszelkich działań na piśmie, aby były one w pełni transparentne i weryfikowalne. Zamawiający, poza wyjątkami przewidzianymi w ustawie art. 27 ustawy Pzp [aktualnie przepisowi temu odpowiada art. 18 ustawy 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.] powinien kontaktować się z wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, wyłącznie w formie pisemnej. Dotyczy to wszystkich czynności zamawiającego, w tym także sporządzania dokumentacji, zwłaszcza prowadzenia protokołu postępowania. Forma pisemna zastrzeżona została w tym przypadku do celów dowodowych *ad probationem*, zatem dowód z przesłuchana świadków na okoliczność stwierdzone pismem (protokołem postępowania i załącznikami do protokołu) nie mógł być dopuszczony, a nadto byłby przeprowadzony ponad osnowę dokumentu. Niezależnie od tego, że wnioskowani przez odwołującego świadkowie, w ocenie Izby, byli osobiście zainteresowani, aby wobec pracodawcy wykazać prawidłowe spełnienie powierzonych im obowiązków terminowego złożenia oferty. Postulowany przez odwołującego sposób dowodzenia faktu złożenia oferty w wyznaczonym terminie – za pomocą zeznań świadków – stoi w opozycji z fundamentalnymi regułami ustawy Pzp i zaprzecza równemu traktowaniu wykonawców.

12. Sygn. akt: KIO 1107/16, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2016 r.

Do oferty załączono wydruk z faksu z treścią zobowiązania przesłanego przez Odwołującego do Koncesjonowanej Agencji Ochrony X, podpisanego następnie przez p. Włodzimierza W. Podpisanie się własnoręcznie pod treścią w jakikolwiek sposób wydrukowanego czy dostarczonego dokumentu, czyni formę tego dokumentu – pisemną.

Art. 9 ust. 2**13. Sygn. akt: KIO 691/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r.**

Co więcej, z mocy § 7 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) *[aktualnie przepisowi temu odpowiada § 16 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. 2016 poz. 1126) – przyp. red.]* wykonawcy mają obowiązek składania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznych dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz z ich tłumaczeniem, zaś w postępowaniu odwoławczym, jeżeli dokumenty zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje ma obowiązek przedstawienia ich tłumaczenia na język polski, a w uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego (§ 19 ust. 3 powoływanego rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań *[chodzi o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. tj. z 2014 r. poz. 964) – przyp. red.]*). Powyższe regulacje dają podstawy do twierdzenia, że skoro wykonawcy składając dokumenty w języku obcym, czy to w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy to w toku postępowania odwoławczego, nie mają obowiązku przedstawienia ich tłumaczenia przysięgłego, wystarczającym jest dokonanie tłumaczenia chociażby przez samego wykonawcę, to nie sposób zamawiającemu przypisywać większych rygorów, tym bardziej, że dokumenty składane przez wykonawców częstokroć stanowią podstawę do dokonania *[oceny – przyp. red]* oferty wykonawcy, a w konsekwencji mogą stanowić punkt odniesienia do podjęcia przez zamawiającego lub Izbę decyzji o wyniku postępowania.

Art. 16 ust. 1**14. Sygn. akt: KIO 1384/16, KIO 1401/16, KIO 1402/16, KIO 1404/16, KIO 1413/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r.**

Należy zauważyć, iż w przypadku postępowania prowadzonego wspólnie przez kilku zamawiających, przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio (art. 16 ust. 5 Ustawy). Oznacza to zatem, iż stosując przepisy Ustawy należy uwzględnić fakt, iż zamówienie udzielane jest w imieniu i na rzecz tych zamawiających. Fakt, że postępowanie prowadzi jeden z zamawiających nie oznacza, iż sytuacja pozostałych jest obojętna dla podejmowanych w postępowaniu czynności, czy też że tracą oni status zamawiającego. (...)

Zamawiający zdecydowali o wspólnym prowadzeniu postępowania co nie oznacza, iż pozbawili się uprawnienia do decydowania o własnych środkach budżetowych. Konstrukcja formularza cenowego oraz kształt przyszłych umów wskazują, iż każdy z Zamawiających zachował autonomię w podjęciu decyzji co do możliwości zaciągnięcia zobowiązania, które stanowić będzie przedmiot umowy zawartej już samodzielnie.

Art. 22 ust. 1 pkt 1
[aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 1]**15. Sygn. akt: KIO 728/16, KIO 741/16, KIO 802/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r.**

W świetle art. 192 ustawy Izba może nakazać zamawiającemu dokonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przepisy nie przewidują natomiast nakazywania jakichkolwiek czynności w postępowaniu administracyjnym, nawet w przypadku gdy pomiędzy

organem administracji oraz zamawiającym zachodzi podmiotowa tożsamość. Ingerowanie w postępowanie administracyjne, w szczególności podważanie ważności decyzji administracyjnych, nie mieści się w kompetencjach Izby. Z tego względu, nawet w przypadku wystąpienia podejrzeń, co do nieprawidłowości danej decyzji administracyjnej, która potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Izba nie ma żadnych instrumentów, aby ją podważyć i uznać za niewywierającą skutków prawnych, które z niej wynikają.

Izba jeszcze raz stwierdza, że dopóki wykonawca posiada ważny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, powinien być uznawany za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, do których wpis się odnosi i które potwierdza. W konsekwencji Wykonawca może również składać oświadczenia, że warunki te spełnia. (...)

W związku z powyższym Izba pominęła wszystkie dowody zmierzające do wykazania niespełnienia przez X warunków uzyskania wpisu w ww. rejestrze dotyczące bazy transportowo-magazynowej. Jak już wskazano, postępowanie odwoławcze nie służy wzruszaniu decyzji administracyjnych (lub urzędowych zaświadczeń), które przedkładane są w postępowaniu o udzielenie zamówienia i stanowią potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Art. 22 ust. 1 pkt 2
[aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 3]

16. Sygn. akt: KIO 650/16, Wyrok KIO z dnia 13 maja 2016 r.

W ocenie Izby wymóg finansowania ze środków publicznych usług, których wykonaniem ma się legitymować wykonawca, jak również osoby przewidziane do realizacji zamówienia, nie jest usprawiedliwiony dążeniem do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie przedstawił racjonalnego wyjaśnienia, które pozwalałoby przyjąć, że doświadczenie w wykonaniu ewaluacji finansowanych ze środków publicznych jest jakościowo różne (lepsze) od takich samych ewaluacji finansowanych z innych źródeł oraz że tylko wykonawca, który tak finansowane usługi zrealizował jest w stanie prawidłowo wykonać przedmiotowe zamówienie.

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

17. Sygn. akt: KIO 613/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r.

Zasadniczo Izba uznała, iż brak precyzji Zamawiającego na etapie ustalania warunku udziału w postępowaniu nie mógł prowadzić do wykluczenia Odwołującego z postępowania, w sytuacji gdy przepisy ustawy o transporcie kolejowym uprawniały do uznania metra za infrastrukturę kolejową, a tym samym przyjęcia, iż doświadczenie w budowie stacji metra spełniać będzie warunek dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Samo wskazanie w ogłoszeniu w uwadze, na rozumienie pojęcia użytego w opisie warunku infrastruktura kolejowa w kontekście przepisów ustawy o transporcie kolejowym, nie dawało podstawy do tego, aby arbitralnie na etapie oceny wniosku wyłączyć metro z zakresu infrastruktury kolejowej. (...)

Obowiązkiem Zamawiającego jest przestrzeganie ustalonych warunków, na jakich dokonywana miała być weryfikacja złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dokonanie zawężającej ich wykładni już po złożeniu wniosków powoduje, że ulegają one zmianie, a dalsze czynności Zamawiającego prowadzić muszą do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jedynie stosowanie się do ustalonych na początku postępowania zasad uchronić może Zamawiającego przed zarzutami tak ze strony uczestników postępowania, jak i innych organów kontrolujących proces udzielania zamówień i wydatkowania środków publicznych.

18. Sygn. akt: KIO 669/16, Wyrok KIO z dnia 12 maja 2016 r.

Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

19. Sygn. akt: KIO 628/16, KIO 632/16, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r.

Istotnym dla rozstrzygnięcia pozostawało ustalenie, czy wymaganie to nie jest nadmiernym, czyli nieproporcjonalnym, a przez to naruszającym warunki uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający słusznie wskazywał, iż jest uprawniony do postawienia nawet wysokich warunków udziału w postępowaniu w celu wyeliminowania części podmiotów, których doświadczenie obiektywnie nie będzie wystarczające do tego, aby należycie wykonać zamówienie. Izba nie podważa tego stwierdzenia, które wyraża istotę i cel stawiania wymagań wobec podmiotów, które miałyby wykonywać zamówienie. Zamawiający nie może być pozbawiony możliwości wskazania koniecznych do spełnienia kryteriów na podstawie, których będzie mógł ocenić, że dany podmiot jest przygotowany do tego, aby należycie wykonać zamówienie, a więc będzie mógł skorzystać z doświadczenia jakie dotychczas zdobył, co pozwoli uniknąć niepowodzeń przy realizacji zadań finansowanych z środków publicznych. Nie można jednak zapominać, iż wymagania mają na celu umożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom zdolnym do jego właściwego i terminowego wykonania. Jeżeli wymagania zamawiającego zmierzają do zaostrzenia wymagań wobec dotychczas stosowanych przy porównywalnych zamówieniach istnieje niebezpieczeństwo istotnego wpływu na konkurencję w tym i kolejnych postępowaniach, poprzez ograniczenie udziału w postępowaniach części podmiotom, które dotychczas z powodzeniem realizowały dostawy EZT. Koniecznym staje się zatem ustalenie, czy istnieje obiektywna potrzeba zaostrzenia wymagań, która uzasadniałaby wykluczenie z udziału w postępowaniu części potencjalnych wykonawców, którzy dotychczas konkurowali pomiędzy sobą na rynku właściwym.

20. Sygn. akt: KIO 786/16, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r.

Zasada proporcjonalności stanowi jeden z gwarantów poszanowania zasady uczciwej konkurencji. Warunek proporcjonalny to przede wszystkim taki, który zachowuje właściwą proporcję do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego. Stąd, porównywanie przez Zamawiającego liczby EZT, których dostawa jest przedmiotem zamówienia do opisu zamówienia referencyjnego (których to proporcji Odwołujący *nota bene* nie kwestionował) nie oddaje istoty proporcjonalności. (...)

W kontekście ustalenia czy treść zaskarżonego warunku narusza konkurencyjność z uwagi na brak proporcjonalności odrębnego omówienia wymaga kwestia rynku właściwego. Skład orzekający uznał, że rynkiem właściwym w tej sprawie jest rynek krajowy, nie zaś europejski. Nie było okolicznością sporną, że istnieje konieczność uzyskania zezwolenia dla pojazdu zgodnego z TSI na obszarze danego kraju, w którym pojazd ma być dopuszczony do eksploatacji (zob. również dowód nr 22), co może zasadniczo wpływać na krąg podmiotów zainteresowanych złożeniem oferty. Ponadto, z przedstawionych przez Zamawiającego i Wykonawcę S dowodów (dowody nr 7, 14, 23 i 28) wynika, że tylko trzech producentów zagranicznych (X, Y i Z) dotychczas występowało o dopuszczenie pojazdów zgodnych z TSI do eksploatacji w Polsce, co jest koniecznym elementem realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji to rynek krajowy musi być punktem odniesienia przy ustaleniu w jaki sposób

kwestionowany warunek udziału w postępowaniu może kształtować konkurencję pomiędzy wykonawcami, będącymi uczestnikami rynku, dla którego przeznaczone jest przedmiotowe zamówienie. (...)

Powracając na grunt rozważań dotyczących proporcjonalności skład orzekający wskazuje, że generalnie podziela zapatrywanie Zamawiającego i Przystępujących o możliwości stawiania wykonawcom wysokich, restrykcyjnych wymagań dotyczących ich sytuacji podmiotowej, o ile istnieją ku temu uzasadnione powody, których Zamawiający, w ocenie Izby, nie przedstawił.

21. Sygn. akt: KIO 1336/16, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2016 r.

Opis warunku udziału w postępowaniu należy do kompetencji Zamawiającego, który ma swobodę w jego ustalaniu, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, stanowiącego, że opis ten musi być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku należy rozumieć jako opisanie warunku na takim poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie wprowadza zaś – nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy – ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Opis warunków udziału w postępowaniu musi być ukierunkowany na dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy i wyeliminowanie tych, których sytuacja podmiotowa takiej rękojmi nie daje. Wymogi, które nie służą osiągnięciu tego celu, należy uznać za nadmierne i niezgodne z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

22. Sygn. akt: KIO 1526/16, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2016 r.

Zamawiający na etapie kształtowania postanowień ogłoszenia oraz siwz winien skonkretyzować określenie „niezbędna wiedza i doświadczenie” w sposób adekwatny, proporcjonalny do danego zakresu i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Doprecyzowanie pojęcia „niezbędna wiedza i doświadczenie” może nastąpić przez podanie ilości, wartości wykonanych zamówień (dostaw, robót budowlanych czy usług) czy też określenia zakresu i charakteru wykonanych prac.

Opisane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu należy interpretować zgodnie z ich literalnym brzmieniem, w sposób ścisły i niedopuszczalna jest zmiana sposobu ich rozumienia po złożeniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby warunek udziału w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne został określony w sposób jasny i precyzyjny. Obowiązkiem wykonawców, ubiegających się o udzielenie tego zamówienia publicznego było wykazanie się realizacją co najmniej dwóch zamówień polegających na wykonaniu remontu turbin o mocy od 40 do 100MW. Wynika z tego, że istotnym dla Zamawiającego parametrem ocenianym w ramach tego warunku była ilość zrealizowanych zamówień, obejmujących wykonanie remontu turbin o określonej mocy, zaś sama ilość czy też wartość turbin zrealizowana w ramach danego zamówienia nie miała znaczenia dla oceny spełniania tego warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zatem uznał, że niezbędnym do realizacji tego zamówienia doświadczeniem rozumianym jako pewna wprawa, umiejętność jest wielokrotne wykonywanie powtarzanych zamówień a nie wykonanie jednego zamówienia, choćby obejmowało ono nawet kilka fizycznie wyodrębnionych realizacji.

23. Sygn. akt: KIO 1525/16, Wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2016 r.

W ocenie Izby ograniczenie możliwości sumowania wartości umów, których wykonaniem mają legitymować się wykonawcy, nie może być uznane za wymóg nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Po pierwsze, jak słusznie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wartość 1.000.000 zł stanowi jedynie 23% wartości całego zamówienia (trzy czę-

ści). Jest to również wartość znacznie niższa niż oszacowana wartość pierwszej części zamówienia. Co więcej, Zamawiający nie wymaga wykazania się realizacją jednej umowy na taką kwotę, wystarczające bowiem będzie doświadczenie w wykonaniu trzech umów, z których przynajmniej jedna miała wartość nie mniejszą niż 500.000 zł, tj. istotnie mniej niż wynosi wartość I części zamówienia. Zamawiający zatem wymaga legitymowania się doświadczeniem w realizacji umów o wartości istotnie niższej, niż umowa, która będzie zawarta w wyniku przedmiotowego postępowania.

Ograniczenie możliwości sumowania wartości wykonanych umów w sposób, w jaki zrobił to Zamawiający, należy uznać za służące wyborowi wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia. Należy bowiem zauważyć, że inaczej realizuje się wiele umów na nieznacznej wartości, a innego potencjału, umiejętności i zdolności logistycznych wymaga obsługa kontraktu o wartości 500.000 zł. Biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia (prace realizowane na powierzchni 143 hektarów, 99 km ciągów pieszych, konieczność korelacji prac z licznymi uroczystościami odbywającymi się codziennie na terenie cmentarza), uprawnione jest twierdzenie, że wykonawca, który wykonywał prace ogrodnicze i usługi sprzątnięcia o mniejszej wartości niż wymaga Zamawiający, a co za tym idzie – o mniejszym zakresie, nie ma doświadczenia dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Inne jakościowo jest doświadczenie wykonawcy, który zrealizował trzy większe umowy, z których jedna miała wartość 500.000 zł, inne zaś wykonawcy, który ma doświadczenie w wykonaniu wielu mniejszych umów, ale tym samym nieporównywalnych z umową, która ma być zawarta w niniejszej sprawie.

Art. 23 ust. 2

24. Sygn. akt: KIO 1446/16, KIO 1447/16, Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2016 r.

W ocenie Izby, z żadnego z obowiązujących przepisów nie wynika, aby umocowanie lidera do reprezentowania konsorcjum uzależnione było od wymienienia pełnego składu konsorcjum w każdym z pełnomocnictw, jakie udzielane jest liderowi. W szczególności wymogu takiego nie sposób wywieść z treści art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy wspólnie składający ofertę (członkowie konsorcjum) powinni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu (lidera). Dla skutecznego upoważnienia lidera do reprezentacji konsorcjum wystarczające jest więc jego umocowanie do reprezentacji konsorcjum, wynikające z udzielonych mu pełnomocnictw, a nie czysto formalna kwestia związana z wymienieniem wszystkich członków konsorcjum w treści każdego z pełnomocnictw. W niniejszej sprawie wymóg ten został spełniony. Skoro każdy z członków konsorcjum upoważnił do reprezentowania lidera konsorcjum, to lider konsorcjum może reprezentować wszystkich, którzy udzielili mu pełnomocnictw.

Art. 24 ust. 1 pkt 4–8 i 10–11 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 13–14]

25. Sygn. akt: KIO 609/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r.

Wskazane w odwołaniu przepisy – § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b i § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) [chodzi o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r. poz. 231), 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. 2016 poz. 1126) – przyp. red.] – dotyczą wykonawców oraz

osób pełniących określone funkcje w organach zarządzających osób prawnych. Przepis ust. 3 jednoznacznie odnosi się do: miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, a więc dotyczy wykonawcy i osób. Nie ulega wątpliwości, że odpowiednie oświadczenie potwierdzające niekaralność urzędującego członka organu zarządzającego ma złożyć (przedstawić) ten członek (osoba), którego dotyczy oświadczenie. Wykonawca składa natomiast oświadczenia dotyczące wykonawcy, np. o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, niezaleganiu z opłatami, itp.

26. Sygn. akt: KIO 1031/16, Wyrok KIO z dnia 4 lipca 2016 r.

Na tle niniejszej sprawy wyłania się problem, czy zaświadczenie urzędowe potwierdzające niekaralność Anne T., w którym nie są odnotowywane wyroki skazujące na „karę pozbawienia wolności wydane w zawieszeniu na okres krótszy niż sześć miesięcy, wraz z zawieszeniem w wykonaniu lub bez takiego zawieszenia” jest właściwe, w świetle powołanych przepisów.

Zdaniem Izby, zagadnienie dotyczy pewnej odpowiedniości (adekwatności) dokumentów zagranicznych w świetle powołanych przepisów. Oczywistym jest, że przy ocenie powyższego należy uwzględnić różnice systemów prawnych i możliwość odmiennego kształtowania odpowiedzialności karnej i systemu kar, a także różnice wynikające ze sposobu organizacji i prowadzenia rejestrów karnych w poszczególnych państwach. Stąd też na próżno oczekiwać i brak podstaw do wymagania zaświadczenia o niekaralności w takim zakresie, w jakim przewiduje to prawo polskie. To oznaczałoby bowiem, że rzeczonych różnic w systemach karnych się nie dostrzega, a wręcz ignoruje. Nietrudno sobie bowiem wyobrazić, że rejestr karny jest w inny sposób zorganizowany w różnych państwach i przedmiotowa sprawa to pokazuje. Po pierwsze, w biuletynie nr 1 ujawniane są skazania za wszystkie przestępstwa, o których mowa w art. 1 ustawy o organizacji rejestru karnego i wymianie informacji pochodzących z rejestru karnego pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, obowiązującej w Księstwie Luksemburga, jednakże rzeczony biuletyn nie jest dostępny dla osób fizycznych. Te mogą bowiem uzyskać biuletyn nr 2, w którym ujawniane są tożsame skazania, z wyjątkiem sytuacji skazania na karę pozbawienia wolności wraz z możliwością zawieszenia o okresie krótszym niż sześć miesięcy z okresem próby lub bez.

Zdaniem Izby, sposób organizacji i prowadzenia rejestru w innym państwie nie powinien stać na przeszkodzie uwzględnieniu zaświadczenia z tego rejestru jako właściwego na gruncie polskich przepisów prawa, nawet jeśli zakres ujawniania przestępstw w tym rejestrze jest węższy niż w polskim systemie prawnym. Po pierwsze bowiem, jest to dokument urzędowy wydawany w celu potwierdzenia niekaralności. Po drugie, okoliczność, że niekaralność definiowana jest na gruncie rejestru karnego innego państwa w inny sposób nie może być dezuwouwana, ze względu na istniejące różnice w systemach prawnych państw. Po trzecie, nie sposób oczekiwać, że sposób stypizowania określonych czynów w danym porządku prawnym jest tożsamy z polskim, bowiem przyjęcie takiego stanowiska sprowadzałoby się do oczekiwania zaświadczenia, które swym zakresem odpowiada art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdzie są wymienione konkretne przestępstwa, ale na gruncie prawa polskiego.

Podsumowując, zdaniem Izby, dokument urzędowy wydawany w Księstwie Luksemburga (biuletyn nr 2) na wniosek osoby fizycznej w celu potwierdzenia jej niekaralności jest właściwy w świetle powoływanych przepisów prawa polskiego. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że e-Certis to system informacyjny umożliwiający identyfikację różnych certyfikatów i zaświadczeń wymaganych najczęściej w postępowaniach o udzielenie zamówienia w 28 państwach członkowskich, jednym z krajów kandydujących (Turcja) oraz trzech krajach należących do EOG (Islandia, Liechtenstein i Norwegia). Skoro zaś w rzeczonym systemie jako dokument potwierdzający niekaralność według prawa luksemburskiego wskazano biuletyn nr 2, to tym bardziej brak podstaw do kwestionowania możliwości posłużenia się tym dokumentem.

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

27. Sygn. akt: KIO 746/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r.

Z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy wynika, że aby wykluczyć wykonawcę z prowadzonego postępowania Zamawiający musi dokonać analizy czy zostały spełnione łącznie następujące przesłanki: po pierwsze – stwierdzić zaistnienie bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwania się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonaniu tych czynności, po drugie – ustalić, czy ten udział utrudnia uczciwą konkurencję. Zarówno w piśmiennictwie jak i orzecznictwie podnosi się, że sam fakt udziału w przygotowaniu postępowania nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, niezbędną przesłanką wykluczenia jest wpływ na konkurencyjność w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W takich sytuacjach Zamawiający zobowiązany jest do ustalenia okoliczności, czy udział takiego wykonawcy w postępowaniu w sprawie udzielenia wskazanego zamówienia stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji (orzeczenie ETS C-21/03 C-34/03, w sprawie Fabricom S. A. przeciwko Belgii). (...)

Fakt tego, że wykonawca – Odwołujący sporządził dokumentację techniczną w postępowaniu, oraz jak to sam przyznał w swoim stanowisku pisemnym Zamawiający „proponował” jakie stanowisko powinien zająć Zamawiający w kwestiach technicznych udzielając wyjaśnień na zadane przez wykonawców w trakcie postępowania pytania nie przesądza o tym, że doprowadziło to do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba zaznacza, że niewystarczające jest wskazanie, że podstawą wykluczenia jest fakt sporządzenia dokumentacji w postępowaniu, koniecznym jest stwierdzenie i wykazanie utrudniania uczciwej konkurencji w tym postępowaniu z uwagi na sporządzenie dokumentacji. To na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania utrudnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu czyli na przykład wykazanie, że wykonawca pozyskał dodatkowe informacje o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia, które miały wpływ na konkurencyjność. Są to okoliczności, które mogą zapewniać przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania. W uzasadnieniu podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania nie znalazła się żadna informacja, która uzasadniałaby działania Zamawiającego.

28. Sygn. akt: KIO 1120/16, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r.

Zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie Fabricom S.A. przeciwko Belgii, sygn. C-21/03 i C-34/03 (...) wykonawca nie może być wykluczony z postępowania bez możliwości wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania, o ile takowy był, nie spowodował utrudnienia uczciwej konkurencji. Również w orzecznictwie Izby konsekwentnie prezentowane jest stanowisko, że samo uczestniczenie wykonawcy w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Konieczne jest stwierdzenie, że jego udział w postępowaniu powoduje utrudnienie uczciwej konkurencji. Przy czym oceny w tym zakresie należy dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności należy zbadać, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma również zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty {zob wyroki Izby wydane: 31 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 6/08), 1 października 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 986/08), 6 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1108/110)}.

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

29. Sygn. akt: KIO 673/16, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r.

Odnośnie art. 26 ust. 3 pzp w kontekście podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp skład orzekający Izby podziela stanowisko, uprzednio wyrażone wielokrotnie w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania nie można zastępować informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jeżeli wykonawca winny jest poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdzywym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnianie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie zawsze musi się zawsze wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełniania tych warunków.

30. Sygn. akt: KIO 691/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r.

Izba nie podzieliła oceny Zamawiającego w przedmiocie złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Upatrywanie przez Zamawiającego faktu złożenia nieprawdziwych informacji w oświadczeniu Odwołującego o spełnianiu wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia jest o tyle nieuzasadnione, że nie sposób stwierdzić, iż Odwołujący rozmyślnie czy też przez rażące niedbalstwo złożył oświadczenie, które w istocie nie potwierdzało, że lampy odpowiadają wymogom Zamawiającego. Zdaniem Izby, zapewnienie Zamawiającego o tym, że przedmiot zamówienia odpowiada wymogom wyartykułowanym w treści SIWZ, było wynikiem błędnej interpretacji SIWZ w tym zakresie. Natomiast, w ocenie Izby, oświadczenie wykonawcy, które w rzeczywistości nie potwierdza spełniania wymogów określonych przez Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia, a które było skutkiem wadliwego odczytania wymogów zamawiającego przez wykonawcę nie może stanowić podstawy do przypisania temu wykonawcy złożenia nieprawdziwych informacji.

31. Sygn. akt: KIO 1291/16, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2016 r.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucał naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie, w przypadku w którym Konsorcjum podlegało wykluczeniu z Postępowania z uwagi na przedłożenie nieprawdziwego wzoru deklaracji zgodności UE dotyczącego Zespołu Odcinająco-Regulującego (...).

Tak sformułowanego zarzutu nie można uwzględnić, ponieważ „wzór deklaracji” przedstawiony przez Przystępującego nie może być w ocenie Izby oceniany pod względem „prawdziwości”. Prawda, zgodnie z klasyczną definicją, to właściwość sądu polegająca na zgodności z faktycznym stanem rzeczy, którego sąd (zdanie oznajmujące) dotyczy. W przypadku „wzoru” może on nie posiadać wszystkich wymaganych elementów, być niepełny czy błędny, ale nie może być prawdziwy czy fałszywy (nieprawdziwy). Niewłaściwy wzór dla danej deklaracji może być wzorem innej deklaracji, i nie posiada cech pozwalających na ocenę, czy jest prawdziwy, czy nie. W konsekwencji zarzut odwołania w tym zakresie należało oddalić.

Izba nie mogła również podzielić argumentacji zawartej w odwołaniu, iż wzór deklaracji załączony przez Przystępującego świadczy o tym, iż „podał nieprawdziwą informację co do tego, że produkowany przez niego zespół został poddany procedurze oceny zgodności z typem (tzn. że Jednostka zatwierdziła jakość produkcji), a zatem, że spełnia wymogi przewidzia-

ne dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w atmosferze potencjalnie wybuchowej”. Odwołujący w ocenie Izby wyciąga zbyt daleko idące wnioski z treści wzoru deklaracji, nieprzewidziane przez Zamawiającego w SIWZ. Nie było sporne, że przedmiotem zamówienia jest urządzenie, które dopiero zostanie wyprodukowane, więc wywody Odwołującego w zakresie „wzoru deklaracji” są co najmniej przedwczesne – badaniu będzie bowiem podlegało urządzenie po jego wyprodukowaniu.

32. Sygn. akt: KIO 1496/16, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r.

Rozważając wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający ma obowiązek zbadać wszystkie przedstawione przez wykonawcę zadania, które mają potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Nie można zatem wykluczyć wykonawcy, gdy złożone nieprawdziwe informacje nie mają znaczenia dla oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdyż inne przedstawione w Wykazie robót zadania potwierdzają ten fakt. Skoro Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w ogóle nie zbadał drugiego zadania przedstawionego przez Odwołującego w Wykazie robót, to nie mógł uznać, że spełniona została druga przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zatem, decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji w odniesieniu do poz. 2 Wykazu robót, była przedwczesna.

33. Sygn. akt: KIO 1511/16, KIO 1512/16, Wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r.

Jak wynika z treści art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp dla wykluczenia wykonawcy na tej podstawie wymagane jest kumulatywne zaistnienie, opisanych w następujący sposób okoliczności: (1) wykonawca ma złożyć nieprawdziwe informacje, (2) podanie takich informacji miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis wymaga więc materialnego ustalenia czy podane przez wykonawcę informacje rzeczywiście i obiektywnie nie są prawdziwe.

Zdefiniowanie pojęcia nieprawdziwych informacji, przy wykorzystaniu klasycznej definicji prawdy, nie nastręcza trudności. Nieprawdziwymi informacjami będą więc jakiegokolwiek opisowe zdania (a więc zdania orzekające o faktach), które są niezgodne z rzeczywistością.

W kwestii ustalenia nieprawdziwości rzeczonej informacji wskazać należy, iż w świetle przytoczonych niżej przepisów określających *onus probandi*, dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. W postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu spoczywa więc generalnie na stronie, która tego typu okoliczność podnosi. Fakt nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji należy więc wykazać i udowodnić. (...)

Tym samym za nieprawdziwe informacje w powyższym rozumieniu nie mogą być uznane informacje sporne w swojej interpretacji i znaczeniu, tj. w przypadku gdy istnieje uzasadniony spór, co do rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu i uznawania czy np. wykazywane usługi odpowiadają temu warunkowi. Innymi słowy: nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy podaje wykonawca, który świadomie mija się z prawdą, nie podaje ich natomiast wykonawca, który myli się co do kwalifikacji faktów, których informacje dotyczą.

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

34. Sygn. akt: KIO 610/16, Wyrok KIO z dnia 9 maja 2016 r.

Izba ustaliła także, że Przystępujący przesłał Zamawiającemu wyjaśnienia, w których wskazał podjęte przez siebie środki naprawcze. Należy podkreślić, że ustawa nie zawiera wzoru,

katalogu środków naprawczych, których podjęcie należy wykazać, aby można było powołać się na spełnienie przesłanki uniemożliwiającej wykluczenie z postępowania. Udowodnienie podjęcia konkretnych środków, o których mowa w art. 24 ust 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, może odbywać się za pomocą dowolnych środków dowodowych. Ustawodawca także w tym zakresie nie wprowadza ograniczeń, które nakazywałyby przedstawienie przez wykonawcę określonych rodzajów dowodów. Przystępujący wyjaśnił, że przedstawił takie dowody, które w jego ocenie najlepiej potwierdzają zakres i rodzaj przyjętych przez niego środków naprawczych.

35. Sygn. akt: KIO 653/16, Wyrok KIO z dnia 9 maja 2016 r.

Zamawiający „fakt wyjątkowo dużego opóźnienia” (w piśmie z dnia 16 marca 2016 r. skierowanym, do odwołującego zamawiający użył innego jeszcze sformułowania – „rażące opóźnienie”) uznał za wystarczający do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu ze względu na poważne naruszenie obowiązków zawodowych w sposób zawiniony przez wykonawcę, ignorując fakt, że opóźnienie ma miejsce, gdy niewykonanie zobowiązania w terminie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik (wykonawca) nie ponosi odpowiedzialności. W istocie zamawiający w ogóle nie wskazał, na czym polegało zawinione działanie odwołującego, które zdecydowało o złożeniu przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy (w samym oświadczeniu o odstąpieniu zamawiający nie wskazał, że miało miejsce „uchylenie terminom”).

Zamawiający nie zaprezentował żadnej argumentacji przemawiającej za tym, że niewykonanie umowy z dnia 5 czerwca 2014 r. w terminie winno zostać zakwalifikowane nie tylko jako poważne, ale także jako zawinione przez odwołującego naruszenie obowiązków zawodowych – zamawiający tym samym nie odniósł się do przesłanek przewidzianych w przepisie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, uzasadniających jego zastosowanie.

Art. 25 ust. 1 pkt 1

36. Sygn. akt: KIO 621/16, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2016 r.

Pomiędzy stronami sporne jest czy według prawa austriackiego wydruk z elektronicznego zaświadczenia z Urzędu Rejestru Karnego w Wiedniu opatrzony zweryfikowanym podpisem elektronicznym urzędowym Republiki Austrii jest dokumentem na prawach oryginału wystawionego w formie pisemnej. W ocenie Izby z portalu E-Certis wynika, że sporny dokument wydawany jest w Austrii w formie elektronicznej i papierowej, przy czym forma elektroniczna jest umieszczana w formacie pdf. Dla prawidłowości tego dokumentu w formie elektronicznej państwo członkowskie nie zastrzegło żadnych dodatkowych wymagań. W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił okoliczności, że złożenie wydruku formy elektronicznej powyższego dokumentu w postępowaniu przetargowym nie jest złożeniem oryginału tego dokumentu. (...) E-Certis jest bazą, która ma ułatwić instytucjom zamawiającym badanie wniosków i ofert z czynnikiem zagranicznym i jest tworzona z informacji przekazanych przez poszczególne państwa członkowskie. W tej sytuacji zamawiający miał prawo przyjąć, że załączony wydruk dokumentu elektronicznego jest prawidłowy co do formy i wobec braku dowodu przeciwnego ze strony odwołującego, zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

37. Sygn. akt: KIO 630/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r.

Nie mogło również odnieść skutku odwoływanie się do argumentów dotyczących niewłaściwej formy referencji. Trzeba mieć na względzie, że nie została ona przez ustawodawcę w żaden sposób wystandaryzowana. W konsekwencji, zdaniem Izby, jej treść należy oceniać przez pryzmat celu, jakemu ma służyć, a jest nim, w odniesieniu do dostaw, potwierdzenie, że zamówienie zostało zrealizowane (jest realizowane) należycie (patrz § 1 ust. 1 pkt 3 roz-

porządzenia w sprawie rodzajów dokumentów... [chodzi o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r. poz. 231), 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. 2016 poz. 1126) i § 2 ust. 4 pkt 2 tego rozporządzenia – przyp. red.]. Ergo, nie może dyskwalifikować referencji okoliczność, że nie został scharakteryzowany w jej treści profil działalności podmiotów w niej wymienionych (czy to wystawcy dokumentu, czy jego beneficjenta), czy że nie podano w niej kwot zrealizowanych zamówień. Złożenie referencji stanowi niejako pochodną obowiązku przedstawienia dokumentu w postaci wykazu zrealizowanych/realizowanych zamówień i dlatego informacje w nich zawarte powinny być odczytywane łącznie.

38. Sygn. akt: KIO 1229/16, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2016 r.

Dostrzeżenia także wymaga, że referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a jedynie – potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Poświadczenie należytego wykonania usług, jako dokument potwierdzający należyłą realizację konkretnych usług, powinno zawierać treść pozwalającą na identyfikację wykonanego zamówienia. Przedłożone przez Przystępującego oświadczenia spełniają powyższe wymogi. Nie zawiera ono żadnych treści sprzecznych z treścią złożonego wykazu. Zgodnie z bogatym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2867/12), referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca.

39. Sygn. akt: KIO 1381/16, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2016 r.

Natomiast, jeśli idzie o treść referencji to podkreślić należy, że referencje służą potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia i nie są sporządzane na okoliczność konkretnego zamówienia, a ich treść pochodzi od podmiotu trzeciego, a nie od wykonawcy. Stąd też nieuprawnione są oczekiwania Odwołującego, aby konkretne treści znalazły odzwierciedlenie w referencjach. Nie sposób więc czynić Przystępującemu zarzutu, iż w referencjach nie wskazano okoliczności, które stanowią w istocie treść warunku udziału w postępowaniu. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu w aspekcie przedmiotowym winna być dokonywana na podstawie Wykazu usług a nie referencji, które mogą mieć co najwyżej znaczenie pomocnicze. Oznacza to, że z referencji nie można wnioskować o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, a brak konkretnych informacji w treści referencji, które potwierdzałyby spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie może być kwalifikowany jako wadliwość czy też podlegający uzupełnieniu.

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

40. Sygn. akt: KIO 661/16, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r.

Dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust 6 rozporządzenia o dokumentach [chodzi o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r. poz. 231), 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. 2016 poz. 1126) i § 9 ust. 1 tego rozporządzenia – przyp. red.] wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego

podmiotu, udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r., KIO 715/14 oraz z dnia 9 października 2013 r., KIO 2292/13). (...)

W ocenie składu orzekającego Izby z zobowiązań wynikało przyrzeczenie zawarcia w przyszłości umowy sprzedaży autobusów, którymi w momencie składania owego oświadczenia podmioty udostępniające zasoby same jeszcze nie dysponowały, deklarowały natomiast gotowość taboru na 7 dni przed rozpoczęciem świadczenia usług. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający w sposób jasny i klarowny ustalił warunek udziału w postępowaniu, stwierdzając, że wykonawca dysponować ma w dniu składania ofert odpowiednim taborem. Dla Izby oczywistym jest, że w przypadku powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, takim taborem na dzień składania ofert dysponować miał podmiot trzeci, dla którego wykonawca zainteresowany postępowaniem składał zobowiązanie.

41. Sygn. akt: KIO 1363/16, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r.

Izba wielokrotnie w orzeczeniach podkreślała, że przekazanie wykonawcy przez podmiot trzeci danego potencjału musi być realne. W art. 63 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego I Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazano wprost, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Zdaniem Izby skuteczne przekazanie zasobu wiedzy i doświadczenia nie może polegać na udostępnieniu sprzętu, jak wskazano w treści zobowiązania, bowiem wiedza i doświadczenie są immanentnie związane z pracownikami a samo użyczenie sprzętu dotyczy potencjału technicznego a nie wiedzy i doświadczenia. Nie można uznać także, że przez doradztwo, konsultacje i pomoc techniczną doszło do realnego przekazania wiedzy i doświadczenia w zakresie usług mechanicznego zamykania ulic. Aby doradztwo i konsultacje mogło być uznane za realne udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia w usługach polegających na utrzymaniu czystości na pasach drogowych musi mieć ono charakter ścisły i wskazywać konkretnie na czym ten udział będzie polegał i w jaki sposób zapewniona jest rzeczywista możliwość wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia. W złożonym wraz z pismem z dnia 7.07.2016 r. zobowiązaniu podmiotu trzeciego takich informacji brak, nie dostarcza ich również złożona w toku rozprawy przez Przystępującego umowa cywilna z X dotyczącą udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Z tych względów nie można uznać, że doszło do realnego i rzeczywistego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, co w konsekwencji oznacza, że konsorcjum Y nie wykazało spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia na wymaganym przez Zamawiającego poziomie.

