

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 29

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT nr 29

WARSZAWA, grudzień 2018

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT nr 29

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Małgorzata Stręciwilk

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)

Izabela Niedziałek-Bujak (Krajowa Izba Odwoławcza)

Beata Konik (Krajowa Izba Odwoławcza)

Paweł Puchalski (Urząd Zamówień Publicznych)

Pod kierownictwem:

Małgorzaty Stręciwilk

Opracowanie techniczne:

Paweł Puchalski

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych

www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

Nakład: 1000 egz.

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

DTP:

Pracownia C&C Sp. z o.o.

Warszawa 2018 r.

SPIS TREŚCI

WPROWADZENIE	11
WYKAZ SKRÓTÓW	12
Art. 2 ust. 9b	13
1. Sygn. akt KIO 28/18, Wyrok z dnia 20 lutego 2018 r.	13
Art. 7 ust. 1	13
2. Sygn. akt XII Ga 739/17, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 6 listopada 2017 r.	13
Art. 8 ust. 1-3	14
3. Sygn. akt KIO 2652/17, Wyrok z dnia 5 stycznia 2018 r.	14
4. Sygn. akt KIO 126/18, Wyrok z dnia 5 lutego 2018 r.	15
5. Sygn. akt KIO 197/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.	17
6. Sygn. akt KIO 287/18, Wyrok z dnia 2 marca 2018 r.	16
7. Sygn. akt KIO 397/18, Wyrok z dnia 19 marca 2018 r.	18
8. Sygn. akt KIO 531/18, Wyrok z dnia 9 kwietnia 2018 r.	19
9. Sygn. akt KIO 556/18, Wyrok z dnia 12 kwietnia 2018 r.	20
10. Sygn. akt KIO 640/18, Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r.	21
11. Sygn. akt KIO 636/18, Wyrok z dnia 23 kwietnia 2018 r.	21
Art. 14 ust. 1	22
12. Sygn. akt VI Ga 95/17, Wyrok SO w Toruniu z dnia 17 lipca 2017 r.	22
Art. 22 ust. 2	22
13. Sygn. akt VIII Ga 43/17, Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2017 r.	22
Art. 22 ust. 1a	22
14. Sygn. akt KIO 2737/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.	22
15. Sygn. akt KIO 2/18, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.	23
16. Sygn. akt KIO 83/18, Wyrok z dnia 30 stycznia 2018 r.	25
17. Sygn. akt KIO 207/18, KIO 221/18, Wyrok z dnia 19 lutego 2018 r.	25
18. Sygn. akt KIO 171/18, Wyrok z dnia 1 marca 2018 r.	26
Art. 22 ust. 1b	26
19. Sygn. akt KIO 83/18, Wyrok z dnia 30 stycznia 2018 r.	26
20. Sygn. akt KIO 494/18, KIO 501/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.	27
Art. art. 22a ust. 1	28
21. Sygn. akt KIO 489/18, Wyrok z dnia 28 marca 2018 r.	28
22. Sygn. akt KIO 584/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.	28
Art. 22a ust. 6	29
23. Sygn. akt KIO 29/18, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.	29
Art. 22d ust. 2	29
24. Sygn. akt KIO 2709/17, Wyrok z dnia 11 stycznia 2018 r.	29

Art. 23.	31
25. Sygn. akt KIO 207/18, KIO 221/18, Wyrok z dnia 19 lutego 2018 r.	31
Art. 24 ust. 1 pkt 12	32
26. Sygn. akt KIO 493/18, Wyrok z dnia 27 marca 2018 r.	32
Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17	32
27. Sygn. akt KIO 2681/17, Wyrok z dnia 8 stycznia 2018 r.	32
28. Sygn. akt KIO 2686/17, Wyrok z dnia 10 stycznia 2018 r.	33
29. Sygn. akt KIO 49/18, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.	33
30. Sygn. akt KIO 126/18, Wyrok z dnia 5 lutego 2018 r.	34
31. Sygn. akt KIO 156/18, KIO 157/18, KIO 158/18, KIO 159/18, KIO 160/18, KIO 161/18, Wyrok z dnia 9 lutego 2018 r.	35
32. Sygn. akt KIO 421/18, KIO 431/18, Wyrok z dnia 21 marca 2018 r.	36
33. Sygn. akt KIO 494/18, KIO 501/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.	36
34. Sygn. akt II Ca 1019/17, Wyrok SO w Krakowie z dnia 28 czerwca 2017 r.	37
35. Sygn. akt XXIII Ga 928/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r.	37
Art. 24 ust. 1 pkt 19	38
36. Sygn. akt KIO 233/18, KIO 234/18, Wyrok z dnia 22 lutego 2018 r.	38
Art. 24 ust. 1 pkt 23	40
37. Sygn. akt KIO 321/18, Wyrok z dnia 9 marca 2018 r.	40
Art. 24 ust. 5 pkt 4	41
38. Sygn. akt KIO 54/18, Wyrok z dnia 25 stycznia 2018 r.	41
39. Sygn. akt KIO 70/18, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.	41
40. Sygn. akt KIO 325/18, KIO 331/18, Wyrok z dnia 7 marca 2018 r.	43
41. Sygn. akt KIO 454/18, Wyrok z dnia 26 marca 2018 r.	43
Art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6	44
42. Sygn. akt XI Ga 692/17, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 6 lutego 2018 r.	44
Art. 24 ust. 5 pkt 8	45
43. Sygn. akt KIO 463/18, Wyrok z dnia 26 marca 2018 r.	45
Art. 24 ust. 8 i 9	46
44. Sygn. akt KIO 1745/17, KIO 1746/17, Wyrok z dnia 27 lutego 2018 r.	46
45. Sygn. akt KIO 444/18, Wyrok z dnia 27 marca 2018 r.	46
Art. 24 ust. 11.	48
46. Sygn. akt KIO 408/18, wyrok z dnia 20 marca 2018 r.	48
Art. 24aa	49
47. Sygn. akt KIO 74/18, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.	49
48. Sygn. akt KIO 391/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.	50
Art. 25 ust. 1	51
49. Sygn. akt KIO 2671/17, Wyrok z dnia 4 stycznia 2018 r.	51
50. Sygn. akt KIO 155/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.	52
51. Sygn. akt KIO 246/18, Wyrok z dnia 26 lutego 2018 r.	53
52. Sygn. akt KIO 690/18, Wyrok z dnia 26 kwietnia 2018 r.	53

Art. 25a ust. 1.	54
53. Sygn. akt KIO 529/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.	54
54. Sygn. akt XXIII Ga 904/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 września 2017 r.	54
Art. 26 ust. 1 i 2	55
55. Sygn. akt KIO 494/18, KIO 501/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.	55
Art. 26 ust. 2f.	55
56. Sygn. akt KIO 44/18, Wyrok z dnia 19 stycznia 2018 r.	55
Art. 26 ust. 3 i 3a.	55
57. Sygn. akt KIO 2699/17, Wyrok z dnia 9 stycznia 2018 r.	55
58. Sygn. akt KIO 235/18, Wyrok z dnia 23 lutego 2018 r.	56
59. Sygn. akt KIO 1745/17, KIO 1746/17, Wyrok z dnia 27 lutego 2018 r.	57
60. Sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2018 r.	57
61. Sygn. akt XXIII Ga 1920/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 stycznia 2018 r.	58
Art. 29 ust. 1	59
62. Sygn. akt KIO 2682/17, Wyrok z dnia 9 stycznia 2018 r.	59
63. Sygn. akt KIO 515/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.	59
64. Sygn. akt IV Ca 487/17, Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 1 czerwca 2017 r.	59
Art. 29 ust. 2	60
65. Sygn. akt KIO 2707/17, Wyrok z dnia 4 stycznia 2018 r.	60
66. Sygn. akt KIO 2730/17, Wyrok z dnia 11 stycznia 2018 r.	60
67. Sygn. akt KIO 2674/17, Wyrok z dnia 22 stycznia 2018 r.	61
68. Sygn. akt KIO 155/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.	63
69. Sygn. akt KIO 370/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.	64
Art. 29 ust. 3	64
70. Sygn. akt KIO 346/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.	64
Art. 29 ust. 3a.	65
71. Sygn. akt XXIII Ga 1295/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r.	65
Art. 36aa	66
72. Sygn. akt KIO 2735/17, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.	66
Art. 36b ust. 1	67
73. Sygn. akt KIO 606/18, Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r.	67
Art. 38.	68
74. Sygn. akt XXIII Ga 1885/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 stycznia 2018 r.	68
75. Sygn. akt KIO 187/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.	68
Art. 46 ust. 4a.	69
76. Sygn. akt KIO 513/18, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2018 r.	69
Art. 67 ust. 1	69
77. Sygn. akt KIO 138/18, Wyrok z dnia 6 lutego 2018 r.	69
78. Sygn. akt XXIII Ga 728/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 lipca 2017 r.	71

Art. 87 ust. 1	71
79. Sygn. akt KIO 188/18, 201/18, Wyrok z dnia 15 lutego 2018 r.	71
80. Sygn. akt KIO 346/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.	72
81. Sygn. akt KIO 528/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.	72
Art. 87 ust. 2 pkt 2	73
82. Sygn. akt KIO 624/18, KIO 645/18, Wyrok z dnia 24 kwietnia 2018 r.	73
Art. 87 ust. 2 pkt 3	73
83. Sygn. akt KIO 122/18, wyrok z dnia 31 stycznia 2018 r.	73
84. Sygn. akt KIO 485/18, Wyrok z dnia 28 marca 2018 r.	74
85. Sygn. akt KIO 528/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.	75
Art. 89 ust. 1 pkt 2	75
86. Sygn. akt KIO 2698/17, Wyrok z dnia 5 stycznia 2018 r.	75
87. Sygn. akt KIO 2739/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.	75
88. Sygn. akt KIO 423/18, Wyrok z dnia 20 marca 2018 r.	76
89. Sygn. akt KIO 547/18, Wyrok z dnia 6 kwietnia 2018 r.	77
90. Sygn. akt KIO 595/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.	77
91. Sygn. akt KIO 733/18, Wyrok z dnia 30 kwietnia 2018 r.	78
Art. 89 ust. 1 pkt 6	78
92. Sygn. akt KIO 317/18, Wyrok z dnia 28 lutego 2018 r.	78
Art. 89 ust. 1 pkt 3	79
93. Sygn. akt KIO 2727/17, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.	79
94. Sygn. akt KIO 126/18, Wyrok z dnia 5 lutego 2018 r.	79
95. Sygn. akt KIO 228/18, Wyrok z dnia 20 lutego 2018 r.	80
96. Sygn. akt KIO 408/18, wyrok z dnia 20 marca 2018 r.	80
97. Sygn. akt VI Ga 95/17, Wyrok SO w Toruniu z dnia 17 lipca 2017 r.	81
98. Sygn. akt XXIII Ga 983/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 września 2017 r.	81
99. Sygn. akt XII Ga 739/17, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 6 listopada 2017 r.	82
Art. 89 ust. 1 pkt 4	83
100. Sygn. akt KIO 2573/17, KIO 2575/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.	83
101. Sygn. akt KIO 115/18, Wyrok z dnia 2 lutego 2018 r.	83
Art. 89 ust. 1 pkt 6	83
102. Sygn. akt KIO 2723/17, Wyrok z dnia 11 stycznia 2018 r.	83
103. Sygn. akt KIO 480/18, Wyrok z dnia 29 marca 2018 r.	84
104. Sygn. akt XXIII Ga 365/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2017 r.	84
Art. 89 ust. 1 pkt 7b	84
105. Sygn. akt KIO 2739/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.	84
106. Sygn. akt KIO 171/18, Wyrok z dnia 1 marca 2018 r.	86
107. Sygn. akt KIO 464/18, Wyrok z dnia 27 marca 2018 r.	86
Art. 89 ust. 1 pkt 8	87
108. Sygn. akt KIO 507/18, Wyrok z dnia 29 marca 2018 r.	87
Art. 90 ust. 1 – 3	87
109. Sygn. akt KIO 2725/17, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.	87

110. Sygn. akt KIO 2740/17, Wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r.	88
111. Sygn. akt KIO 23/18, Wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r.	89
112. Sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.	89
113. Sygn. akt KIO 2717/17, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r..	90
114. Sygn. akt KIO 104/18, Wyrok z dnia 1 lutego 2018 r.	91
115. Sygn. akt KIO 115/18, Wyrok z dnia 2 lutego 2018 r.	91
116. Sygn. akt KIO 131/18, Wyrok z dnia 7 lutego 2018 r.	92
117. Sygn. akt KIO 167/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.	93
118. Sygn. akt KIO 458/18, KIO 474/18, Wyrok z dnia 26 marca 2018 r.	94
119. Sygn. akt KIO 534/18, Wyrok z dnia 6 kwietnia 2018 r..	95
120. Sygn. akt KIO 667/18, Wyrok z dnia 24 kwietnia 2018 r.	95
121. Sygn. akt KIO 710/18, Wyrok z dnia 30 kwietnia 2018 r.	96
122. Sygn. akt XXIII Ga 983/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 września 2017 r.	97
Art. 91 ust. 2 i ust. 2a.	98
123. Sygn. akt KIO 2683/17, Wyrok z dnia 8 stycznia 2018 r.	98
124. Sygn. akt KIO 91/18, Wyrok z dnia 8 lutego 2018 r.	99
125. Sygn. akt KIO 486/18, Wyrok z dnia 22 marca 2018 r.	100
126. Sygn. akt KIO 724/18, KIO 737/18, Wyrok z dnia 30 kwietnia 2018 r.	101
Art. 91 ust. 3a.	102
127. Sygn. akt KIO 592/18, Wyrok z dnia 13 kwietnia 2018 r.	102
Art. 91c	103
128. Sygn. akt KIO 610/18, Wyrok z dnia 13 kwietnia 2018 r.	103
Art. 92 ust. 1	103
129. Sygn. akt KIO 2721/17, Wyrok z dnia 10 stycznia 2018 r.	103
130. Sygn. akt KIO 9/18, Wyrok z dnia 18 stycznia 2018 r.	104
131. Sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.	104
Art. 96 ust. 3	105
132. Sygn. akt KIO 2573/17, KIO 2575/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.	105
Art. 124 ust. 4.	105
133. Sygn. akt XXIII Ga 1337/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r..	105
Art. 131e ust. 2	108
134. Sygn. akt KIO 109/18, Wyrok z dnia 31 stycznia 2018 r.	108
135. Sygn. akt KIO 258/18, KIO 263/18, Wyrok z dnia 27 lutego 2018 r.	108
Art. 139 ust. 1.	109
136. Sygn. akt KIO 47/18, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.	109
137. Sygn. akt KIO 145/18, KIO 173/18, Wyrok z dnia 15 lutego 2018 r.	109
138. Sygn. akt KIO 323/18, Wyrok z dnia 2 marca 2018 r.	111
Art. 179 ust. 1.	111
139. Sygn. akt KIO 2652/17, Wyrok z dnia 5 stycznia 2018 r.	111
140. Sygn. akt KIO 2631/17, Wyrok z dnia 10 stycznia 2018 r.	112
141. Sygn. akt KIO 21/18, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.	112
142. Sygn. akt KIO 2/18, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.	112
143. Sygn. akt KIO 96/18, Wyrok z dnia 25 stycznia 2018 r.	113
144. Sygn. akt KIO 74/18, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.	113

145. Sygn. akt KIO 66/18, Wyrok z dnia 30 stycznia 2018 r.	114
146. Sygn. akt KIO 138/18, Wyrok z dnia 6 lutego 2018 r.	114
147. Sygn. akt KIO 91/18, Wyrok z dnia 8 lutego 2018 r.	114
148. Sygn. akt KIO 446/18, Wyrok z dnia 21 marca 2018 r.	115
149. Sygn. akt KIO 515/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.	116
150. Sygn. akt KIO 731/18, Wyrok z dnia 25 kwietnia 2018 r.	116
151. Sygn. akt KIO 701/18, Wyrok z dnia 27 kwietnia 2018 r.	116
152. Sygn. akt XXIII Ga 1885/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 stycznia 2018 r.	117
153. Sygn. akt XI Ga 692/17, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 6 lutego 2018 r.	117
Art. 180 ust. 2.	118
154. Sygn. akt KIO 2729/17, Wyrok z dnia 11 stycznia 2018 r.	118
155. Sygn. akt KIO 21/18, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.	118
156. Sygn. akt KIO 74/18, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.	119
157. Sygn. akt KIO 391/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.	119
158. Sygn. akt VI Ga 56/17, Wyrok SO w Opolu z dnia 4 kwietnia 2017 r.	120
159. Sygn. akt XIX Ga 202/17, Wyrok SO w Katowicach z dnia 20 kwietnia 2017 r.	120
160. Sygn. akt XXIII Ga 365/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2017 r.	121
161. Sygn. akt V Ga 69/17, Wyrok SO w Olsztynie z dnia 10 maja 2017 r.	121
162. Sygn. akt VII 169/17, Wyrok SO w Kielcach z dnia 26 maja 2017 r.	122
163. Sygn. akt VI Ca 365/17, Wyrok SO w Częstochowie z dnia 6 czerwca 2017 r.	122
164. Sygn. akt VI Ga 147/17, Wyrok SO w Legnicy z dnia 8 czerwca 2017 r.	123
Art. 180 ust. 3.	124
165. Sygn. akt KIO 2736/17, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.	124
166. Sygn. akt KIO 17/18, Wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r.	125
167. Sygn. akt KIO 148/18, Wyrok z dnia 7 lutego 2018 r.	126
Art. 180 ust. 5.	127
168. Sygn. akt IV Ca 1720/17, Postanowienie SO Warszawa Praga w Warszawie z dnia 9 listopada 2017 r.	127
Art. 182 ust. 3.	127
169. Sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.	127
Art. 183 ust. 1.	128
170. Sygn. akt KIO 268/18, Wyrok z dnia 5 marca 2018 r.	128
Art. 185 ust. 1 – 6.	128
171. Sygn. akt KIO 2651/17, Wyrok z dnia 2 stycznia 2018 r.	128
172. Sygn. akt KIO 2732/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.	129
173. Sygn. akt KIO 182/18, Postanowienie z dnia 12 lutego 2018 r.	129
Art. 186.	129
174. Sygn. akt KIO 2679/17, Postanowienie z dnia 2 stycznia 2018 r.	129
175. Sygn. akt KIO 2719/17, Wyrok z dnia 10 stycznia 2018 r.	130
176. Sygn. akt KIO 544/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.	130
Art. 187 ust. 8.	131
177. Sygn. akt KIO 238/18, Postanowienie z dnia 22 lutego 2018 r.	131
Art. 189 ust. 2 pkt 1	132
178. Sygn. akt KIO 2697/17, Postanowienie z dnia 4 stycznia 2018 r.	132

179. Sygn. akt KIO 48/18, Postanowienie z dnia 18 stycznia 2018 r.	133
180. Sygn. akt KIO 168/18, Postanowienie z dnia 5 lutego 2018 r.	133
181. Sygn. akt KIO 169/18, Postanowienie z dnia 5 lutego 2018 r.	135
Art. 189 ust. 2 pkt 3	136
182. Sygn. akt KIO 86/18, Postanowienie z dnia 29 stycznia 2018 r.	136
183. Sygn. akt KIO 278/18, Postanowienie z dnia 20 lutego 2018 r.	136
184. Sygn. akt KIO 484/18, Wyrok z dnia 6 kwietnia 2018 r.	138
185. Sygn. akt KIO 586/18, KIO 591/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.	138
Art. 190 ust. 1 – 7.	139
186. Sygn. akt KIO 2740/17, Wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r.	139
187. Sygn. akt KIO 9/18, Wyrok z dnia 18 stycznia 2018 r.	139
188. Sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.	140
189. Sygn. akt KIO 2717/17, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.	141
190. Sygn. akt KIO 343/18, Wyrok z dnia 9 marca 2018 r.	141
191. Sygn. akt KIO 584/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.	141
192. Sygn. akt KIO 595/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.	141
193. Sygn. akt XXIII Ga 728/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 lipca 2017 r.	142
194. Sygn. akt XXIII Ga 904/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 września 2017 r.	142
Art. 192 ust. 1.	143
195. Sygn. akt VI Ga 78/17, Wyrok SO w Toruniu z dnia 29 maja 2017 r.	143
Art. 192 ust. 7.	144
196. Sygn. akt KIO 2736/17, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.	144
197. Sygn. akt KIO 58/18, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.	145
198. Sygn. akt KIO 171/18, Wyrok z dnia 1 marca 2018 r.	145
199. Sygn. akt KIO 433/18, KIO 436/18, Wyrok z dnia 16 kwietnia 2018 r.	128
200. Sygn. akt XII Ga 739/17, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 6 listopada 2017 r.	145
Art. 196 ust. 4	145
201. Sygn. akt XI Ga 692/17, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 6 lutego 2018 r.	145
Art. 198f ust. 2	145
202. Sygn. akt XXIII Ga 904/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 września 2017 r.	145
Indeks rzeczowy	148
Akty prawne przywołane w orzeczeniach	150


WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

drugi w 2018 r. Zeszyt Orzeczniczy – Zeszyt nr 29, zawiera 202 tezy orzecznicze wybrane zarówno z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (z okresu styczeń–kwiecień 2018 r.), jak i sądów okręgowych (z okresem 2017 r.)

Zachęcając Państwa do lektury tego Zeszytu polecam uwadze tezy orzecznicze nie często pojawiające się w praktyce orzeczniczej, a dotyczące m.in. postępowania konkursowego (teza nr 133) czy prowadzenia procedury oceny ofert w zamówieniach obronnych (tezy nr 134, 135). Warto też zwrócić uwagę na sposób postępowania wskazany przez Izbę w ramach tzw. procedury zastępczej w postępowaniu prowadzonym w procedurze odwróconej (teza nr 47). W ramach orzecznictwa dotyczącego środków ochrony prawnej na uwagę zasługuje utworzona już w orzecznictwie KIO linia o interesie wykonawcy we wniesieniu odwołania w sytuacji, gdy cena jego oferty nie mieści się w kwocie na sfinansowanie zamówienia (tezy nr 139, 140, 150), czy orzecznictwo KIO i sądów okręgowych potwierdzające, że w zamówieniach o wartości poniżej progów UE przysługuje wykonawcom odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty najkorzystniejszej (tezy nr 104, 154–162, 164).

Małgorzata Stręciwillk



Redaktor Naczelny
Zeszytów Orzeczniczych

Warszawa, 13 września 2018 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
CEIDG	– Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej
Dz.U.	– Dziennik Ustaw
Dz.Urz.UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
JEDZ	– Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
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
lit.	– litera
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
nr	– numer
opz	– opis przedmiotu zamówienia
pkt	– punkt
poz.	– pozycja
przyp. red.	– przypis redakcyjny
RNC	– rażąco niska cena
SIWZ, s.i.w.z. lub siwz	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
t.j.	– tekst jednolity
TP	– tajemnica przedsiębiorstwa
TS UE, ETS, TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	– Unia Europejska
US	– Urząd Skarbowy
u.o.k.i.k.	– ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów
uosdg	– ustawa o swobodzie działalności gospodarczej
ustawa PTZ	– ustawa o publicznym transporcie zbiorowym
ustawa Pzp, ustawa p.z.p., u.p.z.p., Pzp, PZP, pzp lub p.z.p.	– ustawa Prawo zamówień publicznych
ust.	– ustęp
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
VAT	– podatek od towarów i usług
zd.	– zdanie
ze zm.	– ze zmianami
znk, uoznk, uznk lub u.z.n.k.	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
ZUS	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Art. 2 ust. 9b**1. Sygn. akt KIO 28/18, Wyrok z dnia 20 lutego 2018 r.**

Zgodnie z art. 2 ust. 9b Pzp umową podwykonawstwa jest umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Przedmiotem umowy o podwykonawstwo są więc usługi, dostawy lub roboty budowlane będące częścią zamówienia publicznego. Na gruncie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „część zamówienia” to wyodrębniony fragment z całości przedmiotu zamówienia. Za część zamówienia nie można uznać umów wyłącznie powiązanych z przedmiotem zamówienia publicznego, ale niesłużących do jego realizacji, takich jak na przykład usługi ubezpieczeniowe, księgowość, kredytowe lub prawnicze. Zatem umowa o podwykonawstwo obejmuje tylko takie umowy, które dotyczą świadczeń możliwych do wyodrębnienia w treści opisu przedmiotu zamówienia, bądź też świadczeń służących wykonaniu przedmiotu zamówienia. Ponadto za podwykonawstwo należy uznać wykonanie całości lub części przedmiotu zamówienia przez podmiot inny, niż wykonawca. Podwykonawstwo jest zatem bezpośrednią realizacją części zamówienia przez podmiot niebędący wykonawcą. Tak więc finansowania realizacji zamówienia, podobnie zresztą jak kredytowania realizacji zamówienia przez bank, nie sposób uznać za podwykonawstwo. Producent sprzętu IT nie wykona bowiem części zamówienia na rzecz Zamawiającego, nie jest on więc podwykonawcą.

Art. 7 ust. 1**2. Sygn. akt XII Ga 739/17, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 6 listopada 2017 r.**

W okolicznościach sprawy nie znalazło akceptacji Sądu Okręgowego stanowisko KIO, zgodnie z którym to na wykonawcy spoczywało ryzyko wskazania prawidłowej stawki VAT dla poszczególnych składników ceny ofertowej. W ocenie Sądu Okręgowego praktyka, w której zamawiający pomija milczeniem w ogłoszeniu i w SIWZ kwestię wysokości stawki VAT na cząstkowe składniki ceny ofertowej, zaś na pojawiające się wątpliwości oferentów i pytanie o konkretną wysokość stawek nie określa ich wprost, z kolei na dalszym etapie postępowania przy ocenie ofert przyjmuje już jednoznacznie określoną przyjętą przez siebie stawkę podatku VAT, którą uznaje za jedynie prawidłową przy określeniu ceny, zaś inne przyjęte przez oferentów stawki VAT uznaje za błędne, co skutkuje odrzuceniem części ofert złożonych przez oferentów jako dotkniętych błędem wycenienia ceny, nie zasługuje na aprobatę. Nie należy wszakże zapominać, że w świetle art. 7 PZP zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w szczególności zgodnie z zasadą proporcjonalności i zasadą przejrzystości. Owa zasada proporcjonalności w aspekcie negatywnym definiowana jest jako „zakaz stawiania wykonawcom nadmiernych wymagań, którym nie byłby w stanie sprostać wykonawca zdolny do zaspokojenia obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zasada ta powinna być respektowana przede wszystkim przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia, określaniu warunków udziału w postępowaniu oraz obiektywnych kryteriów selekcji wykonawców” (...).