42. Sygn. akt: KIO 1514/16, Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2016 r.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że wadliwość zobowiązania wynika m.in. z niewyjaśnienia, jaki jest charakter stosunku łączący je z innym podmiotem udostępniającym zasoby, stwierdzić należy, że przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zezwala na różnicowanie możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zależności od charakteru stosunku łączącego podmioty – przepis ten stanowi, że możliwość polegania na zasobach innego podmiotu jest niezależ-

na od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W związku z powyższym niedookreślenie tego stosunku samo w sobie nie może świadczyć o wadliwości zobowiązania, jeżeli złożone zobowiązanie udowadnia, że zasoby będą rzeczywiście oddane do dyspozycji wykonawcy. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał braku mocy dowodowej tego zobowiązania.

Jeżeli chodzi o sposób udostępnienia Przystępującemu wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, to należy wskazać, że Odwołujący nie kwestionował samej formy tego udostępnienia. Z treści zobowiązania wynika (mimo braku takiego sformułowania wprost), że podmiot trzeci przekaze Przystępującemu swoje *know-how*, a Odwołujący nie podnosił, że jest to niewystarczające do realnego skorzystania z potencjału tego podmiotu. Odnosząc się jednak do tej kwestii wskazać należy, że w przypadku zamówienia polegającego na dostawach trudno kwestionować, że przekazanie wiedzy i doświadczenia może nastąpić poprzez wsparcie w drodze doradztwa, przekazania *know-how* itp. Niezasadna byłaby generalna teza, że taki rodzaj zamówienia ze swej natury wymaga jakiegoś szczególnego zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby w wykonanie zamówienia – w charakterze podwykonawcy. Odwołujący zresztą nie podnosił, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia w przypadku tego zamówienia wymaga powierzenia realizacji części zamówienia podmiotowi udostępniającemu swój potencjał, a jedynie powoływał się na ogólny brak walorów dowodowych złożonego zobowiązania.

Art. 26 ust. 3

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

43. Sygn. akt: KIO 608/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r.

Izba stoi na stanowisku, że dokumenty takie jak karty katalogowe, opisy, certyfikaty stanowią dokumenty, które mają na celu potwierdzenie spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, tj. są to dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp i § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r. 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. 2016 poz. 1126) i § 13 ust. 1 pkt 1 tego rozporządzenia – *przyj. red.*]. Zauważyć należy, że dokumenty te nie mogą być wymagane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w innym celu niż wskazany w ustawie. Skoro zatem Zamawiający wymagał złożenia takich dokumentów, to ze wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z przepisów ustawy, a zatem m.in. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zakresie procedury uzupełniania tych dokumentów, jak i wyjaśniania ich treści. Zamawiający nie może w SIWZ nadać tym dokumentom innego znaczenia niż to, które wynika z przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie może zatem przyjąć, wbrew ustawie Pzp, że stanowią one *stricto* treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu lub wyjaśnieniu. Zaznaczyć przy tym należy wyraźnie, że uzupełnienie lub wyjaśnienie ww. tzw. dokumentów przedmiotowych nie może prowadzić do zmiany treści oferty. Wobec powyższego, jeśli złożone w ofercie dokumenty przedmiotowe potwierdzają rodzaj, typ, model oferowanego urządzenia, to uzupełnienie lub wyjaśnienie dokumentu nie może prowadzić do zmiany rodzaju, typu, modelu zaferowanego konkretnego przedmiotu zamówienia. (...)

44. Sygn. akt: KIO 760/16, Wyrok KIO z dnia 20 maja 2016 r.

Izba oddaliła odwołanie uznając, iż w świetle ustalonych w postępowaniu zasad oceny wniosków oraz przepisów Ustawy dotyczących uzupełniania dokumentów i składania wyjaśnień (art. 26 ust. 3 i 4), Zamawiający nie był uprawniony do wystąpienia do Odwołującego o uzupełnienie dokumentów w zakresie w jakim wykraczałoby to poza wymagania minimalne, konieczne do oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zasadni-

czo spór w niniejszej sprawie miał charakter sporu co do wykładni ustalonych zasad oceny wniosku oraz kwestii możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Ustawy i wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, które nie były konieczne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale miały znaczenie dla oceny wniosku i ilości przyznanych punktów, decydujących o dalszym udziale wykonawcy w postępowaniu. W niniejszej sprawie stanowisko w tej kwestii musiało uwzględniać ustalone w ogłoszeniu o zamówieniu zasady przyznawania punktów, w których Zamawiający wprost wskazał, iż dla oceny punktowej wniosku brane będą pod uwagę wyłącznie dokumenty pierwotnie złożone wraz z wnioskiem (wykaz głównych usług i wykaz osób), a także, iż w przypadku uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy nowe usługi/modele/osoby nie będą brane pod uwagę.

45. Sygn. akt: KIO 1050/16, KIO 1053/16, Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2016 r.

W ocenie Izby nie sposób zakreślić wyraźnej i uniwersalnej granicy pomiędzy próbką a prezentacją (okazaniem przyszłego przedmiotu świadczenia), gdyż każdorazowo istotne są w tym zakresie postanowienia SIWZ i rola jaka została nadana obowiązkowi przedstawienia przedmiotu przyszłej dostawy przez podmiot zamawiający. W niniejszej sprawie Zamawiający obowiązkowi temu nadał określone znaczenie w treści SIWZ. Jak bowiem stanowi SIWZ w Rozdziale XIII w akapicie zatytułowanym „Testowanie urzędnika” „Wykonawcy udostępnią jedno oferowane urządzenie wraz z instrukcją obsługi w języku polskim, w celu potwierdzenia parametrów technicznych zgodnie ze złożonym formularzem ofertowym, najpóźniej 4 dni po upływie termin składania ofert. Urządzenie przedstawione do testowania musi być identyczne z urządzeniami będącymi przedmiotem późniejszej dostawy – nie spełnienie tego wymogu spowoduje odrzucenie oferty. (...)”.

W ocenie Izby z powyższego wynika, iż w ramach przedmiotowego postępowania nie mamy do czynienia z próbką – jednak nie z tego względu, jak wskazano w przywołanej na rozprawie przez Przystępującego X Spółka z o.o. opinii UZP, że istotą próbki jest to, że winna ona stanowić załącznik do protokołu i być przechowywana przez pewien okres – lecz ze względu na to jaka rola została nadana czynności prezentacji przez Zamawiającego w treści SIWZ. Analizując treść SIWZ, w szczególności w Rozdziale XIII SIWZ zatytułowanym „Kryterium wyboru oferty”, w ramach którego na stronie 57 w akapicie zatytułowanym „Testowanie urzędnika” Zamawiający jednoznacznie wskazał na cel wykonania testów. Z powyższych postanowień SIWZ wynika bowiem, iż konieczność prezentacji urządzenia jest *de facto* materialnym (rzeczowym) dookreśleniem i dopełnieniem treści oferty. Otóż w niniejszym stanie faktycznym treść oferty została niejako utożsamiona z koniecznością zaprezentowania gotowego i funkcjonującego urządzenia. Na rolę tego wymogu oraz powód jego ujęcia w treści SIWZ wskazał Zamawiający w toku rozprawy wyjaśniając, iż jest on podyktowany dotychczasowymi doświadczeniami w nabywaniu tego typu urządzeń.

W ocenie Izby istotą próbki, analogicznie jak dokumentów przedmiotowych składanych wraz z ofertą na potwierdzenie spełnienia przez oferowane urządzenia wymagań podmiotu zamawiającego, jest wycinkowe potwierdzenie pewnych cech przedmiotu przyszłej dostawy. Za próbkę nie sposób bowiem uznać kompleksowego i gotowego do użycia urządzenia i to, jak wynika z postanowień Rozdziału XIII SIWZ, tożsamego z przedmiotem dostarczanym w ramach realizacji przyszłej umowy. Przez próbkę należy raczej rozumieć mały i ograniczony fragment (czy tylko określonego materiału, czy też całego przedmiotu dostawy) lub jego reprezentatywną część. W realiach niniejszej sprawy Zamawiający na etapie postępowania żądał bowiem dostarczenia gotowego, sprawnego, kompletnego i istniejącego urządzenia stanowiącego materializację oświadczeń złożonych w treści oferty, który ponadto musi być tożsamy z przedmiotem przyszłej dostawy. Tym samym w ramach wykładni przywołanych wyżej postanowień SIWZ wskazać należy, że celem przedstawienia gotowego do pracy urządzenia już na etapie ofertowania było dookreślenie i zmaterializowanie treści samej oferty. Mając na uwadze powyższe dopuszczenie konwalidacji złożonej przez Odwołującego oferty stanowiłoby tym samym zmianę jej treści.

46. Sygn. akt: KIO 1136/16, Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2016 r.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że pięciodniowy termin na uzupełnienie brakujących dokumentów i oświadczeń jest terminem zbyt krótkim. Termin pięciodniowy jest terminem standardowym, praktykowanym w procedurze wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. Należy mieć na uwadze także okoliczność, że uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady złożenia wszelkich dokumentów i oświadczeń wraz z ofertą. Z przebiegu rozprawy wynika jednak, że to nie zbyt krótki termin uniemożliwił wykonawcy uzupełnienie brakujących dokumentów i oświadczeń ale raczej okoliczność, że wykonawca nie odczytał korespondencji mailowej przekazanej mu przez Zamawiającego w dniu 17 czerwca 2016 roku. Odwołujący nie zaprzeczył w toku rozprawy, że w dniu 17 czerwca br. na jego serwer dotarła wiadomość elektroniczna od Zamawiającego, zawierająca wezwanie do uzupełnienia dokumentów, wskazywał jedynie, że korespondencja ta nie została odczytana, bowiem trafiła do folderu SPAM.

Zgodnie z obowiązującą w prawie polskim teorią doręczenia możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia nie jest tożsama z faktycznym zapoznaniem się z tą treścią. Chodzi o taki sposób doręczenia, który umożliwi adresatowi powzięcie wiadomości o treści oświadczenia, choćby nawet było niewątpliwe, że *de facto* tego nie uczynił (wyrok SN z 16.3.1995, IPRN 2/95, OSN 1995, nr 18, poz. 229). W zakresie złożenia oświadczeń za pośrednictwem komunikacji elektronicznej zastosowanie znajduje przepis art. 61 § 2 k.c., zgodnie z którym oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, że osoba mogła zapoznać się z jego treścią. W rozpatrywanym stanie faktycznym nie ulega wątpliwości, że od dnia 17 czerwca Odwołujący miał możliwość zapoznania się z treścią korespondencji mailowej przekazanej mu przez Zamawiającego, bowiem tego dnia wiadomość została wprowadzona do środka komunikacji elektronicznej, na serwer Odwołującego, w taki sposób, że Odwołujący mógł się z nią zapoznać. Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, winien dochować należytej staranności i przeglądać pocztę elektroniczną, tym bardziej, że taki sposób porozumiewania się z wykonawcami został przez Zamawiającego wskazany w siwz.

Nie można także zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że w treści wezwania do uzupełnienia z dnia 17 czerwca 2016 roku nie podano precyzyjnie braków lub błędów w dokumentach i oświadczeniach. W ocenie Izby w treści wezwania wskazano wystarczające uzasadnienie zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podając, że wskazane w wykazie dostaw realizacje nie potwierdzają spełnienia wymaganego przez Zamawiającego warunku SIWZ oraz, że pieczęć na dołączonym do oferty dokumencie KRK dla p. Rafała G. jest nieczytelna.

Wprowadzone przez Zamawiającego w treści wezwania do uzupełnienia ograniczenie złożenia brakujących dokumentów i oświadczeń jedynie do siedziby Zamawiającego nie uniemożliwiło, w ocenie Izby, realizację tego wezwania. Z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wynika, że niezłożenie brakujących dokumentów i oświadczeń w wymaganym przez Zamawiającego terminie na ich uzupełnienie nastąpiło na skutek braku odczytania wiadomości elektronicznej przekazanej przez Zamawiającego, a nie na skutek trudności wynikających ze wskazanego w wezwaniu sposobu dostarczenia dokumentów i oświadczeń.

47. Sygn. akt: KIO 1289/16, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r.

Izba zgodziła się z odwołującym, iż wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co do zasady to wezwanie jednokrotne, ale dotyczy to sytuacji, w której dane uchybienie zostało w wezwaniu wskazane. W przypadku, gdy w wezwaniu do uzupełnienia próbki zamawiający zwrócił uwagę na inne uchybienie, brak jest podstaw do uznania, że kolejne wezwanie nie jest uprawnione.

48. Sygn. akt: KIO 1511/16, KIO 1512/16, Wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r.

Sformułowana w doktrynie i orzecznictwie zasada jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jakkolwiek nie wynika wprost z treści przepisów, to jest postulatem słusznym i uzasadnionym. Jednakże nie jest zasadą absolutną, która nie doznawałaby wyjątków w zależności od częstokroć bardzo skomplikowanej, faktycznej konfiguracji czynności dokonywanych przez uczestników procedur przetargowych. Przede wszystkim jednak jest zasadą służebną względem zasady równego traktowania wykonawców, z której została wywiedziona, i w przypadku gdy prowadzi do naruszenia zasady nadrzędnej, jej zastosowanie w danym stanie faktycznym winno być modyfikowane. Ponadto parafrazując celną myśl wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2017 r. (sygn. akt X Ga 23/07/za), wskazać należy, 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, który w tym przypadku sprowadza się m.in. do rzetelnego zbadania doświadczenia wykonawców oraz umożliwienia wykonawcom jego wykazania i potwierdzenia w sposób przewidywany w ustawie.

W szczególności więc, w przypadku niejako piętrowego, wielokrotnego wzywania niektórych wykonawców do wyjaśnień i uzupełnień, należy dołożyć szczególnej staranności dla zachowania równego traktowania wykonawców oraz umożliwienia im realnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu bez takiego stosowania przepisów i dokonywania czynności w postępowaniu, które prowadzą do formalnego komplikowania jego przebiegu, a nie służą rzeczywistemu ustaleniu i wyłonieniu wykonawców materialnie spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Art. 26 ust. 4**49. Sygn. akt: KIO 1124/16, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r.**

(...) sama czynność wezwania do wyjaśnień, o których mowa w art. 23 ust. 4 ustawy [art. 26 ust. 4 ustawy – *przyp. red.*], w żaden sposób nie narusza interesów wykonawcy w postępowaniu i nie grozi mu powstaniem szkody. Wykonawca może zarówno wyjaśnienia złożyć, jak też ich odmówić, uznając, że dokumenty przedstawione Zamawiającemu są jasne i potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. To nie brak wyjaśnień albo ich ewentualna „jakość” będzie podstawą ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przy pomocy złożonych dokumentów. Brak wyjaśnień nie będzie zwalniał Zamawiającego z ustalenia czy np. dane zaświadczenie z FBI w zestawieniu z oświadczeniem wykonawcy wystarczająco potwierdza brak podstaw do wykluczenia. Oczywiście złożenie wiarygodnych i rozwiewających wszelkie wątpliwości Zamawiającego wyjaśnień znacznie zwiększa szansę przekonania Zamawiającego i uzyskania decyzji w postępowaniu korzystnej dla wykonawcy, niemniej jednak jest jedynie dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu czynnością pomocniczą, która nie znajduje żadnego formalnego odzwierciedlenia w przesłankach wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Art. 29**50. Sygn. akt: KIO 671/16, Wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r.**

Przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp adresowany jest do zamawiających, jako podmiotów dokonujących opisu przedmiotu zamówienia. Wykonując nałożony na nich obowiązek winni się oni kierować swoimi obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami oraz otwarciem zamówienia

na konkurencję. Otwarcie bowiem zamówienia na konkurencję umożliwia zweryfikowanie produktów oferowanych na rynku, wprowadzenie nowych rozwiązań, urządzeń nowszej generacji. Nie może być celem Zamawiającego wyłącznie utrzymanie istniejącego *status quo* na rynku nabywanych gazomierzy, gdyż takie działanie leży w sprzeczności w dążeniu do uzyskania najnowszych produktów i zaprzecza idei przedsiębiorczości i innowacyjności, do której dążyć winni przedsiębiorcy. Oczywistym jest, iż przedsiębiorcy mogą mieć w swojej ofercie różne produkty. Rozwój technologiczny sprawia, że często posiadają oni w sprzedaży urządzenia starej generacji, jak również wersje unowocześnione, skonstruowane z nowszych materiałów bądź też urządzenia odmiennie skonstruowane, ale spełniające stawiane im zadania. Celem postępowania winno być obiektywne określenie potrzeb Zamawiającego i umożliwienie wykonawcy dobór urządzenia ze swojej oferty, które spełnia takie wymagania.

51. Sygn. akt: KIO 806/16, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2016 r.

Przypomnienia wymaga, że ustawodawca w art. 29 ustawy Pzp przesądził, że podstawowym sposobem opisanego przedmiotu zamówienia jest opis za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dokonywany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Istnieje też drugi sposób, który jest wyjątkiem od tej zasady. Z przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w ten sposób (to jest za pomocą dostatecznie dokładnych określeń) i jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, zamawiający może odstąpić od przywoływanej reguły. W takiej sytuacji zamawiający może posłużyć się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Omawiany sposób opisywania przedmiotu zamówienia polega na tym, że zamawiający zamiast opisywać przedmiot za pomocą jego cech czy funkcji może poprzestać na wskazaniu znaku towarowego, patentu lub pochodzenia. Taki sposób precyzowania przedmiotu zamówienia polega innymi słowy na tym, że zamiast konglomeratu wymaganych cech wskazuje się produkt wzorcowy używając jego znaku towarowego, patentu czy pochodzenia. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, opis przedmiotu zamówienia dokonany przy pomocy znaków towarowych, patentu lub pochodzenia stanowi wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia, który w normalnych warunkach winien być przekazany oferentom jako zestaw obiektywnych cech jakościowych i technicznych. Jest zatem szczególną postacią obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia stosowaną ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i możliwości zamawiającego, który nie może sprecyzować przedmiotu zamówienia za pomocą typowego instrumentarium.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia (w zakresie zamawianego systemu oświetlenia) w sposób określony w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, to jest przez wskazanie jego wymaganych cech oraz funkcjonalności, a więc przy wykorzystaniu typowego instrumentarium.

52. Sygn. akt: KIO 969/16, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2016 r.

Analiza treści art. 632 § 1 K.c. pozwala na wniosek, iż zawarcie umowy, w której przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, nie wymaga precyzyjnego określenia rozmiaru ani kosztów prac. Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż zakres modyfikacji polegającej na uwzględnianiu zmian w prawie nie da się z góry przewidzieć. Stąd też zamawiający zdecydował się tu na formę wynagrodzenia ryczałtowego, gdyż to ono w pełni zabezpiecza jego interesy.

Podobnie należy ocenić zarzuty odwołania dotyczące niewłaściwego zdefiniowania „Błędu” i „Awarii”. Zamawiający zdecydował się na takie definicje, kierując się własnymi potrzebami. Podkreślenia wymaga, iż zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamie-

rza osiągnąć. W ocenie Izby, zakwestionowane definicje nie naruszają prawa, w tym w szczególności art. 29 i nast. ustawy P.z.p. Zgodzić się należy z tym, iż obejmują one swym zakresem wiele przypadków i ewentualności, niemniej jednak wykonawca decydujący się na wzięcie udziału w postępowaniu, może i powinien uwzględnić je w kalkulacji ceny oferty.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. 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.

Podkreślenia wymaga, iż zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy doznaje w postępowaniu o udzielenie zamówienia pewnych ograniczeń. Wykonawca przed terminem złożenia ofert może składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może, lecz nie musi uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego – co jest jego fundamentalnym uprawnieniem – w ogóle nie przystąpić (nie składać ofert w postępowaniu). Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia.

Art. 30 ust. 5

53. Sygn. akt: KIO 1391/16, KIO 1416/16, KIO 1418/16, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r.

Za bezzasadny Izba uznała również zarzut podniesiony przez odwołującego X dotyczący stwierdzonego przez zamawiającego zaniechania złożenia przez odwołującego w ofercie dokumentów dotyczących oferowanej rozdzielniczy 30kV produkcji (...), tj. schematu strukturalnego rozdzielniczy z ilością pól, celek, podziałem na sekcje, informacji na temat typów i parametrów oferowanych do zabudowy rozdzielnic aparatów i urządzeń, podziału konstrukcyjnego pola i rozmieszczenia poszczególnych elementów, sposobu posadowienia i gabarytów. Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na pytanie nr 3 zamawiający jednoznacznie wskazał na wymóg wykazania, że rozwiązanie równoważne spełnia minimalne wymogi opisane w specyfikacji poprzez m.in. dołączenie stosownych kart katalogowych, rysunków, certyfikatów itp. Dokumenty mające na celu wykazanie równoważności stanowią element oferty opisujący oferowany przedmiot, a zatem nie podlegają uzupełnieniu. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że proponowane rozwiązanie równoważne opisywanemu przez zamawiającego spełnia wymagania zamawiającego.

Art. 32 ust. 4

54. Sygn. akt: KIO 935/16, Postanowienie KIO z dnia 14 czerwca 2016 r.

(...) Zamawiający wskazał w odpowiedzi na wezwanie, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 106.326,00 PLN, ale jednocześnie oświadczone, że dostawa objęta niniejszym

postępowaniem jest zamówieniem częściowym i przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zgodnie z art. 32 ust. 4 Pzp jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych (pkt 3.2 SIWZ). Skład orzekający Izby nie znalazł także podstaw, by uznać oświadczenie Zamawiającego, iż dostawa objęta tym postępowaniem jest zamówieniem częściowym. Na wyznaczone posiedzenie Zamawiający nie stawiał się. Izba wobec braku możliwości dopytania Zamawiającego na okoliczność złożonego oświadczenia zobligowana była do oparcia swojej oceny wyłącznie na aktach sprawy. Z przesłanych zaś akt w żaden sposób nie można wyprowadzić wniosku, że niniejsza dostawa jest objęta zamówieniem częściowym, a więc także nie można uznać, że za wartość zamówienia w tej sprawie można było uznawać łączną wartość poszczególnych części zamówienia (nie wiadomo przy tym, jaka miałyby to być wartości). Należy wskazać, że wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (załącznik nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r., Dz. U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) *aktualnie jest to rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) – przyp. red.*] przewiduje miejsce na wskazanie informacji, czy zamówienie udzielane jest w częściach oraz jaka jest wartość całości (pkt 2 Przedmiot zamówienia, ppkt 2 tiret 4). W protokole postępowania w tej sprawie tego rodzaju informacja nie została zamieszczona. Dodatkowo, jak wynika z wniosku o uruchomienie postępowania o zamówienie publiczne (str. 0351 według numeracji akt) niniejsze zamówienie jest zamówieniem jednorazowym (nie została zaznaczona inna opcja, że zamówienie jest udzielane w częściach). Jednocześnie, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak w innych dokumentach, w tym w informacji z otwarcia ofert, protokole, Zamawiający podawał kwotę 106.326,00 zł, która nie stanowi wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ta kwota, w świetle okoliczności niniejszej sprawy, musiała zostać uznana za kwotę wyznaczającą wartość zamówienia. W konsekwencji wpis w wysokości 7.500 zł należało uznać za wniesiony w wymaganą kwocie.

Art. 34 ust. 5

55. Sygn. akt: KIO 1300/16, Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2016 r.

Żądanie Odwołującego wykreślenia prawa opcji, *de facto* z powodu braku możliwości realizacji świadczenia przez tego wykonawcę usługi we wszystkich – potencjalnie możliwych – lokalizacjach na terenie RP należało uznać za żądanie *contra legem* do wskazywanych w odwołaniu podstaw prawnych zarzutu. Prawo opcji jest bowiem legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 ustawy Pzp i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może, tak jak w tej sprawie, dotyczyć zwiększenia zakresu świadczenia. Zamawiający zarówno w Ogłoszeniu jak i w SIWZ podał zakres wykonywania prawa opcji, jego warunki techniczne i finansowe oraz terminy i czas wykonywania. W ocenie Izby podane uwarunkowania korzystania z prawa opcji wpisują się w dyspozycję art. 29 ust. 1 Pzp, albowiem z uwagi na specyficzne okoliczności, które wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, nie mógł przekazać więcej informacji, aniżeli sam posiadał na czas wszczęcia postępowania. Izba zwraca uwagę, że prawo opcji nie zostało zdefiniowane w ustawie Pzp, ale niewątpliwie ma realizować cel, jakim jest właśnie elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniając dopuszczony opcjonalnie margines zmian. Izba podkreśla, że to prawem zamawiającego jest skorzystanie z dostępnych instytucji, któ-

re przewiduje ustawa Pzp, a prawo opcji, w tych warunkach jest dogodniejszym dla tego Zamawiającego instrumentem, dotyczy danej umowy, a nie odrębnej dodatkowej umowy, wnioskowanej w argumentacji przez Odwołującego. Izba zwraca ponadto uwagę, że art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie odnosi się do sposobu opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do konkretnego wykonawcy, ale tylko takiego opisu, który obiektywnie mógłby utrudnić uczciwą konkurencję w odniesieniu do profesjonalnych wykonawców z danego segmentu rynku usług.

Art. 36

56. Sygn. akt: KIO 626/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r.

Należy następnie wskazać, że odwołanie składane do Izby jest środkiem ochrony prawnej a nie narzędziem do negocjacji z Zamawiającym i do domagania się – z uwagi na adhezyjny charakter wzoru umowy określanego przez jedną stronę stosunku zobowiązaniowego – modyfikacji czy doprecyzowania przez Izbę postanowień umowy w sposób korzystny i uznawany przez potencjalnego oferenta za pożądany i właściwy. Jeżeli w sferze stosunków prywatno-prawnych strona umowy adhezyjnej nie ma w istocie możliwości negocjowania jej warunków, to nie sposób uznawać, by taką możliwością dysponował potencjalny oferent na gruncie postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Do zakwestionowania postanowień wzoru umowy przyjętego przez zamawiającego może dojść jedynie wówczas, gdy zostanie w sposób rzeczowy wykazane, że postanowienia te, z uwagi na sprzeczność z regulacjami Kodeksu cywilnego, naruszają w konsekwencji przepisy ustawy Pzp, w tym zasady wynikające z tych przepisów. O naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych lub innych przepisów ustawy Pzp wskutek określonego wzoru umowy można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośrednie lub pośrednie przełożenie pomiędzy tymi wymaganiami a możliwością ubiegania się wykonawcy o zamówienia na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji faktycznej i prawnej (por. wyrok KIO 398/14).

57. Sygn. akt: KIO 1109/16, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2016 r.

Wobec braku regulacji prawnych co do sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wskazania wykonawcom sposobu oraz metod kalkulacji ceny oferty, co wynika wprost z treści art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Jeśli Zamawiający wymagał opracowania kosztorysu ofertowego w oparciu o określoną metodę lub formułę, to winien ją wskazać w treści SIWZ, albo udzielić szczegółowych wyjaśnień przy odpowiadaniu na pytania wykonawców. Samo użycie pojęcia „kosztorys ofertowy” nie określa w jaki sposób należy go sporządzić, jaki ma być poziom szczegółowości składników cenotwórczych czy też jaką metodę kalkulacyjną zastosować. Oczywiście dla profesjonalistów wytyczne wynikające z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego mogą być pewną wskazówką jak wypełnić przedmiar będący częścią dokumentacji projektowej i przekształcić go w kosztorys ofertowy, ale to Zamawiający decyduje ostatecznie o formie, jaką kosztorys stanowiący część oferty i zobowiązania wykonawcy ma przyjąć. Zamawiający określa jaki poziom szczegółowości ma przyjąć wycena jednostkowych pozycji i jakie informacje będą mu niezbędne do zakładanej w umowie formy rozliczenia kontraktu.

O ile Zamawiający oczekiwał skonkretyzowanej formy kosztorysu ofertowego, to powinien oczekiwaną przez siebie formę zdefiniować w SIWZ, a nie pozostawiać domysłem wykonawców.

Art. 45 ust. 1**58. Sygn. akt: KIO 1419/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r.**

(...) gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne także w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353 (1) k.c.), a jej treść sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (zakład ubezpieczeń) na rzecz beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionych w gwarancji zdarzeń losowych, w tym przypadku, o których stanowi art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wskazane w odwołaniu postanowienia w żaden sposób nie ograniczają prawa zamawiającego do zaspokojenia z gwarancji. Postanowień tych nie można uznać za niedopuszczalne na gruncie Pzp, czy za na tyle utrudniające skorzystanie przez zamawiającego z Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium, że należałoby uznać je za niedopuszczalny warunek. Pierwsze z postanowień w punkcie 4, dotyczy formalnego wymagania związanego ze wskazaniem przez Zamawiającego w żądaniu zapłaty numeru rachunku bankowego. Jak podnosił Zamawiający, może ono służyć nawet zapewnieniu skutecznego otrzymania środków finansowych. Z kolei określony przez Gwaranta termin 14-tu dni na dokonanie zapłaty kwoty objętej Gwarancją jest terminem funkcjonującym w obrocie, zaś sam fakt jego określenia w gwarancji, jak podnosił Zamawiający, służy rozwianiu wątpliwości, co do interpretacji pojęcia „niezwłocznej płatności” i w żaden sposób nie może być traktowany, jako kwestionowanie bezwarunkowości wypłaty. Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego, że gwarant ma prawo zastrzec sobie pewien rozsądny czas na podjęcie stosownych czynności, poprzedzających wypłatę. Także postanowienia w punkcie 7 i 8 Gwarancji – zakaz przeniesienia wierzytelności z Gwarancji bez uprzedniej zgody Gwaranta oraz zastrzeżenia właściwości miejscowej sądu wg siedziby Gwaranta, zdaniem Izby, w żaden sposób nie ograniczają prawa Zamawiającego do zaspokojenia z gwarancji. Przede wszystkim brak przesłanek, aby Zamawiający miał jakikolwiek cel zbywania wierzytelności z tytułu gwarancji, a zarzut dotyczący właściwości miejscowej sądu skutkującej ewentualnym poniesieniem przez Zamawiającego większych kosztów w przypadku zmiany siedziby Gwaranta [Zamawiający i Ubezpieczyciel aktualnie mają siedzibę w W. i właściwość miejscową w jednym sądzie okręgowym], to zdarzenie przyszłe i niepewne, którego ziszczenie nie zostało poparte przez Odwołującego żadnym dowodem. Pozostają również aktualne podnoszone argumenty dotyczące braku zakazów w przepisach ustawy Pzp stosowania w zapisach gwarancji ubezpieczeniowej, kwestionowanych przez Odwołującego postanowień.

59. Sygn. akt: KIO 1441/16, Wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2016 r.

W ocenie Izby gwarancja jest bezwarunkowa wtedy, gdy Zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a Gwarant nie może badać podstaw, tj. zasadności takiego żądania – jest on zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie Zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką wypłatę. W rozpoznawanym stanie faktycznym Odwołujący nie wskazał w treści gwarancji bankowej zapisów, które podważałyby bezwarunkowość tejże gwarancji.

Wbrew jego twierdzeniom za takie, nie można uznać formalnych wymogów odnoszących się do sposobu przekazania Gwarantowi pisemnego żądania zapłaty. Zapisy te bowiem nie odnoszą się w żaden sposób do przesłanek zatrzymania wadium, a służyć mają jedynie potwierdzeniu tożsamości osób takie żądanie zapłaty podpisujących. Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, iż złożona przez Przystępującego gwarancja pozbawia Zamawiającego prawa do skutecznego żądania zapłaty należności przez Gwaranta. Kwestionowane przez niego zapisy opisują jedynie formalności związane z wypłatą kwoty,

na jaką opiewa gwarancja, nie mogą zatem zostać uznane za uzasadniające twierdzenie, iż wadium nie zostało wniesione.

Art. 46 ust. 4a

60. Sygn. akt: KIO 757/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r.

Nie można jednak nie zauważyć, że poprzestanie li tylko na literalnym brzmieniu przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp prowadzi do pominięcia jego celu, polegającego na sankcjonowaniu nieuczciwych zachowań przedsiębiorców w toku postępowania przetargowego. U źródła nowelizacji dokonanej na mocy ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) leżała potrzeba przeciwdziałania znikom wykonawców, przejawiającym się w składaniu niekompletnych ofert przez kilku wykonawców, działających w porozumieniu, i ich nieuzupełnieniu bądź uzupełnieniu tylko przez tego wykonawcę, który – w świetle znanych już wówczas ofert konkurentów – przedstawił nie najniższą cenę, ale zazwyczaj najwyższą. Pozostali uczestnicy zмовy mogliby wówczas bez negatywnych konsekwencji wycofać się z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (druk sejmowy VI kadencji nr 471).

Z tej przyczyny Izba przy interpretacji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp dostrzega potrzebę stosowania reguły wykładni celowościowej, co oznacza przyjęcie, że nie każde uchybienie wykonawcy w realizacji wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzasadnia zastosowanie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i zatrzymanie wadium. Takie stanowisko wpisuje się w ten nurt w orzecznictwie, zgodnie z którym badaniu *in casu* podlega zachowanie wykonawcy, a przypisanie mu zawinienia uzasadnione jest w wypadkach jego bierności, umyślności, celowości działania oraz nasilenia złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego (zob. wyroki SN: z 7 listopada 2013 r., sygn. akt: V CSK 531/12; z 10 maja 2013 r., sygn. akt: I CSK 422/12; z 4 marca 2013 r., sygn. akt: I CSK 444/12). W uzasadnieniu ww. wyroku z 7 listopada 2013 r. Sąd Najwyższy wskazał, że odmiennej wykładni nie dałoby się pogodzić z dyrektywą zacieśniającego tłumaczenia regulacji wyjątkowych o szczególnie restrykcyjnym charakterze, do których niewątpliwie należy zaliczyć art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zdaniem Izby w obowiązującym stanie prawnym nie sposób, zatem przyjąć, że sankcja zatrzymania wadium mogłaby zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który – działając w dobrej wierze – doręczył zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie zamawiającego, spełnienia wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu. (...)

Izba stoi na stanowisku, że za nieuzupełnienie dokumentu obciążające wykonawcę powinno się uznawać dopiero działanie *fraudem lege*, czyli celowe uzupełnienie dokumentu w sposób nieprawidłowy. Okoliczność, że wykonawca pozostawał w błędnym przekonaniu o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, nie może skutkować zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty, podając nowe informacje, lecz po ich analizie okazało się, że wykonawca tego warunku nie spełnia (tak też w wyrokach: z 24 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1712/11, KIO 1714/11, KIO 1718/11, KIO 1719/11, Lex nr 951203 i 13 czerwca 2011 r., sygn. akt 1134/11, Lex nr 846367).

Art. 67 ust. 1 pkt 3

61. Sygn. akt: KIO 1352/16, KIO 1355/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Dostrzeżenia wymaga, że za okoliczności nieprzewidywalne w rozumieniu tego przepisu w orzecznictwie TS UE uznaje się przede wszystkim zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki, których nagłe zaistnienie powoduje konieczność natychmiastowego odwrócenia skutków takiego wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia

w sposób, który wyłącza jakąkolwiek konkurencję w postępowaniu. Tymczasem odstąpienie od umowy dokonane przez samego zamawiającego, u którego źródeł leżały wielomiesięczne opóźnienia i problemy z realizacją etapu 5, nie może być uznane za okoliczność nieprzewidywalną.

Art. 84 ust. 1–2

62. Sygn. akt: KIO 894/16, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r.

Zamawiający dochował wszystkich obowiązków, jakie ustawa Pzp nakazuje w sytuacji złożenia oferty przez wykonawcę po upływie wyznaczonego terminu. Okoliczność bezsporną stanowiło, że zamawiający niezwłocznie zawiadomił odwołującego o złożeniu oferty po terminie.

W uzasadnieniu udzielonej odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy, zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że oferta odwołującego została złożona 19 maja 2016 r. o godzinie 10:01, a więc po upływie terminu określonego przez zamawiającego w SIWZ. Stwierdzenie czasu złożenia oferty ma charakter obiektywny, a godzina złożenia oferty została ustalona przez pracowników zamawiającego w momencie wejścia osób ze strony odwołującego do wyznaczonego pokoju 1.18, zgodnie z czasem rzeczywistym odczytanym z komputerów znajdujących się w biurze zamawiającego – pracujących w zsynchronizowanym czasie urzędowym, bez możliwości jego ręcznego ustawiania. Czas rzeczywisty był ustalany każdorazowo przez pracowników zamawiającego, w chwili wejścia do pomieszczenia/składania oferty przez poszczególnych wykonawców. Każdorazowo czas złożenia oferty był wpisywany na kopertach, w oparciu o jednakowy odczyt czasu, który miał charakter rzeczywisty. Żaden z wykonawców składających oferty nie zgłaszał zastrzeżeń, co do rozbieżności pomiędzy czasem rzeczywistym a wpisanym przez zamawiającego, jako pokwitowaniem odbioru oferty.

Odczyt czasu następował w oparciu o czas rzeczywisty – satelitarny. Na dowód czego zamawiający przedłożył korespondencję e-mail pomiędzy Naczelnikiem Działu Zamówień publicznych a Z-cą Dyrektora Biura Informatyki w Centrali zamawiającego w dniu 30 maja 2016 r. p. Macieja P., z której wynika, że rozwiązania informatyczne zamawiającego posługują się wzorcem czasu z systemu satelitarnego według czasu rzeczywistego, przy ustawieniu czasu – w tym okresie – środkowo europejskiego, letniego obowiązującego w Polsce. Izba uznała za wiarygodne twierdzenia zamawiającego, będącego największym przewoźnikiem kolejowym w kraju, dla którego kwestie oznaczania czasu posiadają szczególnie istotne znaczenie, że X posiada rozbudowane rozwiązania gwarantujące dokładność czasu wyświetlaną na stacjach roboczych pracowników, gdzie czas jest ujednolicony i nie jest możliwe jego indywidualne ustawienie.

W ustalonych okolicznościach tej sprawy, powoływanie się odwołującego na zapisy monitoringu wizyjnego należało uznać za niemiarodajne, gdyż jest to element wspomagający fizyczną ochronę budynku, nie służący do weryfikacji czasu składania ofert, gdyż system ten w przeciwieństwie do systemu informatycznego, nie jest automatycznie zsynchronizowany z czasem satelitarnym. Czas monitoringu według niezwłocznie poczynionych ustaleń zamawiającego, ma stałe opóźnienie 5–6 minut, względem czasu rzeczywistego, co zamawiający ustalił w toku przeglądów zapisu monitoringu z dnia złożenia ofert, i co potwierdziła notatka służbowa z dnia 3 czerwca 2016 r. W tej sytuacji, obraz z monitoringu przemysłowego, z zapisaną godziną nie był miarodajny i nie mógł stanowić dowodu w sprawie; w zakresie określenia dokładnego czasu rzeczywistego zdarzenia, przy którym mogły liczyć się minuty, a nawet sekundy. System monitoringu nie służył celom dowodowym, na okoliczność składania ofert w postępowaniu. Nie był też wiarygodny odczyt czasu z telefonów komórkowych przedstawicieli odwołującego, którzy składali ofertę, na co powoływał się odwołujący, gdyż

okolicznością niekwestionowaną nawet przez odwołującego było, że czas w aparatach komórkowych może być ustawiany ręcznie. Zamawiający stwierdził obiektywny fakt złożenia przez odwołującego oferty po upływie wyznaczonego terminu. Z tego też względu nie mógł dokonać jej oceny razem z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu. (...)

Zamawiający naruszyłby przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców, gdyby uznał ofertę odwołującego jako złożoną terminowo. Pracownicy zamawiającego, jako zobowiązani do potwierdzania okoliczności mających znaczenie prawne, nie mogli od swych obowiązków odstąpić, bowiem są one obłożone rygorem sankcji dyscyplinarnych i karnych. Z przedstawionych względów zamawiający nie naruszył żadnych przepisów, które by powodowało konieczność unieważnienia postępowania. Postąpił zgodnie z dyspozycją art. 84 ust. 2 zdanie 2 ustawy Pzp. W ustawie Pzp brak jest przepisu nakazującego otwarcie oferty złożonej po terminie. Obowiązku takiego nie da się wywieść z art. 84 oraz z art. 86 ustawy Pzp, a ponadto byłoby to niezgodne z zapisami SIWZ.

63. Sygn. akt: KIO 1327/16, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że oświadczenie o wycofaniu oferty wywarło skutki prawne, zostało ono bowiem złożone Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert. Niezależnie od niefortunnego pod względem językowym sformułowania pisma (wnosząc wycofanie i zwrot złożonej przez nas oferty) nie ma wątpliwości, że zawiera ono oświadczenie woli o wycofaniu oferty. Zawarta w piśmie informacja o potrzebie dostosowania oferty do zmienionej SIWZ jest jedynie uzasadnieniem wniosku, co jednak nie sprawia, że oświadczenie o wycofaniu oferty jest nieskuteczne lub że ma charakter warunkowy i w przypadku niezłożenia nowej oferty Zamawiający powinien wziąć pod uwagę ofertę pierwotnie złożoną. Nie można przyjąć, że Zamawiający interpretując oświadczenie o wycofaniu oferty przez przyzmat przedstawionego uzasadnienia (art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego) powinien uznać, że oświadczenie to nie wywołało skutków prawnych. Powyższe uzasadnienie pozwalało jedynie przypuszczać, że wobec wycofania pierwotnej oferty wykonawca zgodnie z zapowiedzią złoży nową ofertę, do czego nie był jednak zobowiązany i mógł z tego zrezygnować. Decyzja wykonawcy w kwestii złożenia nowej oferty nie wpływa na skuteczność wcześniejszego oświadczenia o wycofaniu oferty wcześniejszej. Odwołujący miał możliwość ponownego złożenia oferty, z której jednak nie skorzystał, błędnie interpretując odmowę zwrotu oferty i przypisując tej odmowie skutki prawne, których za sobą nie pociągała.

64. Sygn. akt: KIO 1381/16, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2016 r.

Izba stoi na stanowisku, iż przepis art. 84 ust. 1 ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie składaniu wyjaśnień dotyczących treści oferty, niezależnie od tego, czy znaczenie oferty pojmujemy *sensu largo* czy *sensu stricto*, bowiem ustawodawca pozwolił na wyjaśnianie treści oferty nie tylko w ścisłym tego słowa znaczeniu (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), ale również oferty stanowiącej zbiór dokumentów składanych, jako oferta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Szeroko też dozwolony jest zakres uzupełnień oferty, nie dotyczy on bowiem jedynie dokumentów i oświadczeń służących potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu, ale również tych, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane, wymagań określonych przez zamawiającego.

Z przepisu art. 84 ust. 1 ustawy Pzp płynie więc wniosek, że wykonawca samodzielnie nie może uzupełniać oferty po terminie składania ofert, jednakowoż nie istnieje generalny zakaz uzupełniania treści oferty, czy to w drodze uzupełnień czy też wyjaśnień, bowiem takiej wykładni przeczą przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przy czym należy dostrzec, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ustanawia obowiązek dla zamawiającego w przedmiocie wezwania do uzupełnień dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz pełnomocnictw. Zaś, pozostałe przepisy, jakkolwiek kreują

co do zasady uprawnienie dla zamawiającego, to jednak w orzecznictwie zwraca się uwagę, że z naruszeniem tych przepisów będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której wątpliwości rodzące się na gruncie złożonej oferty nie zostaną przez zamawiającego usunięte w drodze wyjaśnień. Uznaje się bowiem, iż niedopuszczalna jest negatywna ocena oferty wykonawcy, która wynika z wątpliwości dotyczących treści oferty, a zamawiający nie podjął kroków zmierzających do jej wyjaśnienia (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp).

Art. 87 ust. 1

65. Sygn. akt: KIO 620/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r.

W art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, iż ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznej oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty.

66. Sygn. akt: KIO 708/16, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r.

W orzecznictwie Izby od lat podkreślane jest, że Zamawiający, nawet korzystając z informacji pochodzących z innych źródeł niż wykonawca, nie może pominąć fazy wyjaśnienia treści oferty z wykonawcą, gdyż to wykonawca jest autorem owej oferty i podmiotem, który łączy z zamawiającym stosunek prawny związany ze złożeniem oferty w postępowaniu (analogicznie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu czy innego dokumentu, który wymaga wyjaśnienia). Tym samym, jeśli zamawiający wyjaśnia lub weryfikuje pewne kwestie związane z otrzymaną ofertą, skierowanie prośby o wyjaśnienia do wykonawcy, który ją złożył, jest obowiązkowe, a informacje z pozostałych źródeł są informacjami dodatkowymi, choć oczywiście w konsekwencji może z nich wynikać, że w konkretnych przypadkach oferta jest niezgodna z wymaganiami.

Przy tym należy zwrócić uwagę, że zaniechanie wyjaśnienia treści oferty bezpośrednio z wykonawcą, który ją złożył, jest nie tylko kwestią proceduralną, ale także i merytoryczną – w szczególności w takich przedmiotach zamówienia jak dostawa sprzętu informatycznego. (...)

Art. 87 ust. 2 pkt 1

67. Sygn. akt: KIO 826/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r.

W ocenie Izby rozbieżność w wartościach podawanych cyfrą i słownie innych niż cena, a więc nie będących wynikiem dokonywanych obliczeń może być kwalifikowana jako omyłka pisarska, jeśli jest to wada procesu myślowo-redakcyjnego, co w ocenie Izby miało miejsce w niniejszej sprawie. Dla wykrycia omyłki nie potrzeba było analizy szeregu dokumentów, a jedynie dwóch pierwszych stron formularza ofertowego, na podstawie których oczywistym było, że prawidłowo podana na pierwszej stronie pierwszego formularza ofertowego jest gwarancja słownie, gdyż wykonawca już konsekwentnie na dalszej pierwszej stronie formularza

ofertowego podał prawidłowo właśnie 120 miesięcy cyfrowo i słownie. W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym właśnie fakt załączenia dwóch pierwszych stron formularza oferty powtarzających trzykrotnie wartość 120 miesięcy i jedynie jednokrotnie wartość 60 miesięcy pozwalał zamawiającemu na ustalenie rzeczywistej woli odwołującego. Mając to ustalenie zamawiający bez przeszkód mógł zauważyć, że różnica bierze się z błędnego podania gwarancji cyfrą. Nie jest zakazane poprawianie omyłek dotyczących elementów oferty podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Gdyby był taki zakaz ustawowy, to cena oferty jako kryterium obligatoryjne nie mogłaby być poprawiana, a to nie wynika z przepisów ustawy. Niemniej jednak do poprawy omyłek dotyczących kryteriów oceny ofert zawsze należy podchodzić ostrożnie, gdyż mogą prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Art. 87 ust. 2 pkt 2

68. Sygn. akt: KIO 808/16, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2016 r.

W związku z tym brzmieniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp nie ma wątpliwości, że zamawiający powinien niezwłocznie zawiadomić wykonawcę o dokonanych w ofercie poprawkach. Jednocześnie Izba musi stwierdzić, że jeżeli w prowadzeniu procedury nie ma przerwy w działaniach zamawiającego i na przykład na jednym posiedzeniu komisji przetargowej zamawiającego są dokonywane poprawki w ofertach zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 lub 2 Pzp i wybranie najkorzystniejszej oferty zamawiający może zawiadomić o poprawie ofert i o wyborze najkorzystniejszej oferty w tym samym piśmie. Jest to zależne od każdorazowej konkretnej sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie wykazał, że między czynnością dokonania poprawek, a momentem wystosowania zawiadomienia o efektach tej czynności upłynął czas niemieszczący się w ustawowej niezwłoczności zawiadomienia. Izba zaznacza, że rozważania te nie odnoszą się do nierozpoznawanego w tej procedurze przypadku określonego w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu trzeciego – zaniechania niezwłocznego zawiadomienia odwołującego o dokonaniu poprawek w ofercie odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

69. Sygn. akt: KIO 994/16, KIO 1020/16, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r.

Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie, ani też ich istotność. Przykładowo, sumowanie poszczególnych wycenionych przez wykonawcę pozycji kosztorysu jest nieprawidłowością mającą charakter oczywistej omyłki – niezamierzonego działania ze strony wykonawcy, co nasuwało się automatycznie, samodzielnie, przez analizę samej oferty, bez konieczności wyjaśniania tego przez wykonawcę i stanowiło oczywistą omyłkę rachunkową. W doktrynie, jak i orzecznictwie podkreśla się, że omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego. (...)

Odnosząc powyższe do przedmiotu oceny, Izba wskazuje, że poprawienie ceny w ofercie X, to poprawienie ewidentnej oczywistej omyłki rachunkowej powstałej w wyniku sumowania pozycji tabeli elementów scalonych. Podwójne wliczenie do ceny oferty kwoty dotyczącej tej samej pozycji, wymaga poprawienia ceny oferty jako oczywistej omyłki rachunkowej bez względu na charakter wynagrodzenia.

70. Sygn. akt: KIO 1177/16, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2016 r.

W ocenie Izby bez względu na wyjaśnienia przystępującego na rozprawie co do okoliczności powstania omyłek, omyłki rachunkowe mogą mieć miejsce zarówno przy ręcznym liczeniu jak i przy automatycznym liczeniu. Instytucja poprawiania omyłek rachunkowych funkcyj-

je bez względu na aprobatę czy brak aprobaty takich poprawek po stronie wykonawcy. Z kolei zamawiający jak już wyżej Izba zauważyła ma obowiązek a nie prawo poprawek i to z konsekwencjami rachunkowymi dokonanych poprawek.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

71. Sygn. akt: KIO 749/16, Wyrok KIO z dnia 23 maja 2016 r.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Z przepisem tym koresponduje przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Stąd też, jeżeli możliwym jest poprawienie treści oferty w sposób odpowiadający przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający nie może odrzucić takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu uznać należy, iż warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, że elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Istotnym jest, aby były one wynikiem omyłki, a ich poprawienie nie powodowało istotnych zmian w treści oferty. Należy przy tym jednakże podkreślić, iż dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty.

72. Sygn. akt: KIO 756/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r.

Spór pomiędzy stronami sprowadza się w tym przypadku do prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy i poprawienia powyższej niezgodności treści oferty z SIWZ przez wpisanie w pozycji niewypełnionej, kwoty 9,98 zł.

Izba potwierdza prawidłowość powyższej czynności zamawiającego. Pomińnięcie wyceny wskazanej pozycji było ewidentną omyłką Wykonawcy, a jej poprawienie nie stanowiło istotnej zmiany treści oferty. Omyłka i jej poprawienie sprowadzało się w tym przypadku do tego, że niewielka zakresowo i wartościowo część usług objętych ofertą, nie została w niej wyceniona, a po dokonanej poprawce wyceniona już jest. Przy czym bez znaczenia dla powyższej oceny pozostaje okoliczność kwalifikacji charakteru wynagrodzenia przewidywanego w przedmiotowej umowie w sprawie zamówienia. Zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego ustalanego na podstawie obmiaru za faktycznie wykonane usługi, jak też stałego ryczałtu za określony zakres/okres usług bez obliczania rzeczywistego wykonanego zakresu usług, zmiana tego typu została uznana za nieistotną na tle całości oferty.

73. Sygn. akt: KIO 836/16, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r.

Na uwagę zasługuje fakt, że dla wystąpienia podstaw do dokonania przez zamawiającego poprawek w ofercie wykonawcy z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, konieczne jest zatem stwierdzenie, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; że dostrzeżone niezgodności mają charakter omyłek; wreszcie – że nie powodują one istotnych zmian w treści oferty (ich poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści pierwotnego oświadczenia woli zawartego w ofercie). Jednocześnie w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że rzeczywiście w ofercie odwołującego w wymienionych przez zamawiającego siedmiu pozycjach kosztorysów nie wskazano cen jednostkowych w odniesieniu do robót dotyczących pracy

rusztowań. Uszło jednak uwadze zamawiającego, że ceny te zostały podane w innym miejscu tych samych kosztorysów. (...)

Izba stwierdziła, że poprawa oferty odwołującego nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty zarówno w aspekcie ilościowym, jak i finansowym. Poprawa omyłek w kosztorysie dotyczącym segmentu „A i F” dotknęłaby 2 ze 136 pozycji, w kosztorysie dot. segmentu „B” – 1 ze 125 pozycji, w kosztorysie dot. segmentu „C i E” – 2 ze 123 pozycji, w kosztorysie dot. segmentu „E” – 1 z 96 pozycji, w kosztorysie dot. segmentu „ROS” – 1 ze 101 pozycji. Również w aspekcie finansowym zmiana będzie miała charakter nieistotny. Jak to wynika z treści odwołania, poprawy spowodują zmianę ceny ofertowej rzędu niewiele ponad dziesiętą część procenta. Taka poprawa z pewnością nie spowoduje zmiany treści oświadczenia woli odwołującego, jakim jest oferta, w sposób znaczący. Wręcz przeciwnie, można uznać, że będzie miała charakter marginalny. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że spełnione zostały wszystkie przesłanki obligujące zamawiającego do poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie.

74. Sygn. akt: KIO 1037/16, Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2016 r.

(...) skład orzekający Izby podziela wyrażone uprzednio w uzasadnieniu wyroku Izby z 24 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 453/14) stanowisko, że tryb przewidziany w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie znajduje zastosowania w odniesieniu do niezgodności oferty z ustawą pzp. Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp nie doznaje wyjątku, jak w przypadku niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż jedynie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Również z tego ostatniego przepisu wprost wynika, że dotyczy wyłącznie poprawiania w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, a nie z ustawą. Nie ma zatem możliwości poprawienia w tym trybie oferty naruszającej zakaz wynikający z art. 101 ust. 3 pzp, tak aby nie była mniej korzystna niż oferta złożona w postępowaniu na zawarcie umowy ramowej. (...)

Odwołujący zdaje się również nie dostrzegać, że sugerowana przez niego niezgodność z treścią s.i.w.z. dotyczyłaby nie tyle s.i.w.z. aktualnie prowadzonego postępowania, w którym złożył odwołanie, ale s.i.w.z. na zawarcie umowy ramowej, a więc innego postępowania. Przede wszystkim jednak podwyższenie ceny jednostkowej naruszało warunki umowy ramowej zawartej przez Odwołującego z Zamawiającym, co przekreśla możliwość rozpatrywania go w płaszczyźnie niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Z kolei sugerowany przez Odwołującego sposób poprawienia nie jest wcale oczywisty, gdyż z porównania cen jednostkowych w obu jego ofertach wynika, że zmieniał ceny jednostkowe w stosunku do tych z umowy ramowej. Dla ustalenia wysokości tej ceny konieczne byłoby zatem przeprowadzenie pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dodatkowych negocjacji, co jest niedopuszczalne na mocy art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp.

75. Sygn. akt: KIO 1095/16, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2016 r.

Bezspornym jest, iż Odwołujący w Formularzu „Jakość” nie wskazał czasu wykonania usługi „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów (...)”. W ocenie Izby powyższy element nie tylko stanowił informację niezbędną do przyznania punktacji w kryterium oceny ofert, ale także informację która miała zostać przeniesiona do umowy zawieranej z Wykonawcą jako jeden z istotnych jej elementów. Brak powyższej informacji – co słusznie zauważył Zamawiający – stanowiłoby istotny brak co do zakresu świadczenia przedmiotowej usługi. Wobec powyższego zgodzić należy się z Zamawiającym, iż owy brak mógł tylko stanowić podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. (...)

W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, iż w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z omyłką z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga, iż pozycja „Aktywacja usług dodatkowych dla numerów (...)” stanowiła kryterium oceny ofert (jej podkryterium), którego wyjaśnienie po otwarciu ofert mogłoby być uznane za niedozwolone negocjacje i próba manipulacji przyznaną punktacją znaną wykonawcom po otwarciu ofert – co w ocenie Izby jest niedopuszczalne. Po drugie nie można uznać, że brak tej informacji był inną omyłką z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Zamawiający zaś zobowiązany był do wpisania wartości „8” przy pozycji „Aktywacji usług dodatkowych dla numerów (...)”.

76. Sygn. akt: KIO 1286/16, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2016 r.

(...) konieczne stało się doprowadzenie do zgodności treści oferty wybranej z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, którego zastosowanie jest w tym przypadku jak najbardziej możliwe, a tym samym obligatoryjne.

Co do wypełniania w tym przypadku przesłanek ww. przepisu Izba wskazuje, co następuje. W kwestii ustalenia, czy stwierdzona niezgodność była omyłką wykonawcy, należy wskazać, że odwołujący nazbyt eksponuje tu „psychologiczno-detektywistyczną” wykładnię tego pojęcia. Jeżeli Konsorcjum X twierdzi, że dana niezgodność treści oferty z SIWZ była omyłką, to należy przyjąć, że tak jest. Również twierdzenie, że oferta jest w tym zakresie zgodna z SIWZ jest „omyłką” co do znaczenia treści SIWZ, a tym samym „omyłką” w ofercie. I nie zachodzą żadne sprzeczności logiczne w wariantowym stanowisku procesowym, według którego oferta jest zgodna z SIWZ, a w przypadku uznania, że jednak jest niezgodna, to należy ją poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Omyłka w ofercie polegająca na niezgodności tej oferty z SIWZ, może powstać zarówno przez niedbalstwo czy lekkomyślność przy sporządzaniu oferty, jak też być wynikiem niezrozumienia lub przeoczenia wymagań SIWZ, co do opisu przedmiotu zamówienia czy sposobu sporządzenia oferty. Ostateczną weryfikacją „intencji” wykonawcy w tym zakresie będzie wyrażenie zgody na dokonane przez zamawiającego poprawienie oferty lub jej odmowa. Niezależnie od intencji wykonawcy i genezy powstania omyłki, główną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty jest zakres i rodzaj tej poprawki – w przypadku gdy poprawienie oferty i doprowadzenie do jej zgodności z SIWZ będzie pociągało za sobą nazbyt istotne zmiany w treści oferty, nie będzie to możliwe.

Biorąc pod uwagę możliwość stosowania przez wykonawców i wyboru różnych kolorów i wpisywania ich nieograniczonej ilości do formularza ofertowego, nie sposób uznać informacji na temat jednego z trzech kolorów za szczególnie istotny element oferty, a jego wykreślenia za istotną zmianę tej treści. Nakazany sposób poprawienia oferty był w tym przypadku prosty, naturalny, oczywisty i samonarzucający.

77. Sygn. akt: KIO 1297/16, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r.

Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Z przepisem tym koresponduje przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Stąd też, jeżeli możliwym jest poprawienie treści oferty w sposób odpowiadający przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający nie może odrzucić takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu uznać należy, iż warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, że elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Ponadto z ich omyłkowego (odmiennego) określenia musi wynikać, że wykonawca oferuje inny zakres świadczenia, niż przewidziany w SIWZ, czy choćby np. w koszty-

rysie ofertowym zastosowana została inna jednostka miary niż ta, która została określona przez Zamawiającego w SIWZ. Należy także wskazać, iż dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą stanowić zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów.

Istotnym w kontekście powołanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest też to, że stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność w treści oferty z treścią SIWZ musi być wynikiem omyłki Wykonawcy. Niezgodność ta nie może wynikać ze świadomego działania Wykonawcy – w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym powołanym przepisem ustawy Pzp. Fakt, że Wykonawca świadomie sformułował treść oferty w określonym zakresie wyłącza możliwość uznania zaistniałej w ten sposób niezgodności za będącą wynikiem omyłki.

Art. 89 ust. 1 pkt 1

78. Sygn. akt: KIO 1037/16, Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2016 r.

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

Zdaniem Izby punktem wyjścia dla interpretacji art. 101 ust. 3 pzp jest zawarta w art. 2 pkt 9a pzp definicja umowy ramowej. Zgodnie z nią przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Wynika z tego, że ustalone w umowie ramowej warunki realizacji zamówień, które mają być udzielone w przyszłości, takie jak np. ceny, należą do przedmiotowo istotnych elementów treści tej umowy. Dalsze przepisy ustawy pzp dotyczące umowy ramowej wprowadzają regułę, że raz ustalone w niej warunki realizacji przyszłych zamówień nie mogą ulec pogorszeniu na etapie udzielania konkretnych zamówień częściowych aż do zakończenia obowiązywania umowy ramowej. I tak w odniesieniu do umowy ramowej zawartej z jednym wykonawcą w art. 101 ust. 1 pkt 1 pzp wprost wskazano, że zamówienie nie może być udzielone na warunkach mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej. Z kolei przy umowie ramowej zawartej z wieloma wykonawcami art. 101 ust. 3 pzp zastrzega, że oferta składana przez wykonawcę nie może być mniej korzystna od oferty złożonej przez niego uprzednio w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Zdaniem składu orzekającego Izby również w tym drugim przypadku celem zakazu jest uniemożliwienie udzielenia zamówienia na mniej korzystnych warunkach niż ustalone uprzednio w umowie ramowej. Jeżeli umowa ramowa określa przewidywany zakres ilościowy, który łącznie może być przedmiotem zamówień udzielanych w okresie jej obowiązywania, takim warunkiem może być również określenie maksymalnej ceny jednostkowej, niezależnie od ilości objętej danym postępowaniem częściowym.

Przenosząc powyższe na grunt tej sprawy należy stwierdzić, że na mocy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym umowy ramowej określone w niej ceny jednostkowe za

dostawę poszczególnych rodzajów mieszanek mineralno-asfaltowych, czyli stawki podane w formularzu cenowym oferty mają charakter cen maksymalnych. Ponadto w umowie ramowej wprost i jednoznacznie określono, że podwyższenie na etapie udzielania zamówień choćby jednej ceny jednostkowej jest równoznaczne ze złożeniem oferty na mniej korzystnych warunkach niż oferta, która była podstawą zawarcia umowy ramowej. Skoro Odwołujący w ofercie ostatecznej podwyższył cenę jednostkową za dostawę jednego z rodzajów mieszanek objętych aktualnie udzielanym zamówieniem w stosunku do uprzednio złożonej oferty, zaferował w tym zakresie mniej korzystne warunki niż ustalone w umowie ramowej, którą zawarł z Zamawiającym, a tym samym Odwołujący naruszył art. 101 ust. 3 pzp.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

79. Sygn. akt: KIO 828/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r.

Skład orzekający potwierdza oczywisty brak w formularzu ofertowym wymaganej informacji o okresie wyrażonym w latach, udzielanej gwarancji i serwisie gwarancyjnym dostarczonych pojazdów. Również analiza pozostałej treści oferty nie pozwala stwierdzić, jaką liczbę lat gwarancji przewiduje udzielić wykonawca w ramach umowy, którą zamierza zawrzeć z zamawiającym. Należy w tym miejscu zauważyć, że wymogi postawione przez zamawiającego dotyczą gwarancji udzielanej przez wykonawcę składającego ofertę (dostawcę pojazdów) w postępowaniu, nie zaś ich producenta. Nie ma w związku z tym podstaw do utożsamiania zasad gwarancji deklarowanych przez producenta z oświadczeniem składanym przez wykonawcę umowy dostawy. Można zresztą zauważyć, że żadne informacje o gwarancji producenta również w ofercie nie zostały przedstawione. Z powyższego wynika, że wykonawca nie określił okresu udzielonej gwarancji, stanowiącego istotny element oferty wymagany treścią siwz, a zatem należy uznać, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Wskazany brak w ofercie, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie może być uznany za omyłkę, która podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

80. Sygn. akt: KIO 830/16, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, w której jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Na gruncie Prawa zamówień publicznych nie zdefiniowano pojęcia oferty, a zatem mając na uwadze przepis art. 14 ustawy Pzp należy odwołać się do odpowiednich przepisów k.c.

Art. 66 § 1 i 2 w zw. z art. 71 k.c. pozwala sformułować syntetyczną definicję oferty, w myśl której jest to skierowana do adresata, stanowcza propozycja zawarcia umowy określonej treści. Do elementów definicyjnych należą tu zatem:

- 1) minimum treściowe oferty, którym jest wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy;
- 2) stanowczy charakter propozycji oferenta;
- 3) skierowanie do adresata.

Na minimum treściowe oferty składa się wskazanie istotnych postanowień proponowanej umowy. W przypadku umów nazwanych, zawieranych w trybie ofertowym, musi dojść do określenia co najmniej składników przedmiotowo istotnych (tzw. *essentialia negotii*), które determinują typ czynności prawnej. Natomiast w przypadku umów nienazwanych lub mieszanych, gdzie katalog takich składników trudno z góry określić, należy przyjąć ujęcie bardziej uniwersalne, zgodnie z którym istotne postanowienia umowy to te, które stanowią konieczne, a przy tym charakterystyczne elementy danego stosunku prawnego i które pozwalają na jego zaistnienie w obrocie. Dla ich określenia w literaturze używa się niekiedy terminu *essentialia contractus*.

Analiza powołanych przepisów, zdaniem Izby, pozwala na stwierdzenie, że na treść oferty nie składa się wyłącznie określenie przedmiotu świadczenia, ale również ceny. Biorąc powyższe pod uwagę oraz mając na względzie przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy dojść do przekonania, że sporządzenie oferty niezgodnie z wymaganiami SIWZ, odnoszącymi się zarówno do zakresu zobowiązania i ceny winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy.

81. Sygn. akt: KIO 856/16, KIO 860/16, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 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.

82. Sygn. akt: KIO 923/16, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2016 r.

Brak podziału kosztorysu ofertowego na etapy powoduje wyłącznie formalną niezgodność treści oferty z SIWZ, co nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślić należy, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w rozumieniu ww. przepisu – wówczas, gdy nie odpowiada wymogom merytorycznym określonym w SIWZ, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Podkreślić należy również fakt, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, w jaki sposób należy zaprezentować w ofercie dane dotyczące podziału kosztorysu na etapy. Oznacza to, że wykonawcy mogli zaprezentować te dane w wybrany przez siebie sposób. Jakikolwiek zatem sposób prezentacji tych danych był dopuszczalny. Przy prawidłowo sporządzonym kosztorysie ofertowym załączenie dodatkowej informacji obejmującej te same dane, tylko w innym układzie nie ma istotnego znaczenia dla treści oferty.

83. Sygn. akt: KIO 1591/16, Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r.

Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty, o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności

oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez X brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniami jakie złożył wykonawca a wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Podkreślić również należy, że w realiach rozpoznawanej sprawy Izba nie dokonuje oceny dopuszczalności czy też zgodności wskazanych w ofertach wyrobów medycznych z przepisami prawa regulującymi tą problematykę lecz dokonuje oceny zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazanych w ukształtowanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia.

84. Sygn. akt: KIO 1130/16, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r.

Ogólnie wskazać tu należy, podzielając 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. 701 § 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 warun-

ków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.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.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. w sytuacji, gdy s.i.w.z. nie zawiera określeń lub definicji, względem których rzekoma niezgodność miałaby zaistnieć, jak również nie istnieją powszechnie obowiązujące definicje, do których s.i.w.z. mogłaby się odnosić. Podstawą do takiego rozstrzygnięcia nie może być również potoczne rozumienie danego pojęcia w sytuacji, gdy – jak wynika z przebiegu rozprawy – w obrocie funkcjonują również inne rozumienia terminu „obszar roboczy”.

85. Sygn. akt: KIO 1286/16, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2016 r.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są 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, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

Reasumując powyższe, można generalnie przyjąć, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie oraz podania wszystkich wymaganych informacji z nim związanych (nawet przy jego rzeczywistej materialnej zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego). Natomiast zastosowanie ww. przepisu jest możliwe jedynie w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z treścią SIWZ (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem generalnego zakazu zmian w jej treści wynikającym ze zdania drugiego tego przepisu) lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

86. Sygn. akt: KIO 1276/16, Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2016 r.

W świetle obowiązujących przepisów i orzecznictwa, treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Potwierdzeniu zgodności treści oferty z treścią SIWZ służą wymagane dokumenty tzw. przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zarówno

folder, jak i zdjęcia stanowią dokumenty podlegające uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia takich dokumentów, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Powyższe przesądza o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp. Zarzut niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ w zakresie omówionych powyżej wymagań został postawiony przez Zamawiającego przedwcześnie, gdyż Zamawiający nie wykorzystał procedury wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w sytuacji gdy był do tego zobowiązany. Wobec powyższego, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust. 3 Pzp, przy badaniu i ocenie oferty Odwołującego.

87. Sygn. akt: KIO 1394/16, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2016 r.

W Załączniku nr 2 do SIWZ – Wzór Umowy – w Warunkach Szczególnych Kontraktu w klauzuli 4.4 zamawiający zawarł następujące postanowienie: „Wykonawca nie podzleci całości Robót” (...).

Odwołujący w Formularzu Oferty w pkt 11 zawarł jednoznaczne oświadczenie stwierdzając, iż następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom – „Wszystkie roboty z wyłączeniem koordynacji i kierowania robotami w ramach generalnego wykonawstwa”.

Użyte przez odwołującego słowo „wszystkie” jest jednoznaczne i w sposób oczywisty wyraża zamiar odwołującego. Argumentacja odwołującego podnoszona zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie nie zasługuje w tym zakresie na uwzględnienie. Z przedmiotowego bowiem oświadczenia nie sposób wywodzić jakichkolwiek innych wniosków, aniżeli takich, iż wykonawca zamierzał wszystkie roboty powierzyć podwykonawcom, za wyjątkiem koordynacji i kierowania tymi robotami.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał, że słownik języka polskiego PWN definiuje koordynację jako „organizowanie działań wykonywanych wspólnie przez wiele osób”, zaś kierowanie jako „zarządzanie kimś, czymś, stanie na czele czegoś lub wskazywanie komuś sposobu postępowania”. Stwierdził ponadto, iż w przypadku posługiwania się przez wykonawców pojęciami nieużywanymi przez zamawiającego w SIWZ należy przyjąć powszechne rozumienie danego pojęcia, chyba że wykonawca odmiennie zdefiniował je w treści oferty. Nie sposób nie zgodzić się z przywołanym stanowiskiem zamawiającego. Z oświadczenia odwołującego o treści, że zamierza wszystkie roboty powierzyć podwykonawcom, za wyjątkiem koordynacji i kierowania tymi robotami, nie wynika, że miałby on wykonywać inne czynności, aniżeli czynności o charakterze organizującym i zarządzającym, a na pewno nie wynika, że zamierza wykonywać osobiście roboty budowlane w ścisłym tego słowa znaczeniu rozumieniu, których zresztą definicję określa klauzula 1.1.5.8 Warunków Szczególnych Kontraktu. Argumentacja odwołującego, iż pod pojęciem koordynacji rozumiał również wykonanie pewnych robót budowlanych nie wynika w ogóle ze złożonego przez niego oświadczenia. Oferta handlowa kontrahenta, na którą powołuje się odwołujący, nie była załączona do oferty. To, że kontrahent zawarł stwierdzenie, iż cena nie obejmuje pełnej koordynacji prac rozumianej jako wykonanie pewnego rodzaju robót, w tym m.in.: w zakresie tyczenia trasy przewiertów, przygotowania komór startowych i odbiorczych geologicznych, inwentaryzacji infrastruktury podziemnej itd., nie oznacza, że w tym kontekście również zamawiający powinien interpretować oświadczenie odwołującego. Trudno bowiem wymagać od zamawiającego, aby powziął w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości co do znaczenia oświadczenia złożonego przez wykonawcę, brzmiącego przecież w sposób jednoznaczny, i wzywał go do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji gdy treść złożonej oferty nie wskazywała na możliwość jakiegokolwiek innego rozumienia złożonego oświadczenia. Wobec brzmienia klauzuli 4.4 Warunków Szczególnych Kontraktu, zawartych we Wzorze

Umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ (a zatem stanowiącym jej integralną część), iż: „Wykonawca nie podzleci całości Robót” oraz wobec definicji tychże Robót zawartej w klauzuli 1.1.5.8, zamawiający słusznie uznał, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

88. Sygn. akt: KIO 1423/16, Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r.

Zamawiający w oparciu o treść kart katalogowych – i jak twierdzi – doświadczenia personelu medycznego – podjął próbę ustalenia nazw handlowych i nr katalogowych elementów pakietów, które miały być niezbędne do wykonania zabiegów określonych w SIWZ. Jednakże odwołujący w piśmie z 24 czerwca 2016 r. przedstawił własny, w wielu miejscach znacząco odmienny, sposób poprawienia brakujących danych. (...)

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że niezgodność oferty odwołującego z treścią SIWZ nie podlegała poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zaś oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby, do powyższych wniosków zamawiający – w okolicznościach danej sprawy – powinien dojść najpóźniej po otrzymaniu pisma odwołującego z 24 czerwca 2016 r. Już w tym momencie zamawiający powinien stwierdzić, że istnieje wiele sposobów poprawienia niezgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ. Wybieranie przez zamawiającego z wielu możliwych sposobów oznaczałoby zaś zaangażowanie się w niedopuszczalne negocjacje co do oferty. Jak słusznie dostrzegł zamawiający w swym rozstrzygnięciu, powyższe naruszałoby naczelną zasadę postępowania wynikającą z art. 7 ustawy Pzp.

89. Sygn. akt: KIO 1434/16, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r.

Izba także prezentuje pogląd, że oferta mogłaby zostać uznana za niezgodną ze specyfikacją wyłącznie w przypadkach, gdy z jej treści wynikałoby, że nie obejmuje zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób, czy termin wykonania tych prac, nie odpowiada wymaganemu w specyfikacji. Także zdaniem Izby, dla oceny kwestionowanych ofert, domniemane uchybienia przy ustaleniu jednostkowych cen poszczególnych pozycji kosztorysowych nie mogą powodować odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia – jak już wskazywano – nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Takie okoliczności nie zostały w niniejszej sprawie wykazane.

90. Sygn. akt: KIO 1613/16, Wyrok KIO z dnia 7 września 2016 r.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych odrzuca się ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Niezgodność pomiędzy treścią SIWZ a treścią oferty musi być istotna, musi dotyczyć zakresu świadczenia i sposobu jego realizacji. Przyczyna odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych musi tkwić w treści oferty w ścisłym rozumieniu, a nie w zewnętrznej formie (wyglądzie) oferty.

Niewątpliwie formularz ofertowy złożony przez Odwołującego różnił się od wzoru zamieszczonego przez Zamawiającego jako załącznik do SIWZ. Jednak w ocenie Izby różnica ta nie może decydować, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ. Różnica sprowadza się do tego, że Odwołujący podał dwie stawki roboczogodziny jednego pracownika wykonawcy, jednak stawki te nie są podane w sposób alternatywny czy wariantowy – a obowiązują w określonym czasie. Podwyższenie stawki roboczogodziny Odwołujący uzasadniał zmianą wynagrodzenia minimalnego od dnia 1 stycznia 2017 r., czemu trudno zaprzeczać. Stawki za

poszczególne czynności nie były kryterium oceny ofert. Będą podstawą comiesięcznych rozliczeń, ale w ocenie Izby nic nie stoi na przeszkodzie, aby do umowy wpisać dwie stawki roboczogodziny, ze wskazaniem okresu, w którym każda z nich będzie obowiązywała. Rzeczywiście będzie to oznaczało modyfikację projektu umowy, bowiem będzie należało w miejsce dla jednej stawki roboczogodziny wpisać dwie stawki, jednak nie ma to wpływu na realizację umowy i sposób rozliczeń. Strony będą się rozliczały na podstawie miesięcznych faktur, opartych „na ilości faktycznie przepracowanych roboczogodzin w pełnym cyklu miesięcznym, pomnożonych przez stawki za poszczególne elementy realizacji przedmiotu zamówienia”, a z umowy, w ślad za ofertą Odwołującego, będzie wynikało, jaka stawka roboczogodziny obowiązuje w danym miesiącu.

Trudno dopatrzeć się w akceptacji dwóch stawek zaoferowanych przez Odwołującego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, czy przejawów negatywnej „inżynierii cenowej”. Zamawiający nie podnosił, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny. Izba nie stwierdziła także, że oferta Odwołującego jest nieporównywalna z innymi ofertami z powodu podania dwóch stawek za roboczogodzinę. Zamawiający oceniając oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert opisanymi w SIWZ, porównywał ceny łączne; uszczegółowienie oferty przez podanie stawek obowiązujących w określonym czasie nie uzasadnia odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

91. Sygn. akt: KIO 1609/16, KIO 1615/16, Wyrok KIO z dnia 12 września 2016 r.

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

Wprowadzenie powołanego przepisu miało na celu umożliwienie brania pod uwagę w postępowaniu o zamówienie publiczne ofert obciążonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu, niezgodnie z intencją, oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego zdaje się wynikać ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. (...)

Jednocześnie Izba uznaje za trafne stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że „omyłka rachunkowa w ofercie występuje w sytuacji, gdy wykonawca w sposób niezamierzony, niechcący, wskutek pomylenia się, przedstawia błędny wynik działań arytmetycznych” (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2016 r., sygn. akt: 124/16), a także, iż „błąd w postaci omyłki rachunkowej musi polegać na błędnym wyliczeniu – na podstawie danych wyjściowych, bezspornych – przyjętych przez zamawiającego, tak aby można było bezsprzecznie stwierdzić niezmiennosc danych i dokonać właściwego poprawienia takiej omyłki” (wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2834/15).