Zaś zasada przejrzystości postępowania oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie

ich wykładni w taki sam sposób. Obowiązek zapewnienia przejrzystości postępowania ma na celu zagwarantowanie braku faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej (por. wyr. TSUE z: 7.4.2016 r., Partner Apelski Dariusz v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, C-324/14, MoP 2016, nr 11, s. 570; oraz 10.5.2012 r., Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów, C; 368/10, (...)). W przekonaniu Sądu Okręgowego opisana wyżej praktyka działania zamawiającego odnośnie stawek podatku VAT kłóci się ze wzmiankowanymi wynikającymi z art. 7 PZP zasadami. Nakładanie bowiem na każdego z oferentów w istocie obowiązku wykładni niejednoznacznych i wywołujących spory w orzecznictwie sądów administracyjnych, NSA i TSUE przepisów prawa odnośnie podatku VAT, przekracza możliwości wykazującego zwykłą staranność oferenta i powoduje, że w istocie odrzucenie konkretnej oferty przez zamawiającego uzależnione jest od arbitralnego rozstrzygnięcia podmiotu organizującego przetarg i organów odwoławczych rozpatrujących środki odwoławcze od rozstrzygnięcia zamawiającego w zakresie stawki podatkowej. Nawet bowiem zwrócenie się do organów podatkowych o indywidualną wykładnię przepisów prawa podatkowego (już samo istnienie w przepisach prawa takiej instytucji oficjalnej, urzędowej wykładni przepisów podatkowych niewystępujące w innych dziedzinach prawa pokazuje, że wykładnia przepisów prawa akurat z tej dziedziny życia nastęrcza wielu trudności i nie daje dokonującym jej samodzielnie podmiotom niebędącym organami podatkowymi w praktyce żadnej pewności) nie daje gwarancji, że nie dojdzie do odrzucenia złożonej przez oferenta oferty, w razie gdyby zamawiający dokonał odmiennej wykładni tych samych przepisów prawa.

Art. 8 ust. 1-3

3. Sygn. akt KIO 2652/17, Wyrok z dnia 5 stycznia 2018 r.

Izba uznała za wiarygodne stwierdzenie Odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy oferowali produkty ogólnodostępne. Co jak się wydaje, nie było sporne, gdyż Przystępujący skupił swoją argumentację na fakcie istnienia wartości gospodarczej dokonanego przez niego doboru tych produktów. W ocenie Izby informacja, iż dany wykonawca oferuje produkty danego producenta (czy określone modele) na rynku dostaw sprzętu informatycznego i oprogramowania, nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż te informacje są powszechnie dostępne i konieczne do prowadzenia tego rodzaju działalności. Ponadto w ocenie Izby modyfikacja tych produktów nie może stanowić o możliwości utajnienia produktu, który posłużył za bazę do jej przeprowadzenia. Sam Przystępujący w trakcie postępowania odwoławczego nie starał się ukryć faktu oferowania produktów przez określonego producenta, lecz określoną koncepcję doboru produktów. Fakt, iż dany wykonawca zaferował dane produkty w jednym z postępowań nie znaczy o tym, że zaferuje te same produkty w innym postępowaniu.

Zastrzeżone przez Przystępującego dokumenty, jak wskazał sam Przystępujący, miały zawierać „proponowane rozwiązanie w postaci zestawienia niezbędnego sprzętu w złożonej ofercie stanowiące autorską i dedykowaną Zamawiającemu koncepcję wykonania konkretnej umowy”. Izba nie doszukała się w zestawieniu oferowanego sprzętu i oprogramowania na tyle autorskiej koncepcji, aby mogła zostać ona uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego. Jak wskazywał Przystępujący, informacje te posiadają wartość gospodarczą wyrażającą się w tym, iż dobrał sprzęt i oprogramowanie odpowiadające wymaganiom Zamawiającego w taki sposób, aby móc uzyskać najniższą cenę w danym postępowaniu. Należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu na siedem ofert, sześć ofert zawierało ceny w zakresie ok. 5297–5533 tys. zł brutto. A zatem nie możemy mówić w przedmiotowym przypadku o takiej różnicy w cenach ofert, która wskazywałaby na osiągnięcie przewagi nad innymi wykonawcami w zakresie odpowiedniego doboru sprzętu informatycznego i oprogramowania. Stwierdzenia tego nie zmienia również fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu

zastosowano kryteria pozacenowe. W kryteriach pozacenowych maksimum punktów (czyli 40) uzyskało aż pięciu oferentów. Dwóch pozostałych oferentów uzyskało tych punktów 38 i 39. Przy czym wykonawca, który złożył najdroższą ofertę w postępowaniu, uzyskał w kryteriach pozacenowych 39 pkt.

Twierdzenia Przystępującego jakoby inni wykonawcy chcieli poznać jego tajemnice, aby móc później wykorzystać metodologię doboru sprzętu i oprogramowania przez niego stosowaną, stoją w sprzeczności z tezą o rzekomo autorskiej koncepcji oferowanego rozwiązania. Skoro oferty wykonawców zawierały dobór produktów dopasowany do konkretnych potrzeb Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, to nie jest możliwe, aby mogli wykorzystać dany dobór sprzętu i oprogramowania w innych postępowaniach. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu umowa zostanie podpisana tylko z jednym wykonawcą. Gdyby nawet oferta Przystępującego została odrzucona, to inni wykonawcy pozbawieni są już możliwości zmiany oferty w zakresie kryteriów pozacenowych czy ceny.

Analiza opisu przedmiotu zamówienia przez Izbę potwierdza stanowisko Odwołującego, iż opis ten jest na tyle skonkretyzowany, iż nie możemy mówić o pozostawieniu wykonawcom kompletnej swobody w doborze sprzętu i oprogramowania w celu zaproponowania rozwiązania odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Opis ten jest na tyle szczegółowy i posiada szereg wymogów technicznych wobec każdego z produktów, iż nie możemy stwierdzić, że Zamawiający oczekiwał, iż wykonawcy zaproponują mu autorskie rozwiązanie (jak twierdził Przystępujący i Zamawiający), lecz już dokonał wyboru tego rozwiązania, a wykonawcy mieli za zadanie dobrać produkty, które będą odpowiadać jego wymogom.

Izba podziela pogląd wyrażony w orzeczeniu Izby z dnia 7 czerwca 2013 r. o sygn. akt: KIO 1239/13, następnie wielokrotnie przytaczany przez Izbę, iż „w ocenie Izby nie noszą znamion tajemnicy przedsiębiorstwa informacje wskazujące na producenta oraz model oferowanego sprzętu. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie pozostawił wykonawcom dowolności w zakresie skomponowania infrastruktury sprzętowo-systemowej, co mogłoby być uznane za *know-how* danego wykonawcy. Zdaniem Izby tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowi umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez zamawiającego.” A zatem w przedmiotowym postępowaniu należało nakazać ujawnienie nazw i modeli (nr katalogowych) oferowanych produktów. (...)

Powszechne na rynku zamówień publicznych zjawisko nadużywania uprawnienia do zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, którym takiego waloru przyznać nie można, powinno być zwalczane działaniami zamawiających, którzy zobligowani są do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a także działaniami Izby, która powinna nakazywać ujawnienie dokumentów (...) niesłusznie zastrzeżonych.

4. Sygn. akt KIO 126/18, Wyrok z dnia 5 lutego 2018 r.

Przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp określa również moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji zawartych w ofercie, wskazując, iż powinno to nastąpić najpóźniej do upływu terminu składania ofert.

W odniesieniu do dokumentów przedstawianych na późniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy przyjąć, że zasadność zastrzeżenia zawartych w nich informacji musi być wykazana wraz ze złożeniem takiego dokumentu. Podkreślić należy, iż *ratio legis* ww. przepisu, który uprawnia wykonawców do zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa z jednej strony, ale z drugiej nakłada obowiązek w postaci wykazania skuteczności takiego zastrzeżenia, było ograniczenie nadużywania przez wykonawców ww. instytucji w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełnienia wymagań postawionych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki. (...)

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, Przystępujący nie sprostął ciężarowi wykazania przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk. Co więcej, w ocenie Izby, treść ww. oświadczenia Przystępującego wskazuje, że nie podjął on nawet próby skutecznego wykazania, że zastrzeżone przez niego w piśmie z dnia 4 stycznia 2018 r. informacje stanowią w istocie tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem poprzestał jedynie na ogólnej, lakonicznej deklaracji, iż posiadane przez niego *know-how* w zakresie metody wykonania kalkulacji ma dla Przystępującego znaczną wartość gospodarczą oraz że podjął wszelkie niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji w tym zakresie. Powyższego oświadczenia Przystępującego, w ocenie Izby, w żadnej mierze nie można uznać za wystarczające dla skutecznego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, z uwagi na brak szerszego wywodu merytorycznego. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów. W rozpatrywanej sprawie Przystępujący w żaden sposób nie opisał i nie wykazał Zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informacje pozostaną poufne. Przystępujący poprzestał jedynie na wskazaniu, że jego wiedza (*know-how*) wykorzystana do metody kalkulacji średniej ceny przelotów, stanowi znaczną wartość gospodarczą.

Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał również, jakie niezbędne działania zostały podjęte przez wykonawcę celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Z powyższego przepisu wynika, że niewystraszające jest podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych, a zatem działań skutecznych, gwarantujących poufność zastrzeganych informacji. Przystępujący wykazując ww. przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się jedynie do podania kilku przykładów stosowanej przez niego rygorystycznej polityki bezpieczeństwa informacji polegającej na zawieraniu odpowiednich postanowień w regulaminie pracy, umowach o pracę czy umowach o zakazie konkurencji. Przystępujący nie podał nawet brzmienia stosowanych klauzul umownych czy też postanowień obowiązujących u niego regulaminów dotyczących zachowania poufności informacji. Tym samym nie sposób uznać, że Przystępujący opisał i wykazał metody oraz podejmowane przez niego środki w celu zachowania określonych informacji jako poufnych. Powyższe zaniechania Przystępującego uniemożliwiły ustalenie, czy procedury stosowane przez Przystępującego są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał Zamawiającemu istnienia ustawowych przesłanek zastrzeżenia części wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2018 r. jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a Zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia pełnej treści ww. wyjaśnień.

5. Sygn. akt KIO 197/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.

W zakresie zarzutu, że zastrzeżone informacje nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Izba zważyła, że stosownie do tego przepisu 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 poufności. Przesłanki określone w tym przepisie powinny być spełnione łącznie, aby określona informacja (wiadomość) mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa (*vide*: wyrok SN z dnia 3 października 2000 r. sygn. ICKN 304/00, wyrok SN z 28.2.2007 r., V CSK 444/06). Do istotnych przesłanek warunkujących efektywną ochronę prawną tajemnicy przedsiębiorstwa należy zatem: uprzednie wyodrębnienie określonej wiadomości jako poufnej informacji, doniesłość poufnej informacji dla majątkowych interesów przedsiębiorcy, podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności, brak okoliczności uwalniających od obowiązku dochowania tajemnicy. W związku z powyższym zastrzeżone, jako niejawne w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, mogą być tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa rzeczywiście ustanowioną w trybie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie mogą to być informacje wybrane przez wykonawcę jako niejawne dla potrzeb konkretnego postępowania, lecz ujawniane i powszechnie dostępne w innych postępowaniach, o których zainteresowany podmiot mógł powziąć wiadomość na zwykłej i dozwolonej drodze. Określona informacja przestaje być tajemnicą przedsiębiorstwa, jeżeli każdy konkurent może się o niej dowiedzieć w dozwolonej drodze (*vide*: wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2002 r. V KKN 223/00, wyrok SN z dnia 5 września 2001 ICKN1159/00). (...)

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły wskazane wyżej przesłanki (zob. uchwała SN z 21 października 2005 r., III CZP 74/05). W praktyce przyjmuje się, że określone informacje, aby mogły zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i mogły skorzystać z przysługującej im ochrony:

- a) nie mogą być ujawnione do wiadomości publicznej, przy czym za tajemnicę przedsiębiorstwa nie zostaną uznane publicznie dostępne informacje, w tym np.: dane z KRS, dane CEIDG, dane zawarte w rocznych sprawozdaniach finansowych, informacje opublikowane na stronach internetowych, w ogólnodostępnych raportach, prasie branżowej lub na ulotkach informacyjnych, dane ujawnione w czasie publicznych prezentacji, daty stosowania określonych materiałów reklamowych przez przedsiębiorcę, informacje, co do których ustawodawca zobligował przedsiębiorcę do ich podania do wiadomości publicznej (np. informacja o zakresie umocowania do dokonywania czynności faktycznych lub prawnych przez pośrednika kredytowego);
- b) muszą stanowić informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą (np. plany techniczne, listy klientów, metody kontroli jakości towarów i usług, sposób organizacji pracy), w tym co najmniej minimalnej wartości ekonomicznej (tj. wykorzystanie tych informacji pozwoli innemu przedsiębiorcy zaoszczędzić wydatki lub zwiększyć zyski);
- c) przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, przy czym nie mogą to być jakiegokolwiek działania, lecz takie, które mają zapewnić ochronę tych informacji przed dostępem osób nieuprawnionych, działania te mogą mieć charakter techniczny (np.: dozór fizyczny, kontrola dostępu do pomieszczeń, monitoring, właściwy obieg dokumentacji lub technologie zapewniające bezpieczeństwo sieci informatycznych przedsiębiorstwa) lub prawny (np.: poinformowanie pracowników o potrzebie ochrony informacji, wewnętrzne procedury, klauzule w umowach o pracę, oddzielne umowy o poufność, za-

kazy konkurencji, oświadczenia o poufności dokumentów wysyłanych drogą elektroniczną lub tradycyjną).

6. Sygn. akt KIO 287/18, Wyrok z dnia 2 marca 2018 r.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej niż jedynie wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Izby pod tym pojęciem należy rozumieć nie tylko złożenie samego oświadczenia, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego, udowodnienie czy co najmniej uprawdopodobnienie ziszczenia się poszczególnych przesłanek z art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Izba wskazuje, że to przede wszystkim od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, zależy, czy wystarczającym będzie jedynie przedstawienie stosownego wyjaśnienia z powołaniem się na określone uwarunkowania gospodarcze lub zasady działania na danym rynku, czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów (por. m.in. wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 421/17). Dlatego, jakkolwiek z obowiązku „wykazania” nie można wywodzić bezwzględnego obowiązku potwierdzenia dowodami zaistnienia każdej z przesłanek z art. 11 ust 4 u.z.n.k., to jednak poprzestanie wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy niejednokrotnie nie będzie mogło być uznane za wystarczające. W orzecznictwie Izby zwraca się uwagę na trudności związane z wykazaniem okoliczności nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji, jako że dowody w tym przypadku musiałyby potwierdzać okoliczność negatywną i w tym zakresie co do zasady wystarczające może być złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego. Inaczej oceniać należy jednak chociażby kwestię wykazania, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania danych informacji w poufności, które przybierają najczęściej materialną postać, np. poprzez wprowadzanie stosownych polityk bezpieczeństwa informacji czy zawieranie odpowiednich klauzul w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy (por. m.in. wyrok KIO z dnia 5 października 2016 r., sygn. akt KIO 1684/16, wyrok KIO z dnia 16 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 200/18). (...)

Izba wskazuje, iż na gruncie u.z.n.k. ochronie podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się wartością gospodarczą, a w konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsekwencją powyższego jest to, że nie wystarczy stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi ona także przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. W rozpatrywanej sprawie Odwołujący, poza oznajmieniem, że zastrzeżone informacje stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa czy inne informacje posiadające wartość gospodarczą, w żaden sposób do kwestii wartości gospodarczej się nie odniósł. Tym samym Zamawiający prawidłowo ocenił, że Odwołujący przesłanki tej nie wykazał.

7. Sygn. akt KIO 397/18, Wyrok z dnia 19 marca 2018 r.

Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał również jakie niezbędne działania zostały podjęte przez wykonawcę celem zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

Z powyższego przepisu [art. 71 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – *przyp. red.*] wynika, że nie jest wystarczające podjęcie jakichkolwiek działań, lecz działań niezbędnych, a zatem działań skutecznych, gwarantujących poufność zastrzeżonych informacji. Przystępujący wykazując ww. przesłankę tajemnicy przedsiębiorstwa ograniczył się jedynie do podania następujących przykładów: „a) dane dotyczące kalkulacji ceny wykonawcy nie były przekazywane na zewnątrz ani nie były przesyłane za pomocą sieci Internet, b) wszyscy pra-

ownicy wykonawcy zostali pouczeni, że są zobowiązani do zachowania poufności w przypadku podania im przez Pracodawcę (Wykonawcę) jakichkolwiek informacji, w tym wyceny do poszczególnych postępowań przetargowych, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegają szczególnej ochronie, c) forma elektroniczna informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa przechowywana jest wyłącznie na komputerze wykonawcy, a komputer ten zabezpieczony jest przed dostępem osób nieuprawnionych m.in. hasłem, d) informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie są przesyłane drogą elektroniczną bez zgody wykonawcy.”

Odnosząc się do podjętych przez Przystępującego niezbędnych działań mających na celu zachowanie w poufności informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty zaoferowanej za zadanie nr 2, 4 i 6 Izba wskazuje, iż Przystępujący nie wyjaśnił, w jaki sposób jego pracownicy zostali pouczeni o zachowaniu w poufności, w przypadku przekazania im przez pracodawcę, jakichkolwiek informacji, w tym dotyczących wyceny do poszczególnych postępowań przetargowych. Na podstawie powyższego nie sposób stwierdzić, jaką formę miało pouczenie zastosowane przez Przystępującego, jaka była jego treść oraz czy zostały przewidziane, a jeśli tak, to jakie były sankcje za naruszenie powyższego zakazu przez pracownika. Brak jest również informacji, czy przedmiotowe pouczenie jest częścią polityki bezpieczeństwa obowiązującej w przedsiębiorstwie Przystępującego, wynikającej z przyjętych i zaakceptowanych przez pracowników regulaminów, czy też innych aktów obowiązujących u wykonawcy. Przystępujący nie wskazał również źródła, tj. dokumentu, z którego wynika obowiązujący w jego przedsiębiorstwie zakaz przesyłania danych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa drogą elektroniczną bez jego zgody, czy też zakaz przesyłania ww. informacji na zewnątrz oraz za pomocą sieci Internet.

Z kolei odnosząc się do wskazanego przez Przystępującego działania polegającego na zabezpieczeniu komputera wykonawcy, na którym przechowywane są informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, m.in. hasłem, stwierdzić należy, iż wykonawca, który podejmuje określone działania, by chronić informacje w poufności, powinien wykazać wszystkie podjęte przez siebie środki i szczegółowo je opisać, a nie ograniczać się do podania jednego, przykładowego, powszechnie stosowanego zabezpieczenia danych zapisanych w pamięci komputera. Ze złożonej przez Przystępującego w ww. zakresie deklaracji nie można nawet wywnioskować, czy dostęp do hasła posiada wyłącznie Przystępujący, czy i jakie obowiązują u Przystępującego w ww. zakresie procedury bezpieczeństwa, jak chociażby wymuszające na użytkowniku czasową zmianę hasła.

Przystępujący w zakresie omawianej przesłanki w ogóle nie wyjaśnił, czy w jego przedsiębiorstwie obowiązują jakiegokolwiek regulacje mające na celu ochronę informacji wymagających zachowania poufności, ani nie złożył żadnych dowodów potwierdzających powyższe. W świetle ww. okoliczności nie sposób uznać, że Przystępujący opisał i wykazał metody oraz podejmowane przez niego środki w celu zachowania określonych informacji jako poufnych. Powyższe zaniechania Przystępującego uniemożliwiły ustalenie, czy środki stosowane przez Przystępującego są skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności.

8. Sygn. akt KIO 531/18, Wyrok z dnia 9 kwietnia 2018 r.

Oceniając w tym zakresie działania zamawiającego Izba uznała, że ten nie podjął nawet próby oceny prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, prezentując w tym zakresie podejście „formalistyczne”. Samo bowiem stwierdzenie przez wykonawcę, iż zastrzega określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku zbadania zarówno treści w tych dokumentach zawartych, jak też jakie okoliczności towarzyszą temu zastrzeżeniu. W niniejszej sprawie nie sposób nie uznać, że zastrzeżenia dokonane przez wykonawców miały na celu jedynie uniemożliwienie weryfikacji

danych zawartych w ofertach przez innych uczestników rynku. Dane te miały kluczowe znaczenie w postępowaniu, albowiem miały wpływ na ocenę i ranking ofert. Izba nie podziela argumentacji zamawiającego, który stwierdza, że sam fakt zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa tych danych oraz uzasadnienie, że ich ewentualne ujawnienie mogłoby negatywnie wpłynąć na sytuację przedsiębiorcy był wystarczający do uznania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie zgadza się również ze stanowiskiem zamawiającego, że nie musi on prowadzić żadnego postępowania wyjaśniającego w tym zakresie, a jedynie przyjąć wyjaśnienia wykonawcy jako wiarygodne. Kwestii oceny przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie można bowiem sprowadzać do kwestii czysto formalnych, a zatem samego faktu zastrzeżenia informacji i wskazania argumentów. W rezultacie takiego podejścia zamawiający doszedł do wniosku, że nie miał podstaw dla uznania za nie odtajnione treści pisma X z dnia 26 lutego 2018 r., bowiem to nie zawierało pełnego uzasadnienia odnośnie zastrzeżenia jego treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie wzmiankę, że przystępujący zastrzega tę informację na zasadach analogicznych jak poprzednio składane w postępowaniu dokumenty, tj. „wykaz osób” oraz formularz „kryteria pozacenowe”.

9. Sygn. akt KIO 556/18, Wyrok z dnia 12 kwietnia 2018 r.

Konsorcjum w przedłożonym Zamawiającemu uzasadnieniu zastrzeżenia informacji zawartych w załącznikach nr 2–7, złożyło jedynie ogólne deklaracje, iż informacje te stanowią tajemnicę handlową i jako takie mają wartość gospodarczą i handlową oraz nie były ujawnione do publicznej wiadomości. Deklaracji tych nie można uznać za wystarczające dla skutecznego wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brakuje w nich konkretów obrazujących w jaki negatywny sposób na działalność Przystępującego może wpłynąć ujawnienie zastrzeżonych informacji. Konsorcjum nie podjęło nawet próby wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Jednocześnie należy wskazać, że Konsorcjum w szczególności nie wykazało, że podjęło niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji. W ocenie Izby stwierdzenie, że „podmioty tworzące Konsorcjum stosują rygorystyczną politykę bezpieczeństwa informacji poprzez dostęp do tego typu informacji ograniczonego grona pracowników i współpracowników. W ramach stosunku pracy osoby podejmujące jakiejkolwiek czynności w ramach konkretnego zadania, zgodnie z regulaminem pracy, posiadają odpowiednie klauzule w umowach o pracę, w umowach o zakazie konkurencji zawieranych z pracownikami oraz umowach o zachowaniu poufności zawieranych z podmiotami współpracującymi i podwykonawcami podwykonawcy. W związku z tym wszystkie osoby i podmioty zaangażowane w każde, w tym również niniejsze, przedsięwzięcie inwestycyjne są zobowiązane do zachowania poufności uzyskanych informacji” nie jest wystarczające dla uznania, że Konsorcjum wykazało wypełnienie ww. przesłanki. W szczególności Konsorcjum nie przedstawiło Zamawiającemu treści wspomnianego regulaminu pracy, treści klauzul w umowach o pracę lub kopii umów o zakazie konkurencji / o zachowaniu poufności, uniemożliwiając w ten sposób Zamawiającemu należyte badanie prawidłowości zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i poprzestając na ogólnych deklaracjach.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że Konsorcjum nie wykazało również wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, a tylko takie informacje mogą podlegać ochronie. W przedłożonym wyjaśnieniu zawarte jest tylko lakoniczne stwierdzenie, że zastrzeżone informacje taką wartość mają, brak jest natomiast uzasadnienia, na czym konkretnie polega wartość gospodarcza, np. przedłożonego zestawienia kosztów: materiałowych, związanych z wynagrodzeniami pracowników czy też wytwarzania, lub decyzji administracyjnych czy umowy na transport.

Izba, biorąc pod uwagę termin, w jakim wykonawca zastrzegający informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać prawidłowość dokonanego zastrzeżenia, za bezzasadne uznała powoływanie się przez Przystępującego na nowe dowody, np. w postaci kopii standardowo zawieranej umowy zlecenia, przedłożone podczas rozprawy. Jak wskazano powyżej, wykonawca wraz z przedłożeniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zobowiązany jest do wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie powinno nastąpić bez żadnego dodatkowego wezwania ze strony Zamawiającego.

10. Sygn. akt KIO 640/18, Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r.

W ocenie Izby, w przypadku, gdy wykonawca wzywany przez zamawiającego do złożenia stosownych wyjaśnień bądź dowodów, w każdym przypadku, w którym stwierdzi, że przekazywane zamawiającemu informacje stanowią TP, winien okoliczność tę wykazać już przy pierwszym piśmie kierowanym do zamawiającego. Następnie, jeżeli zamawiający dalej będzie wzywał wykonawcę do dalszych wyjaśnień, to wykonawca taki winien za każdym razem albo na nowo wykazywać zasadność zastrzeżenia informacji TP, albo odnieść się w kolejnych pismach do wykazanego za pierwszym razem zastrzeżenia.

Okoliczność taka wprost wynika z przytaczanego wyżej przepisu, gdzie ustawodawca obowiązek wykazania zasadności zastrzeżenia przeniósł tylko i wyłącznie na wykonawcę. Zamawiający nie jest bowiem podmiotem, który ma się domyślać, czy dowolnie interpretować pisma wykonawcy. Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp, ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, co z kolei prowadzi do wniosku, że tylko racjonalna ocena oparta o stosowne okoliczności wykazane przez wykonawcę daje gwarancję dokonania prawidłowej czynności zamawiającego.

11. Sygn. akt KIO 636/18, Wyrok z dnia 23 kwietnia 2018 r.

Izba nie przychyliła również do stanowiska Przystępującego w kwestii wniosku dotyczącego nierozpoznawania przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na brak substratu zaskarżenia.

Z ustaleń poczynionych przez Izbę wynika, że Zamawiający pismem z dnia 11 kwietnia 2018 r., tj. 8 dni po złożeniu odwołania, poinformował Odwołującego i Przystępującego o tym, że po dniu 23 kwietnia 2018 r. ujawni określoną części informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach Konsorcjum X. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że wyznaczył termin na dokonanie ww. czynności po dniu 23 kwietnia 2018 r., „aby wykonawcy mieli czas na zajęcie stanowiska w tej sprawie”. Posiedzenie i rozprawa w niniejszej sprawie została przeprowadzona w dniu 18 kwietnia 2018 r.

W kontekście tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że treść pisma z dnia 11 kwietnia 2018 r. nie może być postrzegana – jak twierdził Przystępujący – jako dokonanie czynności ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum X, które zostało jedynie zawieszona w czasie. Izba uznała, że treść pisma stanowi dopiero zapowiedź dokonania czynności ujawnienia określonych informacji, co nie jest równoznaczne z realizacją tych czynności. Wobec stwierdzenia ponad wszelką wątpliwość, że czynność ujawnienia zastrzeżonych informacji nie została dokonana przez Zamawiającego, w ocenie Izby, nie sposób uznać, że brak jest przedmiotu sporu pomiędzy Stronami. Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że zgłoszony przez Przystępującego wniosek, dotyczący nierozpoznawania przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu zaniechania ujawnienia dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na brak substratu zaskarżenia należy uznać za bezzasadny i podlegający oddaleniu. (...)

W ocenie Izby, Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał w sposób prawidłowy, że informacje zawarte w dokumentach w części zastrzeżonych spełniają wszystkie przesłanki konieczne do skutecznego zastrzeżenia w nich określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze, złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i brak w nich konkretnych, precyzyjnych informacji, które uprawniałby Konsorcjum X do zachowania w poufności części dokumentów objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Po drugie – wykonawca nie podał, jaką wymierną wartość mają dla niego ww. informacje. Ponadto do złożonych wyjaśnień wykonawca nie załączył jakiegokolwiek dowodów, które potwierdzałyby okoliczności, na które powoływał się Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach. W związku z tym należy przyznać rację Odwołującemu, który twierdził, że „uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, którego treść w zasadzie jest tak ogólna, że może być stosowana w każdym postępowaniu, a co za tym idzie nie można przyjąć, że przedstawiając je, wykonawca zrealizował ciężący na nim obowiązek wykazania określonych okoliczności faktycznych.

W uzasadnieniu objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa, poza przytoczeniem obszernych fragmentów z orzecznictwa oraz opinii UZP, Konsorcjum X w zasadzie skupiło się jedynie na podaniu różnorodnych definicji i cech tajemnicy przedsiębiorstwa zamiast wykazać, że konkretne przedkładane przez Konsorcjum X dokumenty tę definicję spełniają. Ponadto Przystępujący, poza lakonicznymi wyjaśnieniami, nie przedstawił żadnych dowodów, co w żaden sposób nie realizuje obowiązku wykazania przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia informacji objętych klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. Słusznie twierdził Odwołujący, że samo zastrzeżenie udostępnienia informacji nie jest wystarczające, lecz wykonawca każdorazowo musi uzasadnić – i to w sposób kwalifikowany, gdyż wręcz „wykazać” – iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Art. 14 ust. 1

12. Sygn. akt VI Ga 95/17, Wyrok SO w Toruniu z dnia 17 lipca 2017 r.

Z mocy powołanego wyżej przepisu art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się bowiem co do zasady przepisy kodeksu cywilnego, a zatem w grę wchodzi w szczególności dyspozycja art. 6 k.c., w świetle której ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Art. 22 ust. 2

13. Sygn. akt VIII Ga 43/17, Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2017 r.

Zakres i znaczenie warunków udziału w postępowaniu powinny bowiem wynikać z treści opisu tych warunków zawartego w dokumencie przetargowym (ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ), a nie być dopiero rekonstruowane i ustalane za pomocą nieostrych odniesień do przedmiotu zamówienia.

Art. 22 ust. 1a

14. Sygn. akt KIO 2737/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.

Pomimo zmiany przepisów, w ocenie Izby, przy interpretacji i ocenie prawidłowości stosowania aktualnie obowiązującego art. 22 ust. 1a Pzp aktualny pozostaje dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle poprzednio obowiązujących przepisów, z których wynikało, że warunki udziału powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjo-

nalne do niego (uchylony 22 ust. 4 Pzp), a warunki te mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (uchylony art. 22 ust. 5 zd 1 Pzp). W doktrynie i orzecznictwie już dawno dostrzeżono, że poprzestanie na definicji językowej przymiotnika „proporcjonalny” nie jest wystarczające, gdyż warunek związany z przedmiotem zamówienia zawsze pozostaje w jakiejś proporcji do niego. Za utrwalone należy uznać stanowisko uwzględniające dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej {dalej również: „TSUE”}, że przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa TSUE można powiedzieć, że ocena, czy ustalony warunek udziału w postępowaniu nie jest nadmierny wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu {por. np. wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, (...)}

15. Sygn. akt KIO 2/18, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.

Zamawiający zarówno w pierwotnej treści ogłoszenia, jak i po zmianie (obejmującej między innymi wysokość zdolności kredytowej ze 100 mln na 50 mln złotych) nie dopuścił możliwości sumowania zdolności kredytowej jednego wykonawcy potwierdzonych przez różne instytucje (banki). W przypadku Konsorcjum od początku zapisy wskazywały na możliwość sumowania zdolności kredytowej poszczególnych członków Konsorcjum. Po zmianie wymaganej kwoty zdolności kredytowej, wymagane jest, aby jeden z członków konsorcjum dysponował zdolnością kredytową w wysokości wskazanej w ogłoszeniu (po zmianie minimum 30 mln złotych).

Istotę podtrzymanego zarzutu sprowadzić można do rozstrzygnięcia, czy w świetle Ustawy Pzp Zamawiający uprawniony jest do określenia na etapie ogłoszenia o zamówieniu, iż oceniać będzie zdolność kredytową wykonawcy w oparciu o ocenę dokonaną przez jedną instytucję (bank), co uniemożliwi okazanie się informacjami pochodzącymi z różnych banków, do których wykonawca mógłby wystąpić o wystawienie opinii. Odwołujący wskazał wprost, iż przy wprowadzonym ograniczeniu może się okazać niemożliwym uzyskanie zaświadczenia z jednego banku, chociaż wykonawca mógłby wykazać się zdolnością kredytową w wysokości wymaganej, gdyby Zamawiający dopuścił sumowanie zdolności kredytowych potwierdzonych przez różne instytucje.

Oddalając odwołanie Izba miała na uwadze cel, jakiemu służyć ma badanie zdolności ekonomicznej wykonawcy, a którym jest potwierdzenie jego wiarygodności jako podmiotu, któremu ma być powierzone zrealizowanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Podstawą tej weryfikacji może być wynik badania zdolności do spłaty kredytu do wskazanej kwoty, która w ocenie Zamawiającego pozwala na pozytywną prognozę co do osiągnięcia celu zamówienia. W niniejszej sprawie Zamawiający obniżył poziom zdolności kredytowej zgodnie z żądaniem Odwołującego, decydując się jednak na pozostawienie zastrzeżenia, iż wiarygodność wykonawcy oceniać będzie na podstawie oceny dokonanej przez jedną instytucję (bank). Odwołujący zasadniczo dążył do wykazania, iż w świetle Ustawy Zamawiający nie może wprowadzać ograniczeń, jakie nie zostały wprost wyartykułowane w przepisach art. 22 ust. 1a Ustawy.

Mając na uwadze taki zakres zarzutu, Izba uznała, iż zapisy ogłoszenia (oraz siwz) nie prowadziły do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a wskazany sposób oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia umożliwi poznanie realnej oceny sytuacji ekonomicznej wykonawcy. Przyjmując jako wytyczną dla ustalenia znaczenia dokumentu, jakim wykonawca może okazać się przed zamawiającym, dorobek orzeczniczy Izba przyjęła, iż informacja, o jakiej mowa w rozporządzeniu wykonawczym, stanowi dokument o charakterze niesformalizowanym stanowiący informację, a nie opinię,

zaświadczenie czy wręcz zobowiązanie do udzielenia kredytu. Nie chodzi tutaj o oświadczenie woli, a raczej o specyficzne oświadczenie wiedzy, informację o wynikach oceny zdolności kredytowej przeprowadzonej w banku – konkretnym wydziale banku (*vide* wyrok SO w Gliwicach z 15.5.2015 r., sygn. X Ga 132/15). Powyższe pozwala przyjąć, iż informacja przedkładana na potwierdzenie zdolności kredytowej nie może podlegać daleko idącej nadinterpretacji, której wyniki mogłyby znacząco odbiegać od tego, co było wynikiem oceny banku, dla której istotną pozostaje przede wszystkim wskazana i potwierdzona zdolność kredytowa. Powyższe stanowić powinno podstawę do dalszych wniosków, które prowadzą do stwierdzenia, iż ograniczenie, które wprowadził Zamawiający, faktycznie ma na celu umożliwienie poznania rzeczywistej sytuacji wykonawcy. W tym samym orzeczeniu wskazano dalej, iż informacja dotycząca zdolności kredytowej prezentowana przez bank nie pozostawia przestrzeni do poddawania jej jakimś zabiegom polegającym na odejmowaniu lub dodawaniu czegoś ponad treść przedstawioną przez bank. Stanowisko Odwołującego prezentuje zgoła odmienną ocenę celu i znaczenia informacji prezentowanej przez bank, prowadząc wywód w tym kierunku, aby przekonać, że zdolność kredytowa zbadana w różnych bankach po jej zsumowaniu pozwoli przyjąć, iż wykonawca posiada zdolność wyższą niż faktycznie zbadana przez każdy z tych banków. W ocenie Izby wskazanie przez dwie niezależne instytucje na zdolność kredytową tego samego podmiotu, mniejszą od wymaganej, nie uczyni go bardziej wiarygodnym. Informacja o wielkości zdolności kredytowej potwierdzonej przez bank oznacza, iż instytucja dokonała weryfikacji sytuacji faktycznej podmiotu w oparciu o pełną informację gospodarczą, a zatem fakt zwielokrotnienia tej oceny nie oznacza podniesienia wiarygodności prognoz dokonanych przez daną instytucję. W ocenie Izby można pokusić się o stwierdzenie, iż takie automatyczne sumowanie zdolności kredytowej doprowadziłoby do zaburzenia oceny, do której nie jest uprawniony Zamawiający, poprzez wprowadzenie mechanizmu, który nie był uwzględniony przy ocenie dokonywanej przez instytucje finansowe. Odwołujący porównywał mechanizm sumowania z tym, jaki występuje przy konsorcjach, w których dwa lub więcej podmioty składają dokumenty potwierdzające ich zdolności kredytowe. Nie ma tu jednak analogii, gdyż wyróżniającym obie sytuacje jest przede wszystkim różna liczba podmiotów poddanych weryfikacji przez różne instytucje. Sumowanie zdolności kredytowej różnych podmiotów pozwala przyjąć, iż łącznie posiadają one potencjał wyższy, co jest istotą składania oferty wspólnej. Sytuacja, jakiej dotyczy niniejszy spór, nie dotyczy sumowania potencjałów różnych podmiotów, lecz weryfikacji faktycznej zdolności kredytowej wykonawcy, która zasadniczo powinna być stwierdzona na podobnym poziomie przez dowolny bank. Można wyobrazić sobie sytuację, iż podmiot, który nie posiada dużych zobowiązań finansowych, występuje jednocześnie o wydanie zaświadczenia o zdolności kredytowej do pięciu różnych instytucji, w każdej występując o stwierdzenie zdolności na poziomie 10 mln zł. Nie może budzić wątpliwości, iż każda z tych instytucji dokona oceny według przyjętych u niej zasad i prognoz dla wskazanej kwoty kredytu, którego możliwość spłacenia stanowi przedmiot badania. Stwierdzenie w takiej sytuacji na podstawie kilku zaświadczeń, iż instytucje (banki) potwierdziły zdolność kredytową na poziomie 50 mln złotych prowadziłoby do wypaczenia sensu żądania potwierdzenia przez instytucję finansową faktycznej sytuacji ekonomicznej podmiotu i możliwości zaciągnięcia kredytu do dużo wyższej kwoty, niż wskazana w zaświadczeniu. W ocenie Izby, taka ocena faktycznie stanowiłaby niedozwoloną ingerencję polegającą na określeniu mechanizmu oceny zdolności kredytowej odbiegającej od oceny dokonywanej przez bank. Ponownie należy przywołać wskazany na początku wyrok i prezentowany w nim zakaz modyfikacji informacji pochodzącej od banku poprzez dodawanie kwoty kredytu w sposób sztuczny, który tu sprowadzałby się wyłącznie do matematycznego działania, a nie rzetelnej oceny sytuacji ekonomicznej wykonawcy. W świetle powyższego Izba uznała, iż opis warunku udziału w postępowaniu oraz sposobu potwierdzenia nie prowadzi do naruszenia wskazanych przepisów Ustawy.

16. Sygn. akt KIO 83/18, Wyrok z dnia 30 stycznia 2018 r.

Oceniając sformułowane przez Zamawiającego wymaganie Izba wzięła pod uwagę cel, jaki przyświeca określeniu warunków udziału w postępowaniu, tj. dopuszczenie do postępowania wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania przedmiotu przyszłej umowy oraz wyeliminowanie wykonawców, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że nie będą zdolni do prawidłowej realizacji zamówienia. Problemem, jaki powstaje na gruncie określania warunków udziału w postępowaniu oraz ich proporcjonalności, jest ryzyko zawężenia kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, co ma bezpośrednie przełożenie na zachowanie konkurencji. Ukształtowanie wymogów na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy – w ocenie Izby – uznać za dopuszczalne w takim zakresie, w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Konieczne jest zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy poprzez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienie ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym potencjał dający rękojmię jego prawidłowej realizacji. (...)

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że już na etapie postępowania przetargowego konieczne było żądanie od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania ubezpieczenia OC na tak wysoką kwotę, kilkakrotnie przekraczającą standardowe ubezpieczenie wykonawców realizujących duże kontrakty budowlane. Skoro Zamawiający brał pod uwagę istotne ryzyko zaistnienia szkód przy realizacji kontraktu, zasadne było wprowadzenie odpowiedniego obowiązku dla wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana, co zresztą Zamawiający uczynił. Mógł też w taki sposób określić obowiązki wykonawcy, by ubezpieczenie obejmowało szkody na osobach trzecich. Trudno natomiast dopatrzeć się uzasadnienia dla wymagania ubezpieczenia w celu zabezpieczenia ryzyk kontraktowych od wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu, mimo braku jakiegokolwiek pewności po stronie tych wykonawców, że uzyskają zamówienie.

Tak sformułowanego warunku udziału w postępowaniu nie może usprawiedliwiać podniesiona przez Zamawiającego możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i zsumowania zdolności wszystkich konsorcjantów. Okoliczność ta nie zmienia faktu, że żądana kwota ubezpieczenia istotnie ogranicza konkurencję. Warunki udziału w postępowaniu – jak wskazano powyżej – muszą mieć na celu zapewnienie wyboru wykonawcy mającego odpowiedni potencjał, nie mogą natomiast, w oderwaniu od tego celu, wymuszać zawiązywania konsorcjów. Jeśli Zamawiający nie wykaże celowości określenia warunku udziału w postępowaniu na tak wysokim poziomie, to możliwość utworzenia konsorcjum nie powoduje, że warunek taki staje się zgodny z przepisami ustawy.

17. Sygn. akt KIO 207/18, KIO 221/18, Wyrok z dnia 19 lutego 2018 r.

(...) zamawiający konstruując warunek udziału w postępowaniu, wbrew zarzutom odwołującego nie naruszył zasady proporcjonalności. Zamawiający jako podmiot realizujący zadania organizatora publicznego transportu zbiorowego, które definiowane są w ustawie PTZ [przyp. red.: ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. z 2018 r., poz. 2016)], jest ustawowo zobowiązany do określenia norm jakości. Troska o wysoki standard oraz bezpieczeństwo świadczonej usługi przewozowej wymaga potwierdzenia, że potencjalny wykonawca dysponuje doświadczeniem gwarantującym wykonanie usługi zgodnie z przedmiotem zamówienia. Specyfika przewozów w komunikacji miejskiej wymusza poniesienie przez operatorów dużego wysiłku technicznego i logistycznego. W związku z tym wy-

móg wykazania doświadczenia, który odpowiada swoim zakresem przedmiotowi zamówienia nie może być uznany za naruszający przepisy Ustawy Pzp.

Powyższe dowodzi, że warunek wykazania się maksymalnie trzema umowami o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy PTZ jest uzasadniony potrzebami zamawiającego wynikającymi ze specyfiki zamówienia, które dotyczy usługi przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez zamawiającego, który jest organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy PTZ. Wymaganie dotyczy zatem posiadania przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu usługi zbliżonej rodzajem do usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, co ma gwarantować zdolność wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia.

Zdaniem Izby, zamawiający jest uprawniony do wymagania od wykonawców posiadania doświadczenia w zakresie świadczenia usługi przewozu regularnego na rzecz organizatora publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy PTZ ze względu na jej specyfikę, o czym świadczy chociażby zakres obowiązków takiego organizatora, który został wskazany w odpowiedzi na odwołanie. Nie jest zatem wymaganiem nadmiernym i nieproporcjonalnym w rozumieniu art. 22 ust. 1a Ustawy Pzp żądanie posiadania doświadczenia w realizacji usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia. (...)

Odwołujący nie wykazał, że ww. warunek udziału eliminuje w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Warunek ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji danego zamówienia, a tym samym powinien on obejmować elementy, które są istotne dla ustalenia, czy wykonawca posiada odpowiednie przygotowanie zawodowe do realizacji danego zamówienia, w tym odpowiednie doświadczenie w określonym rodzaju usług, które będą świadczone na rzecz zamawiającego, który jest organizatorem publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy PTZ.

18. Sygn. akt KIO 171/18, Wyrok z dnia 1 marca 2018 r.

Za bezzasadne uznano odwoływanie się przez odwołującego przy interpretacji przedmiotowego warunku do postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Po pierwsze, taki zabieg jest niedopuszczalny. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, warunki udziału w postępowaniu podlegają autonomicznej wykładni. Powyższe wynika z art. 22 ust. 1a Pzp, który stanowi, że warunki udziału w postępowaniu powinny być jedynie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z przepisu tego można zatem wywnioskować, że warunki udziału w postępowaniu nie muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia.

Art. 22 ust. 1b

19. Sygn. akt KIO 83/18, Wyrok z dnia 30 stycznia 2018 r.

Postępowanie dowodowe wykazało, że wymóg legitymowania się ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej na kwotę nie mniejszą niż 200 mln zł istotnie ogranicza krąg wykonawców, mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odwołujący przedłożył kopię polis sześciu wykonawców, działających na rynku dużych inwestycji budowlanych i realizujących zadania o znacznej wartości. Z dokumentów tych wynika, że wartość ubezpieczenia tych wykonawców waha się w przedziale od 20 mln zł do 100 mln zł, co oznacza, że bez istotnego podwyższenia – na potrzeby udziału w niniejszym postępowaniu – kwoty ubezpieczenia, wykonawcy ci nie mogą samodzielnie ubiegać się o zamówienie.

Wobec ustalenia, że wymagana przez Zamawiającego kwota ubezpieczenia OC istotnie ogranicza konkurencję w postępowaniu, należało ocenić konieczność takiego ograniczenia dla

zapewnienia dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych zrealizować zamówienia. Zamawiający powinien w tym zakresie umieć taki związek wykazać i wyjaśnić, dlaczego wykonawca dysponujący ubezpieczeniem na mniejszą kwotę nie ma odpowiedniego potencjału do realizacji zamówienia. W ocenie Izby, Zamawiający takiemu obowiązkowi nie podołał. Zaprezentował jedynie gołosłowne twierdzenie, że warunek taki znajduje uzasadnienie w charakterze i skali przyszłego przedmiotu zamówienia i ma na celu wykazanie przez wykonawcę jego wiarygodności, a także zdolności do opłacenia składki ubezpieczeniowej po oszacowaniu przez zakład ubezpieczeń ryzyka ubezpieczeniowego. Twierdzenie to nie zostało poparte żadną bardziej szczegółową argumentacją czy przeprowadzonymi analizami. Podczas rozprawy Zamawiający na pytanie członka składu orzekającego, czym kierował się ustalając wysokość ubezpieczenia, wyjaśnił jedynie, że kierował się wartością przedmiotu zamówienia, wysokością wymaganą w innych, mniejszych kontraktach, a także możliwością tworzenia konsorcjum, przy czym nie wskazał bardziej konkretnego uzasadnienia.

Pozostała argumentacja podniesiona przez Zamawiającego nie może zostać uznana za poprawną. Jakkolwiek w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaprzeczył, jakoby nie rozróżniał obowiązku wykazania się posiadaniem ubezpieczenia OC jako warunku udziału w postępowaniu, od obowiązku ubezpieczenia samego przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy, to jego stanowisko prezentowane na rozprawie wskazuje na brak dostatecznego rozróżnienia tych kwestii. Próbując wykazać zasadność kwestionowanego warunku Zamawiający wskazywał na rozprawie na istotne ryzyko szkodowości w ramach przedmiotowego kontraktu, podając m.in., że działania wykonawcy, które mogłyby doprowadzić do zablokowania wejścia do toru wodnego, generowałyby bardzo duże koszty oraz uszkodzenie dużej jednostki generuje to koszt około 60 mln dolarów. Wyjaśnił również, że wymaga od wykonawcy, który będzie realizował zamówienie, ubezpieczenia na sumę nie niższą od Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej (klauzula 18.2 Warunków Szczególnych Kontraktu), jednak jest to ubezpieczenie jedynie ryzyk budowlanych, a nie odszkodowań wobec osób trzecich (z wyjątkiem personelu wykonawcy i Zamawiającego). Powyższa argumentacja wskazuje, że określając warunek udziału w postępowaniu Zamawiający kierował się w znacznej mierze koniecznością ubezpieczenia ryzyk związanych z realizacją kontraktu. Tymczasem warunek udziału w postępowaniu dotyczący ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej służy zweryfikowaniu wiarygodności finansowej wykonawcy, co należy odróżnić od ubezpieczenia ryzyk towarzyszących konkretnemu kontraktowi.

20. Sygn. akt KIO 494/18, KIO 501/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Izba uznała, że twierdzenie Odwołującego, iż w przypadku złożenia oferty na obie części zamówienia brak było możliwości powoływania się na doświadczenie obejmujące wykonywanie w różnych okresach usługi realizowanej w oparciu o jedną i tę samą umowę na rzecz tego samego zamawiającego, nie znajduje oparcia w postanowieniach siwz. Przeciwnie, postanowienia siwz nie wprowadzały żadnego zakazu co do możliwości powołania się na usługę realizowaną w sposób ciągły na podstawie tej samej umowy, istotne było to, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał należycie min. jedną usługę przewozu w liczbie 1 200 000 wzk, przy czym liczba wzk musiała być osiągnięta w ciągu max 1 roku świadczenia usługi na podstawie max 3 umów – dla każdej z części zamówienia. Oznacza to, że wyznacznikiem doświadczenia wykonawcy była liczba wzk zrealizowana w ciągu jednego roku świadczenia usługi, a nie liczba wzk przejechana w ramach danej umowy. Stąd prawidłowym i odpowiadającym treści warunku udziału w postępowaniu jest przedstawienie przez X, w złożonych poświadczeniach należytego wykonania usług, liczby przejechanych wzk z podziałem na okresy roczne. Sam fakt, że świadczenie usługi przewozu było realizowane w oparciu o tę samą umowę jest jedynie aspektem formal-

nym, pozostającym bez znaczenia dla oceny spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej i nabytego przez wykonawcę doświadczenia.

Art. art. 22a ust. 1

21. Sygn. akt KIO 489/18, Wyrok z dnia 28 marca 2018 r.

(...) brakujących elementów zobowiązania podmiotu trzeciego nie można domniemywać z innych dokumentów pochodzących od wykonawcy.

22. Sygn. akt KIO 584/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Skład orzekający nie miał wątpliwości, że w spornej kwestii wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu zachowanie Odwołującego nie było jednoznaczne. Z jednej strony Odwołujący oświadczył w ofercie, że nie polega na zasobach podmiotu trzeciego, nie zaznaczył w złożonym następnie wykazie sprzętu stosownego pola przeznaczonego na taką deklarację i nie załączył zobowiązania podmiotu trzeciego. Z drugiej jednak strony Odwołujący wskazał we wspomnianym wykazie właściciela ujętego w nim pojazdu, załączając do tego umowę najmu, a nadto – w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia zobowiązania do oddania zasobów – Odwołujący przedstawił dokument stwierdzający taką okoliczność. Na marginesie rozważań należało przy tym pozostawić kwestię wskazywanych przez Odwołującego rzekomych trudności interpretacyjnych dotyczących wzoru formularza sprzętu, w tym zamieszczonych w nim pouczeń. Zdaniem Izby, rzeczony formularz należało odczytywać w ten sposób, że w odpowiedniej pozycji kol. 3 wykonawca miał zadeklarować, czy wskazany w kol. 2 pojazd stanowi zasób własny, czy oddany mu do dyspozycji przez inny podmiot (podmiot trzeci), a w razie wypełnienia kol. 3 – wskazać nazwę tego podmiotu w kol. 4.

W konsekwencji przesądzenia wymagało, czy na podstawie informacji zawartych w ofercie Odwołującego i złożonych następnie dokumentach Zamawiający był w stanie stwierdzić podnoszoną w odwołaniu okoliczność samodzielnego wykazywania przez Odwołującego spełniania warunku udziału w Postępowaniu? Na tak postawione pytanie należało, zdaniem Izby, udzielić odpowiedzi twierdzącej z niżej podanych przyczyn.

W powyższym zakresie rozstrzygające znaczenie miał nie sam fakt złożenia umowy najmu pojazdu, który Zamawiający zinterpretował jako powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego, determinujące konieczność wezwania Odwołującego do złożenia zobowiązania (protokół posiedzenia i rozprawy, s. 3), ale treść tej umowy. Nie wynika z niej bowiem, aby zawarta została w celu ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia czy w związku ze zobowiązaniem osób będących właścicielami pojazdu stanowiącego przedmiot tej umowy do oddania Odwołującemu potencjału niezbędnego do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W konsekwencji Izba dała wiarę argumentacji Odwołującego, że w taki sposób zorganizował prowadzoną przez siebie działalność gospodarczą, że wykorzystuje w niej wynajmowane pojazdy, co potwierdzają dodatkowo dowody O1–O3. Zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego i odpowiedzi na odwołanie obszernie wywody Zamawiającego można zasadniczo sprowadzić do stwierdzenia, że Zamawiający ocenił kwestię samodzielnności wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez pryzmat szeroko pojętych stosunków własnościowych dotyczących wymaganego treścią warunku sprzętu. Zamawiający przyjął bowiem, jak wspomniano, że skoro wskazany w wykazie pojazd jest wynajęty, to zachodzi przypadek udostępnienia potencjału, co *notabene* Zamawiający potwierdził na rozprawie. Zdaniem Izby, wspomniane stosunki nie przesądzają, w jaki sposób wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu, natomiast z użytego w przepisie art. 22a ust. 1 Pzp sformułowania „niezależnie od charakteru prawnego [...] stosunków prawnych” łączących wykonawcę i podmiot trzeci nie można wyprowadzać wniosku, że ile-

kroć stosunek taki istnieje (np. najem, dzierżawa, leasing), *per facta concludentia* dochodzi do udostępnienia potencjału. Stwierdzeniu takiemu towarzyszyć musiałoby założenie, że, przykładowo, wynajmujący, zawierając umowę najmu rzeczy z podmiotem, który następnie w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje na dysponowanie tą rzeczą, godzi się na weryfikację swojej sytuacji podmiotowej i ocenę braku podstaw do wykluczenia (art. 22a ust. 3 Pzp), nawet jeśli o wykorzystaniu rzeczy w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia w ogóle nie wiedział. Przedstawiony przykład przywołany został nieprzypadkowo, bowiem w tej sprawie mieliśmy do czynienia z umową najmu, która – jak wskazano powyżej – zawarta została w oderwaniu od kwestii ubiegania się przez Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Art. 22a ust. 6

23. Sygn. akt KIO 29/18, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.

Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, lub sytuacja ekonomiczna, lub finansowa podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe, lub sytuację finansową, lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1. Wykonawca ma prawo do zmiany formy wsparcia, jeżeli Zamawiający uzna, iż potencjał podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku. Powyższe oznacza zatem, że nawet stwierdzenie przez Zamawiającego, że udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego miało wyłącznie na celu formalne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie realne wsparcie, nie może kończyć oceny kwalifikacji wykonawcy, który może powołać się na własne zdolności techniczne lub zawodowe lub doświadczenie innego podmiotu (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt 189/17). Przepis ten ma na celu implementację art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, przy czym nie stanowi on odrębnej od określonej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp podstawy do wezwania o uzupełnienie dokumentów, a daje wykonawcy możliwość zmiany podmiotu trzeciego w trakcie zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy pzp (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2017 r., sygn. akt 2073/17 oraz z dnia 11 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 583/17). Na zamawiającym ciąży zatem obowiązek sprawdzenia, czy przedstawione przez wykonawcę zasoby podmiotu trzeciego (lub kilku z tych podmiotów) łącznie z zasobami własnymi są wystarczające do spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wynik oceny jest negatywny, na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawcy do usunięcia takiego stanu. Ze względu na obligatoryjny charakter czynności zamawiającego żądanie takie powinno poprzedzać ewentualne wykluczenie z udziału w postępowaniu. Wykonawca może w takim przypadku w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wedle własnego wyboru: wskazać inny podmiot lub inne podmioty, które udostępniają niezbędny potencjał; wykazać spełnienie przez siebie warunków udziału w postępowaniu – bez udziału zasobów podmiotów trzecich (...).