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że jakkolwiek kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy wskazana w ofercie Odwołującego nie odpowiada poziomowi zabezpieczenia, wymaganego przez Zamawiającego, to w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy należy tę wadliwość kwalifikować jak oczywistą omyłkę rachunkową. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia fakt, że rzeczona kwota jest wynikiem błędnego działania arytmetycznego wykonanego przez Odwołującego i nie powinno to budzić żadnych wątpliwości. Jeśli bowiem w treści oferty Wykonawca miał zadeklarować kwotę rzeczonego zabezpieczenia w wysokości 10% wartości ceny oferty, to jasnym jest, że nieprawidłowe wskazanie tej kwoty stanowi efekt obciążonych błędem działań matematycznych. Jednocześnie kwestionowana wartość zabezpieczenia odpowiada 1% zamiast

10% ceny oferty, co utwierdza w przekonaniu, że jest ona wynikiem pomyłki popełnionej przez Odwołującego, bowiem pozostaje w korelacji z ceną oferty. Powyższe oznacza, że Odwołujący prawidłowo zrozumiał i zastosował, skądinąd prosty mechanizm wskazany przez Zamawiającego, aby wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy stanowiła określony procent ceny oferty. Odwołujący nie podołał jedynie właściwemu obliczeniu wymaganej kwoty.

Jednocześnie należy przyjąć, że sam fakt popełnienia omyłki nie powinien budzić wątpliwości, bowiem nie sposób wykonawcy, który chce uzyskać zamówienie przypisać intencjonalne działanie w istocie na swoją niekorzyść. Z pewnością nie jest więc tak, że Odwołujący podając kwotę zabezpieczenia działał rozmyślnie, bo to przeczyłoby racjonalności Wykonawcy, czego nie da się uzasadnić. Natomiast za tym, że omyłka ma charakter oczywisty przemawia okoliczność, iż na pierwszy rzut oka widać, iż zamiast mnożnika 10% przyjęto 1%, co szczególnie wyraźnie obrazuje i eksponuje popełnioną omyłkę. W tych okolicznościach, w ocenie Izby, charakter popełnionej omyłki (rachunkowa) oraz jej oczywistość nie powinny budzić wątpliwości, a zatem zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za słuszny.

92. Sygn. akt: KIO 1619/16, Wyrok KIO z dnia 15 września 2016 r.

W zakresie odnoszącym się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 87 ust. 1 w związku z art. 131u ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie wykazu podmiotów, które nie mogą stać się podwykonawcami składanego na podstawie art. 131u ust. 1 i 2 w związku z art. 131m ustawy Pzp Izba wskazuje, iż instytucja obligująca wykonawców do złożenia takiego wykazu i jego aktualizowania nie stanowi samodzielnego wymogu w ramach postępowania w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. W tym zakresie Izba w niniejszym składzie w całej rozciągłości podzieliła argumentację zaprezentowaną na rozprawie i w pismach procesowych przez Przystępującego oraz Zamawiającego. Argumenty w powyższym zakresie były również podnoszone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 12.08.2016 r.

W tym zakresie Izba pragnie wskazać, iż po pierwsze Zamawiający nie formułując, co było niesporne pomiędzy stronami, wymogu w oparciu o art. 131m ustawy 1 ustawy Pzp zobowiązującego wykonawców do zawarcia umów o podwykonawstwo nie miał prawnych podstaw do żądania w tym zakresie złożenia i aktualizowania wykazu na zasadzie ujętej w treści przepisu art. 131u ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby powyższa konkluzja jasno wynika, zarówno z systemowej, jak również celowościowej wykładni przepisów odnoszących się do podwykonawstwa ujętych w Rozdziale 4a ustawy Pzp zatytułowanym „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”. Analogiczne wnioski pozwala również wyciągnąć analiza przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zmieniającej dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 2016 z 20 sierpnia 2009 r., str. 76 z późn. zm.), w szczególności jej art. 50 w zw. z art. 21 ust. 3 i 4, z których jednoznacznie wynika, że obowiązek złożenia wykazu podmiotów, które nie mogą być podwykonawcami, materializuje się wówczas, gdy podmiot zamawiający nałoży w ramach konkretnego postępowania na wykonawców obowiązek zaangażowania podwykonawców, gdyż złożenie tego wykazu jest ściśle powiązane z ww. obowiązkiem. Celem żądania złożenia takiego wykazu jest bowiem możliwość ustalenia, na każdym etapie postępowania oraz na każdym etapie realizacji zamówienia, które podmioty, w związku z zobowiązaniem wykonawcy do zawarcia umów o podwykonawstwo, nie mogą zostać uznane za podmioty trzecie wobec wykonawcy ze względu na istniejącą powiązania, które zdefiniowane zostały w treści art. 131u ust. 1 ustawy Pzp, i tym samym, celem złożenia tego wykazu jest zapewnienie realności podzlecenia części zamówienia, która to możliwość została przyznana

podmiotom zamawiającym, aby zapewnić realizację założeń określonych przez unijnego ustawodawcę zmierzających do wspierania małych i średnich przedsiębiorstw. Taki wniosek wysuwa się również w wyniku analizy art. 50 ust. 2 Dyrektywy 2009/81/WE. Tym samym złożenie wykazu nie ma charakter bezwarunkowego i samodzielniego, gdyż pełni ono określony cel, którego istnienie można w sposób łatwy ustalić dokonując systemowej i celowościowej wykładni art. 131u ust. 1 i 2 w zw. z art. 131m ust. 1, art. 131m ust. 5 i 6 oraz art. 131n ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do żądania powyższego wykazu na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia – a tym samym nie sposób uznać, iż jego brak lub wadliwość mogły stanowić podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego. Tym samym Izba uznał, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

93. Sygn. akt: KIO 1723/16, Wyrok KIO z dnia 29 września 2016 r.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem II SIWZ (Informacje ogólne, tryb udzielenia zamówienia) ppkt 4 Wykonawca zobowiązany jest do złożenia jako elementu oferty oświadczenia producenta lub autoryzowanego przedstawiciela producenta oferowanych urządzeń, o przejściu na siebie w okresie gwarancji (zgodnym z zaoferowanym okresem gwarancji) wszelkich zobowiązań związanych z serwisem gwarancyjnym, w przypadku zaprzestania działalności przez Wykonawcę lub wskazany w Formularzu ofertowym podmiot świadczący serwis gwarancyjny.

Odwołujący nie przedłożył wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w punkcie II.4 SIWZ (okoliczność bezsporna). W dniu 8 września 2016 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Zamawiający podał: Wykonawca nie załączył wymaganego oświadczenia do oferty. Mając na uwadze, iż przedmiotowe oświadczenie stanowi treść oferty, dokument nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. W świetle wymagania określonego w SIWZ, bez względu na status Wykonawcy, oświadczenie takie winno być złożone wraz z ofertą, a zatem należy stwierdzić, że Zamawiający nie jest również uprawniony do wyjaśnienia powodów niezłożenia wymaganego dokumentu, bowiem działanie takie byłoby niezgodne z postanowieniami art. 87 ust. 1 ustawy.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, biorąc bowiem pod uwagę fakt, że Odwołujący jest autoryzowanym przedstawicielem producenta oferowanych urządzeń brak jest podstaw do stwierdzenia, że jego oferta była niezgodna z treścią SIWZ.

Po pierwsze podkreślić należy, że okolicznością uzasadniającą odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest wyłącznie merytoryczna niezgodność treści oferty z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w SIWZ. W niniejszej sprawie Zamawiający nie określił w SIWZ żadnych szczególnych postanowień dotyczących obowiązku złożenia oświadczenia o przejściu zobowiązań związanych z serwisem gwarancyjnym w sytuacji, gdy ofertę składa producent lub autoryzowany przedstawiciel producenta sprzętu. Zamawiający nie mógł więc na etapie badania i oceny oferty oczekiwać innego, nieokreślonego w SIWZ, dokumentu zabezpieczającego go na wypadek zaprzestania prowadzenia działalności przez wykonawcę będącego jednocześnie autoryzowanym przedstawicielem producenta. Jednocześnie Zamawiający nie miał podstaw oczekiwać, że taki wykonawca przedłoży oświadczenie określone w punkcie II.4 SIWZ, obowiązek określony w tym postanowieniu mógł być bowiem zrealizowany jedynie w sytuacji, gdy ofertę składa wykonawca niebędący producentem ani autoryzowanym przedstawicielem producenta urządzeń. Obowiązki nałożone na wykonawców w SIWZ należy interpretować w sposób racjonalny i logiczny, nie można ich również domniemywać i rozszerzać na sytuacje, do których nie mogą być zastosowane. Skoro oczywistym jest, że złożenie przez Odwołującego spornego oświadczenia byłoby bezprzedmiotowe i niemające żadnej wartości prawnej i faktycznej (wykonawca musiałby

oświadczyć de facto, że przejmie obowiązki od samego siebie), to nie można wymagać złożenia takiego oświadczenia tylko po to, żeby formalnie uczynić zadość postanowieniom SIWZ. Nie sposób również stwierdzić, że w takiej sytuacji istniał obowiązek złożenia oświadczenia pochodzącego bezpośrednio od producenta, stanowiłoby to nałożenie na wykonawcę obowiązku niewyrażonego w specyfikacji, co jest niedopuszczalne. Dlatego nie można podzielić stanowiska Zamawiającego wyrażonego w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że bez względu na status Wykonawcy, oświadczenie takie winno być złożone wraz z ofertą. Stanowisko to dodatkowo nie jest spójne z poglądem zaprezentowanym przez Zamawiającego podczas rozprawy, kiedy to Zamawiający stwierdził, że wystarczające byłoby, gdyby Odwołujący przedstawił dokument potwierdzający status autoryzowanego przedstawiciela producenta, bez potrzeby składania oświadczenia, o którym mowa w punkcie II.4 SIWZ. Odnosząc się do tej tezy stwierdzić należy, że jeżeli Zamawiający oczekiwał od wykonawców będących autoryzowanym przedstawicielem producenta wykazania tego faktu, powinien to przewidzieć w SIWZ. Skoro tego nie zrobił, nie może na późniejszym etapie postępowania wyciągać wobec wykonawcy tak daleko idących konsekwencji, jak odrzucenie złożonej oferty.

Art. 89 ust. 1 pkt 3

94. Sygn. akt: KIO 590/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r.

Jedyną okolicznością, na podstawie której Odwołujący formułował zarzut było podobieństwo obu ofert w części dotyczącej opisu oferowanego rozwiązania, co w świetle przedstawionej odpowiedzi producenta uprawdopodobnia wyjaśnienia X, iż opis jaki wykonawca ten uzgodnił dla przedmiotowego zamówienia zostało udostępnione bez jego wiedzy innemu podmiotowi, który złożył ofertę bazującą na tych samych urządzeniach. Sam fakt korzystania z materiałów technicznych dotyczących oferowanych urządzeń nie jest w ocenie Izby wystarczający dla uznania, iż wykonawcy działali w zмовie, uwzględniając przy tym, że obaj wykonawcy pozostawali w kontakcie z producentem urządzeń.

95. Sygn. akt: KIO 648/16, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r.

W doktrynie i orzecznictwie dotyczącym ochrony konkurencji porozumienie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik określane jest w skrócie jako tzw. zмова przetargowa. Zмова taka może mieć w szczególności charakter porozumienia horyzontalnego (poziomego), tj. zawieranego pomiędzy konkurentami. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przejawem takiego niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego (zмовы przetargowej) mogą być: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.); 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór (...).

Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zmowy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) (wyroki Izby wydane: 3 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 309/14), 23 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2851/13), 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 2865/12) i 20 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 517/13)). Sąd Najwyższy w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06) wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 kpc.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczone w orzecznictwie.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie analiza okoliczności faktycznych pozwala na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że Odwołujący oraz jego brat – wykonawca Leszek B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą X zawarli porozumienie dotyczące postępowania przetargowego, którego celem było zmuszenie Zamawiającego do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Leszka B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą X, którego oferta zawierała niższą cenę, przez niezłożenie przez powyższego wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, choć faktycznie mógł on bez trudu takie wyjaśnienia złożyć, co miało doprowadzić do wyboru oferty droższej złożonej przez jego brata, tj. Odwołującego. Zachodzące pomiędzy Odwołującym a wykonawcą Leszkiem B. powiązania rodzinne, przyznana podczas rozprawy wieloletnia współpraca przy ubieganiu się o udzielenie zamówień publicznych przejawiająca się m.in. w udostępnianiu zasobów wskazują, że powyższy wniosek jest racjonalny i uzasadniony.

96. Sygn. akt: KIO 726/16, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2016 r.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania zaistnienia przesłanki działania w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co jest konieczne dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

97. Sygn. akt: KIO 830/16, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.). Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stwierdził dopuszczenie się przez Odwołującego również czynu, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Tymczasem dostrzec należy, że z wystąpieniem deliktu nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy będzie miało do czynienia w razie kumulatywnego wystąpienia następujących przesłanek:

- 1) utrudnienia dostępu do rynku, które jest realizowane przez
- 2) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu
- 3) eliminacji innych przedsiębiorców.

Dyspozycją wskazanego przepisu objęto sprzedaż *sensu largo*, w wyniku której dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Należy wyraźnie podkreślić, że owo utrudnianie musi mieć na celu eliminację innych przedsiębiorców. Jeżeli jest ono prowadzone w innym celu, to nie może być mowy o delikcie nieuczciwej konkurencji z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zatem tylko sprzedaż poniżej kosztów, która została dokonana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a nie np. w celu wejścia na rynek (tak wyrok SA w Warszawie w wyroku z dnia 10 stycznia 2008 r., sygn. akt: I ACa 231/07, Apel.-W-wa 2008, nr 4, poz. 32) może zostać zakwalifikowana jako delikt nieuczciwej konkurencji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że z uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o podaną przyczynę nie wynika, iż działanie Odwołującego wpisuje się w przytoczone wyżej przesłanki zastosowania normy prawnej, zawartej w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Samo stwierdzenie, że zaproponowanie ceny na poziomie 0,01 zł za wykonanie spornych pozycji kosztorysowych są niemożliwe do osiągnięcia nie przesądza jeszcze, że działanie to zostało podjęte z zamiarem utrudnienia dostępu do rynku w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Co więcej, Zamawiający posługując się powołaną konstatacją nie wykazał również, że samo świadczenie zostało zaoferowane poniżej kosztów wytworzenia.

98. Sygn. akt: KIO 858/16, KIO 871/16, KIO 872/16, KIO 873/16, KIO 874/16, KIO 876/16, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2016 r.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w SIWZ przewidział, iż wykonawcy mogą złożyć ofertę na maksymalnie dwie części zamówienia. Oferty wszystkich Odwołujących zostały sporządzone przez tego samego pełnomocnika – Pana Mateusza C., co niewątpliwie wynika z pełnomocnictw z dnia 10 marca 2016 r. załączonych do ofert tych wykonawców. Zatem – co nie zostało przez strony zaprzeczone – wykonawcy znali wzajemnie treść złożonych ofert. Z treści złożonych ofert wynika również, że wszyscy Odwołujący nie złożyli ofert na te same części, w żaden sposób zatem nie stanowili dla siebie wzajemnie konkurencji w tym postępowaniu. Ponadto we wszystkich ofertach określono taki sam adres korespondencyjny, tj. adres pełnomocnika Pana Mateusza C. Nie ulega również wątpliwości – na co zwrócił również uwagę Zamawiający – wszystkie złożone oferty są bardzo podobne, wręcz identyczne pod względem graficznym. Wszędzie podano te same daty potwierdzenia za zgodność z oryginałem. Wskazane okoliczności przemawiają za uznaniem, że celem tego współdziałania było porozumienia co do podziału lokalnego rynku danego zamówienia. W ocenie Izby zwłaszcza fakt tożsamości jednego pełnomocnika we wszystkich czterech ofertach w połączeniu z podobieństwami graficznymi ofert świadczy o tym, że treść tych ofert była wykonawcom znana wzajemnie. Oczywistym jest mechanizm, jaki wykonawcy przyjęli. Jak wynika z treści czterech ofert wykonawcy ci dokonali podziału zamówienia między siebie, ustalając, na które części złożą oferty w ten sposób, aby ze sobą nie konkurować. Porozumienie pomiędzy wykonawcami: Mateuszem C. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą X Mateusz C. z siedzibą w B., Łukaszem F. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Y Łukasz F. z siedzibą w K., Bogdanem P. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Z Bogdan P. z siedzibą w Ś. pozwalało na ustalenie wspólnych reguł złożenia oferty, ustalenia elementów kalkulacyjnych ofert, co sprowadza się do wypaczenia reguł konkurencji i wyczerpuje czyn kwalifikowany jako zmowa wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze zmovą w ujęciu horyzontalnym, tj. porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami – działającymi na danym rynku jako konkurenci, którzy w wyniku uzgodnień składają oferty na poszczególne części tak, aby ich oferty z sobą nie konkurowały, dzieląc między siebie przedmiot zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że zmowa przetargowa jest działaniem sprzecznym z prawem, które godzi w interes klienta – Zamawiającego, u którego zastosowany mechanizm wyłączył konkurencję rynkową. Zdaniem Izby należy jednoznacznie stwierdzić, że przetarg

o zamówienie publiczne winien być konkurencją jawną i rzeczywistą, każda pozornosc w tym zakresie niezależnie od zaistniałego skutku, wypacza zasadę uczciwej konkurencji.

99. Sygn. akt: KIO 962/16, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2016 r.

Izba podnosi, że w doktrynie (...) zwraca się również uwagę na to, że cena rażąco niska jest mylnie utożsamiana z ceną dumpingową w rozumieniu przepisów UZNK oraz ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Ustawa z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Dz.U. 2007, nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Zgodnie z pierwszą ustawą, dumping ujęty jest jako sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztu zakupu w celu eliminowania innych przedsiębiorców. Zgodnie z przepisami taki czyn należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji polegający faktycznie na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Natomiast zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów z cenami dumpingowymi mamy do czynienia w sytuacji, kiedy przedsiębiorca dominujący na danym rynku ustala ceny na niskim poziomie w celu wyeliminowania konkurencji (...). Na gruncie Pzp Zamawiający nie jest w stanie udowodnić popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wspomnianych przepisów z uwagi na konieczność udowodnienia przesłanki eliminowania innych przedsiębiorców. (...) W ocenie Izby, oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. W innym orzeczeniu KIO stwierdzono (wyrok KIO z 12.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 551/09) ustawodawca w sposób wyraźny dokonał rozróżnienia pojęcia rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem jakakolwiek próba utożsamiania tych instytucji jest nieuprawniona. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny nie daje możliwości jednoczesnego przypisania wykonawcy czynu nieuczciwej konkurencji.

100. Sygn. akt: KIO 1074/16, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że z uwagi na trudności w udowodnieniu zmywy przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zmywy dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Podstawa faktyczna domniemania zmywy przetargowej musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jednocześnie podkreśla się, że nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zmywy jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności. Powyższe stanowisko oznacza w istocie, że przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek – o zmozie przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Mając powyższe na uwadze Izba oceniła, czy poszlaki wskazane przez Odwołującego stanowią wystarczającą podstawę do uznania, że tylko wniosek o zmozie jest na ich podstawie uzasadniony. Zmowa przetargowa jest jednym z najostrejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zmywy, to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę tylko do tego jednego wniosku. Zdaniem Izby dowody przedstawione w tej sprawie nie były w tej materii wystarczające. Izba uznała wiarygodność złożonych przez Odwołującego dowodów (oświadczenie przedstawiciela Odwołującego, złożone koperty z naniesioną datą i godziną wpływu ofert), niemniej jednak nie uznała, by przedstawiony materiał dowodowy mógł zostać całościowo uznany za wystarczający zbiór dowodów pośrednich świadczących o zaistnieniu zmywy przetargowej w tym postępowaniu przetargowym. Z podnoszonego przez Odwołują-

cego argumentu, że jedna osoba dostarczyła Zamawiającemu oferty w tym samym czasie, że taka prawidłowość jest w innych postępowaniach, że podmioty współpracują ze sobą, wzajemnie świadczą sobie usługi, nie można było wywieść, że okoliczności te tworzą taki zbiór poszlak, który uprawnia do przypisania wykonawcom działania w tym postępowaniu w warunkach zмовы. Za pozbawiony wartości dowodowej Izba uznała dowód z protokołu posiedzenia zarządu spółki X z dnia 31 października 2013 r. złożony na okoliczność, iż podmioty te współpracują ze sobą od dłuższego czasu. Fakt współpracy nie tworzy żadnego domniemania zмовы przetargowej, ani nie stanowi szczególnej i wyjątkowej okoliczności, która mogłaby zostać uznana za istotną poszlakę. Izba oceniła przy tym oferty tych wykonawców, w tym sposób ich sporządzenia, treść, układ, złożone koncepcje autorskie i nie stwierdziła, by dokumenty te cechowały elementy mogące świadczyć przykładowo o sporządzaniu ofert w porozumieniu, a nie oddzielnie na zasadzie konkurencji. Izba dostrzega jednocześnie, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez ww. wykonawców cechuje wysokie podobieństwo, zarówno co do układu, jak i treści. Niemniej jednak, okoliczność ta nie mogła przesądzać o uznaniu zмовы przetargowej w tym postępowaniu, gdyż istnieje szereg możliwości uzasadnień zaistnienia wskazywanej zbieżności – innych niż tylko działanie w ramach zмовы.

Jednocześnie Izba zaznacza, że okoliczności dotyczące innych postępowań nie mogły być argumentem na rzecz uznania, że w tej konkretnej sprawie doszło do zмовы – zwłaszcza jeśli Odwołujący nie powoływał, że w przytoczonych postępowaniach zamawiający, czy to Izba uznała zaistnienie zмовы, jak również nie podejmował żadnych działań wobec sygnalizowanych praktyk – czy to w postaci zawiadomienia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, czy też możliwości poszukiwania ochrony na gruncie cywilnoprawnym. Jeżeli nagromadzenie podnoszonych okoliczności, w tym okoliczności wynikających według Odwołującego z innych postępowań, wskazują zdaniem Odwołującego, na pewien mechanizm działania i praktykę niezgodną z zasadami uczciwej konkurencji to Odwołujący ma narzędzia prawne, z których może skorzystać, w tym co do ochrony cywilnoprawnej, jak i ochrony Urzędu zajmującego się przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji.

101. Sygn. akt: KIO 1081/16, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2016 r.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., które to naruszenie, zdaniem Zamawiającego i Przystępującego, nie poddaje się ocenie wobec niewskazania czynu nieuczciwej konkurencji. Zatem rozważenia wymaga kwestia, czy ocena zachowania Przystępującego może nastąpić przez pryzmat klauzuli generalnej, o czym poniżej.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że klauzula generalna czynu nieuczciwej konkurencji zawarta jest w przepisie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Jednocześnie nie można tracić z pola widzenia, że klauzule generalne to przepisy prawne, w których nie da się sprecyzować wszystkich elementów składających się na hipotezę czy dyspozycję normy prawnej, ponieważ ich treść jest najczęściej wyrażona przy pomocy pojęć o dużym stopniu niedookreśloności, a ocena konkretnego stanu faktycznego, który pozwala na ich identyfikację, zostaje przerzucona na organ stosujący prawo. Przedmiotowa klauzula generalna wskazuje te cechy, celowo wyrażone w sposób nieostry, które pozwalają wyodrębnić zachowania interesujące z punktu widzenia celu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wynikającego z jej art. 1 u.z.n.k. („zapobiegania i zwalczania nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolnej, budownictwie, handlu i usługach – w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów”) i z tych względów jest możliwa ocena zachowania danego podmiotu przez pryzmat klauzuli generalnej, bez powołania się na konkretnie stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji. W doktrynie przedmiotu i z tym należy się zgodzić, przeważa stanowisko, że jeśli określone zachowanie nie mieści się w hipotezie żadnego przepisu szczegółowego, powstaje potrzeba dokonania jego oceny w świetle klauzuli generalnej

czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Klauzula generalna bowiem oprócz funkcji uzupełniającej spełnia także funkcję korygującą względem innych przepisów (art. 5–17e u.z.n.k.).

Przechodząc zatem do oceny przedmiotowego zarzutu dostrzec należy, że Odwołujący upatruje czynu nieuczciwej konkurencji w ujęciu kosztów świadczenia spornej usługi opcjonalnej w kosztach realizacji zamówienia podstawowego, stojąc na stanowisku, że zakres rzeczowej usługi opcjonalnej nie daje podstaw do jej skalkulowania na tak niskim poziomie. Co do zasady wskazane działanie mogłoby być kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, jednakże nie stwierdzono go w przypadku Przystępującego.

102. Sygn. akt: KIO 1229/16, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2016 r.

Działanie Przystępującego nie wypełnia wprost przesłanek żadnego z czynów nieuczciwej konkurencji opisanych w art. 5–17 uznk. Jednak działanie takie należy oceniać w świetle art. 3 ust. 1 uznk, który stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby, przerzucanie kosztów pomiędzy cenami za poszczególne okresy, będące podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części dotyczącej 24 miesięcy II okresu przenoszone są do innych pozycji wykonywanych w toku realizacji I okresu zamówienia z pewnością jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes Zamawiającego. Celem takiego działania nie jest zaoferowanie zamawiającemu jak najkorzystniejszych warunków, czy konkurowanie ceną, a jedynie wykorzystanie przyjętych w specyfikacji założeń obliczenia ceny – służących jedynie porównaniu zaoferowanych cen – do podwyższenia wynagrodzenia ze szkodą dla Zamawiającego. Choć SIWZ nie zawierała w tym zakresie żadnych szczegółowych zapisów, to właśnie tę lukę zdaje się wykorzystał Przystępujący. Takie działanie nie jest jedynie formalnym przeniesieniem wartości pomiędzy pozycjami, ale ma dla Zamawiającego konkretny wymiar finansowy. Z dużym prawdopodobieństwem Zamawiający zapłaci za wykonanie prac z II okresu, już w pierwszych 6 miesiącach wykonywania zamówienia. Takie postępowanie, w ocenie Izby, nie zasługuje na ochronę i oznacza wypełnienie przesłanek z art. 3 ust. 1 uznk. W danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III KKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się powołuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

W konkluzji, w ocenie Izby, działanie wykonawcy Przystępującego polegające na „przerzucaniu” kosztów pomiędzy odrębnie rozliczonymi okresami wykonywania usługi spowoduje, że cena za część I jest wygórowana, a cena za część II jest znacznie zaniżona, jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagraża interesowi nie tylko innych przedsiębiorców ale przede wszystkim Zamawiającego. Takie zachowanie można uznać za próbę obejścia wprowadzonego do zapisów SIWZ przez Zamawiającego zakazu zaliczkowania. Choć zaliczka, jak słusznie stwierdził Przystępujący, charakteryzuje się otrzymaniem wypłaty przed rozpoczęciem świadczenia, to właśnie w ocenie składu orzekającego Izby, wykonawca otrzymałby część wynagrodzenia za okres II, już w pierwszych miesiącach realizacji świadczenia.

103. Sygn. akt: KIO 1277/16, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2016 r.

Zastosowany przez Odwołującego system wyceny oferty spowodował sytuację, w której Zamawiający na wstępie realizacji usługi musiałby zapłacić Odwołującemu kwotę 159.408,00 zł brutto, a następnie przez 36 miesięcy płacić wynagrodzenie w wysokości mie-

sięcej 1,00 zł netto, czyli łącznie 44,28 zł brutto. Tym samym cały koszt realizacji 3-letniej usługi (prawie 100% wynagrodzenia wykonawcy) Zamawiający musiałby zapłacić zaraz po zawarciu kontraktu, zamiast ponosić go równomiernie przez wskazane 3 lata. Tym samym Zamawiający, po pierwsze, znajduje się w niekorzystnej sytuacji musząc już obecnie wyasygnować prawie całą kwotę wynagrodzenia, czyli ponad 159 tysięcy zł, po drugie *de facto* traci finansową kontrolę nad tą umową (kwota 44,28 zł ze względu na swoją nieznaczną wysokość jest zupełnie pomijalna). Zamawiający rzeczywiście musiałby zapłacić z góry za usługę niewykonaną. Co więcej, ze względu na takie rozłożenie płatności, koszt ten (jednorazową opłatę instalacyjną w pełnej wysokości) Zamawiający musiałby ponieść nawet w przypadku rezygnacji z usługi. Należy tu zauważyć, że niezależnie od postanowień umownych, zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych (np. w art. 145), jak i inne akty prawne (np. Kodeks cywilny), przewidują różnorakie możliwości rozwiązania/wypowiedzenia/odstąpienia od umowy i tym samym choćby częściowego odstąpienia od zapłaty wynagrodzenia, zwrotu wzajemnych świadczeń itp. Samo naliczenie i zapłatę kar umownych, choć w trakcie realizacji umowy może być istotne, można pominąć jako wątek uboczny – naliczanie kar nie jest celem umowy. Choć oczywiście jest to także sposób kontroli przez Zamawiającego przebiegu realizacji umowy. Sposób ukształtowania przez Odwołującego wynagrodzenia jest także niezgodny z przyjętą na rynku praktyką, zgodnie z którą podmioty świadczące usługi telekomunikacyjne starają się raczej unikać sytuacji, w której klienci musieliby płacić wysokie opłaty instalacyjne, aby nie zniechęcać ich do zawarcia umowy, zmiany operatora itd.

Powyższe okoliczności, zdaniem Izby, uzasadniają, dlaczego Zamawiający uznał, że jego interes jako klienta został zagrożony działaniem Odwołującego (okoliczność, o której mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Akceptacja przez Zamawiającego takiej sytuacji godziłaby także w interes innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, ponieważ utrudniałaby im dostęp do zamówienia na warunkach zapewniających poszanowanie zasady uczciwej konkurencji.

Wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest podstawową i fundamentalną regułą, której podlegają zamówienia publiczne w Polsce i Unii Europejskiej. Wskazuje ona także na szczególną dbałość o osiągnięcie tego celu – zatem dbałość o niezakłóconą konkurencję jest znacznie bardziej restrykcyjna, niż tylko przeciwdziałanie samym deliktom, jak robi to ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można więc bezpośrednio i wprost porównywać tych dwóch ustaw, zwłaszcza uznając, że Zamawiający powinien reagować wyłącznie na dostrzeżone delikty. Należy też zwrócić uwagę, iż w środowisku zamówień publicznych od dawna trwa walka z oferowaniem usług za darmo, „za grosz”, „za złotówkę”, wykonaniem zamówienia w jeden dzień czy stuletnią gwarancją – działania takie od dawna uznawane są za – co do zasady – niedopuszczalne i godzące w uczciwą konkurencję. Co do samych kwestii naruszenia zasad uczciwości (czy też „dobrych obyczajów”), należy zwrócić uwagę, że zostają one co do zasady naruszone, kiedy dane działanie lub zaniechanie powoduje wśród wykonawców lub innych osób obserwujących przebieg procedury udzielania zamówienia poczucie, że dane postępowanie czy to zamawiającego, czy wykonawcy/wykonawców jest „nie fair”, narusza wrodzone poczucie sprawiedliwości i nie powinno być dopuszczalne. Tym samym kwestie te są bardzo trudne do zdefiniowania, a każda definicja może być jedynie wtórna. Co do pojęcia rynku – w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za „rynek”, na którym dane nieprawidłowe działanie ma miejsce, należy uznać dane postępowanie (zamówienie) prowadzone przez danego zamawiającego – zamawiający co do zasady nie bada ogółu działań wykonawcy (zamawiający zresztą najczęściej nie posiada ku temu ani czasu, ani środków), a podstawa odrzucenia zawarta w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy danej oferty złożonej w danym postępowaniu (choć w związku z wprowadzoną w 2016 r. zmianą podstaw wykluczenia, zostanie to częściowo rozszerzone).

104. Sygn. akt: KIO 1315/16, KIO 1324/16, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2016 r.

Ceny jednostkowe stanowią istotny element rozliczeń stron, jak również element determinujący poziom zapotrzebowania finansowego, które musi zabezpieczyć Zamawiający. W sytuacji, gdy ceny jednostkowe – z uwagi na dokonane przerzucenie kosztów – zostały zawyżone i to w pozycjach dotyczących robót wykonywanych na wczesnym etapie inwestycji, Zamawiający płaciłby za ten element zamówienia kwoty wyższe, niż gdyby ceny jednostkowe zostały wyliczone w sposób rzetelny. Zamawiający płaciłby oczywiście po wykonaniu tych prac, co nie zmienia faktu, że ponosiłby już wówczas również koszty innych elementów inwestycji, które wykonawca bezpodstawnie przypisał do wyceny tego wczesnego etapu inwestycji. Dodatkowo, w razie ryzyka nie wykonania przez wykonawcę prac na dalszych etapach inwestycji, Zamawiający poniósłby koszty niewspółmierne do zakresu wykonanych robót. Zamawiający trafnie argumentował w odpowiedzi na odwołanie, że w sytuacji, w której umowa z danym wykonawcą zostałaby rozwiązana, mogłoby się zdarzyć, że Zamawiający w sposób istotny przepłaciłby za realizację danych prac i miałby problem ze środkami na ich dokończenie przez inny podmiot; jak również, że w polskich realiach, w szczególności w zakresie robót budowlanych, doświadczony zamawiający musi brać taką okoliczność pod uwagę, by – uwzględniając fakt dysponowania środkami publicznymi – móc zabezpieczyć się przed nią.

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W tej sprawie, przy przyjętej przez Odwołującego inżynierii cenowej, interes Zamawiającego (klienta) mógł zostać zagrożony – chociażby z uwagi na podane powyżej ryzyka, jak również z uwagi na postawienie Zamawiającego przed koniecznością dokonywania płatności nieadekwatnych do wartości wykonanych robót. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu na manipulację w zakresie wyceny określonych pozycji kosztorysu. Takie działanie należy niewątpliwie kwalifikować, jako działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty podał przy tym, jakie dobre obyczaje pozostają w sprzeczności z działaniami wykonawcy – wskazując na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej. W ocenie Izby, zasady uczciwości kontraktowej, w tym zasada ekwiwalentności świadczeń (której Zamawiający dał wyraz podkreślając wymóg, by ceny jednostkowe były realne) dodatkowo przemawiają za koniecznością negatywnej oceny działań wykonawcy.

Izba uznała również – podobnie jak Zamawiający – że działanie wykonawcy mogło naruszać interes konkurentów, dając Odwołującemu możliwość uzyskania przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób naruszający rzetelność, przejrzystość oraz zasady uczciwej konkurencji. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że ujęcie kosztów w danej pozycji, pozwoli wykonawcy na pokrycie niezbędnych kosztów realizacyjnych i bieżące finansowanie budowy bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów finansowych w postaci kredytu. W ocenie Izby, przedmiotowe wyjaśnienia wskazują na taktykę nakierowaną na polepszenie swojej sytuacji kosztem Zamawiającego i innych wykonawców, w tym na chęć uzyskania swoistego rodzaju zaliczek na finansowanie budowy, co mogło dawać wykonawcy nieuzasadnioną przewagę nad konkurentami przy konstruowaniu wyceny oferty, chociażby poprzez możliwość obniżenia ceny swojej oferty z uwagi na to, że zakładając pozyskiwanie od Zamawiającego finansowania większego niż realna wartość robót, a więc zakładając pozyskiwanie swoistego rodzaju niedozwolonych zaliczek, wykonawca mógł obniżyć cenę swojej oferty z uwagi na przyjęcie, że daje mu to możliwość uniknięcia dodatkowych kosztów związanych z kredytowaniem. Izba nie uznała za przekonujące argumentów Odwołującego, przedstawionych na rozprawie, co do motywów ujęcia w wyjaśnieniach informacji dotyczących tego, czym kierował się wykonawca dokonując takiej, a nie innej kalkulacji ceny.

105. Sygn. akt: KIO 1516/16, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2016 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji, obok zachowań opisanych w rozdziale 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest – zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy – działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem Izby, działanie Odwołującego polegające na zaoferowaniu terminu przydatności nierealnego, niemożliwego, ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamiarem Przystępującego było sztuczne zawyżenie punktacji, którą Przystępujący spodziewał się uzyskać w kryterium „termin przydatności materiałów eksploatacyjnych”, jednocześnie uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić terminu przydatności, który będzie realny. W ocenie Izby, Przystępujący miał pełną świadomość, że zaoferowanie terminu 60 miesięcy przydatności materiałów eksploatacyjnych jest oderwane od realiów przedmiotowego zamówienia i nie będzie wiązać się w rzeczywistości z wykonywaniem świadczenia w takim okresie. Powyższe oznacza, że zobowiązanie to miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie ofert – nie w drodze normalnej walki konkurencyjnej, ale w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami.

106. Sygn. akt: KIO 1717/16, Wyrok KIO z dnia 27 września 2016 r.

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t., Dz.U.2002.197.1661, Dz.U.2004.96.959, Dz.U.2004.162.1693, Dz.U.2004.172.1804, Dz.U.2005.10.68, Dz.U.2007.171.1206, Dz.U.2009.201.1540 dalej uznk) stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt. 1 uznk czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W odniesieniu do tego zarzutu odwołania ciężar dowodowy podlega normalnemu rozkładowi wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy i obciąża odwołującego. W ocenie Izby jak wynika z ustaleń stanu faktycznego odwołujący nie udowodnił, że cena świadczenia usługi transmisji danych w technologii DWDM jest wyższa od ceny zaoferowanej przez przystępującego A przy przyjętym przez tego wykonawcę sposobie świadczenia tej usługi. Izba wzięła pod uwagę w tym zakresie, że odwołującemu nie jest znany sposób świadczenia usługi założony przez przystępującego A, gdyż jest objęty tajemnicą przedsiębiorstwa tego wykonawcy. Dlatego przesądzające w ocenie Izby było to czy odwołujący wykazał, że działanie przystępującego A zagraża interesowi odwołującego, innych wykonawców, czy zamawiającego. W ocenie Izby odwołujący temu obowiązкови nie podolał. Izba przy ocenie wzięła pod uwagę różnice w cenach złożonych ofert z pominięciem oferty B, a także wysokości zysków założone przez poszczególnych wykonawców (informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa A, C i D zawarte w wyjaśnieniach z dnia 31 sierpnia 2016r.). Izba nie może przedstawić przyjętych przez wykonawców procentowych wysokości marż, ale stwierdza, że mogą one być powodem różnic w cenach pomiędzy wykonawcami. Przy czym każdy ze wskazanych wykonawców przedstawił wyliczenia kalkulacji jego oferty obrazujące osiągnięcie zysku. Okoliczność, że oferta A zakłada zysk wynika z jawnej treści odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zamawiającego, a więc jest okolicznością ujawnioną w toku jawnego postępowania odwoławczego. W świetle tych okoliczności Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał zagrożenia dla siebie, innych wykonawców, czy zamawiającego przez złożenie oferty przystępującego, co doprowadziło do uznania, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

107. Sygn. akt: KIO 557/16, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2016 r.

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 Pzp. W przypadku braku takiego zaniżenia zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 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, jest właściwie bezprzedmiotowe. Tym samym wymagane w art. 90 ust. 2 Pzp udowodnienie przez wykonawcę, że jego cena ofertowa nie odbiega *in minus* od realnej, rynkowej wartości zamówienia stanowiło będzie wystarczające wykazanie, że nie zaoferowano ceny rażąco niskiej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a tym samym brak jest przesłanek do zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

108. Sygn. akt: KIO 1434/16, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r.

Ostatni z zarzutów braku zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, skierowany do oferty wykonawcy X, także nie podlega uwzględnieniu, chociażby dlatego, że wykonawca ten na żądanie Zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp złożył wyjaśnienia, co do podstaw kalkulacji ceny, które to wyjaśnienia nie są kwestionowane w odwołaniu. W tych wyjaśnieniach, jak podnosił Zamawiający, w zakresie sposobu kalkulacji ceny i możliwości rzetelnego wykonania zamówienia w oparciu o posiadane środki techniczne i ugruntowaną pozycję na rynku zapewniającą konkurencyjność, wykonawca opisał metody wykonania zamówienia, pozwalające na znaczne oszczędności, a także wskazał na szereg rozwiązań technicznych i organizacyjnych, które pozwalają na ukształtowanie cen na relatywnie niskim poziomie przy zachowaniu niezbędnego zysku. Zamawiający ostatecznie uznał, że oferta złożona przez tego wykonawcę nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej wysokość daje pełną gwarancję rzetelnego wykonania inwestycji objętej zamówieniem. Reasumując Izba dodatkowo stwierdza, że niewątpliwie należy opowiedzieć się za brakiem podstaw do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w sytuacji – tak jak w tej sprawie – złożenia przez wykonawcę wyjaśnień, które nie były podważone w odwołaniu.