Art. 22d ust. 2

24. Sygn. akt KIO 2709/17, Wyrok z dnia 11 stycznia 2018 r.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie zaistniały przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania z powodu okoliczności podniesionych przez Odwołującego.

Oceniając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę cel normy określonej art. 22d ust. 2 ustawy Pzp, którym jest zapewnienie realnej dostępności potencjału wykonawcy przy realizacji zamówienia. Aby wskazany cel został osiągnięty, stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznawania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony – do wykluczania wykonawców w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy. Tak jak nie można uznać, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez samo złożenie wymaganych dokumentów, bez względu na okoliczności, które dostępność określonego potencjału negują i bez względu na rzeczywistą możliwość korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, tak nie sposób twierdzić, że wykonawca warunków nie spełnił, automatycznie wyciągając wniosek o negatywnym wpływie zaangażowania zasobów w inne zamówienie na podstawie informacji, że takie zaangażowanie na dzień składania ofert ma miejsce. Takie podejście również prowadziłoby do wypaczenia istoty regulacji ustawowej.

Ocena realnej dostępności zdolności wykonawcy wymaganych w ramach warunków udziału w postępowaniu powinna być każdorazowo dokonywana z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy i zależna od rodzaju potencjału oraz sposobu i zakresu jego zaangażowania w inne przedsięwzięcie, a także możliwości zmian w tym zakresie. Nie bez powodu norma art. 22d ust. 2 ustawy Pzp daje zamawiającym możliwość wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania, dotyczy ona bowiem okoliczności, które mogą być zmienne w czasie, co do których nie zawsze możliwe jest ustalenie przesłanek jej zastosowania już w momencie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak jak możliwe jest, że pomiędzy terminem składania ofert lub wniosków a zawarciem umowy nastąpi zaangażowanie zasobów wykonawcy do realizacji innego zadania, tak nie można wykluczyć zmiany odwrotnej, polegającej na przesunięciu tych zasobów do realizacji nowo uzyskanego zamówienia. Może się oczywiście zdarzyć, że z uwagi na rodzaj potencjału oraz szczegóły dotyczące jego zaangażowania w realizację innych zadań, już w dacie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu możliwe jest ustalenie, że określony zasób nie będzie mógł być dostępny, nie można jednak takiego wniosku wyciągać automatycznie. Należy też mieć na uwadze, że trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących zadania w innym trybie, aby przystępując do składania ofert musieli już wtedy angażować personel dla każdego postępowania, wyłączając go z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować oraz pewności co do terminu rozpoczęcia robót. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca jest to w stanie wykazać w toku postępowania. O ile istnieje realna możliwość zapewnienia, że ten personel będzie mógł wykonywać zamówienie, o które wykonawca się ubiega, zamawiający powinien to uwzględnić, oceniając potencjał wykonawcy. (...)

Biorąc powyższe pod uwagę nie można stwierdzić, że stan istniejący na dzień składania ofert dawał Zamawiającemu pewność co do wystąpienia negatywnego wpływu zaangażowania zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze na realizację niniejszego zamówienia. W ocenie Izby, Zamawiający miał prawo wziąć pod uwagę zdarzenia, które nastąpiły na późniejszych etapach postępowania, a które spowodowały, że osoby przewidziane do pełnienia funkcji w niniejszym zadaniu nie są już zaangażowane w inne przedsięwzięcia, a w konsekwencji stanowią realnie dostępny potencjał wykonawcy.

Art. 23

25. Sygn. akt KIO 207/18, KIO 221/18, Wyrok z dnia 19 lutego 2018 r.

Izba podkreśla, że istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi, w stosunku do przedmiotu zamówienia, kwalifikacjami. Jakkolwiek przepisy wynikające z art. 23 ust. 5 ustawy Pzp pozwalają w sposób szczególny ustalić sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie, to stanowią one wyjątek od reguły wynikającej z art. 23 ust. 1–3 ustawy Pzp, ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego możliwości jakie daje art. 23 ust. 5 ustawy Pzp nie można rozszerzać na przypadki niemające silnego, obiektywnego uzasadnienia w charakterze zamówienia.

Jak wskazano powyżej, dyspozycję art. 23 ust. 5 ustawy Pzp należy traktować jako wyjątek od ustawowej reguły ustanawiającej uprawnienie wykonawców do kumulowania zasobów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i jak każdy wyjątek nie może on być interpretowany rozszerzająco. Ponadto jego zastosowanie powinno wynikać z okoliczności obiektywnie uzasadnionych, szczególnie w kontekście charakteru zamówienia i proporcjonalności. Tymczasem zamawiający ani w przedłożonej dokumentacji przetargowej, ani w odpowiedzi na odwołanie, ani na rozprawie nie wskazał żadnych okoliczności uzasadniających czy też wyjaśniających zastosowanie przez niego tego wyjątku. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający próbował sygnalizować, że przy określeniu warunku, który jest jego obowiązkiem i uprawnieniem, zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, niemniej określenia te w kontekście przyjętej przez siebie konstrukcji warunku pozostały gołosłowne. W żadnym zatem wypadku nie mogło to przekonać Izby, że zastosowanie tego wyjątku było w tej sytuacji proporcjonalne i uzasadnione.

Już sama konstrukcja warunku może doprowadzić do twierdzenia, że świadczenie będące jej przedmiotem jest podzielne. Zgodnie z tym warunkiem wykonawca ma wykazać się należytych wykonaniem lub wykonywaniem jednej usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym [ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2136) – *przyp. red.*] świadczoną autobusami – w liczbie minimum 2 mln wozokilometrów, przy czym powyższa liczba wozokilometrów musi być osiągnięta w ciągu maksymalnie jednego roku świadczenia usługi na podstawie maksymalnie trzech umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego zawartych z organizatorami publicznego transportu zbiorowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz.U. z 2017 r. poz. 2136). Powyższe oznacza, że osiągnięcie zakładanego limitu wozokilometrów może nastąpić na podstawie maksymalnie trzech umów, co oznacza, że można ją w tym zakresie podzielić i nie ma znaczenia, czy będzie to jeden wykonawca, czy konsorcjum kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zsumowane w ten sposób doświadczenie, niezależnie czy jednego wykonawcy, czy konsorcjum, w ocenie Izby nie różni się pod względem przedmiotowym, zaś zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej. Nie ma także znaczenia w tym przypadku aspekt organizacyjny, bo organizatorem publicznego transportu zbiorowego w tym przypadku jest zamawiający, a przedmiot niniejszego zamówienia dotyczy usług przewozu regularnego na liniach autobusowych nadzorowanych przez niego. W związku z tym wykonawca – co słusznie zostało zakreślone w warunku – ma przede wszystkim wykazać się doświadczeniem w realizacji usługi przewozu o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o publicznym transporcie zbiorowym świadczoną autobusami.

Art. 24 ust. 1 pkt 12**26. Sygn. akt KIO 493/18, Wyrok z dnia 27 marca 2018 r.**

Przy rozstrzygnięciu zarzutu Izba zobowiązana była pominąć oświadczenie firmy X z 12 marca 2018 r., jakie odwołujący załączył do odwołania. W ww. oświadczeniu podmiot ten oświadczył, że pani R. posiada dyplom na kierunku inżynieria i ochrona środowiska oraz 10-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku projektanta technologa dla sektora wytwarzania branż energetycznej lub ciepłownictwa. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący nie złożył zamawiającemu analogicznego oświadczenia w wykazie osób. Zamawiający ocenił spełnienie warunków na podstawie takich oświadczeń i dokumentów, jakie odwołujący zdecydował się mu ujawnić. W sytuacji, gdy zamawiający decyduje się na wykluczenie odwołującego z powodu dostrzeżonych braków, odwołujący nie może kwestionować takiej czynności, usuwając brak na etapie postępowania odwoławczego. Takie działanie odwołującego potwierdza wręcz, że czynność wykluczenia była prawidłowa. Jeżeli bowiem, celem udowodnienia spełnienia warunku, wykonawca musi odwołać się w toku postępowania odwoławczego do dodatkowych, nieznanych zamawiającemu oświadczeń, to świadczy to o prawidłowości czynności zamawiającego.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17**27. Sygn. akt KIO 2681/17, Wyrok z dnia 8 stycznia 2018 r.**

Mając na uwadze przedstawione dowody, jak też łatwość pozyskania informacji wskazujących na prawdziwy stan rzeczy, Izba uznała, że Przystępującemu można przypisać choćby niedbalstwo lub brak dołożenia należytej staranności. W tym miejscu należy wskazać, iż zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego – dalej kc, a zgodnie z jego art. 355 § 1 dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należyłą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z regułą postępowania (Kodeks cywilny – komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.) Przepisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 §2 kc należyłą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i, przynajmniej w założeniu, jest oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny – komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicz-

nego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem te, składane w toku przetargu, zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zatem jeżeli Przystępujący przedstawił w złożonym przez siebie oświadczeniu informacje odnośnie osoby Pana Łukasza W., pozostające w sprzeczności z faktami, zaś odwołujący w sposób niewymagający specjalnego nakładu pracy i środków dotarł do właściwych informacji, uznać należy, że przystępujący co najmniej wykazał się niedbalstwem wpisującym się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

28. Sygn. akt KIO 2686/17, Wyrok z dnia 10 stycznia 2018 r.

Mając jednocześnie na uwadze fakt złożenia oświadczenia w JEDZ wprowadzającego w błąd Zamawiającego, dodatkowo Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 17 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Pojęcie „wprowadzenia w błąd” jest pojęciem szerszym niż przedstawienie nieprawdziwych informacji. Obejmuje sytuacje, w których wykonawca wprost przedstawia informacje niezgodne ze stanem faktycznym, ale również te, w których wprowadzenie w błąd polega na stworzeniu złudzenia, że jakaś okoliczność (np. uzasadniająca wykluczenie) nie zaistniała.

Warto zaznaczyć, że art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp dotyczy wszystkich informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Decydujący jest skutek w postaci wpływu na wynik, niezależnie od tego, czego informacja dotyczy. Przesłanka ta aktualizuje się więc jedynie, gdy wprowadzenie w błąd dotyczy informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, czyli *de facto* jedynie w przypadku, gdy pewna okoliczność stanowi przesłankę wykluczenia lub odrzucenia oferty wykonawcy.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego należy zauważyć, że w wyniku złożenia oświadczenia w JEDZ o braku podstaw do wykluczenia, Zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu, że Odwołujący nie zalega z opłaceniem podatków, i w związku z tym dokonywał badania i oceny oferty, pomimo że przesłanka wykluczenia istniała. Odwołujący już w dniu 1 września 2017 r. (data wystawienia zaświadczenia) posiadał wiedzę na temat zaległości podatkowych, zatem mógł je uregulować przed terminem składania ofert, tj. 17 października 2017 r., skoro i tak częściowo to uczynił w dniu 30 października 2017 r.

29. Sygn. akt KIO 49/18, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym stanie faktycznym zaoferowanie przez Przystępującego oprogramowania nieistniejącego oraz oprogramowania, które, co prawda samo w sobie spełnia funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego, ale jednocześnie jest niemożliwe do dostarczenia i samodzielnego wdrożenia przez Przystępującego oraz udzielenia na nie licencji, a więc spełnienia dalszych wymagań SIWZ, było wynikiem braku starannego działania przy przygotowaniu treści składanej oferty. Przystępujący jako profesjonalista powinien dokonać rzetelnej weryfikacji zarówno w zakresie spełnienia wybranych funkcjonalności, jak też dostępności oferowanych produktów i możliwości ich wdrożenia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Staranna weryfikacja na etapie składanej oferty winna doprowadzić Przystępującego do wniosku, że oferowane oprogramowanie, ze względów, o których mowa w zarzucie dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy pzp, nie istnieje (odnośnie oprogramowania (...)) oraz nie jest możliwe jego licencjonowanie. W ocenie Izby, czynnościami Przystępującego można przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny. Wykonawca ten nie dołożył bowiem należytej staranności i nie ustalił składając ofertę, czy oferowane przez niego oprogramowania istnieją oraz czy będą dla niego dostępne na rynku w stopniu umożliwiającym mu spełnienie wszystkich wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ. Przystępujący najprawdopodobniej dopiero w konsekwencji złożonego odwołania zorientował się w oferowanym przez siebie oprogramowaniu i, chcąc zrealizować zamówienie mimo wszystko, podjął próbę zastąpienia go innym. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp „Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się: (...) 1 wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp może mieć miejsce, gdy wykonawca, nie wykazując profesjonalizmu wymaganego od uczestnika rynku zamówień publicznych, przedstawia informacje niezgodne z rzeczywistością, w oparciu o które zamawiający dokonuje czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt 1363/17). Kwalifikując brak starannego działania Przystępującego jako niedbalstwo, stwierdzić należy, że w przedmiotowej sprawie spełniła się przesłanka wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp. Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, że w jego ocenie z oferty Wykonawcy wynikało, że oprogramowanie wskazane w zestawieniu parametrów oferowanego sprzętu w pkt 4.1 – to oprogramowanie producenta X, które spełnia minimalne wymagania. O istotnym wpływie informacji przedstawionych przez Przystępującego Zamawiającemu świadczy fakt wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, w sytuacji, gdy Przystępujący zaoferował oprogramowania w istocie niespełniające wymagań Zamawiającego. Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że zarzut się potwierdził.

30. Sygn. akt KIO 126/18, Wyrok z dnia 5 lutego 2018 r.

Skład orzekający doszedł do przekonania, iż wyżej opisane działanie wykonawcy X można zakwalifikować także na gruncie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazać należy, iż powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać winę nieumyślną, która może przybrać formę lekkomyślności lub niedbalstwa w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzi do naruszenia przez niego zobowiązania.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż Przystępujący, będący profesjonalistą w swojej branży, musiał podczas przygotowywania oferty zdawać sobie sprawę z tego, iż przyjęcie do kalkulacji ceny biletów lotniczych na poszczególnych trasach założeń odmiennych niż wynikające z SIWZ, będzie miało realny wpływ na ich cenę, która badana była przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert i mogła być przesądzić o wyborze oferty najkorzystniejszej, co też w okolicznościach niniejszej sprawy miało miejsce, bowiem oferta Przystępującego otrzymała maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium średniej ceny 10 biletów lotniczych.

Wskazać również należy, iż jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty Przystępującego w oparciu o złożone przez wykonawcę X wyjaśnienia treści oferty z dnia 4 stycznia 2018 r., uznając je za prawdziwe i wiarygodne. W ocenie Izby w okolicznościach danego przypadku, znajdujących potwierdzenie w niniejszej sprawie, możliwym jest, aby działanie wykonawcy sprowadzające się do udzielenia ogólnych, lakonicznych i niedających odpowiedzi na pytania Zamawiającego, wyjaśnień treści oferty zostało zakwalifikowane w kategorii winy nieumyślnej. Podkreślić należy, iż wykonawca uczciwie konkurujący w postępowaniu powinien przede wszystkim udzielić wyczerpujących wyjaśnień w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w treści wezwania, a nie poprzestawać na ogólnych zapewnieniach i deklaracjach, licząc na to, że zaspokoją one oczekiwania Zamawiającego, doprowadzając w konsekwencji do wyboru jego oferty.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż zrealizowana została wynikająca z ww. przepisu przesłanka istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

31. Sygn. akt KIO 156/18, KIO 157/18, KIO 158/18, KIO 159/18, KIO 160/18, KIO 161/18, Wyrok z dnia 9 lutego 2018 r.

Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd; po drugie – że wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie – należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem.

Z kolei ustawodawca w pkt 17 art. 24 ust. 1 wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki: po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd; po drugie – działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy; po trzecie – takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Wykazanie wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji, należy mieć na uwadze art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest

uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wygezykować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

32. Sygn. akt KIO 421/18, KIO 431/18, Wyrok z dnia 21 marca 2018 r.

(...) przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłankę wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, która stanowi przypadek kwalifikowanego wprowadzenia w błąd zamawiającego.

Podkreślić należy, że Odwołujący, aby skorzystać z dyspozycji tego artykułu w kwestionowaniu prawidłowości czynności wykonawcy, winien wykazać w oparciu o niebudzące wątpliwości dowody, spełnienie przez czynność wykonawcy wszystkich przesłanek wymienionych w ww. przepisach. Sam fakt podniesienia wątpliwości w tym zakresie nie może być podstawą do uznania zasadności postawionego w tym zakresie zarzutu. Ponadto z faktu, iż złożone informacje w formie wykazu robót nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie można wnioskować o złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. (...)

Natomiast jeżeli zostało ustalone niespełnianie warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, kiedy wykonawca dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji, czy to w trybie pkt 16 czy 17 ww. przepisu, to Zamawiający nie będzie mógł w tym zakresie skorzystać z możliwości wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust.3, gdyż prowadziłoby to do zastąpienia informacji nieprawdziwej inną informacją prawdziwą.

33. Sygn. akt KIO 494/18, KIO 501/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Oceniając zaistniały stan faktyczny, Izba uznała, że wykonawca przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu istotnie, nie dochował należytej staranności wymaganej od profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jego działaniu należy przypisać lekkomyślność i niedbalstwo (niestaranne działanie). Jednak, zdaniem Izby, podanie błędnej liczby miejsc usytuowanych na poziomie podłogi w liczbie 28, z uwagi na oczywistość tego błędu, nie można uznać za informację, która mogła wprowadzić Zamawiającego w błąd. Sam Zamawiający przyznał w toku rozprawy, że oczywistym dla niego było i jest, że nie istnieją autobusy, które miałyby taką liczbę miejsc na poziomie niskiej podłogi. Błędnie podana liczba miejsc nie wywołała zatem skutku w postaci błędnej oceny stanu faktycznego w odbiorcy tej informacji – Zamawiającego. Oznacza to, że podana przez wykonawcę informacja jako zupełnie nierealna nie wprowadziła Zamawiającego w błędne przekonanie co do tego, że podana liczba miejsc 28 jest prawidłowa. Ponadto o zaistnieniu tego ewidentnego błędu wykonawca poinformował Zamawiającego niezwłocznie po otwarciu ofert. Okoliczności te

świadczą o tym, że nie zaistniała przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

34. Sygn. akt II Ca 1019/17, Wyrok SO w Krakowie z dnia 28 czerwca 2017 r.

(...) argumentacja zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wraz z rozważaniami sądu odwoławczego prowadzi do uznania, że wszystkie prowadzone prace, w tym prace remontowe i konserwatorskie (konieczne z uwagi na zabytkowy charakter Sukiennic i mieszczące się w pojęciu remontu), prawidłowo zostały oszacowane łącznie, a wartość uzyskana w wyniku tego wyliczenia przewyższa wartość wskazaną w SIWZ. W konsekwencji nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia X. Tym samym podanie łącznej wartości wszystkich prac nie stanowiło wprowadzenia w błąd.

Nie doszło także do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP, bowiem nawet ewentualne wprowadzenie w błąd musiałoby być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Tymczasem zauważyć trzeba, że skoro u wszystkich podmiotów zajmujących się przedmiotową sprawą (w tym także sąd okręgowy, który musiał przeprowadzić gruntowną i wszechstronną analizę materiału dowodowego) powstawały wątpliwości co do charakteru prac, nie można mówić o celowym działaniu lub rażącym niedbalstwie, a tylko takie działanie mogło skutkować wykluczeniem.

35. Sygn. akt XXIII Ga 928/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r.

Zasadnicze pytania nie dotyczyły więc tego, czy X przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (zdaniem SO to fakt bezdyskusyjny), tylko, czy zrobiło to:

- 1) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa;
- 2) w sposób mogący mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ad. 1 – gdyby uznać, że zrobiło to na skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, to zaistniałaby przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, *notabene* także skutkująca obligatoryjnym wykluczeniem wykonawcy. Bez znaczenia więc były wywody X odnośnie niekonsekwencji postępowania Zamawiającego w tym przedmiocie, tj. jakoby formułowanie innych zarzutów niż wskazana podstawa prawna wykluczenia. Słusznie, Zamawiający uznał ostatecznie, że nie ma dowodów/podstaw do przypisania takich czynów X. Postępowanie sądowe potwierdziło bowiem, iż nie było to celowe/zamierzone działanie X. Odwołujący nie zrozumiał dokumentu JEDZ, był bowiem przekonany o braku podstaw z Jego strony do rozwiązania przed czasem umowy z Z. W konsekwencji nie widział podstaw do swojego „samooczyszczenia”. Takie stanowisko – co już zostało wskazane – nie zasługiwało na uwzględnienie i Sąd Okręgowy, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter wykonawcy X, tj. przedsiębiorcy działającego także na rynku zamówień publicznych, uznał postępowanie takie za wypełniające znamiona, jeśli nie niedbalstwa, to przynajmniej daleko idącej lekkomyślności. Nie można zapominać, iż wartość zamówienia, o które się ubiegał Odwołujący, to ponad trzysta milionów złotych.

Ad. 2 – informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Miasto W. w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Umowa z Z dotyczyła analogicznego przedmiotu zamówienia – transportu zbiorowego. Oczywistym jest, iż wątpliwości odnośnie prawidłowości wykonania wcześniejszej umowy przez Oferenta musiałyby rzutować na decyzje Zamawiającego w przedmiotowym zamówieniu publicznym. Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się” z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny

w tym zakresie i „zaoferować” Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją. (...)

Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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. Powyższa podstawa prawna wskazana przez Zamawiającego, odnośnie fakultatywnego wykluczenia Odwołującego X nie znalazła potwierdzenia zarówno w Krajowej Izbie Odwoławczej, jak i w Sądzie Okręgowym.

Zamawiający podjął taką decyzję – taka jest ocena SO – na skutek zaistnienia przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Uznał, czy też utożsamił, brak informacji o rozwiązaniu umowy nr UM-BPR-15-900-0022 z przyznaniem wyłącznej racji stanowisku Z, które uzasadniało rozwiązanie umowy przed czasem – nienależnym jej wykonaniem przez X. Najpoważniejszym zarzutem, jakie formułował Z. było jakoby zawyżanie przez X liczby kursów autobusowych, skutkujące po stronie tego zamawiającego szkodą w wysokości prawie dwóch milionów złotych (dokładnie – 1 969 630,00 zł). Sąd Okręgowy zaakceptowałby takie rozumowanie Zamawiającego tylko w jednym wypadku, który nie zaistniał. X musiałoby przyjąć za zasadne stanowisko Z i nie podejmować żadnych kroków prawnych w celu zabezpieczenia swoich interesów, które zostały niewątpliwie naruszone na skutek przedwczesnego zakończenia umowy i braku wypłaty wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie.

Stało się jednak inaczej, X i Z toczą spór sądowy o zapłatę należnego lub nienależnego wykonawcy wynagrodzenia. Z całą pewnością rozstrzygnięcie tej sprawy będzie odnosiło się do kwestii prawidłowości wykonania zobowiązania umowy o zamówienie publiczne. Do czasu prawomocnego zakończenia sporu, nie można jednoznacznie wskazać, czy stanowisko Z było zasadne. Tym samym autorytatywne stanowisko miasta W. było chybione.

Art. 24 ust. 1 pkt 19

36. Sygn. akt KIO 233/18, KIO 234/18, Wyrok z dnia 22 lutego 2018 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp stanowiącym podstawę prawną czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy X z siedzibą w W wyklucza się z postępowania wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób, niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego wskazane wyżej przesłanki zostały spełnione wobec faktu udziału pełnomocnika odwołującego, pana P.W., w co najmniej dwóch naradach koordynacyjnych, w tym dnia 6.10.2017 r., na których omawiano projekt (...), co mogło rzutować na zakłócenie konkurencji w postępowaniu i umożliwić skrócenie terminu realizacji zamówienia. Wskazano także, że obecność ww. osoby była wynikiem zaproszenia przez reprezentanta podmiotu świadczącego na rzecz zamawiającego usługi wspomagające projektowanie z wykorzystaniem programowania (...).

Odwołujący zaprzeczył istnieniu między nim a panem P.W. jakiegokolwiek stosunku spośród wymienionych w przepisie ustawy, w tym stosunku pracy lub umowy, której przedmiotem jest świadczenie usług. Wskazał przy tym, że pan P.W. jest jego pełnomocnikiem. Okoliczność ta jest niesporna i wynika m.in. z treści dokumentacji ofertowej. Skład orzekający zauważa w tym zakresie, że pełnomocnik określonego podmiotu jest reprezentantem i przed-

stawicielem umocowanym na podstawie udzielonego mu pełnomocnictwa. W konsekwencji czynności pełnomocnika działającego w imieniu i na rzecz mocodawcy są traktowane jak działania samego mocodawcy, a tym samym, wbrew twierdzeniu odwołującego, spełniona jest przesłanka podmiotowa powołanego przepisu ustawy.

Powyższe wskazanie pozostaje jednak bez wpływu na podstawowe ustalenie dokonane w sprawie przez skład orzekający, iż wykonawca nie brał udziału w przygotowaniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Sam fakt (niesporny) uczestnictwa P.W. w spotkaniu organizowanym w dniu 6.10.2018 r., podczas którego omawiany był projekt (...) nie świadczy o udziale P.W. w czynnościach przygotowywania postępowania, np. w postaci opracowania opisu przedmiotu zamówienia lub dokumentów będących podstawą dokonania takiego opisu, oszacowaniu wartości zamówienia, ustalenia kryteriów oceny ofert, SIWZ. Na taką okoliczność zamawiający ani przystępujący po jego stronie wykonawca nie przedstawili przekonujących dowodów. Izba uznała za wiarygodne stanowisko, iż udział i wypowiedzi P.W. miały wyłącznie charakter informacyjny z jego strony na rzecz uczestników co do zasad technologii (...). W toku postępowania dowodowego nie wykazano przy tym, by w wyniku uczestnictwa wykonawca – odwołujący, pozyskał od organizatora spotkania, działającego na zlecenie zamawiającego i w jego siedzibie, informacje na temat przedmiotu zamówienia lub otrzymał do wglądu albo przygotowywał dokumentację postępowania dające mu przewagę w postępowaniu, ułatwiającą przygotowanie i złożenie konkurencyjnej oferty.