Art. 90 ust. 1–3

109. Sygn. akt: KIO 616/16, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r.

Wyjaśnienia Przystępującego nie tylko są przekonujące, ale odnoszące się do właściwego czasu – wbrew twierdzeniom Odwołującego, niezasadne byłoby domaganie się od Przystępującego, aby dokonywał ponownego obliczenia ceny oferty według cen obowiązujących na dzień składania wyjaśnień, prawie trzy lata po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem składu orzekającego wyjaśnienia odnośnie ceny powinny korespondować z dniem, w którym była składana oferta, a zgodnie z SIWZ odnosić się do planowanego wówczas (realnego) terminu realizacji zamówienia.

110. Sygn. akt: KIO 722/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r.

Należy mieć na względzie, że ustawa chroniąc zamawiającego przed groźbą nienależytego wykonania zamówienia z powodu zaniżenia ceny oferty nakazuje odrzucenie oferty w dwóch sytuacjach. Po pierwsze na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdy zamawiający ustali, że cena oferty jest rażąco niska, po drugie na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca przednio wezwany do złożenia wyjaśnień nie złożył wyjaśnień, albo gdy wyjaśnienia

te potwierdzą, że cena oferty jest rażąco niska. Zrównanie przez ustawodawcę sytuacji wykonawcy lekceważącego wezwanie zamawiającego z rzeczywistym zaniżeniem ceny oferty – złożeniem oferty z rażąco niską ceną – wskazuje na doniosłość obowiązku złożenia wyjaśnień. Dlatego też Izba, w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie, podziela pogląd ugruntowany już w orzecznictwie, że sytuacja prawna wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólne, nieadekwatne do wezwania zamawiającego, nie pozwalające na ustalenie, że cena oferty została obliczona prawidłowo, jest taka sama jak sytuacja prawna wykonawcy, który wyjaśnień nie złożył w ogóle. W obu przypadkach oferta podlega odrzuceniu.

111. Sygn. akt: KIO 728/16, KIO 741/16, KIO 802/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r.

Odwołujący nie wykazał również żadnych innych, przemożnych okoliczności, które pozwoliłyby poddać w wątpliwość realność ceny ofertowej X, skutkujących koniecznością wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie, a tym bardziej uzasadniałyby powstanie domniemania faktycznego wystąpienia ceny rażąco niskiej. Natomiast okolicznościami takimi nie są podnieszone i wykazywane przez Odwołującego ceny za jakie realizuje usługi obecnie na podstawie umowy z dnia 13 kwietnia 2016 r. zawartej w trybie z wolnej ręki – przedłużającej wykonywanie usług w sektorze V przez Odwołującego. Trudno uznać umowę zawartą w trybie niekonkurencyjnym, w warunkach „monopolu naturalnego” dotychczasowego wykonawcy wynikającego z niewielkiego czasu na jaki umowa ta ma być zawarta, za miarodajną dla cen usług, które można uzyskać na rynku konkurencyjnym. Bardziej przydatną dla oceny podnieszonego zarzutu jest porównanie ceny oferowanej przez X z ceną za jaką Odwołujący wykonywał zamówienie w sektorze V w wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego, a która wynosiła 150 zł brutto za 1 mg odbieranych odpadów.

112. Sygn. akt: KIO 817/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r.

Przedkładając powyższe na ustalenia faktyczne poczynione przez Izbę podnieść należy, że odwołujący w sposób lakoniczny i bardzo ogólnikowy przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia, z których nie sposób wywieść, w jaki sposób odwołujący dokonał kalkulacji ceny oferty, jakie to specyficzne czynniki, niedostępne innym wykonawcom, pozwoliły na oszacowanie przedmiotu zamówienia w sposób, w jaki dokonał tego odwołujący. Zadaniem odwołującego, który zostaje wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest ostateczne i definitywne udowodnienie (przekonanie) zamawiającemu, że cena zaproponowana w ofercie wykonawcy pytanego o cenę ofertową, jest ceną rzeczywistą, realną, a w szczególności pokrywającą wszystkie niezbędne koszty, umożliwiające realizację zamówienia w sposób prawidłowy.

Odwołujący w wyjaśnieniach, gdyż to tylko one mogą podlegać ocenie przez Izbę, (...) odniósł się do szeroko posiadanych przez niego zasobów magazynowych materiałów budowlanych, dobrej współpracy z hurtowniami materiałów budowlanych i posiadanymi rabatami w tychże, optymalizacji zatrudnienia i posiadania odpowiedniego sprzętu oraz posiadaniem bogatego doświadczenia w realizacji podobnych projektów. Na poparcie ww. okoliczności odwołujący do wyjaśnień załączył kosztorysy, faktury oraz oferty.

113. Sygn. akt: KIO 820/16, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r.

Nie oznacza to, że tylko zaistnienie różnicy 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, może jedynie uprawniać do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Przepis stanowi bowiem na wstępie, że zwrócenie się o wyjaśnienia i dowody powinno mieć miejsce, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. „Wydaje się” czy „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by

dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego.

Jednocześnie należy wskazać, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie może być odczytywany jedynie jako uprawnienie zamawiającego, nie podlegające kontroli. Przeciwnie, norma prawna zawarta w tym przepisie przewiduje obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a tym samym zaniechanie tego obowiązku – gdy okoliczności sprawy wskazują o istnieniu uzasadnionych podstaw do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp – może być podnoszone w ramach środków ochrony prawnej. Należy przy tym dodać, że przepis ten stanowi, że „zamawiający zwraca się” o udzielenie wyjaśnień i złożenie dowodów, a nie, że „zamawiający może zwrócić się”. Ponadto, obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej – gdy zachodzą do tego ustawowe przesłanki – wpisuje się w podstawową zasadę z art. 7 ust. 1 Pzp, w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo, zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienie udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Również z tego przepisu można wyprowadzić obowiązek żądania od wykonawcy udowodnienia realności swojej ceny, gdy jej wysokość budzi uzasadnione wątpliwości. (...)

W odpowiedzi na odwołanie nie zostały przedstawione żadne rzeczowe argumenty, czy okoliczności, które wyjaśniałyby dlaczego w tej sprawie Zamawiający nie miał wątpliwości, co do ofert Przystępujących, dlaczego zaferowane upusty nie wydały się Zamawiającemu rażąco niskie, wreszcie dlaczego poziom tych upustów został oceniony przez Zamawiającego za wiarygodny, nie wymagający żadnej weryfikacji, a tym samym nie budzący wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. W istocie, Zamawiający nie przedstawił przed Izłą wyjaśnień, argumentów, czy dowodów, które przemawiałyby za tym, iż w tej sprawie nie zaistniały przesłanki uzasadniające uruchomienie procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp.

Z drugiej strony Odwołujący wykazał i udowodnił, iż w tej sprawie poziom zaferowanych przez Przystępujących upustów w sposób istotny odbiega nie tylko od pozostałych ofert, ale także od realiów rynkowych, w tym zasad współpracy z producentem oprogramowania. Sama wielkość zaferowanych upustów w kategorii usług stowarzyszonych, nawet bez szczegółowej weryfikacji rynku, czy bez specjalnych analiz porównawczych, mogła wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Słusznie argumentował Odwołujący stawiając pytanie, w jakich sytuacjach miałby znajdować zastosowanie art 90 ust. 1 Pzp, jak nie w takiej, jak w niniejszej sprawie, gdzie Przystępujący zaferowali upusty w kategorii usług stowarzyszonych na poziomie 65,12% (X S.A.) oraz 53,51% (Y Sp. z o. o.).

114. Sygn. akt: KIO 1282/16, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2016 r.

W ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu informacje dotyczące kalkulacji zaferowanej ceny, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaferowanej ceny a dowodzące możliwości zaferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca – powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności,

które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Nie można więc z góry przesądzić czy w danym przypadku konieczne było przedstawianie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów czy też wystarczające było tylko podanie i powołanie określonych informacji.

115. Sygn. akt: KIO 1343/16, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2016 r.

(...) Izba stwierdziła, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie uniemożliwia badania poszczególnych pozycji wykazu płatności pod kątem rażąco niskiej ceny, jako że wycena poszczególnych pozycji może mieć wpływ na cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia.

116. Sygn. akt: KIO 1397/16, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty X z powodu złożenia niewystarczających wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny oferty. Z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wynika wprost, że ciężar udowodnienia że cena oferty nie jest ceną rażąco niską spoczywa na wykonawcy, składającym wyjaśnienia. Oznacza to, że obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Tymczasem wyjaśnienia wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy X nie zawierają żadnej szczegółowej kalkulacji ceny oferty, poza kosztami zatrudnienia 36 pracowników na umowę o pracę, tj. kosztami na poziomie 1 mln zł, nie podają żadnych pozostałych elementów składowych ceny oferty takich jak choćby: koszty sprzętu, jego utrzymania czy koszty zakupu środków chemicznych, transportu i innych składników niezbędnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Nie załączono także żadnych dowodów potwierdzających, że wykonawca posiada zmagazynowane zapasy materiałowe czy sprzętowe czy choćby dowodów potwierdzających możliwość uzyskania korzystnych rabatów na zakup materiałów i sprzętu, na które wskazuje w treści swoich wyjaśnień. Twierdzenia o posiadaniu zaplecza technicznego oraz bazy zlokalizowanej w bliskiej odległości, posiadaniu własnego sprzętu i urządzeń oraz o 20% zmagazynowanych zapasów materiałowych, które rzekomo wpływają na obniżenie ceny oferty są ogólne, nie odnoszą się do konkretnych cen, co powoduje, że nie wiadomo jakie mają one znaczenie i wpływ na cenę ofertową. Jeśli nawet jest tak, jak wskazuje wykonawca, że posiada własny sprzęt do realizacji zamówienia, to i tak generuje to koszty w postaci: zakupu paliwa, jego amortyzacji, napraw, ubezpieczenia, które nie zostały podane w udzielonych wyjaśnieniach. Okoliczność posiadania certyfikatu ISO 9001:2009 nie jest okolicznością dostępną wyłącznie temu wykonawcy a zatem nie ma ona istotnego znaczenia dla obniżenia ceny oferty.

Nawet, jeśli uznać, że wykonawca X wykazał, że istnieje możliwość zatrudnienia do realizacji tego przedmiotu zamówienia ok. 12 osób niepełnosprawnych, co wpłynie na obniżenie kosztów zatrudnienia na poziomie ok. 100 tys. zł, to jednak brak szczegółowych wyliczeń dotyczących kosztów związanych z zatrudnieniem tych pracowników: kosztów ZUS, zaliczek na podatek, uwzględnienia kwestii urlopów, zastępstw, urlopów itp. Brak także podania kosztów ewentualnego zatrudnienia osób do prac zleconych, czasowych na podstawie umów

cywilnoprawnych. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że łączna ilość 52 osób oraz 6 osób do koszenia trawy, podana w treści Opisu przedmiotu zamówienia to jedynie ilość sugerowana a nie wymagana przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał, zgodnie z klauzulą społeczną, zapewnienia 30 etatów do realizacji tego zamówienia publicznego i ta ilość została przez wykonawcę spełniona. Z treści SIWZ wynika, że Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w określeniu niezbędnej ilości pracowników (poza 30 etatami) do realizacji przedmiotu zamówienia. Niezależnie od tego, że ilość osób 52+6 jest jedynie ilością sugerowaną przez Zamawiającego to jednak, przy tak dużej różnicy pomiędzy tą ilością osób a przyjętą przez wykonawcę X do wycieńcenia ceny oferty, zdaniem Izby wykonawca ten winien dołożyć szczególnej staranności, aby wykazać, w jaki sposób zamierza zorganizować pracę przy realizacji usługi oraz podać elementy, które wpłynęły na zmniejszenie zatrudnienia i takie oszczędności w kosztach pracy.

117. Sygn. akt: KIO 1432/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp wskazuje, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zatem, w przypadku zaistnienia 30% różnicy ceny oferty do wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia ceny, natomiast inne przesłanki uzasadniające wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty muszą być za każdym razem wykazane przez tego, kto twierdzi, że wezwanie było uzasadnione.

Odwołujący ani na rozprawie, ani w odwołaniu nie przedstawił żadnej argumentacji lub też dowodu na potwierdzenie, że jakieś inne istotne okoliczności w niniejszej sprawie powinny spowodować u Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu uzasadnione wątpliwości, że ceny złożonych ofert nie umożliwiają prawidłowej realizacji zamówienia, a zatem takie okoliczności, które powinny zobowiązywać Zamawiającego do zastosowania trybu wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do ofert X w części nr I, II i V, Y w części nr I, III, IV i V oraz Z w części nr III zamówienia.

118. Sygn. akt: KIO 1468/16, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem 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 oczywiste 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). (...)

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego.

Zamawiający, gdy otrzyma odpowiedź na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pismo „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09). W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

119. Sygn. akt: KIO 1569/16, Wyrok KIO z dnia 8 września 2016 r.

Z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wynika wprost, że ciężar udowodnienia że cena oferty nie jest ceną rażąco niska spoczywa na wykonawcy, składającym wyjaśnienia. Oznacza to, że obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. W wyroku z dnia 21 maja 2008 roku sygn. akt X Ga 127/08 Sąd Okręgowy w Poznaniu stwierdził, że: „Ogólnikowe twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach i brak dokładnych danych co do uzyskiwanej pomocy publicznej uznać należy za niedostateczne i zasługujące na zastosowanie art. 90 ust.3 ustawy Pzp”.

Nie ulega wątpliwości, że w kryterium oceny ofert „Zatrudnienie” – 20% Zamawiający wymagał podania ilości osób zatrudnionych na umowę o pracę przy realizacji zadań wynikających z tego konkretnego zamówienia publicznego. Tymczasem, już z treści samych wyjaśnień z dnia 21.06 oraz 11.07.2016 r., a także wyjaśnień złożonych do protokołu rozprawy wynika, że zadeklarowane przez wykonawcę pięć osób dla części 3 zamówienia, nie będą zatrudnione wyłącznie do realizacji tego zamówienia publicznego. W efekcie wykonawca do kalkulacji ceny oferty za tę część zamówienia nie ujął całkowitych kosztów zatrudnienia na umowę o pracę deklarowanych pięciu osób niepełnosprawnych lub/i bezrobotnych, wskazując, że do zrealizowania tego zakresu zamówienia wystarczająca jest praca przez 4 roboczogodziny dziennie, a osoby te będą wykonywały także inne zadania/ usługi. W oparciu o takie założenie wykonawca przyjął do wyliczeń stawkę za jedną roboczogodzinę w wysokości 10 zł. Już sam ten fakt, świadczy o tym, że wykonawca zaniżył koszty zatrudnienia osób, bowiem nie ujął – tak jak wymagał tego Zamawiający – całkowitych kosztów zatrudnienia na umowę o pracę pięciu zadeklarowanych przez wykonawcę osób, które miały być zatrudnione wyłącznie do realizacji tego zamówienia publicznego, a zatem koszty ich pracy miały być wliczone do tej części zamówienia. Tymczasem wykonawca w toku rozprawy, jak i w złożonych wyjaśnieniach przyznał, że osoby te będą wykonywały także inne prace, nie związane z tym zamówieniem publicznym. Co istotne, sama przyjęta stawka roboczogodziny w wysokości 10 zł nie pokrywa kosztów pracy, ubezpieczenia społecznego, ZUS i pozostałych kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę. Przyjęte przez wykonawcę koszty zatrudnienia pięciu osób na umowę o pracę w wysokości 2000 zł oraz 1000 zł ZUS są w sposób znaczący zaniżone. Jest to sprzeczne z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia

11 września 2015 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2016 r. (Dz.U. z 2015 poz. 1385), gdzie ustalono, że wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2016 wynosi 1850 zł.

Ponadto, Anetta G., prowadząca działalność pod firmą X, na której spoczywał ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez nią cena ofertowa nie jest rażąco niska nie załączyła żadnych dowodów potwierdzających koszt wywozu śmieci na wysypisko i/lub do kompostowni. Wyjaśnienia, że koszt wywozu jednego kontenera to 324 zł brutto, co wynika z wyjątkowo korzystnych rabatów (nawet 30%), jakie oferuje firma Y pozostały bez jakiegokolwiek dowodu. Wykonawca nie przedstawił umowy zawartej z Y na wywóz śmieci, na którą powoływał się w toku rozprawy czy choćby faktur uprawdopodobniających możliwość wykonania zleceń za podaną cenę. Podkreślić należy, że koszty zatrudnienia pracowników oraz koszty związane z wywozem śmieci to główne elementy cenotwórcze oferty, mające istotny wpływ na cenę.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te są zbyt ogólnikowe, by ocenić, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W rozpatrywanej sprawie taka okoliczność zachodzi.

Art. 91 ust. 1

120. Sygn. akt: KIO 735/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r.

Ocena oferty winna być dokonana w oparciu wszystkie dokumenty załączone do oferty i składające się na jej treść. W taki też sposób oceny oferty wykonawcy X należało dokonać, tj. biorąc pod uwagę nie tylko „Formularz Oferty”, ale i złożone przez wykonawcę pozostałe dokumenty, w tym deklaracje zgodności, certyfikaty, próbki, a także karty katalogowe, instrukcje obsługi itp. Tak też oceny oferty dokonał zamawiający. To właśnie na podstawie tak zestawionych dokumentów jednoznacznie można było stwierdzić, co jest faktycznie oferowane.

121. Sygn. akt: KIO 737/16, KIO 739/16, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2016 r.

Ustalone powyżej okoliczności jednoznacznie wskazują, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 pzp, gdyż dokonał oceny ofert w odniesieniu do elementów branych pod uwagę przy ocenie poszczególnych wymagań w sposób odmienny niż opisany w udostępnionej wykonawcom s.i.w.z. (...)

Na etapie oceny ofert niedopuszczalna jest zmiana sposobu oceny w stosunku do ostatecznej treści s.i.w.z., co zawsze musi nastąpić przed upływem terminu składania ofert. Prowadzenie postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i przestrzeganie uczciwej konkurencji (a także pisemność postępowania wynikająca z art. 9 ust. 1 i przywołanego powyżej art. 36 ust. 1 pkt 13 pzp) wymagają, aby potencjalni wykonawcy w pełni mogli zapoznać się przed złożeniem oferty ze sposobem oceny ofert w ramach przyjętych kryteriów. Jest to jeden z kluczowych aspektów, który ma wpływ nie tylko na treść składanych ofert, ale i na decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu, gdyż potencjalny wykonawca może ocenić swoje szanse na uzyskanie zamówienia. Treść s.i.w.z. jest wiążąca zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawców. Zamawiający nie może zatem oceniać ofert w sposób odmienny od opisanego w s.i.w.z., a wykonawca nie może się tego domagać.

122. Sygn. akt: KIO 1436/16, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r.

Odnosząc się do ustalonego sposobu punktacji Izba uznała, iż Odwołujący chciał zmienić zasady punktacji, tak aby rozwiązania odbiegające w mniejszym stopniu od progu wyznaczonego przez Zamawiającego uzyskiwały również punkty, a przez to możliwe było złągodzenie

różnicy w punktowej w tym kryterium. Nie kwestionował równocześnie ilości punktów jakie Zamawiający przewidział (10 pkt). W ocenie Izby, zmiana zasad mogłaby doprowadzić do konieczności wyboru urządzenia tańszego, ale jednocześnie spełniającego wymagania w mniejszym stopniu, niż oczekuje tego Zamawiający, w szczególności jeżeli uwzględnić oczekiwany zakres rozbudowy o kolejne funkcje. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do stwierdzenia, jakie padło ze strony Przystępującego, iż kwestionowane kryteria oceny spełniać mogą w stopniu punktowanym jedynie te aparaty, które posiadają możliwość rozbudowy. Uwzględniając zatem ten aspekt Izba uznała, iż nie ma podstaw do uznania, że kryteria preferują konkretne rozwiązanie, chociaż na pewno preferują urządzenia spełniające w najwyższym stopniu oczekiwania Zamawiającego. Obecne zasady oceny są jednoznaczne i przewidują przyznanie punktów tylko tym rozwiązaniom, które w najwyższym stopniu spełniają oczekiwania. Zamawiający nie musi być zainteresowany porównywaniem rozwiązań poniżej progu wyznaczonego w kryterium, co wypełnia jego prawo do ustalenia przejrzystych zasad oceny. Należy zauważyć, iż nie wszystkie urządzenia muszą uzyskać punkty w kryterium pozacenowym, co jednak nie zamyka drogi do zaoferowania urządzenia konkurencyjnego (pod względem ceny).

Art. 91 ust. 2

123. Sygn. akt: KIO 645/16, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r.

Izba w tym zakresie nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała bowiem, że dokonując oceny zasadności wprowadzenia konkretnych kryteriów oceny ofert oraz przyznania im określonej wagi należy mieć przede wszystkim na uwadze uzasadnione potrzeby zamawiającego. Kryteria oceny ofert, tj. kryterium jakości określone na poziomie – 40 pkt oraz kryterium ceny na poziomie – 60 pkt mają uwzględniać potrzeby zamawiającego zarówno co do dokonania zakupu szczepionki o określonej jakości, jak i uwzględniać czynnik ekonomiczny, tak aby zamawiający mógł uzyskać produkt przedstawiający najlepszą relację jakości do ceny i co pozwoliłoby mu osiągnąć założone cele. (...)

Pomiędzy stronami nie było sporne, że szczepionka PCV 13 jest lepsza jakościowo od szczepionki PCV 10 (ma szerszy zakres ochrony) i zamawiający przyznał to w trakcie rozprawy. Nie było też sporne, że odwołujący uzyska największą liczbę punktów w ramach kryterium: „jakości”. Odwołujący natomiast wskazywał, że przyjęte przez zamawiającego proporcje znaczenia kryteriów „cena” oraz „jakość” powodują, że nawet przy istotnych różnicach jakościowych oferowanych produktów (szczepionek), rozstrzygające znaczenie będzie miała cena i w tej sytuacji trudno uznać, że kryterium jakościowe ma dla zamawiającego jakiegokolwiek znaczenie.

Nie sposób się zgodzić z tą argumentacją odwołującego. Jak już wcześniej zostało wskazane, przyjęte kryteria oceny ofert uwzględniają potrzeby zamawiającego, w której istotną rolę gra zarówno czynnik jakościowy, jak i finansowy.

124. Sygn. akt: KIO 712/16, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2016 r.

Przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż „kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji”. Jako jedno z przykładowych kryteriów oceny ofert wskazano w nim kryterium społeczne, które w tym postępowaniu stanowi jedno z kryteriów oceny ofert o wadze 20%. Kryterium społeczne jest to więc kryterium, które mógł wprowadzić i wprowadził zamawiający. Zasadności wprowadzenia tego kryterium nie kwestionował także odwołujący. Kwestionował on jedynie – jak podkreślał na rozprawie – żądanie podziału sumy liczby etatów na poszczególnych zamawiających, twierdząc, iż jest to wymóg

nadmierny i niepotrzebny do oceny tego kryterium. Nie podał jednak, jaki konkretnie przepis, bądź też, jaka czynność zamawiającego jest przez niego kwestionowana. Poza stwierdzeniem, że nie można wskazać liczby osób dedykowanych do wykonywania czynności dla potrzeb tego postępowania z uwagi na to, że każdy z pracowników wykonuje szereg zadań na rzecz różnych podmiotów, nie podał żadnych racjonalnych argumentów, które świadczyłyby o zasadności proponowanych zmian. Nie podał ich także w piśmie z dnia 13 maja 2016 r. Zamawiający jednoznacznie wskazał, w jaki sposób będzie dokonywał oceny w ramach tego kryterium – będzie oceniał łączną liczbę zatrudnionych pracowników na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze czasu pracy przy wykonywaniu czynności objętych zamówieniem z uwzględnieniem personelu podwykonawców. Wobec tego w działaniu zamawiającego nie można stwierdzić jakichkolwiek uchybień. To dopiero modyfikacja SIWZ w sposób wskazany przez odwołującego doprowadziłaby do utraty znaczenia tego kryterium, skutkując jednocześnie możliwością podawania przez wykonawców dowolnych i przypadkowych danych dotyczących zatrudnionego personelu, nie znajdujących przy tym odzwierciedlenia w rzeczywistości. Tymczasem celem tego kryterium nie było tylko mechaniczne przyznanie punktów w ramach tego kryterium (kryterium społecznego), ale – jak podniósł zamawiający – promowanie wykonawców, którzy zatrudniają pracowników na umowę o pracę i zapewniają przez to wyższą jakość świadczenia usług poprzez mniejszą fluktuację osób odpowiedzialnych za realizację zamówienia.

125. Sygn. akt: KIO 820/16, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2016 r.

Definicja zamówienia publicznego zawarta w 2 pkt 13 Pzp stanowi, iż przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne. Następnie, należy wskazać, że cena jest obowiązkowym kryterium oceny ofert. W tym przypadku, za cenę oferty należy uznawać wartość upustu. Wartość oferowanego upustu w odniesieniu do cen sugerowanych Producenta wyznacza bowiem cenę, jaką Zamawiający będzie płacić za dane świadczenie. Z tego też względu przedmiotem badania musi być wysokość zaoferowanego upustu, czy jest to wysokość realna, faktycznie dostępna wykonawcy (i z czego to wynika), pozwalająca na wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami, a nie rażąco zaniżona.

Art. 91 ust. 3a

126. Sygn. akt: KIO 1208/16, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2016 r.

(...) obowiązku złożenia informacji odnoszącej się do reguły odwróconego obowiązku podatkowego podatku od towarów i usług, zgodnie z treścią art. 91 ust. 3a zd. 2 ustawy Pzp, nie należy traktować jako wymogu formalnego, lecz jako wymóg realny materializujący się wówczas, gdy do odwrócenia tego obowiązku dochodzi rzeczywiście ze względu na przedmiot opodatkowania. Nie jest to obowiązek, który materializuje się każdorazowo, lecz jedynie wówczas, gdy wykonawca w ramach swojej oferty konstruuje należne mu wynagrodzenie uwzględniając mechanizm tzw. odwróconego obowiązku podatkowego w ramach podatku od towarów i usług i o fakcie tym informuje nabywcę (w tym przypadku podmiot zamawiający), aby ten ostatni miał świadomość tego obowiązku i dokonał czynności doliczenia do przedstawionej w ofercie ceny podatku VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami (art. 91 ust. 3a zd. 1 ustawy Pzp). Zdanie drugie powyższego przepisu stanowi wprost, iż wykonawca składając ofertę informuje zamawiającego, czy jej wybór będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego z jednoczesnym wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Wykładnia celowościowa powyższego przepisu pozwala bowiem przyjąć, iż informacja, o której tam mowa ma charakter informacji pozytywnej, tj. odnoszącej się do kilku aspektów jednocześnie i obejmujących informa-

cję na temat obowiązku podatkowego wraz ze wskazaniem tych elementów dostawy lub usługi, do których odnosi się ten obowiązek z jednoczesnym wskazaniem ich wartości bez kwoty podatku – co pozwala na przyjęcie, iż tylko w przypadku istnienia dostawy lub usługi objętej regułą tzw. odwróconego obowiązku podatkowego materializuje się konieczność złożenia informacji w tym zakresie.

Art. 92

127. Sygn. akt: KIO 588/16, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2016 r.

Izba za niezasadny uznała także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego. Podał także podstawę faktyczną. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie dokonał szczegółowego wyjaśnienia przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego. Należy wskazać, że stopień szczegółowości jest kwestią oceną, jednakże w ocenie Izby w zakresie podstawy faktycznej odrzucenia oferty wystarczające jest podanie najważniejszych i zrozumiałych dla Wykonawcy przyczyn, które legły u podstaw takiej decyzji Zamawiającego i przyczyny te zostały przez Zamawiającego podane.

128. Sygn. akt: KIO 1227/16, KIO 1236/16, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2016 r.

Zdaniem Izby, zakres informacji podawanych przez zamawiającego wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej nie musi być w każdym postępowaniu taki sam, lecz może być ustalany z uwzględnieniem specyfiki konkretnego postępowania, w szczególności stosowanych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza w całości popiera stanowisko Izby, która oceniając analogiczny zarzut w analogicznym stanie faktycznym (zamawiającym również była ta sama jednostka zamawiająca), uwzględniając odwołanie wykonawcy, w wyroku z dnia 24 września 2015 r. o sygn. akt 1957/15 i 1962/15 uznała, że: „Wobec braku przedstawienia jakiegokolwiek uzasadnienia przyznanej punktacji, w tym w przekazanym zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, konieczne jest niejako „automatyczne” uwzględnienie zarzutu naruszenia wskazanego w zarzucie przepisu. Przekazanie na wniosek poszczególnych Wykonawców – zestawienie punktacji przyznanej przez poszczególnych członków Komisji Przetargowej – w kryteriach pozacenowych w późniejszym terminie przed rozprawą jest bez znaczenia i nie zmienia faktu zaistnienia swobodnego „kuriozum” i działania Zamawiającego, które niewiele ma wspólnego z istotą art. 91 ust. 1 i 2 Pzp. Nie wiadomo bowiem, czy aby na pewno Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą oraz przydzielił punktację zgodnie z zasadami, które sam określił.(...)”

129. Sygn. akt: KIO 1346/16, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2016 r.

(...) Izba stwierdziła, iż Zamawiający żadnych podstaw faktycznych, dokonanej przez siebie czynności, właściwie nie podał. Wskazał jedynie ogólnie, że wykonawca na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, prawidłowo nie uzupełnił dokumentów. Jak wynika z powyższego, Zamawiający nie podał i nie opisał konkretnych powodów wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. nie wskazał, które dokumenty złożone przez Odwołującego są nieprawidłowe lub z jakich powodów informacje w nich podane uznaje za niewystarczające. Nie wskazał więc w związku z jakimi okolicznościami faktycznymi uznaje, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Pośrednio wadliwość samej czynności ze względu na zaniechanie jej należytego uzasadnienia potwierdzał sam Zamawiający, przekazując Izbie pisemną odpowiedź na odwołanie, gdzie wymieniano szereg konkretnych okoliczności faktycznych, które zdaniem Zamawiającego winny skutkować wykluczeniem Odwołu-

jącego z postępowania. W świetle powyższego, podanie tego typu informacji od razu, w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, było możliwe i nie nastęczało żadnych trudności. W związku z powyższym należało potwierdzić zarzut odwołania i orzec naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez brak podania podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania, co spowodowało wadliwość samej czynności wykluczenia z postępowania.

Art. 93 ust. 1 pkt 4

130. Sygn. akt: KIO 1384/16, KIO 1401/16, KIO 1402/16, KIO 1404/16, KIO 1413/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Słusznie wskazywali Odwołujący, iż przesłanki unieważnienia postępowania należy włożyć w sposób ścisły, tak aby nie dochodziło do naruszania zasad przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana redakcyjna przepisu, w którym zastąpiono wcześniejsze wskazanie na kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wskazuje na cel, jakim miało być zapewnienie transparentności czynności Zamawiającego, który zobowiązany jest podać przy otwarciu ofert kwotę, której przekroczenie może prowadzić do unieważnienia postępowania. Odwołujący zdają się jednak nie dostrzegać okoliczności znajdującej potwierdzenie w protokole postępowania, jak i w części stanowisk pisemnych, że na otwarciu ofert obok kwoty łącznej za zadanie Zamawiający wskazywał kwoty środków przeznaczone oddzielnie przez każdego z Zamawiających. Odwołujący pomijali te okoliczności skupiając swoją uwagę na zsumowanych kwotach środków przeznaczonych łącznie na sfinansowanie poszczególnych zadań (dla X SA i Y SA), podanych również przy otwarciu ofert, a także podane w formularzach ofertowych ceny brutto za zadania. W niniejszej sprawie, Zamawiający dochował staranności w tym, aby wykonawcy mieli świadomość, że zamówienie będzie udzielone w imieniu dwóch podmiotów, a z każdym z nich zawarta zostanie oddzielna umowa w ramach danego zadania, na co wskazywał formularz cenowy oraz postanowienia umowne. Co istotne, na otwarciu ofert Zamawiający podał nie tylko łączną kwotę środków przeznaczonych na każde z zadań, ale także udział finansowy każdego z Zamawiających wynikający z zakresu prac, które będą realizowane na ich rzecz w danym obszarze. Nie można w tej sytuacji stawiać tezy, iż działania Zamawiającego miały na celu manipulowaniem kwotą podaną przy otwarciu ofert. Można jedynie zastanawiać się czy do manipulacji cenami nie dopuścili się wykonawcy, gdyż w każdej z pięciu części, której dotyczą odwołania, ceny oferowane za prace świadczone na rzecz Y SA były wyższe (w większości znacząco), a wycena prac na rzecz X SA była zdecydowanie niższa. Również Odwołujący sugerowali możliwość innego rozłożenia cen częściowych, gdyby mieli świadomość, iż Zamawiający będzie porównywał te kwoty z środkami poszczególnych Zamawiających. Nie stanowi to przedmiotu zarzutu stąd nie podlega rozstrzygnięciu przed Izłą, natomiast doprowadziło do sytuacji, w której Y SA musiałaby ponieść wyższe koszty, niż miała to przewidziane w budżecie (około 5 mln.). Nie można tracić z pola widzenia, iż przedmiot zamówienia został podzielony na części (23 zadania), a na chwilę obecną tylko w 8 udało się zawrzeć umowy na kwotę łączną około 39 mln zł. (łącznie 16 umów na rzecz obu Spółek). Zamawiający będą zatem zmuszeni ponownie przeprowadzić postępowanie w ramach pozostałych środków (w tym zaoszczędzonych na 8 zadaniach), a zatem nie mogą w tej chwili ustalić w jakim stopniu wykorzystane zostaną środki na całość zamówienia. (...)

W tym miejscu w pełni aktualne pozostaje stanowisko Sądu Okręgowego w Koszalinie wyrażone w wyroku z 16.04.2014, sygn. VI Ga 23/14, iż istotą uprawnienia zamawiającego jest zapobieżenie zaciąganiu zobowiązań przekraczających jego możliwości finansowe określone w różnego rodzaju planach finansowych konstruowanych przez te jednostki zgodnie

z ustawą o finansach publicznych. Tym samym o możliwości udzielenia zamówienia wykonawcy, który zaoferował cenę przekraczającą założenia przyjęte na etapie przygotowania postępowania, decydować może wyłącznie zamawiający dysponujący kwotą środków podaną na otwarciu ofert. W ocenie Izby, wskazanie w art. 93 ust. 2 Ustawy na potrzebę badania przesłanki unieważnienia postępowania odrębnie dla każdej z części postępowania, nie stoi na przeszkodzie temu, aby uwzględniać stan środków istniejący po stronie Zamawiających wspólnie prowadzących postępowanie. (...)

Ponownie odwołując się do przywołanego już wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie, należy wskazać, iż wartość zamówienia ma jedynie znaczenie dla ustalenia reguł, które obowiązują zamawiającego przy wszczęciu i prowadzeniu postępowania i pozostaje w luźnym związku z kwotą, którą zamawiający przeznaczają na sfinansowanie zamówienia częściowego. Znaczenie dla ustalenia, czy zamawiającemu służy uprawnienie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy w odniesieniu do zamówienia częściowego znaczenie ma jedynie kwota podana przez niego przed otwarciem ofert. Zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Wystarczającym jest w tym zakresie oświadczenie własne zamawiającego, iż nie zamierza zwiększyć (z jakichkolwiek przyczyn) środków przewidzianych na sfinansowanie tego zadania.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego istniejącego w sprawie rozpoznanej łącznie, Izba uznała, iż Zamawiający mógł odnosić się do kwot poszczególnych Zamawiających podanych przy otwarciu ofert przy każdym z zadań. Ponieważ postępowanie prowadzone jest na rzecz dwóch Zamawiających nie można pomijać faktu, iż finansowanie zamówienia nie jest wspólnym udziałem Zamawiających. Odwołujący próbowali wywodzić odpowiedzialność solidarną Zamawiających w oparciu o art. 78 k.c., co w ocenie Izby nie miało podstaw, gdyż wynikająca z tego przepisu odpowiedzialność warunkowana jest wspólnym mieniem. Takie w niniejszym stanie faktycznym nie występuje. Każdy z Zamawiających administruje własnym mieniem, a jedynie wspólną była decyzja co do przeprowadzenia jednego postępowania na rzecz i w imieniu obu niezależnych podmiotów prawa. Zasadniczo, błędnym jest założenie, iż uzyskanie dodatkowych środków, czy też dokonanie przesunięć pomiędzy zadaniami stanowi obowiązek Zamawiającego.

Art. 93 ust. 1 pkt 6

131. Sygn. akt KIO 866/16, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W myśl pkt 7 wskazanego przepisu, unieważnienie postępowania jest dla zamawiającego obligatoryjne, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. została określona kumulatywnie i pojawia się w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności musi mieć charakter obiektywny. Konieczne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł wcześniej przewidzieć zarówno zamawiający, jak i wykonawca. Okoliczności wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 6 muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. To zamawiający jest obowiązany wykazać, że zachowując należyta staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć

wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym.