Również stwierdzenie przez zamawiającego, że „wsparcie, jakiego udzielał Pan P.W. Panu A.W., który – co istotne – jest jedną z osób wskazanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, powoduje iż uzyskał on nieuzasadnioną przewagę umożliwiającą skrócenie terminu realizacji zamówienia, a także bardziej precyzyjne ustalenie wysokości swojego wynagrodzenia” jest nieudowodnione. Wniosku takiego nie potwierdza również treść złożonej oferty. (...)

Skład orzekający w wyniku przeprowadzenia postępowania dowodowego uznał, że wobec odwołującego X z siedzibą w G. ziszcza się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia przewidziana w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy pzp.

Niesporne jest, że zamawiający zawarł dnia 29 sierpnia 2016 r. z wykonawcą – obecnym odwołującym – umowę w przedmiocie wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia „Budowa (...) szpitala pediatrycznego wraz z jego wyposażeniem”. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że wykonawca już na etapie przygotowania i składania oferty posiada całość dokumentacji, na której podstawie ma zostać wykonany przedmiot zamówienia.

Niekwestionowana jest okoliczność, że wykonawca brał udział w przygotowaniu postępowania, co stanowi przesłankę wykluczenia z postępowania, jeżeli spowodowanego tym zakłócenia konkurencji nie można wyeliminować inaczej niż przez wykluczenie z udziału w postępowaniu.

Izba zauważa przy tym, że sam fakt brania udziału w przygotowaniu postępowania, w tym polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej, nie oznacza automatycznie zaistnienia przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania, w którym zamawiający udzielać będzie w przyszłości zamówienia na wykonanie robót budowlanych na podstawie tej dokumentacji. W realiach rynku, w tym także funkcjonującego w ramach zamówień publicznych możliwe jest, co do zasady, wykonawstwo kolejnych etapów procesu inwestycyjnego przez tego samego wykonawcę. Sposób realizacji przedmiotu zamówienia i decyzja, czy praca zostanie wykonana na podstawie jednego zamówienia, czy w odrębnych etapach, należy do zamawiającego. Jeden z przykładów łącznego powierzenia dwóch etapów prac wskazuje np. art. 2 pkt 8 ustawy pzp definiujący roboty budowlane także jako zaprojektowanie i wykonanie tych robót.

W tym miejscu należy przypomnieć, że przedmiotem zamówienia jest „Wykonanie modelu BIM oraz weryfikacji dokumentacji wykonawczej i przedmiaru robót w pełnym zakresie, przy użyciu modelu (...) w związku z realizacją przedsięwzięcia „Budowa (...) szpitala pediatrycznego wraz z jego wyposażeniem”. Oznacza to, że wykonawca ma wykonać określony model w zdefiniowanej technologii i użyć go do weryfikacji otrzymanej od zamawiającego dokumentacji sporządzonej uprzednio na zlecenie zamawiającego. Zamawiający oczekuje realizacji usługi polegającej, w ujęciu skrótowym, na sprawdzaniu poprawności istniejącej dokumentacji, z użyciem żądanego narzędzia, w związku z budową obiektu. Istotą zamówienia jest zatem także weryfikacja (kontrola, sprawdzanie) istniejącego opracowania.

W ocenie składu orzekającego zasygnalizowana specyfika przedmiotu zamówienia oparte go źródłowo na dokumentacji sporządzonej przez odwołującego wskazuje na oczywiste zakłócenie konkurencji w przypadku złożenia oferty przez wykonawcę dokumentacji i brak możliwości innego wyeliminowania tego zakłócenia, niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu. Odwołujący bez wątplenia ma przewagę konkurencyjną w stosunku do innych wykonawców. W ocenie Izby, argumenty przeciwne wskazujące na odmienną metodę i technologii przy opracowaniu dokumentacji projektowej w stosunku do wymaganego modelu w technologii (...) i niemożność wykorzystania opracowania istniejącego wcześniej niż pozostali potencjalni wykonawcy, nie zasługują na uwzględnienie. Oczywiście jest, że wykonawca dysponował ze znacznym wyprzedzeniem informacjami niezbędnymi do przygotowania oferty, pozwalającymi na optymalne zaoferowanie ocenianych kryteriów. Jedynie on posiadał bowiem dokumentację przewidzianą do przekazania wybranemu wykonawcy w dniu zawarcia umowy.

Jak wyżej wskazano, przewaga konkurencyjna odwołującego nie może być wyeliminowana w inny sposób, niż dokonany przez zamawiającego w decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

art. 24 ust. 1 pkt 23

37. Sygn. akt KIO 321/18, Wyrok z dnia 9 marca 2018 r.

Ustalenie zakresu zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp w odniesieniu do zamówień, których przedmiot został podzielony na części, wymaga odwołania się do celu tej regulacji, którym jest przeciwdziałanie zakłóceniu konkurencji polegającemu na tym, że podmioty z jednej grupy kapitałowej składając oferty w ramach jednego postępowania zapewniają sobie określone uprzywilejowanie względem innym wykonawców. Przepis ten powinien być interpretowany w sposób pozwalający urzeczywistnić wskazany wyżej cel.

Jakkolwiek w przypadku postępowania, w którym udziela się zamówień na wyodrębnione części, weryfikacja sytuacji podmiotowej wykonawców oraz ocena ofert dokonywana jest odrębnie dla każdej części, to jednak nie można wykluczyć takiego ukształtowania relacji pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia, które umożliwiają uzyskanie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej przez wykonawców powiązanych kapitałowo, ubiegających się odrębnie o różne części zamówienia. Przewaga ta może polegać m.in. na obejściu pewnych ograniczeń ustalonych przez Zamawiającego (np. obejściu ograniczenia liczby części zamówienia, o których udzielenie może ubiegać się jeden wykonawca), uzyskaniu uprzywilejowanej pozycji w toku postępowania przetargowego bądź korzystniejszych warunków przyszłej umowy. Gdyby zatem przyjąć – jako bezwzględną zasadę – że ocena dopuszczalności ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców powiązanych kapitałowo zawsze powinna być dokonywana wyłącznie w obrębie poszczególnych części zamówienia, to interpretacja taka, prowadząc do tolerowania sytuacji, w której równowaga konkurencyjna zostaje w postępowaniu zachwiana na skutek udziału w nim podmiotów należących do tej samej grupy

kapitałowej, nie pozwoliłaby na zrealizowanie celu regulacji ustawowej. Skutkowałoby to bowiem – nawet w przypadku wystąpienia pomiędzy poszczególnymi częściami takiego rodzaju powiązań, które w sposób oczywisty mogą stanowić pole do nadużyć – niemożliwością wyeliminowania takich sytuacji, mimo wyraźnej woli ustawodawcy, aby powiązania kapitałowe wykonawców nie wpływały na konkurencyjność postępowania. O ile możliwe jest, że z uwagi na konstrukcję postępowania i relacji pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia, można z całą pewnością stwierdzić brak, nawet teoretycznej, możliwości zakłócenia konkurencji przez wykonawców powiązanych kapitałowo, a składających oferty na różne części zamówienia (w przypadku gdy części te są od siebie całkowicie niezależne i w żaden sposób nie wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu czy na etapie realizacji umowy), to nie można z tego wywodzić zasady nakazującej w każdym przypadku odstąpienie od badania wpływu powiązań kapitałowych na zachowanie konkurencji, niezależnie od sposobu ukształtowania przez Zamawiającego relacji między poszczególnymi częściami zamówienia.

Art. 24 ust. 5 pkt 4

38. Sygn. akt KIO 54/18, Wyrok z dnia 25 stycznia 2018 r.

W zakresie rozumienia treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 4 lipca 2017 r. Sygn. akt KIO 1166/17, w którym Izba stwierdziła: „Dokonując wykładni wskazanego wyżej przepisu ustawy Pzp, należy mieć na uwadze, że stanowi on implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE nr 94, s. 65), zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zauważyć należy, że ustawodawca unijny wskazuje na „znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu” wcześniejszej umowy, co w polskim ustawodawstwie zostało określone jako „niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależyte wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać, czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące”.

Zaznaczyć należy, że ciężar wykazania zaistnienia wyżej wskazanych okoliczności spoczywa w całości na Zamawiającym, który podejmuje decyzję tak doniosłą prawnie, jak wykluczenie wykonawcy z udziału w prowadzonym postępowaniu. (...)

Wobec powołanej argumentacji nie ulega wątpliwości, że uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu, powinno zawierać wskazanie faktów, które Zamawiający uznał za udowodnione, mające jednoznacznie potwierdzać, że odstąpienie od umowy było zasadne i wynikało wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a ponadto winno wskazywać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie dotyczyło istotnego stopnia umowy. Brak wykazania choćby jednej z tych przesłanek wyłącza możliwość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

39. Sygn. akt KIO 70/18, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z „postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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”. Analiza tego przepisu wskazuje, że rozwiązanie umowy jest w tym wypadku jedynie skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Do tego elementem warunkującym zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki jest niewykonane lub nienależyte wykonanie umowy i to w stopniu istotnym. Tym samym, oprócz wskazania na okoliczność rozwiązania umowy, jak w niniejszym wypadku, podmiot zamawiający winien wskazać dokładne powody odstąpienia, mające swoje źródło w postanowieniach wcześniejszej umowy.

Zamawiający, w przedmiotowym przypadku, wykonując nakaz wynikający z wyroku Izby o sygn. 2522/17, wyraźnie rozbudował uzasadnienie faktyczne w zakresie powodów wykluczenia odwołującego, podając bardzo dużą liczbę faktów oraz stwierdzonych uchybień, jednak w dalszym ciągu nie podał wyjaśnień w kontekście najważniejszego dokumentu dla odstąpienia od umowy, a przez to czynności wykluczenia odwołującego (...).

Zamawiający w informacji z dnia 5 stycznia 2018 r. nie podał, jakie prace projektowe odwołujący przy realizacji wcześniejszej umowy realizował niezgodnie z umową, przepisami prawa, wymogami technicznymi i normami. W licznych wskazanych uchybieniach zamawiający nie podał, na czym polegała niezgodność z umową prac odwołującego. Jednym wyjaśnieniem najbardziej istotnych przyczyn, które zdecydowały o podjęciu decyzji o odstąpieniu od umowy, a następnie wykluczeniu odwołującego, to rażąca niekompletność przekazanej dokumentacji oraz „fakt, że dokumentacja ta nie spełnia wymogów Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz.U. z 2012 r., poz. 462 t.j.)”. Zamawiający nie wyjaśnił, w jakim zakresie dokumentacja przekazana przez odwołującego nie spełniała wymogów tego rozporządzenia, ani wyraźnie nie wykazał, dlaczego była ono rażąco niekompletna. W przedmiotowym przypadku do odstąpienia od umowy nr (...) doszło znacznie przed upływem terminu jej wykonania (zakreślonym na dzień 22 grudnia 2017 r.), zatem uzasadnienie takiej przyczyny odstąpienia powinno, w ocenie Izby, wyraźnie wskazywać fakt niemożności wykonania umowy w związku ze złożeniem niekompletnych dokumentów przez odwołującego.

W sposób niewystarczający została także uzasadniona, w ocenie Izby, druga przesłanka kontraktowa, na którą powoduje się odwołujący. Zamawiający nie udowodnił w sposób wystarczający charakteru oraz zakresu tak dalekich opóźnień w wykończeniu dzieła przez odwołującego, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym. Warto jeszcze raz podkreślić, że od odstąpienia od umowy nr (...) doszło przed upływem terminu jej wykonania, a w ocenie Izby zamawiający nie podał argumentów pozwalających jednoznacznie stwierdzić, że doszło do jakiegokolwiek opóźnienia przy realizacji umowy nr (...), za które odpowiedzialny byłby odwołujący.

W ocenie Izby, nienależyte wykonanie umowy oznacza wykonanie jej w sposób odbiegający od treści umowy. Natomiast, jak to zostało wskazane powyżej, zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób odwołujący wykonywał umowę nr (...) w sposób odbiegający od jej treści.

Jak słusznie zauważył odwołujący, stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp ma doniosłe znaczenie dla wykonawcy, wobec którego zostało stwierdzone, ponieważ może znacznie ograniczyć jego udział na rynku usług objętych danym zamówieniem lub nawet go z niego wykluczyć. W związku z tym zamawiający powinni dochowywać szczególnej staranności przy sporządzaniu uzasadnienia na okoliczność wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. W ocenie Izby, uzasadnienie wykluczenia wykonawcy w oderwaniu od przesłanek wynikających z umowy będącej podstawą tej czynności jest niewystarczające. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przesłanką wykluczenia jest leżące po stronie wykonawcy niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie

zamówienia publicznego, co dopiero w konsekwencji powinno skutkować rozwiązaniem umowy lub zasądzeniem odszkodowania. Tym samym, samo odstąpienie od umowy jest jednym z elementów konstrukcji tego przepisu i to elementem wtórnym oraz wynikowym. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednoczesne wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków, przede wszystkim kontraktowych, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Zrealizowane przez zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację, aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy (zob. uzasadnienie do wyroku z dnia 11 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2522/17).

W związku z tym stanowisko zamawiającego powinno odnosić się do konkretnych okoliczności, które przede wszystkim mają swoje umocowanie w umowie, z której sposobu realizacji zamawiający wywodzi tak doniosły skutek dla wykonawcy, jakim jest jego wykluczenie z postępowania.

40. Sygn. akt KIO 325/18, KIO 331/18, Wyrok z dnia 7 marca 2018 r.

Zasadniczym w sprawie było ustalenie, czy w świetle toczącego się sporu sądowego o skuteczność odstąpienia od umowy Zamawiający mógł powołać się na stan zawinionego przez wykonawcę braku wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, a jeżeli tak, to czy termin 3 lat, w jakim można wykluczyć Wykonawcę, powinien być liczony od zdarzenia, jakim jest fakt niewykonania/nienależytego wykonania, czy też jego skutków w postaci rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. (...)

Dokonując rozstrzygnięcia w tym zakresie Izba uznała, iż zdarzenie, o jakim mowa w art. 24 ust. 7 pkt 3 w odniesieniu do podstawy wykluczenia z ust. 5 pkt 2 i 4, stanowi zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, w szczególności określane przez brak wykonania lub nienależyte wykonanie zamówienia. Wątpliwości można byłoby mieć w przypadku podstawy wykluczenia objętej pkt 4, gdzie dodatkowo wskazane zostały czynności prawne, jakimi są rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. W ocenie Izby, gdyby wolą ustawodawcy było przypisanie początku biegu terminu do tych zdarzeń, to w opisie normy zawartej w ust. 7 pkt 3 znalazłoby się odesłanie, co najmniej do orzeczenia zasądzającego to odszkodowanie (podobnie jak ma to miejsce w pkt. 1, 2, 4 i 5, gdzie wskazuje się na prawomocne wyroki). Z uwagi na skutek przepisu ustalającego okres, w jakim możliwe jest wykluczenie wykonawcy z postępowania, przepisy Ustawy powinny być precyzyjne, tak aby nie prowadzić do niepewności obrotu prawnego.

41. Sygn. akt KIO 454/18, Wyrok z dnia 26 marca 2018 r.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że

Zamawiający zobligowany jest wykazać, iż wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle, albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Treść art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej, którego implementację stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego wykonania lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy. Dlatego w ocenie Izby użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień, np. do znaczących wad produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 139/17, wyrok KIO z dnia 9 maja 2017 r. sygn. akt KIO 706/17, wyrok KIO z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1166/17). Ponadto, niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyte wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy.

Skład orzekający Izby w pełni podziela pogląd przedstawiony w wyroku KIO z dnia 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2711/17, iż to rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Należy bowiem podkreślić, że instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, ale wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta natomiast nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy w ogóle nie zachodzi podstawa wykluczenia. Innymi słowy, jedynie w przypadku wykazania istnienia wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp, zasadne jest skorzystanie przez wykonawcę z uprawnienia do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do uznania jego rzetelności. Jeżeli natomiast przesłanki te nie zachodzą, wykonawca jest uprawniony do kwestionowania czynności wykluczenia, przykładowo – wykazując, że niewykonanie umowy miało wymiar nieistotny lub nastąpiło z przyczyn nie leżących po jego stronie.

Art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6

42. Sygn. akt XI Ga 692/17, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 6 lutego 2018 r.

Analiza treści powyższego rozporządzenia krajowego [*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 ze zm.)*] jak i rozporządzenia wspólnotowego [*Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) nr 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia – przyp. red.*] doprowadza do wniosku, że oba ustawodawstwa uwzględniły fakt, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw, nie nakładając jednocześnie na zamawiającego obowiązków badania tych różnic. Przyjęcie odmiennego stanowiska uczyniłoby bezprzedmiotowymi te przepisy, które dopuszczają składanie zaświadczenia właściwego or-

ganu o niekaralności. W każdym przypadku, a nie tylko wtedy, gdy w kraju tym nie wydaje się takich zaświadczeń, istniałby bowiem obowiązek składania odpowiednich oświadczeń przed właściwym organem. Naturalnym jest, iż istnieją różnice w systemach prawnych każdego z państw – w zakresie zaświadczeń o niekaralności należałoby porównywać zatem nie tylko wysokość kary, jaką zagrożone są poszczególne przestępstwa, ale również dobrze można byłoby dokonywać porównań w zakresie katalogu poszczególnych przestępstw czy znamion każdego z czynów zabronionych.

Wobec faktu, iż na terenie Niemiec wydaje się zaświadczenie o niekaralności o charakterze powszechnym, tzn. dostępne na wniosek każdej osoby, której rejestr dotyczy, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że w świetle obowiązujących przepisów prawa, konsorcjum przeciwników skargi, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania prawidłowo przedstawiło – co do prokurenta X Pana Marka G. – dokument z niemieckiego rejestru karnego.

W ocenie Sądu Okręgowego oczywistym jest, iż zaświadczenie wydawane przez organ sądowy albo administracyjny państwa obcego (tu Niemiecki, zaświadczenie Führungszeugnis) nigdy nie będzie potwierdzać karalności na podstawie polskich przepisów karnych. W świetle powyżej przytoczonych przepisów należy dojść do wniosku, że nie jest jednak konieczne, aby zakres tych zaświadczeń był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z Krajowego Rejestru Karnego oraz uzupełniająco stosowne oświadczenie złożone w formie aktu notarialnego.

Przyjęcie stanowiska eksponowanego przez skarżących w odwołaniu doprowadziłoby bowiem w istocie do braku możliwości składania przez wykonawców z elementem zagranicznym zaświadczeń właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokument dotyczy, albowiem w każdym przypadku należałoby badać, jaki poziom zgodności norm prawnych dotyczących przestępstw w porządkach prawnych poszczególnych krajów byłby wystarczający w zestawieniu z polskim porządkiem prawnym.

Art. 24 ust. 5 pkt 8

43. Sygn. akt KIO 463/18, Wyrok z dnia 26 marca 2018 r.

W ocenie Izby, dokonując analizy znowelizowanych przepisów ustawy Pzp, w tym przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp – a odnoszącej się m.in. do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków – wnioskować należy, że w opisanej sytuacji ustawodawca nie wymagał, aby w sprawie zapadł prawomocny wyrok sądu lub ostateczna decyzja administracyjna. Jak słusznie zauważono w tej sprawie przepis art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp wskazuje na konieczność oceny wykonawcy w zakresie naruszenia obowiązków dotyczących m.in. płatności podatków. Zatem wykluczenie wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp będzie mieć miejsce, gdy Zamawiający w dokumentacji przetargowej przewidzi taką przesłankę fakultatywną z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp oraz stwierdzi naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków (np. wykazanie zaległości podatkowej). W ocenie Izby, ustawodawca celowo zróżnicował obie przesłanki, przewidując jednocześnie, że przesłanka obligatoryjna, zawsze będzie mieć zastosowanie, nawet gdy nie zostanie przewidziana przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej – i w tym wypadku konieczne będzie wydanie prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej co do zalegania z uiszczeniem podatków, zaś w przypadku przesłanki fakultatywnej opisanej w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp – pozostawiającej Zamawiającemu wybór co do jej uwzględnienia w ogłoszeniu oraz specyfikacji – Zamawiający dopiero w sytuacji, gdy przewidzi taką okoliczność w dokumentacji przetargowej, bę-

dzie nią bezwzględnie związany, co oznacza że w przypadku naruszenia przez wykonawcę obowiązków dotyczących płatności podatków Zamawiający zobowiązany będzie do wykluczenia go z postępowania.

W ocenie Izby, skoro opisana powyżej fakultatywna przesłanka wykluczenia może zostać przewidziana przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania, to niewątpliwie intencją jej jest wyeliminowanie z postępowań wykonawców naruszających obowiązki dotyczące, m.in. płatności podatków bez konieczności oczekiwania na prawomocne wyroki sądu czy też ostateczne decyzje administracyjne.

Art. 24 ust. 8 i 9

44. Sygn. akt KIO 1745/17, KIO 1746/17, Wyrok z dnia 27 lutego 2018 r.

W rozpoznawanej sprawie nie jest spornym zaistnienie przesłanki z art. 24 ust. 5 ustawy, bowiem, jak zostało to już wcześniej wskazane, X w JEDZ wskazał, że jest winien poważnego wykroczenia zawodowego. Czynności podejmowane w ramach samooczyszczenia winny być podjęte przez wykonawcę na etapie procedury sanacyjnej i w ramach tych działań wykonawca powinien już na etapie procedury zamówieniowej wykazać skuteczność podjętych działań oraz wskazać na naprawienie szkód. Ocena podjętego przez wykonawcę samooczyszczenia to ocena rzeczywistych działań tego wykonawcy.

W rozpoznawanej sprawie X w załączniku nr 15 do oferty przedstawił dokumenty, które, w ocenie Izby, potwierdzają prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny procedury samooczyszczenia. Podkreślenia wymaga, że nie ma jednego skodyfikowanego katalogu środków naprawczych, które dany wykonawca jest zobowiązany stosować, aby wykazać, że naruszenia, o których się oświadczył, nie będą miały miejsca w przyszłości.

W zależności od stanów faktycznych spraw różne będą stosowane przez wykonawcę środki zaradcze. Bezpośrednio wskazuje na to treść art. 24 ust. 5 [pkt 2 – *przyp. red.*] ustawy, który w swej treści odnosi się jedynie do przykładowych środków zaradczych, które mogły zostać podjęte przez wykonawcę, jednocześnie przesądzając, że w tym wypadku ustawodawca wprowadza katalog otwarty działań, jakie może podjąć wykonawca w celu samooczyszczenia. Podejmowane przez wykonawcę czynności, działania, środki zaradcze praktycznie w każdym przypadku, dla swojej skuteczności, będą inne, bardzo zindywidualizowane i odnoszące się do stanu faktycznego danej sprawy. W takim też odniesieniu muszą być oceniane. Zgodnie z wytycznymi wynikającymi z dyrektywy europejskiej wykonawca przyjmujący środki dostosowawcze mające na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania, może wskazać na środki, w szczególności (prawodawca europejski również jedynie przykładowo, w katalogu otwartym wskazuje możliwe środki zaradcze) obejmujące działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowanie, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktur audytu wewnętrznego monitorującego postrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. Działania wykonawców mają oferować wystarczające gwarancje, aby wykonawca nie był wykluczony z postępowań.

45. Sygn. akt KIO 444/18, Wyrok z dnia 27 marca 2018 r.

Artykuł 24 ust. 8 ustawy pzp przedstawia nową instytucję – tzw. samooczyszczenie (ang. *self-cleaning*), wywodzącą się z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE. Ma ona na celu umożliwienie wykonawcy podjęcia określonych działań w celu uniknięcia wykluczenia z postępowania, nawet gdy istnieją wobec niego przesłanki wykluczenia. Omawiana procedura na-

prawca nie daje możliwości zakwestionowania podstaw wykluczenia, pozwala natomiast wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 i ust. 5 p.z.p. podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Instytucja *self-cleaningu* służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń, zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Aby skorzystać z *self-cleaningu*, wykonawca musi przyznać się do deliktu. Jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Taki pogląd został zaprezentowany w szczególności w orzeczeniu KIO z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 139/17. Podjęte środki muszą być uznane za wystarczające do stwierdzenia, że popełniony czyn lub zaniechanie z dużym prawdopodobieństwem nie będzie miało miejsca w przyszłości. Przy dokonywaniu oceny powinno się uwzględnić konkretną przesłankę, będącą podstawą wykluczenia oraz wielkość spowodowanych szkód, jak również okoliczności temu towarzyszące. Środki zaradcze podjęte przez wykonawcę mogą dotyczyć budowy lub zmiany w budowie określonych struktur organizacyjnych, wprowadzania przejrzystego trybu podejmowania decyzji czy sposobu zarządzania kontraktami, wprowadzania systemów nadzoru i kontroli czy wprowadzania i egzekwowania wewnętrznej odpowiedzialności za podejmowane działania. Do możliwych środków zaradczych odnosi się motyw 102 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, stanowiący, że mogą do nich należeć w szczególności (a zatem nie wyłącznie) działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury typu audyt wewnętrzny monitorujący przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. Jednym z możliwych środków pozwalających stwierdzić, że wykonawca podjął działania zaradcze, jest zapłata odszkodowania. Ponieważ na gruncie rodzimych regulacji kary umowne traktowane są jako jego surogat, również ich zapłata może być postrzegana jako podjęcie stosownych kroków mających na celu „samooczyszczenie”. (...)

Przechodząc ściśle do zarzutów odwołania Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy i rzetelny ocenił złożone przez Odwołującego w postępowaniu dokumenty „samooczyszczenia”. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że warunkiem koniecznym skuteczności działań podjętych przez Wykonawcę w ramach procedury *self-cleaningu* jest przyznanie się do winy. Odwołujący tylko w sposób pozorny przyznaje przesłanki wykluczenia, gdyż zarówno w wyjaśnieniach w JEDZ, w odwołaniu, jak i na rozprawie, neguje, aby odstąpienie Zamawiającego od dwóch umów zawartych pomiędzy Stronami odbyło się z przyczyn leżących po jego stronie. Jak wykazał Zamawiający. Odwołujący w innych postępowaniach, prowadzonych przez innych Zamawiających już po dacie zaistnienia przesłanek wykluczenia, nie wykazuje w ogóle w dokumencie JEDZ, że podlega wykluczeniu. W tym świetle dowody złożone w ramach procedury „samooczyszczenia” przez Wykonawcę w celu wykazania rzetelności nie mogły zostać uznane za wiarygodne, gdyż nie można mówić o skuteczności działań naprawczych, jeśli w przeświadczeniu Wykonawcy brak jest okoliczności wymagających „naprawy”. (...)