W rozpoznawanej sprawie okoliczności takie z pewnością miały miejsce. Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, nie dysponował i nie mógł wiedzieć, iż przedmiotowe postępowanie zostanie objęte klauzulą bezpieczeństwa. Jednocześnie Izba nie zgadza się z przystępującym, iż interes publiczny nie jest tożsamy z podstawowym znaczeniem bezpieczeństwa państwa. Ustawodawca w ustawie Pzp nie zawarł definicji interesu publicznego. Pojęcie to nie jest również definiowane w innych, powszechnie obowiązujących przepisach prawnych. W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej jako „wspólnym dobru” wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Poza Konstytucją interes publiczny jest wymieniony w około 540 aktach prawnych, przy czym w niektórych pojawia się nawet kilkakrotnie. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do wartości ujętych przez ustawodawcę w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W ocenie Trybunału, właśnie w tym przepisie wymienia się te wartości, które ów interes publiczny uosabiają. Ogólnie rzecz ujmując można przyjąć, że mówiąc o działaniu w imię jakiegoś dobra ponadindywidualnego (tj. w interesie publicznym, społecznym) zakłada się ujęcie go w postaci co najmniej jednej z sześciu wartości, w tym bezpieczeństwa i porządku publicznego.

132. Sygn. akt KIO 1093/16, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r.

Wskazać należy następnie, iż zarówno w doktrynie, jak również w jednolitym pod tym względem orzecznictwie sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej reprezentowany jest pogląd, iż wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma doniosły skutek i porównywane jest, jak wskazał w uzasadnieniu odwołania oraz w toku rozprawy Odwołujący, do przyrzeczenia publicznego. Powyższe jest bowiem oceniane w kontekście celu postępowania, a więc zawarcia w drodze procedury uregulowanej w ustawie Pzp umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym też kontekście, co również zostało potwierdzone w licznych orzecznictwie sądów oraz Izby, przesłanki unieważnienia postępowania jako wyjątki od ww. zasad nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Powyższe następnie wskazuje, iż ciężar dowodu pozwalający ocenić prawidłowość czynności podmiotu zamawiającego obejmującą unieważnienie wszczętego i prowadzonego postępowania spoczywa na tym ostatnim. Zatem to Zamawiający ma obowiązek wykazać w sposób nie budzący wątpliwości, w szczególności w sytuacji, gdy opiera się na okolicznościach wiadomych tylko i wyłącznie jemu, iż okoliczności te zaistniały i wpisują się one w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. (...)

Jak wskazuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, istotna zmiana okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi mieć charakter okoliczności trwałej, nieodwracalnej, a także zewnętrznej wobec stron postępowania odwoławczego. Nie może być uznana za okoliczność nieprzewidywalną taka zmiana sytuacji, która została wywołana przez jedną ze stron. Istotna zmiana okoliczności musi wystąpić w dacie podejmowania czynności unieważnienia postępowania, na co wskazuje posłużenie się przez ustawodawcę czasem przeszłym („nastąpiła”). Nie można zatem powoływać się na okoliczność, która ulegnie zmianie dopiero w przyszłości. Wreszcie to owa zmieniona okoliczność musiała spowodować, że dalsze prowadzenie postępowania lub zawarcie umowy nie leży w interesie publicznym. Powyższe wskazuje, odnosząc ujęte w powyższym orzeczeniu tezy do przywołanych na początku uzasadnienia argumentów, iż kwestia ta jest traktowana w doktrynie i orzecznictwie jednoznacznie i jednolicie. Jednakże przechodząc na kanwę niniejszej sprawy nie sposób dokonać merytorycznej oceny decyzji Zamawiającego ze względu na brak jakichkolwiek dowodów uza-

sadniających fakty, które stały się podstawą jego decyzji. *Nota bene* takiej oceny nie mógł dokonać również Odwołujący ze względu na lakoniczność uzasadnienia decyzji o unieważnieniu. Została ona rozwinięta w toku rozprawy o pewne szczegóły – jednak stanowiły one jedynie tylko twierdzenia Zamawiającego nie poparte żadnymi dowodami, czy choćby szczegółowymi wyliczeniami. Nie sposób zatem uznać, iż Zamawiający wykazał, że istniały faktyczne i prawne podstawy do unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba w kontekście powyższych uchybień, mając na względzie argumentację Zamawiającego i Odwołującego odnoszącą się do treści przepisów ustawy Prawo energetyczne, ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz ustawy Prawo budowlane, nie mogła dokonać oceny zachowań Zamawiającego w kontekście przywołanych przepisów ww. aktów prawnych, gdyż brak jest przedmiotu subsumcji, tj. brak jest bowiem wykazanych w ramach postępowania dowodowego faktów, które mogą być objęte hipotezą przywołanych przez Odwołującego przepisów innych ustaw. Przedstawiona przez Strony na rozprawie w tym zakresie argumentacja miała bowiem charakter czysto teoretyczny i hipotetyczny bowiem nie sposób dokonać oceny zachowań adresatów wskazanych w powyższych aktach prawnych norm bez identyfikacji faktów wypełniających ich hipotezy. Jakkolwiek ocena zasadności ewentualnej odmowy przyłączenia do sieci energetycznej ze względów technicznych czy ekonomicznych, jak również zbadanie aspektów formalnych prowadzonych inwestycji pod kątem ich przygotowania, czy ocena miejscowych planów zagospodarowania przestrzennego i możliwości przewidzenia na ich podstawie wzrostu obciążenia sieci obsługiwanej przez Zamawiającego przy uwzględnieniu przywołanych przepisów jest bowiem możliwa jedynie wówczas, gdy istnieje substrat podlegający takiej ocenie. Z tych też względów Izba oparła swoje rozstrzygnięcie w przeważającej mierze na podstawie dowodu w postaci zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 10.06.2016 r. oceniając je jako niewystarczające dla uznania za poprawną czynności unieważnienia oraz na podstawie stanowisk Stron postępowania odwoławczego. W niniejszej sprawie Odwołujący miał bowiem utrudnione zadanie, gdyż formułując zarzuty odwołania wobec czynności unieważnienia postępowania ze względu na braki jego uzasadnienia faktycznego i prawnego, nie mógł przeprowadzić dowodów w pozytywnym znaczeniu, lecz w ramach argumentacji odnosić się jedynie do zaniechań i braków w realizacji ciężącego na Zamawiającym obowiązku.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

133. Sygn. akt KIO 798/16, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2016 r.

Analiza uzasadnienia faktycznego dokonanej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zaprezentowanego w piśmie z dnia 4 maja 2016 r. pozwalała przyjąć, że okolicznościami przemawiającymi za unieważnieniem postępowania było w ocenie Zamawiającego to, że „poszczególne wykonawcy/oferenci dokonali różnej klasyfikacji usług oraz różnej klasyfikacji podatkowej, a w konsekwencji w różny sposób obliczyli cenę oferty”, a także to, że „złożone oferty są nieporównywalne, a to z kolei wynika z zastosowanej przez poszczególnych wykonawców różnej interpretacji zapisów” SIWZ oraz udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień.

Co istotne Zamawiający nie wskazał wprost na to, które z postanowień SIWZ, czy wyjaśnień odnoszących się do jej treści, miały być „na tyle nieprecyzyjne i niejednoznaczne”, że to one właśnie stać się przyczyną złożenia nieporównywanych ofert. Nie wskazał on tym samym, które z zapisów SIWZ czy pisma z dnia 31 marca 2016 r. miały wprowadzać w błąd Wykonawców, czy też które z tych zapisów miały się nawzajem wykluczać przesądzając o konieczności zastosowania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia różnych stawek podatku VAT. Sam zaś fakt dokonania przez Wykonawców, w oparciu o różną, własną i indywidualną, in-

terpretację postanowień SIWZ, odmiennej klasyfikacji usług i różnej ich klasyfikacji podatkowej, nie mógł sam w sobie świadczyć o nieprawidłowym skonstruowaniu przez Zamawiającego treści SIWZ.

134. Sygn. akt KIO 883/16, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2016 r.

(...) trudno uznać, że oferta Odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – z jakimś jej konkretnym postanowieniem. Zdaniem Izby Zamawiający powinien wyraźnie wskazać, że nie dopuszcza stosowania kalkulacji własnej, lecz nakazuje stosowanie założeń kalkulacyjnych wynikających z opisu KNR i KNNR, nawet jeśli z doświadczenia zawodowego wykonawcy wynika, że w rzeczywistości nakłady te będą inne. Jest to założenie o tyle słuszne, że pozwoli ujednoclić oferty dla celu ich porównania, w szczególności przy zastosowaniu wynagrodzenia kosztorysowego. Zamawiający ma jednak rację, że w obecnej sytuacji oferta Odwołującego, chociaż formalnie nie jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jest nieporównywalna z innymi ofertami, nie można więc tych ofert poddać prawidłowej ocenie i w sposób prawidłowy dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarówno bowiem eliminacja oferty Odwołującego byłaby niesprawiedliwa i niezgodna z procedurą, jak też niesprawiedliwe i niezgodne z procedurą byłoby przyjęcie takiej oferty z pokrzywdzeniem innych wykonawców, którzy, gdyby zastosowali metodę kalkulacji własnej zmniejszając nakłady wynikające z norm, podobnie jak Odwołujący mogliby przedstawić oferty z niższymi cenami – przy tym rozliczenia i tak odbywałyby się na podstawie późniejszych obmiarów. Oferty Odwołującego nie można także skorygować, np. w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym jedynym słusznym w tej sytuacji rozwiązaniem zaistniałej sytuacji jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy i ponowne przeprowadzenie postępowania, już w prawidłowy sposób. Niemożność dokonania poprawnego wyboru oferty najkorzystniejszej każdorazowo należy uznać za niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, o której mowa w art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że wybór oferty najkorzystniejszej, oczywiście prawidłowy i zgodny z procedurą udzielania zamówień, jest wynikiem postępowania samym w sobie i celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wynika to nawet z definicji zawartej w art. 2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych).

135. Sygn. akt KIO 1069/16, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r.

Do upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, tj. do dnia 9 czerwca 2016 roku do godz.11.00 do Zamawiającego wpłynęło osiem ofert. Podczas otwarcia ofert, które miało miejsce dnia 9 czerwca o godz.12.00 Komisja Przetargowa dokonała otwarcia i odczytania siedmiu ofert. Oferta ósma, złożona przez X S.A., nie została otwarta podczas publicznego otwarcia ofert, bowiem omyłkowo została uznana za zwykłą korespondencję i dostarczona do Komisji Przetargowej już po publicznym otwarciu ofert. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił także, że oferta X S.A. została otwarta przez pracownika Zamawiającego po godzinie 11.00 i przed terminem wyznaczonym na otwarcie ofert.

W ocenie Izby, w sprawie ziściły się przesłanki wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwym jest, że w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia na skutek braku publicznego otwarcia oferty X S.A., doszło do naruszenia zasady jawności, która jest fundamentalną zasadą postępowania o zamówienie

publiczne. Jawność otwarcia ofert jest jednym z praktycznych sposobów realizacji zasady jawności, wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu składania ofert, z tym że dzień, w którym upływa termin składania ofert, jest dniem ich otwarcia (art. 86 ust. 2 ustawy Pzp). Istotą tego przepisu jest z jednej strony zapobieżenie rozpatrywaniu przez zamawiających ofert złożonych po upływie terminu na ich składanie a z drugiej uniemożliwienie zapoznawania się z treścią ofert przed ich otwarciem.

Jawna czynność otwarcia ofert ma także doniosłe znaczenie dla uczestników postępowania – pozwala na ustalenie kręgu podmiotów, którzy ubiegają się o dane zamówienie. Oferta nie może zostać otwarta na niejawnym posiedzeniu komisji przetargowej, ale publicznie, w sposób jawny. W analizowanej sprawie, Zamawiający nie dokonał publicznego, jawnego otwarcia jednej z ofert, która została złożona w terminie na składanie ofert a dodatkowo pracownik Zamawiającego dokonał otwarcia tej oferty jeszcze przed terminem otwarcia ofert, tj. przed godziną 12.00, co stanowi jaskrawe naruszenie przepisów art. 86 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp. Brak podania do publicznej wiadomości – odczytania nazwy, adresu wykonawcy, informacji dotyczących ceny oferty i innych elementów wymienionych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp powoduje, że postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślenia wymaga, że publiczne otwarcie ofert jest czynnością faktyczną, jednokrotną, która nie może zostać powtórzona w danym postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że brak publicznego otwarcia ofert stanowi wadę tego postępowania, które wywiera istotny wpływ na umowę. Tego typu nieusuwalna wada istnieje zawsze, niezależnie od tego czy oferta, która nie została publicznie otwarta jest ofertą najdroższą czy też plasuje się wyżej w rankingu kryteriów oceny ofert. Stąd niezasadne są dywagacje Odwoływającego, że skoro oferta X S.A. jest ofertą najdroższą spośród złożonych ofert a dodatkowo przekraczającą znacznie budżet przeznaczony na realizację zamówienia, to błąd Zamawiającego polegający na braku publicznego otwarcia tej oferty nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. Brak dokonania publicznego otwarcia oferty złożonej przed upływem terminu składania ofert, rodzi skutek w postaci braku możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

136. Sygn. akt KIO 1263/16, Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2016 r.

Jedną z przesłanek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nieusuwalna wada postępowania uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skład orzekający stwierdził, że lakoniczne uzasadnienie zaskarżonej odwołaniem decyzji składające się z przytoczenia treści podstawy prawnej i wskazania na omyłkowe zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia określonych informacji nie dowodzi istnienia podstawy uprawniającej do unieważnienia Postępowania, co stanowi naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jedynie na marginesie Izba wyraża wątpliwość, czy w takiej sytuacji Zamawiający w ogóle sprostął obowiązkowi podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla podjętej przez niego decyzji (zob. art. 93 ust. 3 Pzp).

Skład orzekający nie kwestionuje, że Postępowanie dotknięte było uchybieniem niemożliwym do usunięcia po upływie terminu składania ofert, a polegającym na omyłkowym zamieszczeniu w opisie przedmiotu zamówienia dla poz. 55–57 i 144 informacji, które nie powinny się tam znaleźć (symboli wkładów dedykowanych długopisom, których Zamawiający nie zamierzał w ramach Postępowania kupować). Należy jednak zauważyć, że nie jest to – wbrew zapatrywaniom Zamawiającego – wada powodująca konieczność unieważnienia umowy, a jedynie brak staranności Zamawiającego, która powinna towarzyszyć sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia.

Art. 93 ust. 3**137. Sygn. akt: KIO 751/16, Wyrok KIO z dnia 20 maja 2016 r.**

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający przed unieważnieniem postępowania ma obowiązek poinformować wykonawców o odrzuceniu ich ofert i czekać z decyzją o unieważnieniu do ostatecznego rozstrzygnięcia ewentualnych środków ochrony prawnej składanych na czynność odrzucenia. Taki obowiązek zamawiającego nie wynika z art. 93 ust. 3 ustawy, ani nie wynika z innych obowiązków informacyjnych zamawiającego. Przepis art. 93 ust. 3 nie precyzuje zakresu uzasadnienia faktycznego i prawnego, gdyż różne są podstawy unieważnienia postępowania, w tym zależne wyłącznie od zamawiającego. Nie ma też podstawy prawnej do powstrzymywania się przez zamawiającego z dokonaniem czynności unieważnienia postępowania do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia ewentualnych sporów dotyczących odrzucenia ofert. Ustawa nie przewiduje zawieszania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na czas trwania procedury odwoławczej, a jedynym zakazem jaki obowiązuje zamawiającego jest zakaz zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia przez Izbę.

138. Sygn. akt: KIO 1114/16, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2016 r.

Czynność unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, może podlegać weryfikacji – w przypadku skorzystania przez wykonawcę z prawa do wniesienia środków ochrony prawnej. Na zamawiającego został więc nałożony obowiązek zawiadomienia wykonawców o podjętej czynności. W zawiadomieniu tym nie wystarczy podać tylko podstawy prawnej z ograniczeniem do przytoczenia dyspozycji normy prawnej, wraz z informacją o niezasadnych wymaganiach w SIWZ, czy odwołać się do „określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób odbiegający od uzasadnionych potrzeb Zamawiającego,” w żaden sposób nie sprecyzowanych. Niezbędne jest dokładne poinformowanie o okolicznościach faktycznych, wyczerpujących przesłankę zawartą w przywoływanym jako podstawa unieważnienia przetargu przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. (...)

Nie można było pominąć, że dopiero w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu Izby i do protokołu rozprawy – zamawiający próbował poddać szczegółowej analizie zaistniałe okoliczności faktyczne – w kontekście podstaw do unieważnienia postępowania, i przedstawił nowe okoliczności wykazując zasadność zajętego stanowiska, do których odwołanie, ani się nie odnosiło, ani nie mogło się odnosić. W ocenie Izby, w żadnej mierze zamawiający nie był upoważniony, ażeby w postępowaniu odwoławczym przed Izbą uzupełnić uzasadnienie faktyczne podjętej w przebiegu prowadzonego postępowania czynności – unieważnienia przetargu.

Jak stanowi art. 190 ust. 1 Pzp, nawiązujący do art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, dowód zaistnienia przesłanek obligujących do unieważnienia postępowania spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny. Na gruncie rozpoznawanej sprawy zaistnienie okoliczności uzasadniających unieważnienie przetargu – powinno zatem zostać wykazane przez zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany już w toku prowadzonych czynności ustalić, że powołana przez niego przesłanka unieważnienia postępowania nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców podając – stosownie do normy wyrażonej w art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp – nie tylko uzasadnienie prawne (prawidłową podstawę prawną swojej czynności), ale także pełne uzasadnienie faktyczne. W realiach niniejszej sprawy, bez najmniejszych wątpliwości, zamawiający w kontekście powołanej podstawy prawnej art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i podnoszonych argumentów – wadliwie dokonał poinformowania odwołującego o przyczynach unieważnienia postępowania, bowiem – wbrew dyspozycji przepisu art. 93

ust. 3 pkt 2 Pzp – zaniechał podania pełnego i zrozumiałego uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności. (...)

Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, zamawiający uzasadniając w sposób lakoniczny i ogólnikowy – podjęte czynności unieważnienia postępowania – pozbawił odwołującego możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego i adekwatnego zakwestionowania przez wniesienie odwołania i jego uzasadnienia, uchylając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych przez zamawiającego czynności w postępowaniu, samodzielnie zidentyfikował przyczyny unieważnienia przetargu, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o unieważnieniu przetargu – powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela – mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie. Zdaniem Izby, brak prawidłowego uzasadnienia czynności unieważnienia postępowania, może mieć istotny wpływ na jego wynik w rozumieniu postanowień art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie był bowiem w stanie sformułować w złożonym odwołaniu – wyczerpujących zarzutów kwestionujących prawidłowość unieważnienia procedury przetargowej – z przyczyn podawanych przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i do protokołu rozprawy.

Art. 139 ust. 1

139. Sygn. akt: KIO 1477/16, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r.

(...) wprowadzenie bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców za te prace, które wykonawca wykonał należycie przy udziale podwykonawców, nie oznacza naruszenia zasady odpłatności umowy o roboty budowlane i nie pozbawia wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie przez niego pracy. W świetle reguł opisanych w § 11 ust. 10 i ust. 11 wzoru umowy zamawiający w dalszym ciągu płaci na podstawie faktury wystawionej przez wykonawcę, z tą jedynie różnicą, że kwoty odpowiadające wartości wynagrodzenia przysługującego podwykonawcom, zamawiający bezpośrednio przelewa na rachunki tych podmiotów. Wbrew stanowisku odwołującego kwestionowane postanowienia nie uniemożliwiają wykonawcy pokrycia jego kosztów pośrednich i zysku itp., ze względu na to, że te elementy niebędące towarem ani usługą nie będą mogły być wyszczególnione na fakturze VAT. Oczywistym jest bowiem, że wykonawca nie będzie wskazywał na fakturach tych kosztów czy zysku, ale wykonane roboty budowlane.

Zdaniem Izby kwestionowane postanowienia nie naruszają przepisu art. 353¹ KC ani art. 647 KC. O tym, że sporne zastrzeżenie nie jest sprzeczne z ustawą, naturą umowy o roboty budowlane, czy zasadami współzycia społecznego świadczy choćby treść przepisu art. 143c ust. 1 ustawy Pzp. W przepisie tym sam ustawodawca przewidział – w niektórych przypadkach – obowiązek dokonywania bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców. Nie można utrzymywać, że taki sposób płatności narusza zasadę swobody umów, skoro sam ustawodawca zdecydował się znać takie rozwiązanie za obowiązkowe. (...)

Ustalono, że zamawiający w pkt XVI ppkt 5, 7, 8 i 9 SIWZ oraz w § 7 ust. 4 pkt 5, 7, 8 i 9 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) postanowił, że: „Z zastrzeżeniem uprawnień Zamawiającego wynikających z art. 647¹ kc, Zamawiający zgłosi zastrzeżenia lub sprzeciw do

projektu umowy lub zmiany umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, gdy: (...)

5. projekt umowy będzie przewidywał kary umowne w innych wypadkach i wyższych wysokościach lub wskaźnikach procentowych niż określone w § 13 Umowy, z zastrzeżeniem pkt 4, (...)

7. Wykonawca jest uprawniony do zatrzymania lub wstrzymania zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z jakiegokolwiek tytułu w całości lub w części,

8. umowa przewiduje wykonanie przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę jakiegokolwiek zobowiązania poprzez potrącenie z należnym mu wynagrodzeniem,

9. umowa nie przewiduje, że Wykonawca nie może dokonywać potrąceń z wynagrodzenia podwykonawcy, (...)” (...)

Przepis art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera w przypadku zamówień na roboty budowlane wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający określa takie wymagania. Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, celem wprowadzenia ww. przepisu była konieczność zapewnienia ochrony interesów podwykonawców. Kierując się tym założeniem, ustawodawca przesądził, że publiczny zamawiający może wymagać od wykonawców, aby nie zawierali oni określonych postanowień w umowach podwykonawczych, pod rygorem zgłoszenia zastrzeżeń czy sprzeciwu.

Odwołujący nie wykazał, aby działanie zamawiającego polegające na wskazaniu ww. postanowień świadczyło o nadużyciu przysługującego zamawiającemu uprawnienia w rozumieniu art. 5 KC. Przepis ten stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Jak wcześniej wyjaśniono, celem wprowadzenia uprawnienia była ochrona interesów podwykonawców, a w szczególności ich prawa do wynagrodzenia. W ocenie Izby zamawiający skorzystał ze swego prawa zgodnie z jego przeznaczeniem, gdyż wszystkie kwestionowane klauzule służą ochronie wynagrodzenia podwykonawców. Nie wiadomo natomiast, w jaki sposób skorzystanie przez zamawiającego z uprawnienia miałyby godzić w zasady współżycia społecznego. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący zaniechał wskazania, jakie konkretnie zasady współżycia społecznego stoją na przeszkodzie zakazania wprowadzenia przedmiotowych klauzul. Odwołujący nie sprostował również ciężarowi udowodnienia naruszenia art. 353¹ KC. Przepis ten 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. Niezastosowanie klauzul zakazanych przez zamawiającego nie spowoduje żadną miarą, że zmieni się natura (właściwość) stosunku umowy podwykonawczej w robotach budowlanych. O właściwości tego stosunku nie decydują bowiem kary umowne, prawo potrącenia ani prawo do wstrzymania zapłaty wynagrodzenia. Postanowienia takie nie są także sprzeczne z ustawą. Wreszcie, nie wiadomo też jakie konkretnie zasady współżycia społecznego miałyby zostać naruszone. Zakaz zastosowania kar umownych innych aniżeli przewidziane w umowie wykonawczej nie narusza przepisu art. 483 § 1 KC. Zgodnie z tym przepisem można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca w przepisie posłużył się słowem „może”. Zastrzeżenie kar umownych nie jest zatem obowiązkowym elementem umowy podwykonawczej przy robotach budowlanych. (...)

Odwołujący sam przyznał w treści odwołania, że w świetle zasady swobody kontraktowania dozwolone jest wyłączenie możliwości potrącenia. Zatem przepis art. 498 § 1 KC nie ma

charakteru *ius cogentis* i wyłączenie możliwości potrąceń z wynagrodzeniem należnym podwykonawcy nie godzi zatem w ten przepis. Niezasadne jest przy tym powoływanie się na to, że sam zamawiający zapewnił sobie prawo potrąceń w umowie z generalnym wykonawcą, ale odmawia wykonawcy dopuszczenia analogicznego prawa w umowie podwykonawczej. Jak wyjaśnił zamawiający w trakcie rozprawy, wprowadzenie kwestionowanych zakazów w umowach podwykonawczych jest zasadne. Zamawiający słusznie dostrzegł, że konieczność rozstrzygania zasadności potrąceń czy skuteczności prawa wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, mogłoby uniemożliwić lub znacznie utrudniać zamawiającemu realizację bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców. Ponadto wbrew stanowisku kwestionowane zapisy nie stoją na przeszkodzie możliwości wnoszenia przez podwykonawców kaucji gwarancyjnych. Jak wykazał zamawiający, w poprzednich postępowaniach, na tle analogicznych zapisów, stosowane były przekazy, na podstawie których podwykonawcy wnosili kaucje. Postanowienia te służą zatem ochronie wynagrodzenia podwykonawcom i należało je uznać za dopuszczalne.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących postanowień SIWZ zobowiązujących zobowiązuje wykonawcę do uzyskania ostatecznej decyzji – pozwolenia wodnoprawnego na odprowadzenie wód opadowych z nowowybudowanych wylotów, gdyż odwołujący w trakcie posiedzenia Izby cofnął ww. zarzut.

Art. 142 ust. 5

140. Sygn. akt: KIO 748/16, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2016 r.

Obowiązek zamieszczenia w umowie postanowień o charakterze waloryzacyjnym uzależniony jest od spełnienia pozytywnej przesłanki – zmiana powyższych wartości musi pośrednio lub bezpośrednio wpływać na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Oznacza to, iż zamawiający nie jest zobowiązany do umieszczenia w umowach z wykonawcami postanowień o charakterze waloryzacyjnym jeśli okres ich trwania jest krótszy niż 12 miesięcy oraz zmiana czynników określonych w art. 142 ust. 5 nie wpłynie na koszty wykonania zamówienia. (...)

Izba nie podziela przy tym poglądu zamawiającego jakoby dla przepisu art. 142 ust. 5 ustawy pzp alternatywę stanowił art. 357¹ kodeksu cywilnego zawierający tzw. klauzulę *rebus sic stantibus*. Czym innym jest bowiem nadzwyczajna zmiana stosunków jako przesłanka zastosowania przepisu kodeksowego, a ponadto jest to przepis poddający jego stosowanie rozstrzygnięciu sądu, a nie stron umowy. W świetle dokonanej ustalenia Izba nakazała dokonanie zmiany postanowień siwz.

Art. 179 ust. 1

141. Sygn. akt: KIO 590/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r.

Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie, iż przy ocenie spełnienia przesłanek do wniesienia odwołania należało uwzględnić okoliczność, iż cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę środków, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przede wszystkim samo stwierdzenie przekroczenia kwoty podanej przez Zamawiającego przy otwarciu ofert nie oznacza automatycznie, że oferta z wyższą od założonej przez Zamawiającego ceną, nie będzie mogła być wybrana. Przepisy Ustawy pozostawiają bowiem Zamawiającemu możliwość pozyskania dodatkowej kwoty środków i dopóki Zamawiający nie wskaże jednoznacznie, iż takiej możliwości nie ma, nie można przesądzić o tym, że oferta Odwołującego nie zostanie wybrana. Ocena szansy na uzyskanie dodatkowych środków prezentowana przed Izbą przez Zamawiającego nie może być uznana za czynność podjętą w postępowaniu w związku z oceną oferty Odwołującego

i ewentualnym stwierdzeniem podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Ustawy.

142. Sygn. akt: KIO 969/16, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2016 r.

Podczas rozprawy zamawiający podniósł, iż odwołujący nie ma interesu uzasadniającego możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej, ponieważ w odwołaniu raz wskazywał, iż nie ma on możliwości złożenia oferty, a innym razem – że cena oferty jest trudna do wyścawania. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego. Podkreślić należy, iż legitymacja do wniesienia odwołania służy każdemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia. Wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy P.z.p., albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę.

W świetle definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p., ocena interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia lub ewentualnej szkody uwarunkowana będzie tym, czy odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę, który zamierza ubiegać się o udzielenie zamówienia, czy takiego, który już złożył ofertę. Wykonawcy, którzy zamierzają ubiegać się o udzielenie zamówienia, najczęściej składają odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odwołaniach kwestionowane są często zapisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowień przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Krąg osób uprawnionych do złożenia zamówienia na tym etapie jest bardzo szeroki. Uprawnienie to przysługuje bowiem wszystkim podmiotom, które odpowiadają definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. Wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia polegać będzie zatem jedynie na oświadczeniu wykonawcy, iż ma zamiar i potrzebę ubiegania się o dane zamówienie publiczne. Ponadto odwołujący powinien wskazać na poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy oraz związek przyczynowy pomiędzy wskazanym naruszeniem a szkodą. Wskazywane naruszenia ustawy P.z.p. mogą zarówno uniemożliwiać wykonawcy wzięcie udziału w postępowaniu, jak i je utrudniać. W ocenie Izby, wskazywane przez odwołującego naruszenia mogą być zakwalifikowane zarówno do pierwszej, jak i drugiej wskazanej grupy naruszeń.

143. Sygn. akt: KIO 1397/16, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r.

Na wstępie wskazać należy, że Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, a na skutek podnoszonych w odwołaniu działań i zaniechań Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty X i zaniechaniu odrzucenia ofert: X oraz Y, może doznać szkody w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji wg kryteriów oceny ofert ustalonych przez Zamawiającego, zatem uznanie za zasadne zarzutów odwołania daje mu potencjalną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Przy czym na etapie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej bez znaczenia dla istnienia legitymacji czynnej do wniesienia odwołania jest kwestia czy cena oferty wybranej na skutek uznania zarzutów odwołania mieści się w kwocie przeznaczony na realizację zamówienia. Po pierwsze – ewentualna czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest, zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu, czynnością następczą po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Po drugie – Zamawiający zawsze ma prawo podjąć decyzję o zwiększeniu kwoty przeznaczony na realizację zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty (art. 93 ust. 1 pkt 4 *in fine*).

144. Sygn. akt: KIO 1352/16, KIO 1355/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. Obaj odwołujący domagali się unieważnienia postępowania i przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, uważając, że są zdolni do jego wykonania. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki prowadziłoby do konieczności jego unieważnienia. Skutkiem tego może być wszczęcie postępowania w trybie konkurencyjnym, w którym odwołujący mogliby uczestniczyć i uzyskać zamówienie. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. (...)

Nie podzielono stanowiska przystępującego X, jakoby odwołujący Y nie posiadał legitymacji do wniesienia odwołania, gdyż – jak utrzymywał przystępujący – nie wykonuje on działalności zbliżonej do przedmiotu zamówienia i jedynie pozornie zainteresowany jest złożeniem oferty w postępowaniu konkurencyjnym. Przystępujący powołał się w tym zakresie na informacje znajdujące się na stronach internetowych Y. Izba wzięła pod uwagę, że informacje na stronie internetowej odwołującego Y nie muszą prezentować wyczerpującego katalogu działalności, jaką zajmuje się wykonawca. Na obecnym etapie nie wiadomo, czy, a jeżeli tak – to w jaki sposób zamawiający opisze warunki udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym. Nie można także wykluczyć, iż w tym postępowaniu wykonawca polegał będzie na zasobach podmiotów trzecich, względnie korzystał z udziału podwykonawców lub złoży ofertę wspólnie z innym jeszcze wykonawcą.

145. Sygn. akt: KIO 1436/16, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy do wniesienia odwołania, tj. naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody, będące wynikiem kwestionowanych czynności Zamawiającego. Oceny tej Izba zobowiązana była dokonać z uwzględnieniem zakresu zarzutów i żądań wobec czynności, podjęcia których Odwołujący się domaga. Odwołujący zamierza zaoferować urządzenie, które przy obecnym brzmieniu postanowień siwz, nie spełniałoby wymagań, jak również nie uzyskałoby odpowiedniej ilości punktów w kryterium oceny ofert, co pozbawiałoby tego wykonawcę szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji i premiować miało rozwiązanie konkretnego wykonawcy. W swoich żądaniach zmierza do zmiany siwz w takim kierunku, aby mógł zaoferować urządzenie spełniające wymagania graniczne, a także, aby mógł uzyskać punkty za realnie lepsze parametry jakie ono posiada, czy też punkty w ilości proporcjonalnie mniejszej niż rozwiązanie najwyżej punktowane. Zmiana w tym zakresie miała zatem otworzyć temu wykonawcy drogę do złożenia skutecznej oferty i ubieganie się o zamówienie w warunkach uczciwej konkurencji. W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialnoprawne do wniesienia odwołania.

Art. 180 ust. 3**146. Sygn. akt: KIO 620/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r.**

Odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym

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

W obliczu powyższego Izba wskazuje, że wskazanie konkretne i precyzyjne podstawy faktycznej stanowi o zakresie zarzutu, tym samym podnoszenie w trakcie rozprawy argumentacji, która zgoła jest odmienna od zawartej w odwołaniu a wręcz sprzeczna z argumentacją faktyczną podniesioną w odwołaniu stanowi w zasadzie budowanie nowego, nieistniejącego na etapie złożenia odwołania zarzutu.

147. Sygn. akt: KIO 1054/16, Postanowienie KIO z dnia 30 czerwca 2016 r.

Na wstępie zauważenia wymaga, że zarzut stanowią okoliczności prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Na zarzut składają się również okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie konkretnego przepisu ustawy Pzp (bądź jego części). Koniecznym zatem jest przy stawianiu zarzutów powołanie się na okoliczności prawne, ale również istotne i rozstrzygające znaczenie mają okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności Zamawiającego.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący w swym odwołaniu odniósł się do naruszenia przepisów ustawy Pzp, tj. wyłącznie art. 29, 30, 31, zarzucając Zamawiającemu nieprawidłowość dokonanych czynności, jednak nie wskazał w żadnym punkcie odwołania na naruszenie art. 38 ustawy Pzp, odnoszącego się do odpowiedzi Zamawiającego na zadawane pytania przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący twierdził na posiedzeniu, że jego odwołanie dotyczy wyjaśnień Zamawiającego do specyfikacji z dnia 6 czerwca 2016 r., jednak w treści odwołania powołał się wyłącznie na postanowienia SIWZ, wskazując ich konkretne punkty oraz części w sposób bardzo precyzyjny – w przeciwieństwie do wyjaśnień Zamawiającego z dnia 6 czerwca 2016 r.

Zauważyć również należy, że Odwołujący nie sprecyzował w swoim odwołaniu, którą dokładnie odpowiedzią Zamawiający dokonał ewentualnej zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wskazując jedynie, że „czynność Zamawiającego polega na nieprawidłowym określeniu SIWZ”, czy też „stosownie do wyjaśnień udzielanych (...)”, nie doprecyzo-

wał, które wyjaśnienia ewentualnie zmieniły treść Specyfikacji. Ponadto Odwołujący zakwestionował „czynność Zamawiającego polegającą na nieprawidłowym określeniu specyfikacji”, nie zaś złożone w dniu 6 czerwca 2016 r. wyjaśnienia do tej Specyfikacji. Wniesione w dniu 16 czerwca 2016 r. odwołanie dotyczyło zatem treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, znanej wykonawcom już w dniu 20 kwietnia 2016 r. i wyłącznie czynność przygotowania treści SIWZ została przez Odwołującego zakwestionowana – nie zaś wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w dniu 6 czerwca 2016 r. Wobec powyższego termin na skargę tej czynności upływał w dniu 30 kwietnia 2016 r. – nie zaś w dniu 16 czerwca 2016 r.

W ocenie Izby jeśli – jak twierdzi Odwołujący – odwołanie miało dotyczyć czynności wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w dniu 6 czerwca 2016 r. – i ich ewentualnych sprzeczności z SIWZ, to wykonawca wnoszący odwołanie powinien precyzyjnie określić, które to odpowiedzi są sprzeczne z Specyfikacją, które zaś niewątpliwie zmieniają jej treść – czego Odwołujący nie uczynił. Odwołujący dopiero na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej doprecyzował numery odpowiedzi na pytanie (370, 393) które w jego ocenie stanowiły naruszenie przepisów ustawy Pzp. Przypomnieć należy – co niejednokrotnie podkreślano w orzecznictwie KIO i sądów okręgowych – iż, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, zatem Krajowa Izba Odwoławcza związana jest wyłącznie zarzutami odwołania, nie mogąc wychodzić poza jego zakres. Ponadto – analizując treść odwołania – Izba nie może domniemywać przedmiotu i zakresu zaskarżenia, który to zakres powinien być w sposób precyzyjny określony przez stronę wnoszącą środek ochrony prawnej w postaci odwołania.

148. Sygn. akt: KIO 1610/16, Wyrok KIO z dnia 9 września 2016 r.

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.

(...) Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnosząca się do żadnych konkretów. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający wskazał uzasadnienie dokonanego odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując pozytywne koszty ofertowego niezgodne z przedmiotami zawartymi w dokumentacji postępowania. Zamawiający, w sposób zrozumiały, w treści pisma wskazał jakie postawił wymagania w przedmiarach oraz jaka została złożona oferta przez Odwołującego w tych pozycjach. Odwołujący, przedstawiając okoliczności faktyczne w sposób lakoniczny i ogólnikowy, nie wskazał żadnych sprecyzowanych faktów, nie odniósł do żadnej z konkretnych informacji przedstawionych przez Zamawiającego. Powołanie jedynie podstawy prawnej i to np. w przypadku art. 87 ust. 2 ustawy bez odniesienia się do konkretnego punktu lub wskazanie naruszenia przepisów w sposób alternatywny (art. 26 ust. 4 i/lub art. 87 ust. 1) bez jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego wskazującego na zaniechania dokonania danych czynności nie może stanowić prawidłowo podniesionego zarzutu (...).

Art. 183 ust. 2

149. Sygn. akt: KIO/W 12/15, Postanowienie KIO z dnia 11 czerwca 2015 r.

Zdaniem Izby, zamawiający nie wykazał, o jaki konkretnie interes publiczny chodzi, ograniczając się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń o obowiązku wywiązania się z zapewnienia realizacji kursów prawa jazdy dla uczestników ww. projektu. Tymczasem pojęcie interesu

publicznego w żadnym razie nie może być utożsamiane z interesem zamawiającego. W ocenie Izby argumentacja zamawiającego nie świadczy o spełnieniu przesłanek z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, warunkujących uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Aktualna w okolicznościach danej sprawy jest, więc teza zawarta w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. W/96), zgodnie z którą „za interes publiczny należy bez wątplenia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.”

Bez względu na powyższe, na zamawiającym spoczywa obowiązek wszczęcia postępowania w takim czasie, który umożliwi udzielenie zamówienia zgodnie z planowanym terminem, przy pełnym respektowaniu przepisów ustawy Pzp – uwzględniając jednocześnie zarówno uprawnienia wykonawców związane z korzystaniem ze środków ochrony prawnej, jak i terminy niezbędne dla dokonywania czynności w postępowaniu. Zamawiający powinien bowiem liczyć się z faktem, że badanie i ocena ofert wymagać może podjęcia, np. dodatkowych czynności mających na celu uzupełnienie lub wyjaśnienie ofert i złożonych wraz z nimi dokumentów, a wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mogą skorzystać z przysługujących środków ochrony prawnej, w konsekwencji postępowanie może ulec przedłużeniu.

150. Sygn. akt: KIO/W 22/15, Postanowienie KIO z dnia 18 listopada 2015 r.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego oraz z treści przedłożonych dokumentów, przedmiotowe zamówienie dotyczy projektu realizowanego w ważnym celu i w ważnym interesie publicznym, przejawiającym się w działaniach ukierunkowanych na zapobieganie „wykluczeniu cyfrowemu” na terenie tzw. ściany wschodniej RP. Zamawiający wykazał w sposób jednoznaczny, że zachodzi konieczność realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego do dnia 31 grudnia 2015 r., co wiąże się z możliwością uzyskania dofinansowania projektu na bardzo wysokim poziomie, tj. 95%. Istotny jest również realny brak możliwości realizacji celu postępowania w terminie późniejszym, w szczególności ze względu na brak wystarczających środków własnych Zamawiającego na ten cel.

Izba wzięła pod uwagę także fakt, że Zamawiający nie miał wpływu i nie mógł przewidzieć sytuacji, w której doszło do uchylenia się przez poprzednio wyłonionego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający wszczął postępowanie, mające na celu realizację projektu w dniu 13 kwietnia 2012 r. W tym zakresie Zamawiający dołożył należytej staranności przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowań.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że korzyści związane z ochroną interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie przewyższają korzyści dla interesu publicznego, związanego z realizacją dostępu mieszkańców Polski wschodniej do szerokopasmowej sieci Internet, a tym samym przeciwdziałaniem „cyfrowemu wykluczeniu” mieszkańców tego obszaru.

151. Sygn. akt: KIO/W 30/15, Postanowienie KIO z dnia 22 grudnia 2015 r.

W ocenie Izby zamawiający wykazał, iż nieudzielenie zamówienia spowoduje szkodę dla interesu publicznego. Faktem jest, iż pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Ochrona i propagowanie narodowych dóbr kultury z pewnością w spektrum interesu publicznego się znajduje.

Niemniej jednak zamawiający nie udowodnił związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy opóźnieniem w zawarciu umowy a negatywnymi skutkami dla interesu publicznego. Co praw-

da zamawiający na taki związek wskazywał, lecz nie poparł go stosownymi dowodami. Zamawiający powoływał się na postanowienia umowy o dofinansowanie, lecz umowy tej do wniosku nie dołączył, w związku z czym Izba nie miała możliwości weryfikacji zasadności argumentacji zamawiającego. Podobnie w przypadku argumentów związanych z wszczęciem przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne. Zamawiający podnosił, że postępowanie mógł wszcząć dopiero po przeprowadzeniu i sfinalizowaniu innych postępowań, niemniej jednak nie wykazał, co było przedmiotem tych postępowań, kiedy się one zakończyły i jaki był ich wpływ na niniejsze postępowanie.

Podkreślić należy, że wydanie orzeczenia prowadzącego w konsekwencji do naruszenia interesu prywatnego, wymaga wnikliwego rozważenia i przekonującego uzasadnienia. W wyroku z dnia 21 czerwca 2001 roku, sygn. akt V SA 3718/00 Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził: „Należy przypomnieć, że w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznej i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu społecznego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym wypadku organ orzekający ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny chodzi i udowodnić, że jest on tak ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywatela. Zarówno wykazanie tego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu społecznego nad indywidualny, podlegać muszą wnikliwej kontroli instancyjnej i sądowej, szczególnie wówczas, gdy w ocenie organu w interesie społecznym leży ograniczenie praw obywatela określonych w Konstytucji RP”.

152. Sygn. akt: KIO/W 32/15, Postanowienie KIO z dnia 28 grudnia 2015 r.

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

W ocenie Izby wniosek nie może być rozpatrzony pozytywnie już z tego względu, że Zamawiający nie skonkretyzował, na czym polega uszczerbek w interesie publicznym, który mógłby wystąpić w razie niezawarcia umowy z aktualnie wybranym wykonawcą. Niewystarczające jest ogólne powołanie się na priorytetowość zapewnienia ciągłości ochrony ze względów bezpieczeństwa i obronności państwa w obecnym okresie zagrożenia terrorystycznego. Niewystarczające jest również powołanie się w tym kontekście na okoliczność, że usługi objęte przedmiotem zamówienia może wykonywać wyłącznie SUFO. Z uzasadnienia wniosku nie wynika, aby Zamawiający podjął odpowiednie działania w celu zapewnienia ciągłości ochrony (...). Wszczynając postępowanie na 2,5 miesiąca przed końcem obowiązywania dotychczasowej umowy, Zamawiający podjął ryzyko, że nie uda mu się do tego czasu rozstrzygnąć postępowania. O konieczności brania pod uwagę czasu koniecznego na przeprowadzenie procedury świadczy fakt, że Zamawiający zakończył badanie i ocenę ofert dopiero na początku grudnia, czyli potrzebny był niemal miesiąc od upływu terminu składania ofert. Wnoszenie środków ochrony prawnej, w tym czas konieczny na rozstrzygnięcie ewentualnych odwołań, również powinien być brany pod uwagę przez Zamawiającego. Nadzwyczajny środek, jakim jest wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, nie może służyć jako sposób na rozwiązanie problemu spowodowanego brakiem przewidzenia przez Zamawiającego odpowiedniego czasu na przeprowadzenie postępowania. Ze złożonego wniosku nie wynika również, aby Zamawiający w aktualnie zaistniałej sytuacji

rozważył możliwość udzielenia zamówienia na okres konieczny do zakończenia prowadzonego postępowania.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że niezawarcie umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, które przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku. W szczególności należy zauważyć, że o ile dla Zamawiającego istotne jest niezwłoczne zawarcie umowy, o tyle interes poszukującego wykonawcy wnoszącego odwołanie polega na tym, aby to jemu zostało udzielone zamówienie. Natomiast zawarcie umowy z innym wykonawcą taką możliwość niweczy.

153. Sygn. akt: KIO/W 39/15, Postanowienie KIO z dnia 4 stycznia 2016 r.

Wskazana przesłanka ustawowa, pozwalająca Izbie na uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego związanego z wniesieniem odwołania w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odwołuje się do dwóch okoliczności, które winny być wykazane przez Zamawiającego we wniosku składanym do Izby. Pierwszą z tych okoliczności jest konieczność wykazania zagrożenia interesu publicznego. Zagrożenie to ma być wynikiem złożonego odwołania i ma mieć znaczenie dla terminu zawarcia umowy, a tym samym również realizacji określonego przedsięwzięcia objętego danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Drugą z okoliczności wynikających z art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp jest ochrona wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Chodzi tu o interesy wykonawców związanych z toczącym się postępowaniem odwoławczym, w tym w szczególności interes odwołującego się wykonawcy. Przywołany przepis ustawy Pzp zakłada konieczność zważenia interesu publicznego z uszczerbkiem w interesie wykonawcy (wykonawców) ubiegającego się o dane zamówienie publiczne, który zaskarża w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone czynności czy zaniechania zamawiającego (ewentualnie broni swoich interesów postępowaniu odwoławczym jako wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego).

Izba, dokonując zważenia tych dwóch interesów stwierdziła, że nie została wykazana przez Zamawiającego przesłanka interesu publicznego. Interes publicznych należy postrzegać – zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem, w tym przede wszystkim zgodnie z treścią uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. akt W 8/96 – przez pryzmat korzyści uzyskiwanych w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych, np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Brak podpisania umowy w sprawie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i realizacji usług pocztowych począwszy od dnia 1 stycznia 2016 r. w ocenie Izby nie wpływa w sposób bezpośredni na zagrożenie interesu publicznego w rozumieniu przywołanej uchwały Trybunału Konstytucyjnego. Usługi pocztowe nie są bezpośrednio związane z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, czy porządku publicznego. Jednocześnie też niepodpisanie umowy w sprawie niniejszego zamówienia publicznego przed rozstrzygnięciem sprawy wniesionego odwołania, nie pozbawia Zamawiającego legalnej możliwości świadczenia usług pocztowych w okresie do czasu rozstrzygnięcia przez Izbę sprawy przedmiotowego odwołania. Przepisy ustawy Pzp pozwalają bowiem Zamawiającemu w takich sytuacjach na podjęcie określonych działań, które dają szansę na zapewnienie bieżącej obsługi Zamawiającego, w tym co do świadczenia usług pocztowych. Usługi pocztowe bowiem mają charakter powszechny i dostępny i skorzystanie z nich z marszu („od ręki”) – biorąc pod uwagę dostępność podmiotu, który może przez określony czas świadczyć Zamawiającemu tego rodzaju usługi – nie jest obiektywnie problematyczne.

Izba, dokonując zważania wskazanego przez Zamawiającego zagrożenia interesu publicznego z interesem wykonawcy, który złożył do Izby odwołanie, stwierdziła, że interes wykonawcy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy jest przeważający. Zamawiający bowiem odrzucił ofertę Odwołującego, pozbawiając go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, przy czym w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustalony przez Zamawiającego termin składania ofert upływał w dniu 18 grudnia 2015 r., w sytuacji konieczności zapewnienia świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia począwszy od dnia 1 stycznia 2016 r. Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, powinien przewidywać możliwość składania odwołań, w szczególności wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Założenie poczynione przez Zamawiającego, że usługi pocztowe będą świadczone od dnia 1 stycznia 2016 r., w sytuacji kiedy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wszczynane w dniu 7 grudnia 2015 r., a Zamawiający ustala termin składania ofert na dzień 18 grudnia 2015 r. i informuje o odrzuceniu oferty – jak wynika z treści złożonego do Izby odwołania – w dniu 23 grudnia 2015 r., wskazują łącznie na istotne zagrożenie interesu wykonawcy, którego oferta została przez Zamawiającego odrzucona. Warto też podkreślić, że wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający do Izby złożył *de facto* na jeden dzień przed rozpoczęciem świadczenia usługi (1 stycznia 2016 r.), a po dwóch dniach od złożenia do Izby przez wykonawcę odwołania. W takich okolicznościach sprawy w ocenie Izby odwołujący się wykonawca, powinien mieć możliwość rozstrzygnięcia zarzutów odwołania dotyczących czynności odrzucenia jego oferty z pozostawieniem mu szansy na realne uzyskanie przedmiotowego zamówienia w przypadku ewentualnego potwierdzenia się zarzutów odwołania.

154. Sygn. akt: KIO/W 1/16, Postanowienie KIO z dnia 12 stycznia 2016 r.

Możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przez Krajową Izbę Odwoławczą pomimo wniesionego odwołania, stanowi instytucję wyjątkową, która nie powinna być nadużywana, gdyż jej stosowanie poza sytuacjami wyjątkowymi i szczególnie uzasadnionymi wypaczałoby sens prowadzenia procedury wyboru najkorzystniejszej oferty. Wyjątek ten uzasadnia wyłącznie sytuacja, w której brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy przed rozstrzygnięciem odwołania przez Izbę wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, który przewyższa korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez Zamawiającego czynności. Ponadto uwzględnienie wniosku nie może co do zasady następować w celu naprawy zawinionych działań czy zaniechań Zamawiającego. Na etapie oceny zasadności złożonego wniosku Izba nie bada ani prawidłowości, ani tym bardziej zasadności wniesionego odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, którego zagrożenie miałyby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie wykonawcy). Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy jest wnioskiem samodzielnym i Zamawiający w nim winien wykazać potrzebę uchylenia zakazu celem zapobieżenia szczególnie niekorzystnym zdarzeniom społecznym związanym z nie zawarciem umowy.

Składając przedmiotowy wniosek Zamawiający winien był w sposób szczegółowy i za pomocą jasnych określeń wykazać wpływ wykonania tego zamówienia na ochronę słusznego interesu publicznego, którego niewykonanie w sposób ewidentny przekracza potrzebę ochrony praw odwołujących się uczestników postępowania odwoławczego. Natomiast w tym przypadku z uzasadnienia wniosku nie wynikają żadne konkretne informacje, które pozwoliłyby na dokonanie oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego. Izba rozpatrując wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania nie może opierać się na ogólnikowych sformułowaniach, dotyczących powszechnie znanych zagrożeń jakie niesie za sobą nieusuwanie odpadów komunalnych, czy nieposypywaniem w okresie zimowym chodników itd. We wniosku brak jest jakiegokolwiek

wzmianki czy uzasadnienia, dlaczego Zamawiający tak prowadzi to postępowanie, że nie było możliwe jego przeprowadzenie w terminie umożliwiającym zawarcie umowy z wykonawcą od 01 stycznia 2016 roku.

Analizując treść SIWZ stwierdzić należy że przedmiotowe postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem zasad obowiązujących dla zamówień poniżej tzw. progów unijnych. Natomiast analizując terminarz czynności Zamawiającego dokonanych w tym postępowaniu wskazać należy, że zostało ono wszczęte w dniu 10 grudnia 2015 roku. Otwarcie [ofert – przyp. red.] miało miejsce w dniu 17 grudnia 2015 roku. Natomiast w dniu 29 grudnia 2015 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Oceniając powyższą sytuację stwierdzić należy, że taki tok przeprowadzonego postępowanie nie tylko nie dopuszczał możliwości zawarcia do 31 grudnia umowy z wybranym wykonawcą, ale także nie zakładał możliwości skorzystania przez wykonawców z środków ochrony prawnej z czego profesjonalny Zamawiający winien zdawać sobie sprawę.

Odnosząc się do powyższego Izba stwierdza, że zbyt późne wszczęcie postępowania, nie może usprawiedliwiać skorzystania z wyjątkowej, na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych instytucji, jaką jest możliwość zawarcia umowy za zgodą KIO przed rozpoznaniem odwołania. W szczególności, samo skorzystanie przez wykonawcę z przysługujących mu środków ochrony prawnej – co często powoduje opóźnienia w udzieleniu zamówienia – nie może stanowić podstawy do uchylenia zakazu. Zamawiający powinien bowiem przewidzieć, że w ramach postępowania mogą zostać wniesione odwołania i powinien wszcząć postępowanie w takim terminie, aby podpisanie umowy mogło nastąpić w odpowiednim w czasie, określonym w postanowieniach SIWZ. Wskazać należy także iż Zamawiający składając wniosek o uchylenie zakazu winien w szczególności dokonać rozróżnienia pomiędzy interesem publicznym, a interesem własnym i wykazać dlaczego nie uchylenie zakazu zawarcia umowy powodowałoby tak ważne naruszenie interesu publicznego iż zaistniała sytuacja miałaby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów, w tym interesu odwołującego.

155. Sygn. akt: KIO/W 2/16, Postanowienie KIO z dnia 17 lutego 2016 r.

Nie ulega wątpliwości, że dobrodziejstwo wynikające z przepisu art. 183 ust. 2 zd. drugie Pzp jest wyjątkiem od ogólnej zasady zakazu udzielenia zamówienia przed zakończeniem postępowania odwoławczego, wobec czego przesłanki skorzystania z tej instytucji nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Wyjątkowość omawianej instytucji nakazuje również przykładanie szczególnej wagi do argumentacji zawartej we wniosku. Zamawiający powinien w nim w sposób konkretny i szczegółowy przedstawić powody, dla których konieczne jest zezwolenie mu na zawarcie umowy w warunkach wszczętego postępowania odwoławczego. W ocenie Izby Zamawiający powyższym obowiązkiem uchybił z następujących przyczyn.

Po pierwsze – w odniesieniu do argumentu dotyczącego statusu podmiotowego Zamawiającego Izba wskazuje, że nie jest argumentem przemawiającym *per se* za koniecznością uchylenia zakazu zawarcia umowy okoliczność, iż zobowiązany jest on do wykonywania obowiązków mających źródło w przepisach prawa, czy – jak to wskazano w treści wniosku – w „dokumentach normatywnych” wydanych przez Ministra (...). Zamawiający stanowią bowiem szczególną grupę podmiotów, z których każdy wykonuje jakieś zadania, niejednokrotnie mające na celu zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym. Jakkolwiek Izba dostrzega wagę realizowanych przez Zamawiającego zadań, tym niemniej nie może to stanowić samodzielnej podstawy uwzględnienia wniosku.

Po drugie – powody, dla których Zamawiający oczekuje zezwolenia mu na zawarcie umowy w trybie ekstraordynaryjnym nie wpisują się, w ocenie Izby, w przesłankę interesu publicznego. W szczególności zwraca uwagę argument związany z koniecznością zabezpieczenia

pracowników Zamawiającego przed skutkami negatywnych zjawisk atmosferycznych, u podstaw którego leży stwierdzenie, że odpowiedzialność w tym zakresie, zarówno na gruncie prawa pracy, jak i prawa cywilnego, będzie ponosił Zamawiający. Wynika z tego, że Zamawiający dąży w istocie do zabezpieczenia swoich interesów (uniknięcia odpowiedzialności na wspomnianych płaszczyznach) utożsamiając je bezpodstawnie z interesem publicznym.

Z uwagi na ogólny charakter sformułowań użytych w uzasadnieniu wniosku nie jest również wiadome w jaki sposób niezawarcie umowy, ze względu na jej przedmiot, miałyby przekładać się na zaistnienie realnego zagrożenia obniżenia zdolności bojowej wojsk i zakłócenia procesów szkolenia. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek informacji dotyczących przyczyn, dla których prowadzone przez niego postępowanie nie mogło zostać rozstrzygnięte w terminie umożliwiającym zapewnienie ciągłości usług będących jego przedmiotem. W związku z powyższym Izba również ogólnie wskazuje, że Zamawiający powinien przykładać szczególną wagę do ustalenia odpowiednich terminów wszczęcia postępowania, przy uwzględnieniu możliwości korzystania przez jego uczestników, na różnych etapach procedury, ze środków ochrony prawnej.

156. Sygn. akt: KIO/W 5/16, Postanowienie KIO z dnia 22 kwietnia 2016 r.

W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał zasadności wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, o jakim mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podnoszone okoliczności dotyczące zakresu zadań, ich wagi i znaczenia w wymiarze ogólnospołecznym, jak również podnoszona potrzeba zapewnienia ciągłości utrzymania czystości w budynkach i na terenach zewnętrznych, nie dowodziły w sposób dostateczny wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego przewyższającego korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. W okolicznościach dotyczących rozpatrywanego wniosku, należało przede wszystkim ustalić, czy ustawowy nakaz powstrzymania się przez zamawiającego od zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Izba ustaliła, iż planowany termin rozpoczęcia świadczenia usługi przez wykonawcę wybranego w postępowaniu został wskazany w ogłoszeniu na dzień 02.05.2016 r. W dniu wydania niniejszego postanowienia wyznaczony został na dzień 28.04.2016 r., termin posiedzenia Izby, na którym ma być rozpoznane odwołanie z udziałem stron. W świetle powyższego zamawiający pozostawać będzie związany zakazem zawarcia umowy do momentu wydania orzeczenia w sprawie, który prawdopodobnie nastąpi przed planowanym terminem rozpoczęcia świadczenia usługi. W ocenie Izby, zakres usługi nie uzasadnia stwierdzenia zagrożenia dla interesu publicznego w takim stopniu, aby koniecznym było uchylenie zakazu zawarcia umowy, tym bardziej, że zamawiający poza wskazaniem na charakter wykonywanych zadań, w żaden sposób nie wykazał, aby opóźnienie w rozpoczęciu świadczenia usługi realnie zagrażało bezpieczeństwu publicznemu. Ewentualny uszczerbek na jaki wskazują okoliczności podniesione przez zamawiającego może polegać na pogorszeniu warunków czystości na terenie obiektu. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał we wniosku realnych negatywnych skutków braku zawarcia umowy w terminie umożliwiającym rozpoczęcie prac od dnia 02.05.2016 r., co umożliwiłoby ustalenie, że przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W ocenie składu rozpoznającego wniosek, niezależnie od utrzymania czystości w obiektach i na terenach zewnętrznych zamawiający będzie realizował zadania statutowe również po 02.05.2016 r., chociaż będzie to wymagało przyjęcia jakiegoś rozwiązania tymczasowego, ograniczającego skutki czasowego zakłócenia w utrzymaniu porządku. Odnosząc się natomiast do merytorycznego uzasadnienia odwołania Izba wskazuje, że w świetle przesłanek

uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy, okoliczności dotyczące podstawy zarzutów nie mogą być brane pod uwagę. Wymagałoby to bowiem, aby skład orzekający przed przystąpieniem do rozpoznania odwołania dokonał przesądu i uznał na etapie rozpoznania wniosku, że odwołanie nie jest zasadne.

157. Sygn. akt: KIO/W 6/16, Postanowienie KIO z dnia 27 kwietnia 2016 r.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego Izba stwierdza, że Zamawiający nie wykazał na czym będą polegać negatywne skutki dla interesu publicznego w przypadku niewyrażenia zgody na natychmiastowe zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Wskazanie, iż zamówienie realizowane jest obecnie realizowane w trybie z wolnej ręki, a zamawiającemu wydawało się, że 4 miesiące wystarczające będą do przeprowadzenia kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym, jest zbyt ogólne, jak i pozbawione czytelności. Nie można z niego wywieść jakie negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z ochroną interesów wykonawców mogą powstać i jakie interesy Zamawiającego są zagrożone. (...)

Jednocześnie Izba wskazuje, że każdy profesjonalny uczestnik systemu zamówień publicznych, a za takiego niewątpliwie uznać należy Zamawiającego, winien planując takie postępowanie założyć odpowiedni okres jego trwania przewidując, że wykonawcy będą mogli składać odwołania od czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania. Bez znaczenia natomiast dla losu wniosku pozostaje zasadność zarzutów zawartych w odwołaniu, czy też fakt, że Odwołujący złożył ofertę droższą od wybranej. W uzasadnieniu wniosku znajduje się jedno zdanie o możliwym zagrożeniu epidemiologicznym, czy też zagrożeniu bezpieczeństwa sanitarnego. Zamawiający na powyższe okoliczności nie przedstawił żadnej dodatkowej argumentacji i nie przedłożył jakichkolwiek dowodów. Wskazać należy, że Zamawiający w uzasadnieniu wniosku, nie podał dostatecznych argumentów pozwalających Izbie na wnikliwe rozpatrzenie wniosku celem zastosowania instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, która to instytucja ma charakter wyjątkowy. Z uzasadnienia wniosku nie wynikają bowiem żadne konkretne informacje, które pozwoliłyby na dokonanie oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego. Izba uchylając zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania nie może opierać się na ogólnikowych sformułowaniach oraz nie może rozpoznawać wniosków przez pryzmat zasadności czy też niezasadności złożonego przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu środka ochrony prawnej w postaci odwołania. Przy rozpoznawaniu wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, argumentacja dotycząca zarzutów wniesionego odwołania nie za żadnego znaczenia prawnego. Rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba nie dokonuje bowiem oceny zasadności wniesionego odwołania.

158. Sygn. akt: KIO/W 7/16, Postanowienie KIO z dnia 2 czerwca 2016 r.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał, iż na okres poprzedzający rozstrzygnięcie odwołania przez Izbę nie ma obiektywnych możliwości zapewnienia dostawy paliwa, jak tylko przez podpisanie umowy z wyłonionym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcą. Izba wskazuje przy tym, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek wszczęcia postępowania w takim terminie, który umożliwi udzielenie zamówienia zgodnie z planowanym terminem, przy pełnym respektowaniu przepisów ustawy Pzp – uwzględniając jednocześnie zarówno uprawnienia wykonawców związane z korzystaniem ze środków ochrony prawnej, jak i terminy niezbędne dla dokonywania czynności w postępowaniu. Zamawiający powinien bowiem liczyć się z faktem, że poszczególne etapy postępowania mogą wymagać podjęcia dodatkowych czynności przedłużających czas trwania postępowania, jak np. konieczność wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów

bądź złożenia wyjaśnień, a wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu mogą skorzystać z przysługujących środków ochrony prawnej, co w konsekwencji również skutkuje przesunięciem terminu zawarcia umowy.

159. Sygn. akt: KIO/W 16/16, Postanowienie KIO z dnia 21 listopada 2016 r.

Zgodnie z przepisem art. 183 ust. 2 Pzp rozstrzygnięcie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy wymaga oceny, czy jej niezawarcie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ergo, rozpoznając wniosek, Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania, ani nawet okoliczności w jakich zostało ono złożone, wobec czego argumenty Zamawiającego, że odwołanie złożył wykonawca, który zaoferował najwyższą cenę i zostałyby sklasyfikowany na ostatnim miejscu w rankingu ofert są prawnie obojętne (dowody z pkt 4–5 powyżej).

Izba analizując uzasadnienie wniosku uznała, że Zamawiający nie wykazał istnienia interesu publicznego wymagającego szczególnej, wynikającej z przepisu art. 183 ust. 2 Pzp, ochrony. Nie jest nim potrzeba wydatkowania środków finansowych w bieżącym roku budżetowym, do czego referowała obszerna argumentacja Zamawiającego w pierwszej części wniosku i przedstawione w pkt 1–2 powyżej dowody. Skład orzekający podkreśla, że nie kwestionuje istotnej roli realizowanego projektu w aktywizowaniu osób bezrobotnych, tym niemniej twierdzenie o konieczności niezwłocznego wydatkowania środków na jego realizację nie może stanowić, ze względu na wyjątkowy charakter instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy w warunkach wszczętego postępowania odwoławczego, wystarczającego argumentu przemawiającego za jej zastosowaniem, nawet jeśli odmowa uchylenia zakazu spowodować miałyby utratę funduszy. Wydaje się również, że pojęcie interesu publicznego ma kontekst szerszy niż wyrażający się koniecznością przeszkolenia 15-osobowej grupy w celu zwiększenia ich szans na rynku pracy. Interesu publicznego należy upatrywać w korzyściach z realizacji określonych zadań płynących dla ogółu, nie zaś w poprawie sytuacji wąskiego grona osób.

160. Sygn. akt: KIO/W 21/16, Postanowienie KIO z dnia 8 grudnia 2016 r.

Z uzasadnienia wniosku wynikają dwojakiemu rodzaju argumenty mające przemawiać za jego zasadnością. Pierwszy z nich dotyczy statusu Zamawiającego i nałożonych na niego zadań, drugi zaś związany jest z potencjalnymi negatywnymi konsekwencjami odmowy uchylenia zakazu, mającymi przekładać się na zagrożenie interesu publicznego, a w istocie ekonomicznego państwa.

(...) Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek informacji dotyczących przyczyn, dla których prowadzone przez niego postępowanie nie mogło zostać rozstrzygnięte w terminie umożliwiającym zapewnienie ciągłości usług będących jego przedmiotem. W związku z powyższym Izba również ogólnie wskazuje, że Zamawiający powinien przykładać szczególną wagę do ustalenia odpowiednich terminów wszczęcia postępowania, przy uwzględnieniu możliwości korzystania przez jego uczestników, na różnych etapach procedury, ze środków ochrony prawnej, tym bardziej zaś w sytuacji, w której Zamawiający chce zabezpieczyć ciągłość świadczonej usługi.

Art. 185 ust. 2–4

161. Sygn. akt: KIO 654/16, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 r.

Choć uprawnienie do korzystania ze środków ochrony prawnej na etapie kwestionowania treści ogłoszenia i SIWZ przysługuje określonym podmiotom wpisanym na listę organizacji, to

uprawnienie do zgłoszenia przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca przyznał jedynie wykonawcy. Organizacji wpisanej na listę podmiotów uprawnionych za wykonawcę uznać nie można. Tak więc, o ile organizacje mogą samodzielnie składać odwołania, broniąc w taki sposób uprawnień szerszego grona uczestników rynku, czy danej grupy zawodowej, o tyle dyskusyjne pozostaje, czy przysługuje im prawo przystępowania do strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i opowiadania się w interesie jednej tylko ze stron sporu, która zazwyczaj zmierza do wyegzekwowania warunków korzystniejszych dla siebie, nie zaś grupy wykonawców.

162. Sygn. akt: KIO 663/16, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r.

Izba nie dopuściła X Sp. z o.o. Sp. k. oraz Y Sp. z o.o. w W. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Wprawdzie obaj wykonawcy zgłosili przystąpienia w terminie ustawowym i zachowali obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, jednak X Sp. z o.o. Sp. k. wniósł oświadczenie o przystąpieniu za pośrednictwem faksu, zaś Y Sp. z o.o. za pośrednictwem poczty elektronicznej (skan pisma stanowił załącznik do e-maila). Tymczasem art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp nakazuje, aby zgłoszenie przystąpienia zostało doręczone Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Brak zachowania formy wskazanej w przywołanym przepisie oznacza, że przystąpienie nie jest prawnie skuteczne, a zgłaszający je wykonawca nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym.

163. Sygn. akt: KIO 659/16, Wyrok KIO z dnia 12 maja 2016 r.

Izba odmówiła Konsorcjum X statusu przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z następujących przyczyn.

Pismo Konsorcjum X zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego podpisane zostało przez prezesa zarządu Y sp. z o.o. z siedzibą w W., uprawnionego, zgodnie z załączonym do pisma odpisem z KRS do samodzielnej reprezentacji spółki.

W świetle powyższego skład orzekający uznał, że osoba, która podpisała pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nie wykazała umocowania do działania w imieniu podmiotu aspirującego do miana uczestnika tego postępowania. Zgłaszający przystąpienie nie załączył bowiem pełnomocnictwa, ani dokumentu rejestrowego drugiego z członków konsorcjum – wykonawcy Z S.A. z siedzibą w W., z którego wynikałoby uprawnienie do reprezentowania Konsorcjum X i sposób reprezentacji Z S.A. Podkreślenia wymaga, że przepisy Pzp nie znają instytucji uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia, ta bowiem znajduje zastosowanie, w ściśle określonych sytuacjach, jedynie w odniesieniu do odwołania (argument z przepisu art. 187 ust. 3 i 7 Pzp).

164. Sygn. akt: KIO 906/16, KIO 917/16, KIO 929/16, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2016 r.

Odwołujący I zgłosił do protokołu zastrzeżenie co do skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Konsorcjum X podnosząc, iż wykonawca ten nie przesłał mu kopii zgłoszenia przystąpienia w terminie określonym w art. 185 ust 2 ustawy Pzp (tj. w terminie 3 dni), a uczynił to dopiero w dniu 13 czerwca 2016 roku, a nadto przesłana kopia zgłoszenia przystąpienia nie zawierała załącznika wskazanego w pkt 6 pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia, tj. dowodów nadania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Izba uznała zgłoszone zastrzeżenie za bezzasadne, stwierdzając, iż do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Konsorcjum X załączyło dowód przesłania odwołującemu I – za pośrednictwem poczty elektronicznej – kopii zgłoszenia przy-

stąpienia, na adres e-mailowy, wskazany w odwołaniu, z którego wynikało, że kopia zgłoszenia została przesłana w dniu 1 czerwca 2016 roku. Absurdalny okazał się też argument dotyczący przesłania niepełnej kopii zgłoszenia przystąpienia, albowiem załączniki, których rzekomo nie przekazało Konsorcjum X w postaci dowodów przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia nie mają charakteru merytorycznego, a stanowią jedynie dowód potwierdzający przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia w przypadku zaistnienia wątpliwości w tym zakresie, co w konsekwencji może wpłynąć na ocenę kwestii skuteczności przystąpienia danego wykonawcy do postępowania odwoławczego dokonywaną przez Izbę. Co więcej trudno oczekiwać, aby do kopii zgłoszenia przystąpienia przesyłanej odwołującemu został jednocześnie dołączony dowód przekazania takiej kopii temu podmiotowi i za nieuzasadnione też należy uznać oczekiwanie, iż odwołującemu winien zostać przesłany dowód przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu.

165. Sygn. akt: KIO 1028/16, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2016 r.

Z przywołanego przepisu [art. 185 ust. 2 Pzp – *przyp. red.*] wynika w sposób jednoznaczny, że obowiązkiem wykonawcy, który zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego jest przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia zarówno zamawiającemu jak i odwołującemu. W trakcie posiedzenia Izby w dniu 28 czerwca 2016 r. odwołujący oświadczył, że nie otrzymał od wykonawcy X żadnej kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W tej sytuacji to na zgłaszającym przystąpienie, stosownie do art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, spoczywał ciężar wykazania faktu przesłania kopii zgłoszenia do odwołującego. Zgodnie bowiem z przywoływanym przepisem, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ponieważ zgłaszający przystąpienie spornego faktu nie wykazał, należało przyjąć, że kopia zgłoszenia przystąpienia nie została odwołującemu przekazana. Przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu jest jednym z elementów formalnych zgłoszenia przystąpienia. Nieprzesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu należało uznać za brak formalny zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania – art. 187 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy (...).

166. Sygn. akt: KIO 1117/16, KIO 1119/16, KIO 1127/16, Postanowienie KIO z dnia 5 lipca 2016 r.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii terminowości zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych pozostaje data dodatkowego przesłania przez zamawiającego kopii odwołań wraz z wezwaniem faksem i zapoznania się z ich treścią w dniu 27 czerwca 2016 roku. Podkreślenia wymagało to, że odwołania dotyczyły treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 185 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie przewiduje w odniesieniu do odwołań dotyczących treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązek zamieszczenia ich kopii na stronie internetowej wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wywołanym danym odwołaniem. Publikacja kopii odwołania wraz ze stosownym wezwaniem na stronie internetowej jest równoznaczna z otrzymaniem kopii odwołania wyznaczającym początek biegu terminu na zgłoszenie przystąpienia zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Przyjęcie interpretacji, że bieg terminu rozpoczął się od dnia, kiedy wykonawca otrzymał kopię odwołania przesłaną mu przez zamawiającego faksem, oznaczałoby dopuszczenie różnych terminów na zgłoszenie przystąpienia pomimo faktu publikacji kopii odwołania na stronie (inny termin byłby dla wykonawców, o których zamawiający wie, iż są zainteresowani postępowaniem, inny dla

tych, co do których takiej informacji nie posiada lub uzyskuje ją w terminie późniejszym). Powyższe naruszałoby naczelną zasadę równości wykonawców w postępowaniu, jak również czyniłoby w dużej mierze bezprzedmiotowym obowiązek publikacji kopii odwołania na stronie internetowej. Ponadto, w skrajnych przypadkach, termin na zgłoszenie przystąpienia liczony od daty zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej mógłby się skończyć zanim zamawiający przekazałby wykonawcom kopię odwołania wraz z wezwaniem w innej formie. Powyższe byłoby niedopuszczalne biorąc pod uwagę, że termin na zgłoszenie przystąpienia ma charakter zawity.

167. Sygn. akt: KIO 1352/16, KIO 1355/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Zgłaszający opozycję podniósł, że w razie unieważnienia postępowania wszczętego w trybie zamówienia z wolnej ręki i ewentualnego wszczęcia ponownego postępowania w trybie konkurencyjnym wykonawca X S.A. podlegałby wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym po wejściu w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw). Zamawiający oświadczył także, że w razie wszczęcia postępowania w trybie konkurencyjnym wprowadzi do postępowania fakultatywne przesłanki wykluczenia wynikające z ww. przepisów.

Stosownie do przepisów przywołanych przez zamawiającego, 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 stosownych środków dowodowych (art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.) oraz który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania (art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.).

Izba stwierdziła, że stanowisko zamawiającego zostało oparte na całym ciągu hipotetycznych założeń, a także niczym niepopartych stwierdzeń. Pierwszym założeniem, jakie należałoby poczynić jest to, że zamawiający musiałby w przyszłym postępowaniu w trybie konkurencyjnym wprowadzić fakultatywne przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Powyższe nie jest okolicznością pewną. Po drugie zaś, nawet gdyby przyjąć, że odwołujący X faktycznie nie wykonał bądź nienależycie wykonał zamówienie, to i tak powyższe nie jest wystarczające dla wykluczenia wykonawcy z postępowania. Uszło uwadze zamawiającego, iż w świetle art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.) wykonawca ma prawo do przedstawienia dowodów, iż dokonał tzw. „samoooczyszczenia”. Stosownie do przywoływanego przepisu, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie (...) ust. 5, 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. Jak wynika zaś z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp (w brzmieniu od 28 lipca 2016 r.), dopiero negatywna ocena przedstawianych przez wykonawcę dowodów może uzasadniać wykluczenie go z udziału w postępowaniu. Wobec powyższego zgłoszona opozycja podlegała oddaleniu.

168. Sygn. akt: KIO 1436/16, Wyrok KIO z dnia 22 sierpnia 2016 r.

Na posiedzeniu niejawnym Izba oddaliła opozycję Odwołującego wobec przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, opartą na stwierdzeniu braku możliwości posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego w sytuacji, gdy zarzuty dotyczą wadliwych postanowień siwz i ogłoszenia. W ocenie Odwołującego żaden wykonawca nie może legitymować się interesem w rozumieniu art. 185 ust. 2 Ustawy w utrzymaniu zapisów ogłoszenia i siwz, które prowadziłyby do wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również nie może odnieść korzyści z uzyskania rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Odnosząc się do podstawy opozycji Izba uznała, iż wywód Odwołującego opierał się na założeniu, iż kwestionowane zapisy ogłoszenia oraz siwz naruszają przepisy Ustawy, przeciwko czemu zasadniczo sprzeciwiał się Zamawiający, a w ślad za nim Przystępujący. O tym, czy postanowienia są wadliwe rozstrzygnąć miała dopiero Izba wyrokiem. Nie można zatem odmówić wykonawcy interesu w utrzymaniu zapisów, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia w dotychczasowym brzmieniu tylko dlatego, iż w ocenie Odwołującego są one nieprawidłowe. Odmierna ocena postanowień ogłoszenia i siwz czyniłaby podstawę opozycji bezzasadną, co Izba była zobowiązana uwzględnić oceniając wniosek Odwołującego o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu Przystępującego.

169. Sygn. akt: KIO 1659/16, Wyrok KIO z dnia 20 września 2016 r.

Izba postanowiła odmówić dopuszczenia Wykonawcy X do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z przekroczeniem 3-dniowego terminu wynikającego z przepisu art. 185 ust. 2 zd. pierwsze Pzp.

W powyższym zakresie skład orzekający ustalił, że Zamawiający przekazał kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 6 września 2016 r. Wykonawca X nie kwestionował okoliczności otrzymania ww. dokumentów w dniu 6 września 2016 r., wskazując jedynie, że pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego nadał do Prezesa Izby za pośrednictwem operatora pocztowego w dniu 8 września 2016 r., a zatem w terminie na dokonanie tej czynności. Z prezentaty KIO na zgłoszeniu przystąpienia wynika, że wpłynęło ono (zostało doręczone) do Prezesa Izby w dniu 12 września 2016 r., a zatem po upływie 3 dni od otrzymania kopii odwołania (termin upływał 9 września 2016 r.). Podkreślenia wymaga, że dla skuteczności przystąpienia nie jest wystarczające nadanie pisma w 3-dniowym terminie, a jego doręczenie Prezesowi Izby, co *explicite* wynika z art. 185 ust. 2 zd. drugie *in principio* Pzp.