Dokumenty złożone w ramach „samooczyszczenia” to dokumenty odnoszące się szeroko do całej działalności Wykonawcy, jednak brak jest w nich, jak również w samych wyjaśnieniach, powiązania pomiędzy podjętymi działaniami a okolicznościami, które doprowadziły do niewykonania w istotnym stopniu wcześniejszych umów i naruszenia obowiązków zawodowych. Odwołujący dokonał zmian o charakterze organizacyjnym, handlowym i kadrowym, jednak pozostają one w oderwaniu od przyczyn odstąpienia Zamawiającego od umów zawartych z Wykonawcą. Izba stoi na stanowisku, że wykonawca w ramach procedury samooczyszczenia powinien przede wszystkim: przyznać podstawy wykluczenia w sposób jednoznaczny,

wskazać na konkretne przyczyny zaistnienia okoliczności wypełniających normę wykluczenia, a następnie przedstawić wyjaśnienia i dowody odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, a więc wskazać na takie działania, które wyeliminują wystąpienie przyczyn zaistnienia okoliczności wypełniających normę wykluczenia w przyszłości. Nie są w ocenie Izby wystarczające dowody, które w sposób ogólny wskazują na środki podjęte przez Wykonawcę w ramach prowadzenia działalności bez ich powiązania z faktycznymi podstawami wykluczenia. Wykonawca, poprzez złożone w ramach „samooczyszczenia” środki dowodowe, nie udowodnił, że wprowadzone zmiany doprowadzą do wyeliminowania przyczyn niewłaściwego zachowania wykonawcy w przyszłości. Dodatkowe wyjaśnienia w tym zakresie złożone przez Odwołującego na rozprawie należy uznać za spóźnione.

Ponadto podkreślenia wymaga, że za element prowadzący do uznania rzetelności Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy pzp mogłoby stanowić wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego, czego w ocenie Izby Wykonawca nie uczynił. (...)

Jednocześnie zauważyć należy, że Odwołujący nie naprawił szkody spowodowanej brakiem realizacji umów. Zgodnie z oświadczeniami Stron, jedna z umów została wykonana w bardzo niewielkim stopniu, druga natomiast w ogóle nie została wykonana, w związku z powyższym Zamawiający naliczył Wykonawcy wysokie kary umowne. Odwołujący nie zapłacił w sposób dobrowolny kar finansowych, co mogłoby stanowić element jego „samooczyszczenia”. Kary są potrącane sukcesywnie z wynagrodzenia Wykonawcy z innych realizowanych umów i zostały, co Strony przyznały na rozprawie, zapłacone w ten sposób w około połowie. (...)

Odnosząc się do dodatkowych okoliczności podnoszonych przez Odwołującego na rozprawie Izba wskazuje, że nie dowodzi rzetelności Wykonawcy fakt zwarcia pomiędzy Stronami dalszych umów o zamówienie publiczne po dacie spornego odstąpienia od dwóch wcześniejszych umów, skoro w poprzedzających ich zawarcie postępowaniach, co Strony potwierdziły na rozprawie, Zamawiający nie przewidział w SIWZ ani ogłoszeniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Zamawiający jest uprawniony wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1–8 ustawy pzp, jeśli podstawy te zostały zamieszczone w dokumentacji postępowania (art. 24 ust. 6 ustawy pzp).

Art. 24 ust. 11

46. Sygn. akt KIO 408/18, wyrok z dnia 20 marca 2018 r.

Odnosząc się do zarzutu związanego z oświadczeniem o przynależności do grupy kapitałowej Izba wskazuje, iż w zakresie oświadczeń odnoszących się do tego zakresu, istotne z punktu widzenia prawidłowości procedury jest, aby składane przez wykonawców oświadczenia były zgodne z rzeczywistością. Otóż w zasadzie bez znaczenia pozostaje forma złożenia takiego oświadczenia, jeżeli podmiot, który je składa, dysponuje i prezentuje zgodne z rzeczywistością dane na temat objęty treścią tego oświadczenia. Otóż, jeżeli podmiot nie jest członkiem żadnej grupy kapitałowej lub jeżeli żaden z jej członków, przy założeniu, że wykonawca przynależy do takiej grupy, nie składa oferty w tym samym postępowaniu – brak jest przeszkód do złożenia takiego oświadczenia wraz ofertą, tj. przed poznaniem ofert pozostałych wykonawców. Istotą tego oświadczenia jest jego zgodność z rzeczywistością i tym samym niezakłócenie konkurencji wskutek udziału w tym samym postępowaniu podmiotów powiązanych ze sobą. Jeżeli nie zakwestionowano prawdziwości takiego oświadczenia – trudno jest w tym wypadku mówić o naruszeniu któregośkolwiek przepisu, jeżeli został zrealizowany prewencyjny i informacyjny cel złożenia takiego oświadczenia.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że tylko wówczas, gdy w postępowaniu została złożona jedna oferta, możliwe jest złożenie takiego oświad-

czenia wraz z ofertą. Otóż na etapie przygotowania i składania ofert wykonawcy nie posiadają wiedzy na temat liczby ofert i podmiotów, które je złożyły. Jednakże, jeżeli sytuacja podmiotowa, organizacyjna i kapitałowa wykonawcy jest taka, że nie mieści się ona w hipotezie normy prawnej regulującej te powiązania, tj. świadczące o przynależności do grupy kapitałowej, to złożenie takiego oświadczenia na tym etapie jest, w ocenie Izby, w pełni dopuszczalne. Jest ono również dopuszczalne, gdy podmiot, co prawda przynależy do grupy kapitałowej, lecz żaden z jej pozostałych członków nie złożył w postępowaniu ofert. Wówczas oświadczenie takie jest prawdziwe na moment przygotowania się wykonawcy do postępowania i nie ma co do zasady konieczności powielania jego złożenia. Normy prawne obejmujące obowiązek złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej (art. 24 ust. 11 ustawy Pzp) są powiązane z procedurą oceny braku podstaw do wykluczenia, tj. mechanizmów mających na celu ochronę uczciwej konkurencji (art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp) – powinny być zatem oceniane i wykładane ze względu na cel, dla którego zostały wprowadzone do krajowego systemu prawnego. W ocenie Izby, wskazany w treści art. 24 ust. 11 ustawy Pzp 3-dniowy termin ma charakter minimalny i nic nie stoi na przeszkodzie, w kontekście ochrony stojących za tymi regulacjami zasad zamówień publicznych, aby wykonawca z wyprzedzeniem złożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej w znaczeniu ogólnym, które to oświadczenie może wynikać z faktu, np. braku powiązań kapitałowych, osobowych i organizacyjnych danego wykonawcy.

Art. 24aa

47. Sygn. akt KIO 74/18, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że okolicznością przemawiającą za uwzględnieniem zarzutów zawartych w odwołaniu było m.in. zastosowanie przez Zamawiającego procedury odwróconej uregulowanej w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Odrębność tej procedury wymusiła bowiem odmienną ocenę czynności Zamawiającego w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Jeżeli bowiem Zamawiający uznał, którego to stanowiska Izba w niniejszym składzie nie podziela, że wypełniła się hipoteza normy prawnej uregulowanej w treści art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, gdyż wykonawca uchylił się od podpisania umowy, to odmiennosc tego uregulowania obligowała go do oceny, czy kolejny wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z tego też względu Zamawiający przystąpił do oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia p. D i p. S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą X s.c., wzywających tych wykonawców pismem z dnia 04.01.2018 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia i złożenia dokumentów. Zastępczy wybór wykonawcy w oparciu o treść art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp nie jest bowiem wyborem automatycznym, lecz obejmuje konieczność oceny podmiotowej wykonawcy z jednoczesnym uzewnętrznieniem woli wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej. Tym samym Zamawiający powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27.12.2017 r. i dokonać wyboru kolejnego wykonawcy, stosownie do wyniku dokonanej oceny podmiotowej tego wykonawcy (tj. X s.c.).

Zamawiający nie dokonał tej czynności, czym naruszył wskazane w treści odwołania przepisy w postaci art. 94 ust. 1 pkt 1, art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp.

Gdyby doszło do uzewnętrznienia woli Zamawiającego o dokonaniu zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej, byłby On zobligowany do wstrzymania się z zawarciem umowy zgodnie z treścią art. 94 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w okresie 5 dni od dnia przesłania tej informacji (klauzula *standstill*). W tym przypadku, choć do przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie doszło, nie oznacza, że Zamawiający miał prawo zawrzeć umowę bezpośrednio po dokonaniu kolejnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

48. Sygn. akt KIO 391/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.

Zatem, aby czynność badania i oceny ofert była w przypadku procedury, o której mowa w art. 24aa, kompletna, Zamawiający po ustaleniu wstępnego rankingu ofert bada następnie czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tym miejscu wskazać należy, że pojęcie użyte w art. 24aa ustawy Pzp, tj. „oferta oceniona jako najkorzystniejsza” nie może być utożsamiane z pojęciem „najkorzystniejszej oferty”, o którym mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zwrot „oferta oceniona jako najkorzystniejsza” zdaniem Izby powinien być rozumiany jako oferta, która w wyniku wstępnej oceny, została oceniona przez Zamawiającego najwyżej. Natomiast, aby można było mówić o „ofercie najkorzystniejszej”, Zamawiający powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Należy mieć bowiem na uwadze, że przepis art. 93 ust. 1 ustawy Pzp jest przepisem o charakterze ogólnym, tj. odnosi się do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych zarówno w „zwykłej” procedurze, jak i z zastosowaniem procedury „odwróconej”, o której mowa w art. 24aa ustawy Pzp. W „zwykłej” procedurze badanie, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu ma miejsce wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i jest wykonywane razem z oceną ofert. Oferta najkorzystniejsza ustalona w wyniku takiego badania i oceny jest więc jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu i złożoną przez wykonawcę niepodlegającym wykluczeniu. W ocenie składu orzekającego nie ma podstaw, aby w przypadku zastosowania procedury, o której mowa w art. 24 aa ustawy Pzp, zamawiający mógł poprzestać na ocenie ofert (tj. z pominięciem badania, czy wykonawca którego oferta zajęła pierwsze miejsce, w tak powstałym rankingu nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu), a następnie z powołaniem się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że dopiero po badaniu, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ma pewność, że oferta taka może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Możliwa jest przecież sytuacja i często się to zdarza w postępowaniach z zastosowaniem procedury z art. 24 aa ustawy Pzp, że po badaniu, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, wykonawca podlega wykluczeniu, a zamawiający przeprowadza takie badanie wobec wykonawcy następnego w kolejności. Zatem bez takiego badania nie można jednoznacznie przesądzić, czy wykonawca i jego oferta ostaną się w postępowaniu.

W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania w przedmiotowej sprawie odwoławczej Zamawiający nie przeprowadził w sposób kompletny czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert, ponieważ nie wezwał wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a wskazanych w treści ogłoszenia o zamówieniu i swiz. Jest to okoliczność bezsporna. Takie postępowanie Zamawiającego można by uznać za prawidłowe, gdyby ceny wszystkich ofert przekraczały kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia. Jednakże okoliczności przedmiotowej sprawy są inne, ponieważ ceny pozostałych dwóch ofert mieściły się w budżecie Zamawiającego. Okoliczność ta, w ocenie składu orzekającego, obligowała Zamawiającego do kontynuowania procedury badania, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym do doprowadzenia badania i oceny ofert do końca. Dopiero bowiem takie postępowanie dawało Zamawiającemu pewność, że wystąpi (bądź nie) podstawa do zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Art. 25 ust. 1**49. Sygn. akt KIO 2671/17, Wyrok z dnia 4 stycznia 2018 r.**

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie, Izba miała na uwadze, że brak jest podstaw, aby twierdzić, że przepisy ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia [rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. poz. 231 – *przyp. red.*] w zakresie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, są niezgodne z przepisami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.3.2014, s. 65 ze zm.). Izba zważyła, że zgodnie z art. 58 dyrektywy 2014/24/EU instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. art. 60 ww. dyrektywy stanowi podstawę dla instytucji zamawiających do żądania dokumentów, na podstawie których następować będzie weryfikacja podmiotowa wykonawców pod kątem zaistnienia ewentualnych przesłanek wykluczenia oraz posiadanego potencjału do realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią tego przepisu, dokumentami tymi mogą być zaświadczenia, oświadczenia, inne środki dowodowe, a także – w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej – dokumenty wskazane w załączniku XII dyrektywy 2014/24/UE. Analiza ww. przepisów nie daje podstaw do uznania za niezgodne z prawem unijnym przepisów polskich aktów prawnych we wskazanym powyżej zakresie. Tezy takiej nie postawił też Zamawiający.

Wobec powyższego, za uprawnione należy uznać zawarte w pkt VIII ppkt 1.1 SIWZ wymaganie złożenia referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, lub oświadczenia wykonawcy, ale to w sytuacji, gdy z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentów wydanych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane. Wymóg ten jest w pełni zgodny z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać m.in. wykazu dostaw lub usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

Treść ww. przepisu wskazuje na to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Z przepisu tego należy również wywieść, że składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nie-

skuteczne, a także określić przyczynę nieuzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter.

50. Sygn. akt KIO 155/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.

Izba uznała natomiast zasadność zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp w zakresie, w jakim dotyczył wprowadzenia przez Zamawiającego w treści SIWZ wymogu złożenia dla wszystkich oferowanych przedmiotów dostawy dokumentów stosownych do specyfiki danego przedmiotu. Izba wskazuje, iż żądając od wykonawców złożenia dokumentów przedmiotowych potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ, Zamawiający będzie dokonywał oceny zgodności oferty z postawionymi wymaganiami. Ponadto dokonując opisu wymaganego dokumentu, zasadne jest nie tylko wskazanie jego nazwy, ale również celu, w jakim powinien zostać złożony, w szczególności wskazanie na potwierdzenie jakich parametrów przedmiotu zamówienia lub okoliczności związanych z jego realizacją wymagany jest każdy żądany dokument. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, iż dokumenty przedmiotowe świadczą o spełnieniu przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Brak tych dokumentów lub analiza ich treści może prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp jako niezgodnej z SIWZ, a zatem Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności w sformułowaniu wymagań, tak aby wykonawcy byli w stanie ocenić, złożenie jakich dokumentów będzie wystarczające dla potwierdzenia zgodności danego produktu z wymaganiami SIWZ. (...)

Zamawiający w sposób bardzo ogólny, łącznie – w odniesieniu do wszystkich produktów stanowiących przedmiot dostawy – wskazał katalog dokumentów, jakich złożenia żąda, pozostawiając wykonawcom decyzję, które dokumenty z tych wymienionych są odpowiednie do specyfiki danego produktu. Zamawiający dopuścił również możliwość złożenia innych dokumentów niż wymienione w SIWZ, które uzasadnione będą specyfiką produktu, nie identyfikując jednak w żaden sposób tych dokumentów. W konsekwencji, z tak sformułowanych postanowień SIWZ nie da się wywieść jednoznacznego wniosku, jakie dokumenty Zamawiający uzna za potwierdzające zgodność określonego produktu z wymaganiami, a konieczność ich złożenia uzależniona jest od bliżej nieokreślonej specyfiki produktu, podczas gdy przedmiot dostawy obejmuje niezwykle szeroki asortyment o bardzo zróżnicowanej specyfice. (...)

W tym stanie rzeczy Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ w zakresie dotyczącym wymogu złożenia dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego poprzez doprecyzowanie, jakie dokumenty zobowiązani są złożyć wykonawcy celem potwierdzenia zgodności z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w odniesieniu do poszczególnych produktów będących przedmiotem dostawy. Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców złożenia oświadczeń i dokumentów wyjącznie w zakresie, w jakim są one niezbędne dla przeprowadzenia postępowania. Zamawiający zobowiązany jest zatem dokonać oceny, jakie oświadczenia i dokumenty są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, i tylko w takim zakresie wymagać od wykonawców ich złożenia. Zamawiający powinien więc przeanalizować po pierwsze – czy niezbędne dla przeprowadzenia postępowania jest złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie wymogów SIWZ dla wszystkich dostarczanych produktów (elementów wyposażenia), a po drugie – wskazać, jakie dokumenty należy złożyć odnośnie poszczególnych produktów lub kategorii produktów objętych przedmiotem zamówienia. Nadto w sytuacji, gdy dla danego produktu możliwe będzie złożenie różnych dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego, Zamawiający winien sformułować zapisy SIWZ w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości, jakie dokumenty będą właściwe, i czy w takim wypad-

ku należy złożyć wszystkie te dokumenty, czy wystarczającym będzie złożenie tylko jednego z dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań SIWZ, obecna konstrukcja postanowień SIWZ nie pozwala bowiem na przesądzenie tej kwestii.

51. Sygn. akt KIO 246/18, Wyrok z dnia 26 lutego 2018 r.

Jak wynika z treści SIWZ zamawiający nie opisał warunków udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia zawodowego potencjału technicznego oraz kadry technicznej, natomiast wymagał od wykonawców biorących udział w postępowaniu złożenia określonych środków dowodowych. Takie postępowanie zamawiającego jest nieprawidłowe. (...)

W zaistniałym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym nie można stwierdzić, aby żądane przez Zamawiającego środki dowodowe były niezbędne do przeprowadzenia postępowania, skoro nie zostały w tym zakresie określone warunki udziału w postępowaniu. W tym miejscu wyjaśnić należy, że celem określenia warunków udziału w postępowaniu jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców dających rękojmię należytego wykonania zamówienia. Natomiast w celu dokonania oceny spełniania przez wykonawców określonych warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda wskazanych w ustawie i rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia [*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 ze zm.) – przyp. red.*] (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów) oświadczeń i dokumentów. Nie jest więc dopuszczalna sytuacja, że zamawiający nie opisz warunków udziału w postępowaniu, lecz żąda dokumentów bądź oświadczeń. Nie byłoby bowiem wiadomo, co takie dokumenty lub oświadczenia miałyby potwierdzać, ponadto nie można by było ich uznać za niezbędne do przeprowadzenia postępowania. Nie jest również dopuszczalna sytuacja, w której treść warunku miałyby być przez wykonawców biorących udział w postępowaniu wyinterpretowana z żądania przedstawienia dokumentu, bądź z innych postanowień SIWZ, czy ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślić należy, że żądanie środków dowodowych jest ściśle związane z opisaniem warunków udziału w postępowaniu. Z tych powodów Zamawiający powinien w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy uzna to za zasadne i celowe, określić warunki udziału w postępowaniu i żądane środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia albo zrezygnować z żądanych środków dowodowych w przypadku uznania, że nie ma potrzeby opisywania warunków udziału w postępowaniu.

52. Sygn. akt KIO 690/18, Wyrok z dnia 26 kwietnia 2018 r.

(...) Izba na wstępie wyjaśnia, że katalog dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określa § 2 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126) – dalej „Rozporządzenie”. Jego analiza wskazuje, że podstawowym dokumentem potwierdzającym doświadczenie wykonawcy w zakresie zrealizowanych robót budowlanych jest wykaz tych robót. W przepisie tym czytamy, że załącznikiem do niniejszego wykazu są dowody, określające, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności, czy zrealizowane zostały zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Dowodami tymi mogą być referencje bądź też inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane. Z treści Rozporządzenia wynika za-

mknięty katalog dokumentów, których może żądać zamawiający od wykonawcy w tym zakresie, i jako dokument ten wskazuje wykaz zrealizowanych robót. Referencje, jako załącznik do wykazu, są jedynie uzupełnieniem informacji w nim zawartych, a ich rolą jest jedynie potwierdzenie faktu, że zamówienie, na które powołuje się wykonawca, zostało zrealizowane w sposób należyty. Zamawiający w SIWZ precyzuje najczęściej, jakie informacje winny znaleźć się w treści wykazu zrealizowanych robót, załączając jego wzór i wskazując określone treści, które winny się w nim znaleźć. Jest to działanie dopuszczalne, jeśli jego celem jest możliwość dokonania oceny, czy z treści tego dokumentu wynika, że wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu w sposób opisany przez zamawiającego. Adresatem, do którego kierowane są wytyczne w tym zakresie, jest podmiot składający ofertę.

Art. 25a ust. 1

53. Sygn. akt KIO 529/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż dokument JEDZ nie jest składany przez wykonawców celem definitywnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym bowiem celu składane są oświadczenia i dokumenty na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona. Dokument JEDZ stanowi wstępne oświadczenie własne wykonawcy, m.in. o spełnieniu określonych warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie to ma charakter wstępny w tym znaczeniu, iż poprzedza ono złożenie dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wstępny charakter ww. oświadczenia nie oznacza natomiast, iż podane w nim informacje mogą być w pewnym zakresie nieaktualne czy niezgodne ze stanem faktycznym. Należy również podkreślić, iż, jak wynika z przepisu art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenie własne wykonawcy w formie dokumentu JEDZ składane jest w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na zamawiającym zatem ciąży obowiązek wskazania, w jakim zakresie dokument JEDZ winien zostać wypełniony przez wykonawców.

54. Sygn. akt XXIII Ga 904/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 września 2017 r.

Nie zasługiwał na uwzględnienie także zarzut naruszenia art. 25a ust. 1 w zw. z art. 25a ust. 2 PZP. Sąd Okręgowy aprobeuje pogląd wyrażony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku odnośnie do oceny aktualności oświadczenia zawartego w JEDZ.

Wobec pojawienia się wątpliwości, zamawiający wezwał X do złożenia wyjaśnień do dnia 30.01.2017 r. i w tym dniu (z tą datą) wyjaśnienia te zostały złożone. W drodze tzw. samouzupełnienia, X złożyła także nowy JEDZ z powodu omyłkowego pominięcia jednej osoby.

Zgodnie z art. 25a ust. 1 PZP wykonawca jest zobowiązany złożyć oświadczenie aktualne na dzień składania ofert, zawierające informacje wstępnie potwierdzające spełnienie warunków. Na podstawie art. 26 ust. 3 PZP zamawiający jest uprawniony do wezwania, m.in. do uzupełnienia lub udzielenia wyjaśnień. Oczywistym jest, że te złożone oświadczenia (na wezwanie) muszą być opatrzone datą złożenia wyjaśnień. W innym przypadku doszłoby do antydatowania oświadczenia, a nadto nie jest możliwe złożenie wyjaśnienia z datą wcześniejszą niż samo wezwanie do niego. Złożenie oświadczenia uzupełniającego z datą wsteczną należy uznać za niedopuszczalne. Oświadczenie musi być opatrzone taką datą, w jakiej jest składane. Jest to data sporządzenia uzupełnionego dokumentu. Oczywiście taki dokument musi zachowywać aktualność na dzień składania ofert. Nie oznacza to jednocześnie, że składane uzupełnione oświadczenie nie jest aktualne (tak jak tego wymaga art. 25a ust. 1 PZP), a jedynie, że uzupełnienie dokumentu następuje z datą późniejszą. Taka wykładnia przepisu dominuje w orzeczeniach KIO (np. wyrok z 24.01.2017 r. KIO 2444/16) i Sąd Okręgowy ją aprobeuje. X złożyła wykaz uzupełniony (poprawiony) o P. D., a z dokumentu wynikają jego

aktualne (od roku 2006), na dzień składania ofert, uprawnienia. Zatem warunki spełnione były już na dzień składania ofert, a jedynie datę późniejszą nosi oświadczenie uzupełniające. *Nota bene* skarżący także składał wyjaśnienia (choć nie JEDZ) z datą późniejszą niż dzień składania ofert, co nastąpiło na skutek wezwania do wyjaśnień przez zamawiającego.

Art. 26 ust. 1 i 2

55. Sygn. akt KIO 494/18, KIO 501/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Aktualność dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 1 Pzp określają z jednej strony przepisy ustawy Pzp, wskazując, że dokument winien być aktualny na dzień jego złożenia, a z drugiej strony przepisy rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [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 ze zm.) – *przyp. red.*], gdzie w § 5 pkt 2 i 3 uznaje się, że dokumenty aktualne to dokumenty wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Orzecznictwo KIO potwierdza, że złożone w trybie art. 26 ust. 1 Pzp dokumenty uznaje się za aktualne, jeśli zostały wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert, o ile są nadal aktualne na dzień ich złożenia, tj. stan potwierdzony tymi dokumentami nie uległ zmianie. Dokumenty aktualne na dzień złożenia to takie, które mimo upływu czasu od ich wystawienia nadal odzwierciedlają aktualną sytuację wykonawcy.

Art. 26 ust. 2f

56. Sygn. akt KIO 44/18, Wyrok z dnia 19 stycznia 2018 r.

W ocenie Izby, nie można przyjąć stwierdzenia odwołującego, że przepis art. 26 ust. 2f ustawy Pzp ma zastosowania wyłącznie do trybów „wieloetapowych” takich, jak np. przetarg ograniczony. Wykładnia tego przepisu nie może doprowadzić do takiego wniosku. Przepis ten stanowi, że zamawiający może go zastosować na każdym etapie postępowania. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „etap postępowania”, niemniej w doktrynie oraz orzecznictwie określenie to funkcjonuje w stosunku do pojęcia postępowania przetargowego i nie ma znaczenia, w jakim trybie to postępowanie będzie prowadzone (nie ma to znaczenia, czy będzie to tryb „jednostopniowy” lub „jednoetapowy”, jak np. przetarg nieograniczony, czy „wielostopniowy” lub „wieloetapowy”, jak np. przetarg ograniczony). Należy się zgodzić z twierdzeniem, że norma zawarta w art. 26 ust. 2f ustawy Pzp nabiera szczególnego znaczenia w przypadku postępowań „wieloetapowych” lub „wielostopniowych”, takich, jak np. przetarg ograniczony, ale nie można na tej podstawie wysnuwać wniosku, że przepis ten ma zastosowanie wyłącznie do tego typu trybów, przez co nie może być zastosowany w trybie przetargu nieograniczonego.

Art. 26 ust. 3 i 3a

57. Sygn. akt KIO 2699/17, Wyrok z dnia 9 stycznia 2018 r.

(...) Izba wskazuje, że dopuszczenie na etapie postępowania odwoławczego dokumentów (jeśliby zostały złożone w prawidłowej wersji językowej), takich jak nowa karta katalogowa, jest niedopuszczalne, gdyż w ten sposób nastąpiłoby sanowanie uchybienia wykonawcy w zakresie uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten przewiduje możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia danych dokumentów. Jeśli wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie składa dokumentów lub składa dokumenty w dalszym ciągu niepotwierdzające spełnienia warunków/wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, wówczas Zamawiający w zależności od rodzaju dokumentów zobowiązany

jest wykluczyć takiego wykonawcę lub odrzucić jego ofertę. Izba stoi na stanowisku, że przyjęcie kolejnej wersji dokumentów uzupełnionych już raz na wezwanie zamawiającego, w toku postępowania odwoławczego, mogłoby naruszyć zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż pozycja tego wykonawcy byłaby uprzywilejowana względem innych wykonawców.

58. Sygn. akt KIO 235/18, Wyrok z dnia 23 lutego 2018 r.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy ma ustalenie, jakiemu celowi służyć miały dokumenty składane przez wykonawców na potwierdzenie długości okresu amortyzacji harwesterów, za pomocą których wykonawca ma realizować zamówienie, do których uzupełnienia Zamawiający w dniu 4 stycznia 2018 r. wezwał wykonawców na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp.