Art. 186**170. Sygn. akt: KIO 1124/16, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2016 r.**

(...) fakt uwzględnienia zarzutów odwołania, o którym mowa w art. 186 ust. 3 Pzp, nie oznacza, że Zamawiający musi wykonać wszystkie żądania odwołania co do joty. W przypadku, gdy uzna, że co innego nakazują mu przepisy prawa – może, a nawet powinien wykonać w postępowaniu czynności inaczej niż żądano tego w odwołaniu. Dokonanie czynności niezgodnie z żądaniami odwołania – w tym wypadku ponowne wykluczenie wykonawcy i niezaproszenie go do składania ofert – będzie czynnością nową, którą wykonawcy będą mogli zakwestionować w drodze odwołania, na którego wniesienie termin liczony będzie zgodnie z art. 182 ust. 1, tj. od daty podjęcia tej czynności. I w przypadku, gdy Zamawiający ponownie nie zmieni zdania i takiego odwołania nie uwzględni, kwestia prawidłowości wykluczenia zostanie wreszcie oceniona przez Izbę w zakresie jej zgodności z przepisami prawa określają-

cymi egzekwowanie warunków udziału w postępowaniu, a nie z normą art. 186 ust. 3 Pzp. Podstawą uwzględnienia lub oddalenia takiego odwołania będzie istnienie bądź nieistnienie podstaw do wykluczenia wykonawcy i prawidłowość nowej czynności w tym zakresie, a nie jej zgodność bądź niezgodność z art. 186 ust. 3 i żądaniami uprzednio uwzględnionego przez Zamawiającego odwołania.

Kwestia zgodności powtórzonej po uwzględnieniu odwołania czynności z żądaniami tego odwołania ma natomiast znaczenie w kontekście przesłanek odrzucenia odwołania – w przypadku gdy zamawiający wykonuje swoją czynność w zgodzie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcy nie mogą kwestionować jej na drodze środków ochrony prawnej (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy).

171. Sygn. akt: KIO 1159/16, KIO 1174/16, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2016 r.

Jest bezsporne, że Zamawiający uwzględnił oba odwołania w całości (niezależnie od tego, czy kierował się w tym zakresie przekonaniem, czy też „strategią procesową”), zatem formalnie powinien postąpić zgodnie z dyspozycją zdania drugiego art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wykonać czynności zgodnie z żądaniami obu odwołań.

Co do samego odrzucenia ofert czy wykluczenia wykonawców należy stwierdzić, że choć przyczyny takiego odrzucenia czy wykluczenia wynikają wprost z przepisów prawa, to jednak ich zastosowanie w postępowaniu nie następuje automatycznie, lecz wymaga elementu dokonania przez zamawiającego konkretnych i indywidualnych czynności w stosunku do każdego wykonawcy i każdej oferty. Wynika to także wprost z brzmienia art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie wskazano, że zamawiający „wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności”.

Trzeba także zauważyć, że art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy pewnego stanu idealnego i zakłada prawidłowe działanie zamawiającego oraz odwołujących. Nie przewiduje więc, np. opcji, w której nie wszystkie żądania odwołującego są zgodne z prawem lub jednocześnie możliwe do wykonania albo, że przed ich dokonaniem zamawiający musi dokonać jeszcze innych czynności, np. wezwania do wyjaśnień, czy też, że po uwzględnieniu odwołania wychodzą na jaw nowe okoliczności istotne dla przyszłej decyzji zamawiającego. Nie przewiduje również sytuacji, w której zamawiający uwzględnia odwołanie, o którego słuszności nie jest przekonany – nie powinno to zresztą mieć miejsca, a zamawiający powinien swoje decyzje w tym zakresie podejmować odpowiedzialnie – odmienne działanie należy potępić.

Dlatego z sytuacjami tymi musi poradzić sobie praktyka, zwłaszcza orzecznictwo.

W przypadku zaistnienia więc konfliktu pomiędzy obowiązkiem wynikającym z art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przekonaniem zamawiającego, że wykonanie tego obowiązku doprowadzi do niezgodności deklarowanej do wykonania czynności z prawem – zwłaszcza w zakresie wpływającym na wybór najkorzystniejszej oferty – przyjmuje się, że poprawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest priorytetem. 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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). W przypadku takim Izba rozpatruje więc kolejne wniesione odwołanie i rozpoznaje zarzuty merytorycznie.

Art. 187 ust. 8**172. Sygn. akt: KIO 1021/16, Postanowienie KIO z dnia 22 czerwca 2016 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego stwierdziła, iż postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp. Powyższe jest wynikiem faktu, iż w dniu 22.01.2014 r. (przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron) za pomocą ePUAP wnoszący odwołanie złożył oświadczenie woli o jego cofnięciu. Powyższe pismo zostało podpisane przy użyciu podpisu elektronicznego przez panią Małgorzatę S.

Izba wskazuje, iż Odwołujący jest gospodarzem postępowania odwoławczego i złożenie przez niego oświadczenia o cofnięciu odwołania odnosi daleko idące skutki w postaci obowiązku zniesienia tegoż postępowania. Zatem Krajowa Izba Odwoławcza zobligowana jest na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp do umorzenia postępowania odwoławczego i wydania w tym przedmiocie postanowienia.

Art. 189 ust. 2 pkt 1**173. Sygn. akt: KIO 1049/16, Postanowienie KIO z dnia 1 lipca 2016 r.**

Izba podziela argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie związaną z treścią art. 18 ust. 1 ustawy o systemie tachografów cyfrowych. Przepis ten w swej treści wyraźnie stanowi, iż do wyboru podmiotu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych dotyczące przetargu ograniczonego. W ocenie składu orzekającego Izby „odpowiednie stosowanie” przepisów dotyczących przetargu ograniczonego oznacza, że tylko ten zakres ustawy Pzp związany z regulacjami odnoszącymi się do określonego trybu postępowania przy wyborze podmiotu wydającego karty znajduje zastosowanie. Podstawą więc prowadzenia postępowania jest nie ustawa Prawo zamówień publicznych, ale art. 18 ustawy o systemie tachografów cyfrowych przy uwzględnieniu przepisów dotyczących przetargu ograniczonego opisanych w ustawie Prawo zamówień publicznych. To zaś oznacza, że inne przepisy przywołanej ustawy Pzp nie mogą w takiej sytuacji znaleźć zastosowania w prowadzonej procedurze, w szczególności dotyczy to przepisów związanych z systemem środków ochrony prawnej. (...)

Dalej zauważyć należy, iż obowiązku stosowania ustawy Pzp nie można wywodzić z pouczenia o możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej, zamieszczonego przez Zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu. Błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie nie rodzi po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Brak możliwości stosowania ustawy Pzp skutkuje również brakiem możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w tej ustawie, co potwierdziło orzecznictwo przywołane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Choć dotyczy ono w dużej mierze zamówień sektorowych, to teza ta niewątpliwie pozostaje aktualna w przedmiotowej sprawie.

Art. 189 ust. 2 pkt 2**174. Sygn. akt: KIO 849/16, Postanowienie KIO z dnia 30 maja 2016 r.**

Odwołujący w rozpoznawanej sprawie nie kwestionuje czynności odrzucenia jego oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, która to czynność odrzucenia wykonana została na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2016 roku (sygn. akt KIO 426/16). Czynność odrzucenia oferty Odwołującego wywiera zatem skutki prawne, które – wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 roku – mają charakter

nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (...).

Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została skutecznie odrzucona z postępowania, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008 r. sygn. akt IV Ca 521/08, w uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Art. 189 ust. 2 pkt 3

175. Sygn. akt: KIO 950/16, Postanowienie KIO z dnia 15 czerwca 2016 r.

Nadto w tym konkretnym przypadku Izba stoi na stanowisku, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 3 ustawy w zakresie wynikającym z rozdziału 1 pkt 1 siwz tożsamość z sekcją II.1.5 ogłoszenia o zamówieniu w ocenie Izby nie mógł być skonkretyzowany na podstawie samego ogłoszenia, gdyż jak słusznie podnosił odwołujący w odwołaniu zakaz opisu przedmiotu zamówienia za pomocą patentów, wzorów użytkowych czy pochodzenia nie jest zakazem bezwzględny i może zostać wyeliminowany w sytuacji, gdy specyfika przedmiotu zamówienia uniemożliwia jednoznaczny i dokładny opis w inny sposób, a zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne. Tym samym sam fakt podania w ogłoszeniu nazw własnych oprogramowania nie pozwalał jeszcze odwołującemu na skonkretyzowanie zarzutu, gdyż dopiero z treści siwz – opublikowanej, co bezsporne, w dniu 23 maja 2016 r. odwołujący uzyskiwał wiedzę o tym czy zamawiający wypełnił przesłanki uprawniające go do pominięcia zakazu. W szczególności dopiero w siwz były określone warunki równoważności. Tym samym w ocenie Izby zarzut mógł być skonkretyzowany wyłącznie po zapoznaniu się z treścią siwz, a w konsekwencji termin na podniesienie tego zarzutu rozpoczynał swój bieg w dniu 23 maja 2016 r., ergo odwołanie zostało wniesione w terminie.

176. Sygn. akt: KIO 1514/16, Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2016 r.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania w całości, wbrew twierdzeniom zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego, brak jest bowiem podstaw do stwierdzenia, że drugi z zarzutów (dotyczący skuteczności powołania się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego) został podniesiony po upływie terminu na wniesienie odwołania. Faktem jest, że kwestionowane zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało uznane przez Zamawiającego za prawidłowe już przy pierwszej ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, należy jednak stwierdzić, że Odwołujący nie mógł wcześniej skutecznie wnieść odwołania na czynność oceny tego zobowiązania. Zauważyć bowiem należy, że Konsorcjum X w wyniku pierwszej oceny wniosków zostało z postępowania wykluczone, zatem Odwołujący musiałby wówczas podnieść zarzut dotyczący wykonawcy wykluczonego, czym narażałby się na oddalenie odwołania z uwagi na brak legitymacji do jego wniesienia (brak przesłanki szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp), ewentualnie – z uwagi na brak wpływu podnoszonego naruszenia przepisów na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Dopiero w wyniku ponownej oceny wniosku Przystępującego, po unieważnieniu czynności wykluczenia Odwołujący uzyskał możliwość skutecznego wniesienia odwołania w tym zakresie. W związku z powyższym Izba stwierdziła brak podstaw

do stwierdzenia, że przedmiotowy zarzut został podniesiony po upływie terminu na wniesienie odwołania i rozpoznała merytorycznie ten zarzut, stwierdzając, że jest on niezasadny.

177. Sygn. akt: KIO 1718/16, Postanowienie KIO z dnia 19 września 2016 r.

Wraz z rozpoznawanym odwołaniem złożony został dowód uiszczenia wpisu od odwołania w dniu 1 września 2016 r. w wysokości 15 000 zł oraz dowód doręczenia w dniu 1 września 2016 r. Zamawiającemu z pośrednictwem poczty elektronicznej kopii odwołania.

Jednakże samo odwołanie, w przewidzianej ustawą Pzp formie (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp), tj. w formie pisemnej, wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 9 września 2016 r. Stanowiło ono załącznik do pisma z dnia 7 września 2016 r., w którym Odwołujący sformułował wniosek o przywrócenie terminu do złożenia odwołania. W piśmie tym wnosił on również o rozpoznanie odwołania, które miało zostać przez niego wniesione w dniu 1 września 2016 r. przez elektroniczną platformę usług administracji publicznej.

Jak wynika z korespondencji prowadzonej przez Prezesa Izby z Odwołującym, Odwołujący został pouczonej przez Prezesa Izby o tym, że termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu, a „w okresie od dnia 1 sierpnia 2016 r. do dnia 9 września 2016 r. do Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło odwołanie firmy X wniesione przez E-PUAP” (pismo z dnia 14 września 2016 r.), a także o tym, że odwołanie, przesłane przez Odwołującego wraz z wnioskiem z dnia 7 września 2016 r., który wpłynął do Izby w dniu 9 września 2016 r., zostało wpisane do komputerowej bazy danych i zarejestrowane pod sygnaturą akt KIO 1718/16. Wobec powyższego, w oparciu o pismo Prezesa Izby z dnia 14 września 2016 r., Izba ustaliła, że do dnia 9 września 2016 r. nie wpłynęło do Prezesa Izby odwołanie wniesione w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Odwołanie sporządzone w formie pisemnej wpłynęło zaś do Prezesa Izby w dniu 9 września 2016 r., a tym samym po upływie terminu na wniesienie odwołania, który, jak to ustalono, upłynął z dniem 2 września 2016 r.

W odniesieniu do zawartego w piśmie z dnia 7 września 2016 r. wniosku o przywrócenie terminu na wniesienie odwołania Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Prezesa Izby zaprezentowane w skierowanym do Odwołującego piśmie z dnia 14 września 2016 r. W ocenie Izby terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi i nie podlegają przywróceniu, a uchybienie temu właśnie terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie. Tak Izba np. w sprawach KIO 35/16, KIO 80/15, KIO 91/15, KIO 108/15, KIO 188/15, KIO 193/15, KIO 237/15, KIO 341/15, czy KIO 376/15. W ustawie Pzp brak regulacji analogicznych do tych, które zostały ukształtowane na gruncie procedury cywilnej w kodeksie postępowania cywilnego, a ten z kolei w tym zakresie nie znajduje zastosowania wobec postępowania odwoławczego toczącego się przed Izbą. Zgodnie bowiem z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Tym samym przepisy kpc znajdują zastosowanie w postępowaniu odwoławczym jedynie we wskazanym tam wąskim zakresie i to z zastrzeżeniem, że przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Brak zatem podstaw, do ewentualnego, bezpośredniego powoływania się na zawartą w kpc regulację odnoszącą się do możliwości przywrócenie terminu na dokonanie czynności procesowej i określonych tam reguł postępowania w przypadku złożenia odpowiedniego wniosku. Podobnie Izba w sprawach KIO 1045/12, KIO 692/12, czy też w połączonych sprawach KIO 1126/11; KIO 1154/11; KIO 1158/11.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż rozpoznawane odwołanie, jako złożone po upływie terminu określonego w ustawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Art. 189 ust. 2 pkt 5**178. Sygn. akt: KIO 772/16, Postanowienie KIO z dnia 16 maja 2016 r.**

Odwołanie wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy odrzucenia oferty Odwołującego X, czyli czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu wykonawcy Y w poprzedniej sprawie odwoławczej, w której X uczestniczył w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego. (...)

Odwołujący był uczestnikiem poprzedniego postępowania odwoławczego, miał możliwość złożenia skutecznego sprzeciwu w reakcji na uwzględnienie odwołania przez Zamawiającego i obronę własnej oferty w zakresie, czy jest ona ofertą z rażąco niską ceną. Nie można pominąć okoliczności, że wykonawca Y w poprzednim odwołaniu wprost żądał odrzucenia oferty X i powtórzenia oceny ofert bez tej oferty. Tym samym więc Zamawiający wykonując uwzględnione odwołanie, postąpił zgodnie z jego żądaniami.

179. Sygn. akt: KIO 1522/16, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2016 r.

Izba postanowiła oddalić wniosek o odrzucenie odwołania. Należy rację przyznać odwołującemu, że brak jest tożsamyh okoliczności, które były przedmiotem rozpoznania przed Izbą w sprawie KIO 1114/16 i w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Przedmiotem rozpoznania przez Izbę było naruszenie art. 93 ust. 3 pkt 2, gdyż Izba stwierdziła brak podania uzasadnienia faktycznego i prawnego. Jednocześnie wyraźnie stwierdzając, że brak jest możliwości rozpoznania zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7, która to podstawa prawna legła u podstaw obecnego odwołania. Tym samym nie można uznać, aby okoliczności rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie były tożsame. Stąd nie można zastosować art. 189 ust. 2 pkt 4. Izba nie narzuciła także zamawiającego konkretnego sposobu postępowania po unieważnieniu unieważnienia postępowania, wskazała jednak, że zamawiający, jeśli zdecyduje się na ponowne unieważnienie postępowania, ma podać uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby to, że zamawiający przedstawił w swojej ocenie takie uzasadnienie na rozprawie w sprawie sygn. akt KIO 1114/16 nie zwalniało go z obowiązku dokonania tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jak słusznie zauważyła Izba, Izba nie ma możliwości zastępowania zamawiającego w nałożonych na niego ustawowo czynnościach. Izba stwierdzając braki uzasadnienia powodujące brak uzasadnienia faktycznego i prawnego musiała zatem uznać, że dopóki zamawiający tej czynności nie wykona w taki sposób, aby wykonawcy wiedzieli, co jest rzeczywistą podstawą unieważnienia, nie mogą nakazać lub zakazać zamawiającemu ponownego unieważnienia postępowania czy dokonania zaniechanego badania i oceny ofert. Tym samym zamawiający miał swobodę w dokonaniu tego wyboru, jednakże właśnie ta swoboda powodowała, że podjęty przez zamawiającego wybór skutkował możliwością oceny go pod względem zgodności z prawem, tym samym w ocenie Izby nie nastąpiła tu powaga rzeczy osądzonej i nie można było uznać, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy.

Art. 190 ust. 1–7**180. Sygn. akt: KIO 598/16, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2016 r.**

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem. Izba nie mogła uwzględnić, jako dowodów w sprawie, dokumentów przedstawionych jej przez Zamawiającego wraz z pismem z dnia 2 maja 2016 r., albowiem dokumenty te nie zostały, zgodnie z § 24 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964), doręczone przed zamknięciem rozprawy w odpisach tak Odwołującemu, jak i Przystępującemu. Tymczasem przepis ten w sposób wyraźny zobowiązuje Strony oraz uczestników postę-

powania do przedkładania pism w toku rozprawy (zgodnie z § 3 tego rozporządzenia przepisy dotyczące rozprawy stosuje się odpowiednio do posiedzeń, w których dopuszcza się udział stron, świadków lub biegłych) w odpisach dla Stron oraz uczestników postępowania. Izba, jako organ powołany do rozpatrywania odwołań, zobowiązana jest stać na straży procedury, a przede wszystkim zapewnić stronom równe traktowanie. Wobec niezapewnienia przez Zamawiającego odpowiedniej ilości egzemplarzy powołanych kopii pism zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, pozbawieni zostaliby możliwości zapoznania się z ich treścią oraz możliwości ustosunkowania się do ich zapisów, a tym samym ograniczone zostałyby ich prawo do obrony własnego stanowiska.

181. Sygn. akt: KIO 620/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r.

Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. (...)

Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

182. Sygn. akt: KIO 906/16, KIO 917/16, KIO 929/16, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2016 r.

Złożoną przez odwołującego w sprawie KIO 929/16 opinię sporządzoną przez Pana Tomasza L. – (...), Izba uwzględniła jako stanowisko własne strony, mając przede wszystkim na uwadze fakt, iż przedmiotowa opinia została sporządzona w oparciu o dokumenty, co do których odwołujący nie przedłożył tłumaczenia na język polski, a nadto ze stanowiska odwołującego przedstawionego w toku rozprawy wynika, że osoba sporządzająca opinię opracowała ją w oparciu o wybiórczo tłumaczone fragmenty dokumentów sporządzone w języku obcym, sama nie posiadając stosownej wiedzy w zakresie języka rumuńskiego. W związku z powyższym przedmiotowy dokument Izba mogła wyłącznie uwzględnić jako stanowisko własne odwołującego.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy odwołującego w sprawie KIO 929/16 o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa z udziałem biegłych tłumaczy języka rumuńskiego na okoliczność czy w ramach zamówienia wskazanego w poz. 4 wykazu robót złożonych przez Konsorcjum X zostały wykonywane prace dotyczące renowacji kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych i jaka jest wartość tych prac z uwzględnieniem wszelkich dokumentów publicznie dostępnych oraz w oparciu o załączniki załączone do złożonej opinii Pana Tomasza L., a także udostępnione przez spółkę Y S.A., jako powołany jedynie dla zwłoki. Zwrócić należy uwagę, że opinia miałaby zostać wydana m.in. na podstawie dokumentów złożonych przez odwołującego w języku rumuńskim bez tłumaczenia na język polski. Podkreślić należy, że to odwołujący był zobowiązany przedstawiać wszelkie dokumenty wraz z tłumaczeniem na język polski na potwierdzenie swoich wniosków i twierdzeń. Odwołujący nie uprawdopodobnił w żaden sposób okoliczności uzasadniających powołanie biegłego w tej sprawie, a przede wszystkim powoływał się na dokumenty, co do których nie przedstawił tłumaczenia na język polski. Ponadto, z określonego wniosku dowodowego wynika, że biegły byłby zobowiązany do uwzględnienia wszelkich dokumentów publicznie dostępnych, przy czym odwołujący nawet nie wskazał źródła, gdzie biegli mieliby poszukiwać tych dokumentów.

Ponadto, Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy odwołującego w sprawie KIO 929/16 o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana Dragos B. na okoliczność wskazania ile prac było realizowanych w technologii modułów renowacyjnych oraz jaka była wartość prac wykonywanych w tej technologii, jako powołany jedynie dla zwłoki, stwierdzając, że okoliczności, na udowodnienie których miałby być powołany ten świadek zostały wskazane w korespondencji e-mailowej pochodzącej od tej osoby.

**183. Sygn. akt: KIO 1391/16, KIO 1416/16, KIO 1418/16,
Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r.**

Na podstawie art. 190 ust. 4 ustawy Pzp Izba nie przychyliła się do wniosku odwołującego X o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu elektroenergetyki na okoliczność stwierdzenia czy urządzenie zaproponowane przez odwołującego w ramach oferty – rozdzielnica 30kV produkcji Y Sp. z o.o. typu ZX2 spełnia wymogi SIWZ. Izba uznała, że stwierdzenie zgodności oferty z treścią specyfikacji jest czynnością, do której dokonania zobowiązany jest zamawiający. Izba zaś kontroluje działania zamawiającego. W przedmiotowej sprawie nie budziły wątpliwości Izby postanowienia specyfikacji, jak też treść oferty odwołującego X, stąd Izba stwierdziła, że ustalenie stanu faktycznego przedmiotowej sprawy nie wymaga wiadomości specjalnych.

Art. 192 ust. 2

184. Sygn. akt: KIO 626/16, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2016 r.

Końcowo należy wskazać, że dla uwzględnienia odwołania konieczne jest po pierwsze wykazanie dopuszczenia się przez Zamawiającego naruszeń przepisów prawa, a dodatkowo, że podnoszone naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp). Wykazanie, że naruszenie przepisów prawa może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w sytuacji, gdy przedmiotem zarzutów są postanowienia wzoru umowy, nie może ograniczać się do samego postawienia zarzutów, czy ogólnego wskazania, jakie negatywne konsekwencje może w praktyce nieść za sobą określony wzór umowy, zwłaszcza gdy wykonawca, będąc stroną umowy, może poszukiwać ochrony swoich interesów na gruncie procedury cywilnej. Przepis wymaga przy tym, by naruszenie mogło zostać zakwalifikowane, jako naruszenie mające istotny wpływ. Jest to przesłanka determinująca kierunek rozstrzygnięcia i w sytuacji, gdy Odwołujący podnosił sprzeczność postanowień wzoru umowy z przepisami prawa, winien – w ramach spoczywającego na nim ciężaru dowodowego – wykazać także, jaki istotny wpływ na wynik postępowania mogą mieć wprowadzone postanowienia umowy. Nie jest wystarczające odwoływanie się ogólnie do szacowania ryzyk czy niepewności, co do stosowania postanowień umowy. Należy przy tym zauważyć, że większość z kwestii podnoszonych przez Odwołującego odnosi się do etapu realizacji umowy, przepis art. 192 ust. 2 Pzp stanowi natomiast o wyniku postępowania. W świetle tego przepisu konieczne jest wykazanie przykładowo, że postanowienia umowy niezasadnie ograniczają konkurencję, uniemożliwiają złożenie oferty, preferują jednego wykonawcę, zaburzają uczciwą konkurencję w sposób nieznajdujący oparcia w potrzebach zamawiającego, czy prowadzą do nieporównywalności ofert. Żadnej z tego rodzaju przesłanek Odwołujący w sposób przekonujący nie wykazał.

185. Sygn. akt: KIO 1073/16, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2016 r.

Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenie art. 8 ust. 1–3 ustawy pzp przez zaniechanie odtajnienia uzupełnionych przez X dokumentów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż w ogóle nie zostały udostępnione informacje dotyczące po jednej z poz. załączników nr 5A i 5C, a także informacje z załącznika nr 8, konieczne dla wykazania warunków udziału w postępowaniu, których potwierdzeniu służą. Ustalenie, że Zamawiający

wbrew przepisom ustawy pzp zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa doprowadziło do konieczności nakazania Zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi innym wykonawcom skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli skorzystać z nich wcześniej z uwagi na nieudostępnienie im dokumentów uzupełnionych przez Przystępującego X. W konsekwencji może to doprowadzić do skutecznego zakwestionowania spełnienia przez X warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty będzie musiał być dokonany bez przeprowadzenia aukcji. Tym samym wynik postępowania może jeszcze ulec zmianie.

186. Sygn. akt: KIO 1270/16, KIO 1274/16, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2016 r.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 Ustawy Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wynikiem postępowania, o którym mowa w przepisie jest podjęte z zachowaniem ustalonych zasad, rozstrzygnięcie będące następstwem prawidłowo przeprowadzonych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Koncepcja wyniku postępowania przyjęta przez Izbę odnosi się do zgodnego z Ustawą zakończenia postępowania, a nie wyniku obciążonego wadą. W ocenie składu orzekającego taki sposób rozumienia normy zawartej w art. 192 ust. 2 Ustawy umożliwia uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie przepisów Ustawy uniemożliwia prawidłowe ustalenie wyniku postępowania, i wskazuje na konieczność korekty czynności podjętych w postępowaniu poprzez, np. ich unieważnienia lub przeprowadzenia czynności zaniechanych, a koniecznych dla poprawnej oceny ofert. Jeżeli naruszenie przepisów Ustawy, do jakich dopuścił się zamawiający w toku postępowania ostatecznie, nie doprowadziło do nieprawidłowej decyzji, tu o wyborze oferty najkorzystniejszej, to nie zachodzi konieczność powtórzenia czynności mających na celu ustalenie prawidłowego wyniku postępowania. Skoro efektem zaskarżonej czynności miałyby być wyłącznie ustalenie, czy nie zachodziły dalsze podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy prawidłowo wykluczonego, to naruszenie do jakiego dopuścił się Zamawiający, nie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

187. Sygn. akt: KIO 1554/16, Wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2016 r.

Izba wskazuje, iż unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach niniejszego postępowania nie stoi na przeszkodzie rozpoznaniu zarzutów zawartych w odwołaniu oraz nie stoi na przeszkodzie ewentualnemu uwzględnieniu odwołania i sformułowaniu przez Izbę prawidłowej i możliwej do wykonania sentencji. Jak bowiem słusznie wskazał Odwołujący w toku posiedzenia z udziałem stron zarzuty zawarte w odwołaniu były w pierwszej kolejności skierowane wobec zaniechania Zamawiającego polegającego na nie odrzuceniu oferty wykonawcy X Spółka z o.o. z siedzibą w P. oraz czynności zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe powoduje, iż nie sposób uznać, że dokonana przez Zamawiającego czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i swego rodzaju „zawieszenie” postępowania powoduje, iż zostały niejako skonsumowane zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu. W szczególności dokonanie przez Zamawiającego czynności po wniesieniu odwołania należy oceniać w kontekście podniesionych przez Odwołującego żądań oraz możliwości sformułowania przez Izbę wykonanej przez Zamawiającego sentencji orzeczenia. W tym zakresie, jak wyżej wskazano, dokonana przez Zamawiającego czynność, w ocenie Izby, nie stoi na przeszkodzie do uwzględnienia odwołania, gdyż nie uniemożliwia ona sformułowania prawidłowej i wykonanej sentencji orzeczenia, w tym powtórzenia badania oraz oceny ofert oraz powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej.

188. Sygn. akt: KIO 1423/16, Wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2016 r.

W ocenie Izby powołanie przez zamawiającego błędnej podstawy prawnej, przy prawidłowo dostrzeżonej podstawie faktycznej, nie prowadzi do konieczności uwzględnienia odwołania. Naruszenie takie nie wywiera i nie może bowiem wywrzeć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

189. Sygn. akt: KIO 1711/16, Wyrok KIO z dnia 26 września 2016 r.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba stwierdziła, że wykazane naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia oferty przystępującego i wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jak tajemnica przedsiębiorstwa doprowadziło do konieczności nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi innym wykonawcom skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogliby z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie im oferty i wyjaśnień złożonych przez konkurenta.

Art. 192 ust. 7**190. Sygn. akt: KIO 1151/16, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2016 r.**

Jednocześnie Izba stwierdziła, że ocenie przez Izbę nie może podlegać treść wprowadzonych przez zamawiającego w dniu 1 lipca 2016 r. do SIWZ zmian. Zarzut postawiony przez odwołującego dotyczy naruszenia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie wprowadzenia przez zamawiającego do projektu umowy zasad dotyczących zmiany wynagrodzenia w przypadku zaistnienia określonych okoliczności. Odwołujący w żadnej mierze w treści odwołania nie odniósł się do wprowadzonej przez zamawiającego modyfikacji treści SIWZ, co jest oczywiste, jako że miała ona miejsce po dniu wniesienia odwołania. Izba zważyła, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a zatem nie może poddać ocenie polemiki odwołującego podjętej na rozprawie wobec treści wprowadzonych przez zamawiającego w dniu 1 lipca 2016 r. postanowień umowy. Ocena prawidłowości wprowadzonych przez zamawiającego modyfikacji treści SIWZ regulacji dotyczących waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy mogłaby być dokonana w toku innego postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym na czynność modyfikacji treści SIWZ. Rozpatrywane w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym odwołanie czynności tej nie dotyczy.

191. Sygn. akt: KIO 1352/16, KIO 1355/16, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2016 r.

Jak słusznie wskazywał w trakcie rozprawy odwołujący X, wykonawcy, którzy decydują się kwestionować zgodność z prawem czynności zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki mają prawo podejmować decyzję o ewentualnym wniesieniu odwołania w oparciu o treść uzasadniania zamieszczonego w ogłoszeniu. Wobec zasady związania odwołującego zarzutami wskazanymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), za sprzeczne z naczelną zasadą równouprawnienia stron postępowania cywilnego byłoby pozwolenie zamawiającemu na rozszerzanie podstaw zastosowania trybu dopiero w toku postępowania odwoławczego przed Izbą.

192. Sygn. akt: KIO 1574/16, Wyrok KIO z dnia 5 września 2016 r.

W pierwszej kolejności należało ustalić zakres rozpoznania odwołania. Art. 192 ust. 7 Pzp pozwala Izbie na rozpoznanie wyłącznie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Postępowanie

nie odwoławcze ma charakter w pełni kontradiktoryjny, co wyklucza badanie przez Izbę zarzutów nie wskazanych w odwołaniu. Do zamknięcia rozprawy strony i uczestnicy mogą powołać wyłącznie dowody co do faktów, jednak okoliczności faktyczne powinny być wskazane już w odwołaniu, gdyż zakreślają one granice zarzutów. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 8 *in initio* Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. z 2014 r. poz 964) odwołanie powinno zawierać wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania. Powołane przepisy stoją na straży zasady kontradiktoryjności postępowania odwoławczego, dla której zachowania niezbędne jest również traktowanie stron sporu. Przyzwolenie na formułowanie w czasie rozprawy nowych zarzutów i wskazywanie kolejnych okoliczności zaistniałych w postępowaniu uzasadniających naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które nie były podniesione w odwołaniu, dawałoby nieuzasadnioną przewagę odwołującemu się wykonawcy. Zamawiający pozbawiony byłby możliwości przygotowania obrony, a swoje stanowisko, co do nowych nieznanых mu wcześniej zarzutów musiałby przygotowywać ad hoc podczas rozprawy.

Z tego względu Izba pominęła zarzuty sformułowane przez odwołującego na rozprawie, dotyczące tego, że przystępujący X S.A. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji przez zaniżenie poszczególnych pozycji kosztorysu, gdyż to pozycje, których wartość nie została obniżona, będą wyłączną podstawą rozliczenia umowy oraz wyceny w poz. 1–9 kosztorysu ofertowego (pkt XIX odwołania) prac, które zgodnie z SIWZ nie powinny być w niej ujęte. Oba te twierdzenia kreują nowe zarzuty.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

C

Cena:

- jednostkowa – 74, 78, 89, 97, 104
- rażąco niska – 99, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119
- ryczałtowa – 52, 72, 115
- sposób obliczenia – 102, 103, 133

Ciężar dowodowy – 116, 119, 132, 138, 165, 184

Czyn nieuczciwej konkurencji – 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 192

D

Dokumenty:

- e-Certis – 26, 36
- forma – 46
- język – 13
- przedmiotowe – 43, 53, 86, 120
- uzupełnianie – 43, 44, 46, 47, 48, 53, 60, 64, 86, 93, 129
- wyjaśnienia – 43, 49, 64
- zagraniczny – 26, 36

Dowody – 11, 95, 100, 106, 180, 181, 182, 183

F

Formularz ofertowy – 79, 90, 120

Fax – 12, 162, 166

G

Gwarancja – 58, 59

I

Interes:

- we wniesieniu środka ochrony prawnej – 141, 142, 143, 144, 145, 176

K

Kary umowne – 103

Konsorcjum – 24, 163

Kosztorys – 57, 72, 73, 77, 82, 89, 97, 104, 134, 148, 192

Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 25, 26, 36, 49

Kryteria – 67, 75, 105, 119, 122, 123, 124, 125, 128

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 130, 141, 143

N

Naczelnny Sąd Administracyjny (NSA) – 151

Należyte wykonanie zamówienia – 37, 38, 39

Naruszenie obowiązków zawodowych – 34, 35, 167

Nieprawdziwe informacje – 29, 30, 31, 32, 33

O

Odwołanie:

- cofnięcie – 172
- odrzucenie – 170, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179
- uwzględnienie przez zamawiającego – 170, 171, 178

Oferta:

- badanie i ocena – 65, 66, 120, 121, 122
- częściowa – 54, 98, 130
- odrzucenie – 81, 83, 85, 88, 93, 97, 110, 119, 127, 137, 174
- otwarcie – 135
- treść – 43, 45, 77, 79, 80, 82, 85, 86, 88, 89, 93, 120
- wycofanie – 63
- wyjaśnienie treści – 64, 65, 66, 85
- złożenie – 11, 62, 135

Ogłoszenie o zamówieniu – 175

Omyłka:

- inna omyłka polegająca na niezgodności – oferty z SIWZ – 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 85, 88, 91, 134
- pisarska – 67, 91
- rachunkowa – 68, 69, 70, 91

Opcje – 55

Opozycja – 167, 168

Organizacja uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej – 161

P

Pełnomocnictwo/Pełnomocnik – 24, 98, 163

Podatek VAT – 126, 133

Podmiot trzeci – 40, 41, 42, 92

Podpis – 12

Podwykonawca – 42, 87, 92, 139

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego –
 – przygotowanie – 27, 28
 – wszczęcie – 132

Postępowanie podzielone na części – 54, 98, 130

Próbka – 45, 47

Przedmiot zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) – 50, 51, 52, 55, 136, 175

Przystąpienie/Przystępujący – 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169

R

Referencje – 37, 38, 39

Roboty budowlane – 139

Równoważność – 53, 175

S

Self-cleaning – 167

Sąd Apelacyjny (SA) – 97

Sąd Najwyższy (SN) – 46, 60, 95, 102

Sąd Okręgowy (SO) – 4, 48, 83, 118, 119, 130, 146, 174

Specyfikacja:

- modyfikacja – 145, 190
- treść – 83, 84, 85
- zapytania i wyjaśnienia – 53, 147

Sprzeciw – 178

Ś

Środki naprawcze – 34

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 185, 189

Termin:

- na wniesienie odwołania – 175, 176, 177
- składania ofert – 11, 62, 135

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) – 27, 28, 61

Trybunał Konstytucyjny (TK) – 149, 153

U

Umowa:

- ramowa – 74, 78
- uchylony zakaz zawarcia umowy – 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160
- wzór – 56

Unieważnienie postępowania – 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 167, 179

Uzasadnienie faktyczne i prawne – 127, 129, 132, 133, 136, 138, 179, 188

W

Wadium – 58, 59, 60

Wartość zamówienia – 54, 130

Warunki udziału w postępowaniu – 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 40, 41, 42, 49

Wiedza i doświadczenie – 16, 17, 22, 23, 41, 42

Wykluczenie wykonawcy – 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 49, 167

Wpis – 54

Wpływ na wynik postępowania – 128, 137,
138, 184, 185, 186, 187, 188, 189

Z

Zamawiający – 14, 15, 130

Zamówienie z wolnej ręki – 61, 111, 144,
167, 191

Zarzuty – 146, 147, 148, 175, 191, 192

Zasady udzielania zamówień publicznych:

– **jawności** – 3, 4, 7, 8, 135

– **języka polskiego** – 13

– **pisemności** – 11, 12, 36, 121

– **proporcjonalności** – 20, 21, 22, 23

– **przejrzystości** – 130

– **równego traktowania** – 17, 19, 48, 67,
84, 103, 113, 121

– **uczciwej konkurencji** – 17, 19, 20, 27,
28, 55, 84, 103, 113, 121

Zmowa przetargowa – 60, 94, 95, 98, 100

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 21, 24, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 64, 65, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 97, 99, 101, 103, 105, 106, 107, 108, 110, 112, 113, 116, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 153, 154, 155, 156, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 191, 192
- 2) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – 131, 151
- 3) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 459) – 46, 52, 58, 63, 80, 83, 84, 103, 130, 138, 139, 140, 165, 181
- 4) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1822 ze zm.) – 95, 177
- 5) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 3, 4, 5, 6, 8, 10, 96, 97, 101, 102, 103, 104, 105, 106
- 6) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.) – 10
- 7) Ustawa z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1727 ze zm.) – 17
- 8) Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o systemie tachografów cyfrowych (Dz. U. Nr 180, poz. 1494 ze zm.) – 173
- 9) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 229) – 95, 99
- 10) Ustawa z dnia 4 września 2008 o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) – 60
- 11) Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) – 5, 8
- 12) Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) – 11
- 13) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. U. UE L 216, str. 76 ze zm.) – 92
- 14) 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.) – 41
- 15) 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.) – 13, 180, 192

- 16) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223 poz. 1458) – 54
- 17) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – 13, 25, 37, 40, 43
- 18) Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r. (Dz. U. poz. 1385) – 119
- 19) 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) – 13, 25, 37, 40, 43
- 20) Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1128) – 54