W ocenie Izby, z treści postanowień SIWZ w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wynika, iż dokumenty te służyły dokonaniu oceny ofert w kryterium „Realizacja prac z zakresu pozyskania drewna maszynami (harwesterami) nie starszymi niż okres ich amortyzacji.”(...)

Zauważyć należy, iż dokumenty te nie służyły potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy spełnieniu przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego. (...)

Informacje podlegające ocenie w ramach kryteriów oceny ofert składane są wraz z ofertą i stanowią podstawę do dokonania jej oceny, nie jest to materia, której Zamawiający powinien się domyślać, czy która podlegałaby uzupełnieniu. Oświadczenia i dokumenty służące dokonaniu oceny oferty w określonym kryterium oceny ofert – tak jak oferta – co do zasady powinny być złożone przed upływem terminu składania ofert i nie mogą następnie podlegać uzupełnieniu czy zmianie. (...)

Mając na względzie treść ww. przepisu należy uznać, iż Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, w tym do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, z których wynika sposób spełniania kryteriów oceny ofert. (...)

W ocenie Izby dopuszczenie możliwości uzupełniania dokumentów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (w przedmiotowej sprawie dokumentów potwierdzających, że oferowane maszyny nie są starsze niż okres ich amortyzacji), otwierałoby wykonawcom możliwość uzupełniania ofert już po ich otwarciu o takie oświadczenia i dokumenty, które zapewniłyby im uzyskanie większej liczby punktów podczas dokonywanej oceny ofert, co stałoby w wyraźnej sprzeczności z dyspozycją art. 87 ust. 1 Ustawy Pzp. Część oferty podlegająca punktacji jest szczególnie wrażliwa, ponieważ prowadzi bezpośrednio do wartościowania ofert wykonawców, skutkującego następnie wyborem jednej z nich. Zatem w tym zakresie konieczne jest szczególne zachowanie zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości, co skutkuje m.in. tym, że ofert nie można uzupełniać po ich złożeniu, aby żadnemu z wykonawców nie dawać przewagi w postaci możliwości późniejszego złożenia danego oświadczenia niż konkurencji, czy też możliwości zaznajomienia się z ofertami konkurentów i dostosowania swojej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2017 r., sygn. KIO 290/17). Co więcej, w przedmiotowym przypadku składane przez wykonawców w formularzu ofertowym oświadczenie w przedmiocie zobowiązania się do realizacji zamówienia z użyciem maszyn nie starszych niż okres ich amortyzacji, podlegające ocenie w ramach kryterium „Realizacja prac z zakresu pozyskania drewna maszynami (harwesterami) nie starszymi niż okres ich amortyzacji” wskazuje wprost na sposób realizacji zamówienia, który – w zależności od przyjętego rozwiązania – jest odpowiednio premiowany przez Zamawiającego dodatkowymi punktami. W ocenie Izby nie budzi zatem wątpliwości, że zobowiązanie składane w ofercie w tym przedmiocie stanowi jej treść, a jako takie co do zasady nie może podlegać uzupełnieniu czy zmianie po upływie terminu składania ofert. (...)

W konsekwencji Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego ani Konsorcjum X do uzupełnienia dokumentów podlegających ocenie w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „Realizacja prac z zakresu pozyskania drewna maszynami (harwestermi) nie starszymi niż okres ich amortyzacji.”

59. Sygn. akt KIO 1745/17, KIO 1746/17, Wyrok z dnia 27 lutego 2018 r.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący zakwestionował możliwość uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego po upływie terminu składania ofert (...)

X w wyniku wezwania Zamawiającego złożył w odpowiedzi informację, że zastąpił zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 15 maja 2017 roku załączone do oferty Umową o współpracy zawartą pomiędzy X a Y w dniu 18 maja 2017 roku w Stambule. Odwołujący zakwestionował możliwość złożenia dokumentu (zobowiązania podmiotu trzeciego) po upływie terminu składania ofert, co Izba uznała za niezasadne. Zgodnie z postanowieniami art. 22a ust. 6 ustawy wykonawca ma prawo, w przypadku, gdy zdolność techniczna lub zawodowa podmiotu udostępniającego nie potwierdziła spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, na żądanie Zamawiającego, zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami, bądź zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże spełnienie warunku. Tym samym, polski ustawodawca dopuścił, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, możliwość zmiany podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci lub wykazanie spełnienia warunku przez wykonawcę. Skoro ustawodawca dopuścił takie zmiany, to nie znajdujące uzasadnienia twierdzenie, że po terminie składania ofert nie można uzupełnić oświadczenia podmiotu trzeciego (bądź innego dokumentu pochodzącego od podmiotu trzeciego). Próba rozumienia przepisów prezentowana przez Odwołującego prowadziłaby do wniosku, że należy każdorazowo dokonywać zmiany podmiotu trzeciego w przypadku, gdy nie zostanie złożone jego zobowiązanie (lub inny dokument), a przecież takie zobowiązanie może również być błędne bądź niepełne (czyli jakby go nie było) i podlega normalnej procedurze uzupełnienia, ponieważ jest dokumentem służącym wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Nie zawsze musi zaistnieć konieczność zmiany podmiotu trzeciego, a jedynie dokumentów, które potwierdzają spełnienie warunku postępowania przez wykonawcę.

60. Sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, Wyrok z dnia 5 kwietnia 2018 r.

(...) w sytuacji, w której, jak Zamawiający wskazał w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty – „powziął wątpliwość”, co do spełnienia warunku określonego w pkt V.1.2.c SIWZ, zobowiązany był wezwać Odwołującego X do wyjaśnień w tym zakresie. W sytuacji uznania, że Odwołujący X nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany byłby z kolei do wezwania go do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Obowiązków tych nie wyłącza – w pełni uprawnione, o czym poniżej – działanie Zamawiającego polegające na zwróceniu się na podstawie § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia [(Dz.U. poz. 1126 ze zm.) – *przyp. red.*] (dalej jako Rozporządzenie) do wystawcy referencji – Gminy R. o ich potwierdzenie. Należy bowiem zważyć, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp kreuje nie tylko obowiązek zamawiającego, ale także uprawnienie wykonawcy do sanowania obciążonej brakami oferty (por. wyrok z dnia 14.07.2017 r., KIO 1340/17). Zatem w sytuacji, gdy Zamawiający ma wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu bądź uznaje, że z przedłożonych dokumentów wynika, że wykonawca warunków tych nie spełnia, winien umożliwić wykonawcy wypowiedzenie się w tym zakresie oraz przedłożenie odpowiednich dokumentów. Zwrócenie się do wystawcy referencji nie może zastąpić wezwania

wykonawcy, bowiem w wyniku takiego działania wykonawca pozbawiony jest ww. uprawnienia. Uprawnienie to ma szczególnie doniosły charakter, albowiem to wykonawca jest stroną najbardziej zainteresowaną w wykazaniu spełnienia warunku. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób rażący naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, bowiem wykluczając Odwołującego X, nie oparł się nawet o ww. wyjaśnienia z Gminy R. (które wpłynęły trzy dni po dokonaniu wykluczenia), ale o bliżej niesprecyzowane „ustalenia własne”. Działania takie nie tylko stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wynikającym z niego obowiązkiem wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, ale również narusza zasadę przejrzystości postępowania, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, dokonując własnych ustaleń, w trybie nieprzewidzianym prawem, uniemożliwił wykonawcy prześledzenie toku działań, które doprowadziły do wykluczenia go z postępowania.

61. Sygn. akt XXIII Ga 1920/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 29 stycznia 2018 r.

Słusznie wskazał przeciwnik skargi, iż skarżący błędnie wywodził, że w art. 26 ust. 3 i 22a ust. 6 Pzp określono niezależne od siebie instytucje, a podstawa do wezwania w trybie art. 22a ust. 6 Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie innym podmiotem lub podmiotami aktualizuje się dopiero po nieskutecznym uzupełnieniu przez wykonawcę dokumentów podmiotu pierwotnie wskazanego w ofercie w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp. Gdyby przyjąć interpretację Skarżącego, należałoby uznać, że wykonawcy korzystającemu z zasobów podmiotu trzeciego przysługuje dwukrotna możliwość uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w stosunku do wykonawców, którzy wykazują spełnienie warunków udziału samodzielnie.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sposób kompleksowy określa zasady wezwania wykonawcy, który nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Należy dodać, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp dotyczy zarówno oświadczeń i dokumentów wykonawcy samodzielnie wykazującego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i wykonawcy, który w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych czy sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów trzecich.

Przepis art. 22a ust. 6 Pzp określa natomiast tylko sposób wykonania obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp wobec tych wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów trzecich. Przepis art. 22a ust. 6 Pzp dotyczy zatem zmiany podmiotu trzeciego, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu trzeciego, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia.

Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, może albo dokonać stosownego złożenia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo skorzystać z art. 22a ust. 6 Pzp i zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe czy sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w art. 22a ust. 1 Pzp.

Przepis art. 22a ust. 6 Pzp nie stanowi zatem dodatkowego wezwania wykonawcy, ponad wezwanie określone w art. 26 ust. 3 Pzp. Mimo wprowadzenia do prawa zamówień publicznych przepisu art. 22a ust. 6 Pzp, nadal obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania wykonawcy, który nie wykazuje spełniania warunków udziału w postępowaniu samodzielnie lub polegając na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów trzecich, lub gdy zachodzą wobec podmiotów trzecich podstawy wykluczenia.

Art. 29 ust. 1

62. Sygn. akt KIO 2682/17, Wyrok z dnia 9 stycznia 2018 r.

W ocenie Izby, Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Niewątpliwie ustawowy obowiązek precyzyjnego i dokładnego określenia opisu przedmiotu zamówienia przerzucił na wykonawców. Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach oraz w tym samym czasie. Zakres usług – możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania – nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.

63. Sygn. akt KIO 515/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Zdaniem Izby, obowiązek wykonania przez wykonawcę aktualizacji mapy do celów projektowych nie narusza także przepisów art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Jest to bowiem obowiązek jednoznaczny, wyczerpujący i uwzględniający wszystkie wymagania niezbędne do ofertowania. Jego jednoznaczność wykluczała swobodę w interpretacji tego elementu opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek został także opisany w sposób kompleksowy i rzetelny, stanowiąc źródło wiedzy na temat okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty. Przy ocenie zarzutu wzięto pod uwagę, że żądanie odwołującego sprowadzało się do wykreślenia podstawowego obowiązku projektanta, jakim jest zaktualizowanie mapy projektowej, co – jak wskazano wcześniej – pośrednio przyznał sam odwołujący. Wobec powyższego, Izba nie mogła przychylić się do tak sformułowanego żądania odwołującego.

64. Sygn. akt IV Ca 487/17, Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 1 czerwca 2017 r.

Podkreślenia wymaga, że sporządzenie pełnego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem zamawiającego i ma wpływ na złożenie oferty. Zaniechanie wystarczającego opisanie przedmiotu zamówienia, w szczególności odsyłanie do informacji posiadanych przez inne podmioty, stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp. Podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy przygotowują składane następnie oferty. Ww. dokumenty są wiążące dla wykonawców, dlatego powinny być wyczerpujące, precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem, czy też uzyskaniem niezbędnych informacji do złożenia oferty. Bez wątplenia powyższym wymaganiom nie czyni zadość odesłanie wykonawców do oglądania wzorów, jakimi dysponuje X w Ł. czy podmiot trzeci, który jest dotychczasowym dostawcą tkanin i elementów umundurowania.

Trafnie zatem wskazała KIO, że brak obiektywnego zdefiniowania kolorów przedmiotów zamówienia, związany z brakiem udostępnienia przez zamawiającego, wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, próbnika tkanin, może prowadzić do trudności z odtworzeniem przez wykonawców wymaganej przez zamówienie barwy tkaniny. Wykonawca zainteresowany złożeniem oferty może bowiem jedynie udać się do siedziby podmiotu trzeciego (X w Ł.) celem obejrzenia próbki materiału pod kątem jej barwy i faktury. Okoliczność ta nie jest natomiast wystarczająca do późniejszego odtworzenia barwy i faktury w zakładzie produkcyjnym wykonawcy jedynie na podstawie samego opisu kolorów i konstrukcji tkaniny. Prowadzić to może w konsekwencji do problemów z uzyskaniem przez wykonawcę, wymaganego przez Sekcję V pkt V.3 ppkt 9 SIWZ, aktualnego zaświadczenia wystawionego przez podmiot uprawniony do kontroli jakości (X w Ł.), niezbędnego do zgłoszenia oferty w przepisany terminie. Okoliczność ta może także wpłynąć na zasady uczciwej konkurencji, w sytuacji gdy część wykonawców dysponuje już próbnikiem tkanin, używanym przy poprzednich zamówieniach, jak również współpracuje z producentami tkanin przechowywanych jako wzory w X.

Zgodzić się także należy ze stanowiskiem wykonawcy, przedstawionym w odpowiedzi na skargę zamawiającego (k. 84), że samo udostępnienie do wglądu Wojskowej Dokumentacji Techniczno-Technologicznej (WDTT), Warunków Technicznych (WT) i Przedmiotowych Warunków Technicznych (PWT) dotyczących wyrobów metrażowych (tkanin, dzianin, laminatów) oraz wzorów Y, nie jest wystarczające. We wskazanych wyżej dokumentach znajdują się bowiem jedynie zapisy określające wymagania techniczne niezbędne do odtworzenia materiałów włókienniczych i wzorów zakładowych bez próbek tkanin. Trafnie także wskazał wykonawca, że proponowane przez zamawiającego metody utrwalenia koloru za pomocą fotografii koloru, korzystania z wzornika Pantone lub mobilnego spektrofotometra nie mogą być uznane za wystarczające.

Art. 29 ust. 2

65. Sygn. akt KIO 2707/17, Wyrok z dnia 4 stycznia 2018 r.

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

66. Sygn. akt KIO 2730/17, Wyrok z dnia 11 stycznia 2018 r.

Jak wskazał Odwołujący – za orzecznictwem – przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń lub parametrów wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Przy tym okoliczność, iż nie wszystkie podmioty z danej branży mogą wziąć udział w postępowaniu z powodu niespełnienia wymaganych parametrów, nie przesądza o tym, że postępowanie narusza zasady uczciwej konkurencji.

Z tymi poglądami orzecznictwa należy się zgodzić. Jednak oznaczają one także, że poprawny jest opis przedmiotu zamówienia odpowiadający obiektywnym potrzebom zamawiającego

i uzasadniony nimi, nawet jeśli utrudnia lub nawet uniemożliwia on niektórym wykonawcom udział w postępowaniu i złożenie oferty. Przy czym określenie „obiektywny” nie należy tłumaczyć jako uzasadnionego dla „ogółu”, lecz uzasadnionego dla danego zamawiającego (co zawsze niesie ze sobą pewien stopień subiektywnych potrzeb charakterystycznych dla tego jednego podmiotu), ale obiektywnego w tym znaczeniu, że ów ogół wymóg ten uznaje za racjonalny.

Tym samym – wbrew popularnemu pogładowi, zgodnie z którym potencjalnych wykonawców powinno być co najmniej dwóch – nie można jednoznacznie stwierdzić, że naruszającym konkurencję będzie opis przedmiotu zamówienia skutkujący złożeniem oferty tylko przez jednego wykonawcę (przy małym rynku wykonawców) albo nie naruszy tej konkurencji ograniczenie liczby ofert „jedynie” do np. trzech czy pięciu (w przypadku dużego rynku wykonawców). Każdorazowo więc należy dokonać indywidualnego badania uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia.

67. Sygn. akt KIO 2674/17, Wyrok z dnia 22 stycznia 2018 r.

Zamawiający, zdaniem Izby, nie naruszył zasad prawa zamówień publicznych przez określenie w SWIZ, a co za tym idzie wymaganie zaoferowania, łóżka szpitalnego o konstrukcji kolumnowej łóżka (...). Odwołujący poza argumentacją wskazującą na to, że jest to konstrukcja charakterystyczna dla łóżka (...) – oczywiście w kontekście wszystkich podnoszonych w odwołaniu zarzutu, a nie tylko w zakresie tego jednego parametru – nie podniósł w ocenie Izby żadnej konkretnej argumentacji. Nadmienić należy w tym miejscu, że to po stronie Odwołującego skonkretyzowano ustawowy obowiązek dowiedzenia swoich twierdzeń. Budowa kolumnowa łóżka została uzasadniona w opisie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego przez wskazanie, że umożliwić ma to monitorowanie pacjenta ramieniem C. Urządzenie RTG – ramię C – to aparat przejezdny, mobilny, przystosowany do przemieszczania i wykonywania badań pacjenta bez konieczności jego przewożenia czy przenoszenia. (...)

Zamawiający, już w SIWZ zaznaczył, że wymagany prześwit pod podwoziem min. 195 mm ma umożliwić swobodny najazd podnośnika, na rozprawie wyjaśnił, że chodzi o podnośnik pacjenta i taki podnośnik jest w posiadaniu Zamawiającego. Odwołujący w tym zakresie jedynie stwierdził, że podnośniki przystosowuje się do łóżek, a nie łóżka do podnośników – jednocześnie Odwołujący nie zakwestionował wymaganego parametru prześwitu przez wskazanie np. że podnośnik będący w posiadaniu Zamawiającego nie wymaga takiego prześwitu, choć Zamawiający w trakcie rozprawy podał nazwę posiadanego podnośnika chorych. Działanie Zamawiającego, które zmierza w kierunku nabycia łóżek szpitalnych, które będą współdziałać z posiadanym przez Zamawiającego sprzętem, stanowi prawidłowe działanie podmiotu publicznego. Zamawiający wskazał, że obecnie jest w trakcie zakupu aparatu RTG stacjonarnego w pełni cyfrowego, którym będzie można robić badania RTG pacjentów leżących na łóżku, jednakże to wymaga przejechania łóżkiem przez pochylnię (w szpitalu są dwie pochylnie), które znajdują się w budynku Zamawiającego i które, jak oświadczył Zamawiający, pozostaną niezależnie od rozbudowy szpitala.

Zamawiający wskazał w piśmie procesowym, że wysokość prześwitu, jaką określił, tj. min. 195 mm, została określona na podstawie doświadczeń Zamawiającego z posiadanymi łóżkami o prześwicie 200 mm. Zamawiający podał również, że wysokość prześwitu, jaką proponuje Zamawiający, powodowałaby przycieranie łóżka przy pokonywaniu pochylni, względnie blokowałaby możliwość transportu chorego, lub w celu uniknięcia zablokowania łóżka na pochylni, wymagane byłoby dodatkowe przeniesienie łóżka (ręczne), co przy znacznej wadze łóżka jest niemożliwe. Zamawiający wyjaśnił również, że minimalna długość prześwitu, czyli 1050 mm wynika z tego, że przy wysokości prześwitu minimum 195 mm i rozstawieniu kolumn w odległości 1050 mm łóżko szpitalne będzie mogło pokonać pochylnię (zjeżdżając nie zawiesi się i swobodnie pokona fragment podłogi – naturalny kant – pomiędzy prostą płasz-

czynną i opadającą płaszczyzną podłogi. Jednocześnie Izba wskazuje, że wniosek Odwołującego odnoszący się do parametru prześwietu wskazany w odwołaniu (160 mm) i zmodyfikowany na rozprawie (188 mm) dotyczył łóżka szpitalnego wielofunkcyjnego z leżem opartym na ramionach wznoszących podpierających leże w 8 punktach. Odwołujący oświadczył, że łóżko szpitalne o konstrukcji kolumnowej mógłby zaoferować z prześwietem 150 mm.

W ocenie Izby, Zamawiający wykazał, że koniecznym jest dla niego zakup łóżek o konstrukcji kolumnowej z uwagi na wykorzystywane, a będące w posiadaniu Zamawiającego, urządzenia takie, jak aparat RTG ramię C, podnośnik pacjentów, natomiast konieczność zaoferowania łóżek szpitalnych o odpowiedniej wysokości prześwietu podyktowane jest obiektywnymi przesłankami uzasadniającymi w pełni wymagania określone przez Zamawiającego. Izba podkreśla, że w tym zakresie nie przedstawił Odwołujący żadnej argumentacji, bo w ocenie Izby nie można za taką przyjąć stwierdzenia, że można przebudować pochylnie. Izba zaznacza w tym miejscu, również łóżko o konstrukcji niedopuszczonej przez Zamawiającego, a którym dysponuje Odwołujący, również nie spełnia wymagań w zakresie wymagań prześwietu. Izba wskazuje również, że łóżka takich producentów, jak X, Y, Z, spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, a Odwołujący nie zakwestionował tego oświadczenia Zamawiającego. (...)

Jednocześnie Izba zaznacza, że określenie wymagania dostępności funkcji z paneli sterujących w poręczach bocznych od strony personelu, tj. pozycja Trendelenburga i pozycji anty-Trendelenburga (w części 2 pkt 22 i części 3 pkt 24 podanych jako przechyły wzdłużne leża) Zamawiający uzasadnił swoimi potrzebami. Zamawiający, wskazał bardzo zasadnie, że łóżko szpitalne, którego zakupu chce dokonać Zamawiający ma służyć personelowi medycznemu w opiece nad pacjentem i ma dla tego personelu być sprawne i wygodne w użyciu. Zamawiający wskazał, że funkcje łóżka mają usprawniać pracę personelu medycznego, a temu właśnie służą funkcje sterowania łóżkiem z paneli bocznych od strony personelu. Zamawiający zaznaczył, że panel centralny znajduje się w szczycie łóżka od strony nóg, a optymalne ustawienie pozycji Trendelenburga i pozycji anty-Trendelenburga wymaga zwykle, aby personel medyczny znajdował się przy głowie pacjenta. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że wyeliminować należy taką funkcję, ponieważ pacjent może uruchomić funkcję nieświadomie i narazić się na niebezpieczeństwo, przyjmując taki tok rozumowania, w ocenie Izby, należałoby usunąć ze szpitala bardzo wiele urządzeń medycznych, bądź zmienić ich budowę i konstrukcję, usuwając wszystkie przyciski, guziczki, pokrętła, kraniki i inne, które przez działanie pacjenta mogłyby mu zagrozić. Nie jest to możliwe na obecnym etapie rozwoju techniki, natomiast eliminacja funkcji na panelach od strony personelu, które są przydatne w pracy personelu medycznego – czego nie zakwestionował Odwołujący – a co podkreślał Zamawiający, jest niezasadna. Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego, że ustawienia pozycji Trendelenburga i pozycji anty-Trendelenburga nie są ratującymi życie i to uzasadnia ich eliminację z panelu sterującego od strony personelu medycznego. (...)

Reasumując powyższe, Izba stwierdza, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i zasad prawa zamówień publicznych. W zasadzie argumentacja Odwołującego sprowadzała się w rozpoznawanej sprawie do tego, że nie może on zaoferować rozwiązania, które posiada w swojej ofercie. Natomiast fakt posiadania danego produktu przez danego wykonawcę nie stanowi o tym, że dany Zamawiający ma nabyć ten produkt tylko dlatego, że wykonawca go posiada. Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby, żądając produktu o cechach odpowiadających jego potrzebom, a w tym o najwyższych dostępnych standardach jakościowych, w oparciu o opinie użytkowników produktów (Wyrok SO w Gdańsku z dnia 23 stycznia 2009 roku sygn. akt XII Ga 431/09) jednocześnie dokonując tego z uwzględnieniem racjonalnego planowania dokonywanych wydatków zarówno pod względem finansowym, jak i użytkowym (wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 4 lutego 2015 roku sygn. akt GSK 2203/13). Zamawiający, mając na uwadze konieczność zabezpieczenia swoich potrzeb na odpowiednim poziomie,

uprawniony jest do takiego opisu parametrów zamówienia, by jego realizacja odpowiadała zarówno jego uzasadnionym potrzebom, możliwościom finansowym, zabezpieczeniu potrzeb Zamawiającego na przyszłość w perspektywie zmian wynikających z rozwoju działalności Zamawiającego, nie naruszając przy tym zasady uczciwej konkurencji i możliwości złożenia ofert przez wykonawców, będących w stanie podołać wymaganiom Zamawiającego, w sposób nienaruszający równowagi pomiędzy dobrem Zamawiającego i uczestników postępowania. Nie sposób tym samym uznać, aby Zamawiający ograniczał w przedmiotowym postępowaniu na dostawę sprzętu medycznego konkurencję, tym samym nie naruszył wskazywanych w odwołaniu przepisów ustawy.

68. Sygn. akt KIO 155/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.

(...) należy zwrócić uwagę, iż treść art. 29 ust. 2 Pzp nie zmienia generalnej zasady wyrażanej w art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp, zgodnie z którą strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dyspozycja art. 29 ust. 2 Ustawy Pzp mówi o możliwości naruszenia konkurencji, brak jest jednak w treści tego przepisu domniemania faktycznego lub prawnego sprowadzającego się do twierdzenia, że każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej. To na odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że sposób opisu przedmiotu zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, a prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być wykazane, a ponadto musi być realne, rzeczywiste. Izba w pełni podziela istniejący w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To Zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki ma osiągnąć. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który, w ten czy inny sposób, nie uniemożliwia części wykonawcom złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Dlatego też jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest jego analiza w odniesieniu do uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Należy bowiem dostrzec, iż Zamawiający, opisując warunki zamówienia, w pierwszej kolejności staje przed zadaniem takiego ich ukształtowania, aby spełniały jego uzasadnione potrzeby oraz cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych (por. m.in. wyrok KIO z dnia 8 maja 2017 r., sygn. akt KIO 729/17, wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1588/15, wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 969/16).

Izba wskazuje, iż Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasady uczciwej konkurencji, ale poszanowanie tych zasad nie oznacza jednak, że Zamawiający ma nabyć w ramach postępowania o udzielenie zamówienia przedmiot niskiej jakości, niezaspokajający jego potrzeb. Zamawiający ma prawo wymagać nie tylko odpowiedniej jakości, ale również ma prawo tak określić przedmiot zamówienia, aby odpowiadał jego skonkretyzowanym potrzebom, uzasadnionym zobiektywizowanymi czynnikami. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia powinien być skorelowany z rzeczywistymi, faktycznymi potrzebami Zamawiającego. Przepisy Ustawy Pzp nie definiują pojęcia „uzasadnionych potrzeb zamawiającego,” zostało ono jednak ukształtowane przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zobiektywizowane potrzeby to rzeczywiste, faktyczne potrzeby Zamawiającego, zarówno co do oczekiwanych funkcjonalności, jak i wyspe-

cyfikowanych parametrów oraz jakości. Zamówienia publiczne nie determinują kupna najtańszego przedmiotu niskiej jakości. Orzecznictwo w sposób niebudzący wątpliwości rozstrzygnęło, że obowiązek przestrzegania ustawowych reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby zamawiającego. Zamawiającemu przysługuje uprawnienie do określania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby, w tym również konkretne wymagania co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Określenie wysokich, ale możliwych do spełnienia, wymagań przedmiotu zamówienia, które pozostają w związku z samym zamówieniem i celem, jaki poprzez dane zamówienie zamierza osiągnąć zamawiający, nie niweczy realizacji zasady uczciwej konkurencji (...).

69. Sygn. akt KIO 370/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.

Zamawiający wykazał istnienie uzasadnionych potrzeb w preferowaniu określonych rozwiązań technicznych (wyższe parametry przełączników szkieletowych niż dostępowych, obsługa skryptów w języku programowania X w odniesieniu do urządzeń szkieletowych oraz wymóg dostarczenia urządzeń od jednego producenta), dla których przewagi użytkowej i funkcjonalnej przedstawił stosowne uzasadnienie. Zamawiający planuje wprowadzenie szeregu nowych usług dla swoich pracowników, ułatwiających i zwiększających wydajność ich pracy, a co za tym idzie większą skuteczność w wypełnianiu zadań urzędu. Dokonując analizy potrzeb, miał na względzie nie tylko bieżące potrzeby, ale także przyszłe, wynikające m.in. ze strategii rozwoju środowiska teleinformatycznego Y.

Argumentacja zaś Odwołującego nakierowana na okoliczność, że cechy określonych produktów nie zostały dostosowane do potrzeb wszystkich użytkowników rynku, nie przesądza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji. Istnienie nawet ograniczonej liczby podmiotów spełniających wymagania zamawiającego ma drugorzędne znaczenie dla oceny, czy naruszono przepisy ustawy Pzp. Jeśli potrzeba zamawiającego jest zobiektywizowana, rzeczywista oraz faktyczna, zarówno w zakresie oczekiwanych funkcjonalności czy też wyszczególnionych parametrów, może on opisać przedmiot zamówienia tak, że tylko ograniczony krąg wykonawców jest w stanie zadość mu uczynić. Celem zamówień publicznych nie powinno być przecież nabycie najtańszego przedmiotu o niskiej jakości. Nie można zasady uczciwej konkurencji pojmować tak, że zamawiający winien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, jedynie dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów. Taki tok rozumowania sprowadziłby zamówienia publiczne do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (*vide*: wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17).

Stawianie przedmiotowi zamówienia nawet restrykcyjnych wymagań jest właściwe, o ile po stronie zamawiającego występują obiektywne powody ograniczania kręgu potencjalnych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia.

Art. 29 ust. 3

70. Sygn. akt KIO 346/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.

Ustawodawca udostępnił wykonawcom narzędzia umożliwiające im wpływ na treść dokumentacji postępowania, w postaci obowiązku wyjaśnienia treści SIWZ przez zamawiającego (art. 38 ust. 1 p.z.p.), a także możliwość wniesienia środka ochrony prawnej, kiedy w ocenie wykonawcy sposób opisu przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, a przedstawione przez zamawiającego parametry równoważności są pozorne i uniemożliwia-

ją prawidłową ocenę zgodności zamienników z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, jak podnosił odwołujący.

Odwołujący takich czynności nie podjął, co ma obecnie negatywne konsekwencje, gdyż ciężar wykazania spełnienia wymogu równoważności oferowanych produktów, zgodnie z art. 30 ust. 5 p.z.p., spoczywa na wykonawcy (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 29 września 2010 r., sygn. akt KIO 1982/10, z 9 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2336/12, z 14 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2421/12, z 24 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 265/17, z dnia 11 maja 2016 r. sygn. akt sygn. akt KIO 663/16).

Art. 29 ust. 3a

71. Sygn. akt XXIII Ga 1295/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r.

Obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jest wyrazem woli ustawodawcy zagwarantowania przestrzegania prawa pracy przy realizacji zamówień publicznych i zerwania z praktyką zawierania umów cywilnoprawnych w sytuacji, gdy jest to nieuzasadnione charakterem stosunku. Przyzwalanie na taką praktykę, tj. uznawanie niepracowniczego statusu pracownika oznacza, że wykonując pracę uzyskuje on mniej korzystny status prawny (np. ze względu brak prawa do urlopu, brak ochrony wynagrodzenia, odpowiedzialność odszkodowawczą, niezaliczanie okresu pracy do stażu pracy, brak prawa do odzieży ochronnej itd.), podczas gdy zatrudniający ponosi mniejsze koszty, uzyskując te same korzyści co z pracy pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Jednakże czynności wykonywane przez kierowników budowy, kierowników robót i inspektorów nadzoru, tj. osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu Prawa budowlanego, zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy. Osoby wykonujące te czynności są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują.

Takie rozumienie przepisu art. 29 ust. 3a Pzp jest powszechne i przejawia się chociażby w doktrynie (...), orzecznictwie Sądu Najwyższego (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 17 maja 2016 r., sygn. I PK 139/15), czy też w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który Skarżący zacytował w niepełnym wymiarze w swojej skardze (...).

Taka właśnie sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Należy bowiem podkreślić, że zastosowanie ww. przepisu nastąpi, kiedy charakter wykonywanych prac, zasady podporządkowania, czas pracy i miejsca pracy uzasadnią przekonanie, że muszą być one wykonywane w ramach umowy o pracę. W konsekwencji ocenić trzeba, czy warunki opisane w SIWZ, w ramach których miały pracować osoby wykonujące funkcje objęte kluczową częścią zamówienia, uzasadniały postawienie wymogu zatrudnienia ich w ramach stosunku pracy.

Za chybione uznać należy powoływanie się przez Skarżącego na treść uzasadnienia nowelizacji ustawy Pzp wytycznych Rady Dialogu Społecznego, jak też Zaleceń Rady Ministrów – które to wskazują, że celem art. 29 ust. 3a Pzp jest walka z „patologią umów śmieciowych”. W zakresie stanowisk objętych sporem nie można w ogóle mówić o umowach śmieciowych. Wystarczy bowiem dokonać oceny warunków z SIWZ, jakie muszą spełniać osoby zaliczone do Personelu Kluczowego, aby dojść do przekonania, że będziemy mieli do czynienia z osobami o bardzo wysokich kwalifikacjach, legitymującymi się długim stażem pracy obejmującym pełnienie odpowiedzialnych funkcji przy realizacji różnego rodzaju zamówień i posiadającymi szereg formalnych uprawnień. Osoby te nie muszą zatem być objęte ustawową ochroną, albowiem ich kwalifikacje pozwalają na znalezienie zatrudnienia w każdej formie i każdej firmie. Co więcej, mogą one działać w ramach samozatrudnienia, oferując swoje usługi różnym pracodawcom lub usługodawcom. (...)

Brak określenia na etapie prowadzenia postępowania zakresu czynności poszczególnych osób wyklucza zatem możliwość zastosowania art. 29 ust. 3a Pzp. Przepis ten odwołuje się bowiem do „tych czynności”, a więc skonkretyzowanego zakresu prac poszczególnych pracowników (lub ich kategorii). W tej sytuacji brak wskazania, na czym miałyby polegać wykonanie czynności przez poszczególnych członków Personelu Kluczowego, wyklucza możliwość oceny, czy realizacja „tych czynności” polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy.

W ust. 4 ustawodawca dopuścił możliwość określenia wymagań w zakresie innowacyjności, gospodarności czy też aspektów o charakterze społecznym związanych z zatrudnieniem przez wykonawcę osób:

1. bezrobotnych w rozumieniu ustawy z 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2016 r. poz. 645 ze zm.);
2. młodocianych, o których mowa w przepisach prawa pracy, w celu przygotowania zawodowego;
3. niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z 27.08.1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 2046);
4. innych niż określone w pkt 1, 2 lub 3, o których mowa w ustawie z 13.06.2003 r. o zatrudnieniu socjalnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 1828) lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Dyrektywa 2014/24/UE, wskazując na osoby defaworyzowane, nie podaje jednak definicji takich osób ani nie odsyła w tym zakresie do innego unijnego aktu prawnego lub dokumentu, w którym takie pojęcie zostałoby zdefiniowane. „W takiej sytuacji, kierując się pojęciami zawartymi w anglojęzycznej wersji dyrektywy 2014/24/UE (zawiera pojęcie – *disabled or disadvantaged workers*) oraz mając na uwadze, iż ustawodawca unijny, uznając za zgodne z unijnym prawem zamówień publicznych zastrzeżenie zamówień tylko dla określonych grup podmiotów pełniących szczególną rolę w realizacji celów społecznych, wykluczył pomoc publiczną w przypadku prawidłowego udzielania tego typu zamówień, można odnosić pojęcie pracownika niepełnosprawnego oraz pracownika defaworyzowanego do definicji pracownika niepełnosprawnego, pracownika znajdującego się w szczególnie niekorzystnej sytuacji oraz pracownika znajdującego się w bardzo niekorzystnej sytuacji, zawartych w Rozporządzeniu Komisji (UE) nr 651/2014 z 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu UE zastępującym Rozporządzenie WE nr 800/2008 z 6 sierpnia 2008 r. uznającym niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych)” (...).

W konsekwencji powyższa regulacja nie dotyczy osób, które będą wykonywały funkcje w ramach Personelu Kluczowego, ponieważ już na pierwszy rzut oka nie należą one do ww. kategorii. Nie ma zatem do nich zastosowania klauzula społeczna, o której wspomina Skarżący.

Art. 36aa

72. Sygn. akt KIO 2735/17, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.

Czynność podziału zamówienia na części wymaga rozróżnienia od czynności opisu poszczególnych części podzielonego zamówienia. O ile bowiem sposób opisu przedmiotu zamówienia (a tym samym jego części) jest narzucony zamawiającemu poprzez uregulowania przepisu art. 29, w tym jego ustępu 2, zgodnie z którym „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”, o tyle sposobu podziału zamówienia ustawodawca zamawiającemu nie narzucił, skoro przepis art. 36aa mówi nie tylko o prawie zamawiającego do podziału zamówienia na części, ale także o określeniu przez

zamawiającego zakresu i przedmiotu ustanawianych części (art. 36aa ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.”).

Gdyby chcieć ocenić sposób podziału zamówienia dokonany w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego pod kątem zasady uczciwej konkurencji, to należałoby podnieść, że odwołujący nie udowodnił (w grę nie wchodzi uprawdopodobnienie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dotyczącego *stricte* opisu przedmiotu zamówienia), że podział zamówienia w taki sposób był podyktowany tym, aby jedynym wykonawcą, który może złożyć ofertę/oferty częściowe jest przystępujący (lub jego partnerzy).

Skład orzekający Izby, odwołując się dodatkowo do celu wprowadzenia art. 36aa ustawy Pzp, jakim było ułatwienie małym i średnim przedsiębiorcom/przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych i zwiększenie w ten sposób konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne podnosi, że w uzasadnieniu odwołania odwołujący nie twierdził ani tego, że jest małym albo średnim przedsiębiorstwem, ani tym bardziej, że z tego względu nie jest w stanie złożyć oferty ze względu na dokonany przez zamawiającego podział.

Art. 36b ust. 1

73. Sygn. akt KIO 606/18, Wyrok z dnia 17 kwietnia 2018 r.

Wskazać należy, że zobowiązanym do realizacji zamówienia w myśl umowy jest zawsze wykonawca, a nie podwykonawca. Kwestia, czy wykonawca wykona zamówienie swoimi siłami, czy też przy pomocy podwykonawców nie jest istotą umowy o realizację zamówienia z zastrzeżeniem odmienności sytuacji, kiedy Zamawiający ustali kluczową dla niego część zamówienia, którą winien wykonać samodzielnie wykonawca. Kwestia wykonywania zamówienia przy pomocy podwykonawców jest uprawnieniem wykonawcy i stosowanie restrykcyjnych wymagań w tym zakresie jest nieuzasadnione. Wskazać należy na fakt, iż w szczególności przy postępowaniach, gdzie realizacja zamówienia trwa wiele lat, byłoby nierozważnym wymaganie od wykonawcy, aby podał w sposób wiążący i nieodwołalny nazwy podwykonawców i pełny zakres robót, które powierza podwykonawcom.

Przy dynamicznych zmianach rynku wykonawców za rok czy dwa, kiedy dany podwykonawca miałby rozpocząć wykonywanie części zadania, mogą nastąpić zmiany organizacyjne wskazanych podwykonawców skutkujące nie tylko zmianą ich nazwy, ale także zakresem możliwym do wykonania prac, które taki wykonawca po dokonanych przekształceniach będzie mógł wykonać. Tym samym uznawanie, iż kwestie dotyczące wskazania nazw podwykonawców oraz dokładnego zakresu robót, które przypadną do wykonania podwykonawcy, stanowią treść oferty, jest, zdaniem Izby, niezasadne.

Opierając się na przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazać należy, że ustalono w niej, iż instytucja zamawiająca może żądać albo zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta, aby wskazał on w swojej ofercie ewentualną część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także, aby podał nazwy ewentualnych proponowanych podwykonawców. Taka interpretacja przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp dokonana przez pryzmat przepisów wspólnotowych jest uprawniona, gdyż odnosi się do „podania ewentualnych proponowanych podwykonawców”. „Zamiar”, o którym mowa w przepisie art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, odnosi się do przekazania Zamawiającemu projektu wykazu podwykonawców, a nie definitywnego zobowiązania się w tym zakresie wykonawcy. Tym samym, zdaniem Izby, taki wykaz należy traktować jako dokument oferty niestanowiący jej treści w sensie merytorycznym. Dokument taki stanowi dookreślenie sposobu wykonania zamówienia, a nie

jego zakresu, a więc nie determinuje treści oferty (przedmiotu zamówienia) w sensie materialnym, ale dookreśla proponowany przez wykonawcę sposób jego wykonania.

Tym samym brak podania nazwy podwykonawcy oraz szczegółowego zakresu powierzonych podwykonawcy prac przy wykonywaniu zamówienia nie powinien skutkować odrzuceniem oferty. Uznanie za zasadne takiego stanowiska, zdaniem Izby, byłoby akceptowaniem możliwości odrzucenia oferty z przyczyn formalnych, a nie merytorycznych. Niezasadnym byłoby „krępowanie” wykonawcy pewnymi ustaleniami uniemożliwiającymi mu na etapie realizacji zamówienia podejmowanie działań utrudniających z jednej strony jak najlepsze wykonanie zamówienia, a z drugiej osiągnięcie planowanego zysku.

Ponadto, zdaniem Izby, nieakceptowalną byłaby sytuacja, że wykonawca, który nie wskaże podwykonawcy z nazwy, byłby w lepszej sytuacji, gdyż w odpowiednim czasie mógłby doprecyzować informacje dla Zamawiającego w tym zakresie od wykonawcy, który takiego podwykonawcę wskaże już na etapie składania ofert. Izba wskazuje, że zaprezentowane powyżej stanowisko w tej kwestii jest zgodne z ustaloną linią orzeczniczą KIO.

Art. 38

74. Sygn. akt XXIII Ga 1885/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 stycznia 2018 r.

W ocenie Sądu Okręgowego przedmiot zamówienia, poprzez opz i odpowiedzi na zadane przez wykonawców odpowiedzi [pytanie – *przyp. red.*], został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Ponieważ jednak ustawa Pzp nie limituje liczby zadawanych pytań, czy wniosków o zmianę zapisów SIWZ, jeżeli dla Skarżącego zapisy te nie były czytelne, powinien być skorzystać z uprawnień wynikających z art. 38 ust. 1 ww. ustawy. Aktualne orzecznictwo wskazuje wręcz na obowiązek wykonawców w tym zakresie. Postępowanie o udzielenie zamówienia to w końcu postępowanie, w którym biorą udział profesjonaliści, co do których obowiązuje zasada podwyższonej staranności. Na tę kwestię zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia z 5 czerwca 2014 r. sygn. akt IV CSK 626/2013 uznał, że tracą na ostrości poglądy, które opierały się na założeniu, iż ryzyko wątpliwości wynikających z niejasnych postanowień SIWZ powinna ponieść strona, która ten SIWZ zredagowała, czyli Zamawiający. Sąd Najwyższy w związku z tym w sposób odmienny ocenił pogląd, że zadawanie pytań zwykło się uważać jedynie za uprawnienie wykonawcy. Z literalnego brzmienia przepisu art. 38 Pzp wynika bowiem, że wykonawca może skierować zapytanie o wyjaśnienie treści SIWZ, lecz wcale nie musi tego robić. Sąd wskazał na znaczenie art. 38 Pzp w kontekście przepisów Kodeksu cywilnego wyznaczających ogólne reguły wykonywania zobowiązań. Zgodnie z ww. wyrokiem art. 38 Pzp w związku z art. 354 § 2 k.c. w okolicznościach konkretnego zamówienia publicznego nie tylko daje wykonawcy uprawnienie, ale także nakłada na niego obowiązek zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Zaniechanie tej powinności może być podstawą zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy. Sąd wskazał także, że od profesjonalisty w danej dziedzinie uzasadnione jest wymaganie większej staranności niż od innych uczestników rynku, a to skutkuje potrzebą zwrócenia się do Zamawiającego o udzielenie potrzebnych interpretacji postanowień SIWZ celem przygotowania poprawnej oferty.

75. Sygn. akt KIO 187/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.

(...) w art. 38 ust. 6 ustawy Pzp Ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek przedłużenia terminu składania ofert w przypadku, gdy zamawiający dokona zmiany treści siwz (nieprowadzącej do zmiany ogłoszenia o zamówieniu) oraz zmiana ta jest tego rodzaju, że wymusza na wykonawcach wprowadzenie zmian w przygotowywanych ofertach, na co z kolei potrzebny jest dodatkowy czas. Ustawodawca nie precyzuje przy tym okresu, jaki potrzeb-

ny jest wykonawcom na wprowadzenie zmian w ofertach i o jaki powinien być przedłużony termin składania ofert. Okres ten musi być każdorazowo oceniony przez zamawiającego z uwzględnieniem m.in. rodzaju i zakresu dokonanej zmiany siwz, a także jej wpływu na treść przygotowywanych ofert i ich wycenę. W tym kontekście należy także zwrócić uwagę na zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle tej zasady termin składania ofert, w związku ze zmianą treści siwz, powinien być przedłużony przez zamawiającego o taki czas, który zapewni zachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że okres, o jaki przedłużony zostaje termin składania ofert, powinien zapewniać, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą dysponować wystarczającym czasem na dokonanie analizy zmian siwz, analizy ich wpływu na dotychczas przyjęte w ramach przygotowywanych ofert założenia, analizy zakresu koniecznych zmian w przygotowywanych ofertach, na dokonanie tych zmian oraz na dokonanie ponownej wyceny ofert. Jednocześnie, zgodnie z ww. zasadą, przedłużony termin składania ofert musi być wystarczająco długi, aby nie faworyzować żadnego z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie.

Art. 46 ust. 4a

76. Sygn. akt KIO 513/18, Wyrok z dnia 3 kwietnia 2018 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, Izba zgodziła się ze stanowiskiem Odwołującego w tej sprawie. W ocenie Izby, Zamawiający zażądał Odwołującemu wadium z naruszeniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp. Zgodzić należało się z Odwołującym, że w przedmiotowej sprawie nie można w ogóle mówić o niezłożeniu jakichkolwiek dokumentów przez Odwołującego. Odwołujący wzywany był przez Zamawiającego dwukrotnie do przedłożenia określonych dokumentów – pismami z dnia 2 stycznia 2018 roku oraz z dnia 13 lutego 2018 roku. Na każde z tych wezwań Odwołujący odpowiadał w wyznaczonych terminach (odpowiednio pismami z dnia 15 stycznia 2018 roku oraz z dnia 19 lutego 2018 roku). Zgodzić należało się również z Odwołującym, iż brak jest podstaw do przyjęcia, by sankcja utraty wadium mogła zostać zastosowana w stosunku do wykonawcy, który – działając w dobrej wierze – doręczył Zamawiającemu dokumenty, niepotwierdzające jednak, w ocenie Zamawiającego, spełnienie wymagań dotyczących uczestnictwa w przetargu. Odwołujący, każdorazowo przedkładając niezbędne dokumenty na wezwanie Zamawiającego, pozostawał w przeświadczeniu, iż oferowana suszarnia spełnia narzucone wymogi – co wykazywał również w toku postępowania odwoławczego – Odwołujący dopełnił obowiązku złożenia wymaganych dokumentów oraz działał w przekonaniu, że oferowane przez Odwołującego rozwiązanie techniczne spełnia wszystkie zdefiniowane przez Zamawiającego podstawowe wskaźniki równoważności. Brak było przy tym podstaw do przypisania Odwołującemu niedochowania należytej staranności oraz celowego działania, w sytuacji gdy za każdym razem terminowo i wyczerpująco ustosunkowywał się do wszelkich wezwań Zamawiającego.

Art. 67 ust. 1

77. Sygn. akt KIO 138/18, Wyrok z dnia 6 lutego 2018 r.

Izba podziela pogląd wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie, iż możliwe jest zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w tzw. sytuacjach awaryjnych. Na wstępie należy wskazać, iż jednym z głównych zadań ustawy Pzp jest ustanowienie proceduralnych reguł postępowania, w wyniku którego zostaje zawarta umowa przez zamawiającego (co do zasady podmiotu publicznego). Umowy te finansowane są w dużej mierze ze środków publicznych i bardzo

często zawierane są w celu zaspokajania określonych potrzeb publicznych. A zatem służą realizacji interesu publicznego. Ustawa Pzp powinna umożliwiać zaspokajanie potrzeb publicznych w każdej możliwej sytuacji, ale przy uwzględnieniu podstawowych zasad zamówień publicznych. (...)

W przedmiotowym przypadku, po pierwsze Izba stwierdza, iż wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia. Jak wskazano powyżej umowa na odbiór odpadów wygasła z dniem 31 grudnia 2017 r. Odbiór odpadów jest to usługa, która powinna być świadczona w sposób ciągły i niezakłócony. Konsekwencje wystąpienia przerwy w świadczeniu tej usługi powodowałyby wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego i dotknęłyby nie tyle samego Zamawiającego, ale przede wszystkim mieszkańców, za których bezpieczeństwo odpowiada Zamawiający. Niewątpliwie natychmiastowe wykonanie zamówienia leżało w interesie publicznym, gdyż wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego mogłoby się wiązać z wystąpieniem zagrożenia życia i zdrowia mieszkańców. Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki wyłącznie na okres od 1 stycznia do 28 lutego 2018 r., a zatem wyłącznie na okres dwóch miesięcy potrzebny do zakończenia trwającej procedury konkurencyjnej (drugiego postępowania). (...)

Izba uznała także, iż zaistniała wyjątkowa sytuacja, której zaistnienie nie wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Wyjątkowość sytuacji przejawia się w tym, iż koniecznym było udzielenie zamówienia, a prowadzone przez Zamawiającego procedury konkurencyjne (dwa postępowania) nie pozwoliły na wyłonienie wykonawcy w odpowiednim terminie, tj. do końca grudnia 2018 r. Izba uznała, iż przebieg obu prowadzonych przez Zamawiającego procedur konkurencyjnych oraz terminy ich wszczęcia, pozwalają przyjąć, iż Zamawiającemu nie można postawić zarzutu, że celowo przedłużał te procedury lub że wszczywał je zbyt późno. Pierwsze postępowanie wszczęte w dniu 11 sierpnia 2017 r. zostało unieważnione, natomiast w drugim termin składania ofert został wyznaczony na dzień 28 grudnia 2017 r.

Oba te postępowania były prowadzone jako tzw. postępowania unijne, co wiąże się ze znacznie dłuższymi terminami ich przeprowadzenia. Wystąpienie postępowania odwoławczego powinno być przewidywane przez Zamawiających. Powszechną praktyką w postępowaniach na odbiór odpadów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez konkurujących wykonawców i zamawiający powinni wszcząć odpowiednio wcześniej postępowanie, tak aby umożliwić korzystanie z tego uprawnienia przez wykonawców. Niemniej jednak na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający opublikował pierwsze postępowanie już w dniu 11 sierpnia 2017 r., a zatem na przeprowadzenie procedury oraz ewentualne postępowanie odwoławcze miał prawie pięć miesięcy. Oznacza to, iż przeznaczył on odpowiedni czas na przeprowadzenie procedury i zawarcie umowy.

Ponadto Izba uznała, iż o ile postępowanie odwoławcze powinno być przewidywane przez Zamawiającego, o tyle wystąpienie unieważnienia postępowania nie mogło być przez niego przewidziane. Postępowanie to zostało unieważnione w dniu 19 października 2017 r., a żaden z wykonawców nie zakwestionował tej czynności, co oznacza, iż stała się ona prawomocna. Unieważnienie postępowania stanowi wyjątkową sytuację, a żaden zamawiający nie wszczywałby postępowania, gdyby przewidywał, iż może ono zostać unieważnione. Ponadto unieważnienie pierwszego postępowania nastąpiło w dniu 19 października 2017 r., ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższała środki, które Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. A zatem nie było to wynikiem wyłącznie okoliczności zależnych od Zamawiającego, ale także od cen zawartych w ofertach wykonawców, a siłą rzeczy Zamawiający nie mógł ich przewidzieć. (...)

Niezwykle znaczące w przedmiotowej sprawie jest, iż Zamawiający udzielił tego zamówienia wyłącznie na okres od 1 stycznia do 28 lutego 2018 r., a zatem wyłącznie na okres dwóch miesięcy potrzebny do zakończenia trwającej procedury konkurencyjnej (drugiego postępo-

wania). Takie działanie nie narusza przede wszystkim zasady proporcjonalności. Zamawiający, stosując tryb zamówienia z wolnej ręki oczywiście pozbawia innych wykonawców szansy na jego uzyskanie, przy czym stosując zasadę proporcjonalności zamawiający powinni zadbać o to, aby pozbawienie praw wykonawców nie było nadmierne w stosunku do potrzeb, a jedynie wystarczające do osiągnięcia słusznego celu, jakim w przedmiotowej sprawie jest uzyskanie czasu na zakończenie procedury konkurencyjnej.

78. Sygn. akt XXIII Ga 728/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 lipca 2017 r.

Całe postępowanie przed Izłą, jak i przed Sądem opiera się na procedurach określonych w ustawie prawo zamówień publicznych i kodeksie postępowania cywilnego. Dotyczy to zarówno rozkładu ciężaru dowodu, jak też ustalenia, co jest dowodem w sprawie, jakie okoliczności nie wymagają dowodu, ponieważ są przyznane, oraz jakie oświadczenia i twierdzenia stron nie są dowodem, ponieważ stanowią tylko ich stanowisko.

Obowiązeki zamawiającego w toku postępowania odwoławczego i skargowego przy badaniu zamówienia z wolnej ręki, jako wyjątku od zasady rozstrzygania zamówień publicznych w postępowaniach konkurencyjnych, są jednolicie ujmowane w prawie europejskim.

Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki, ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 18.11.2004 r. w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec* (C-126/03)).

Dlatego, w niniejszej sprawie, Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Izby, że to na zamawiającym spoczywał obowiązek udowodnienia potrzeby zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a więc wykazania przesłanek z art. 67 ust. 1 lit. a i b oraz z art. 131h ust. 6 pkt ustawy PZP. To on bowiem z nich wyciągał korzystne dla siebie konsekwencje prawne w postaci ustalenia, że nie doszło do naruszenia przepisów PZP. Odwołujący musiał w takiej sytuacji tylko przedstawić w odwołaniu okoliczności, które podważały stanowisko zamawiającego, aby Izba i sąd знаły punkty sporne postępowania, a zamawiający miał możliwość wykazania swojego stanowiska w granicach zarzutów zgodnie z art. 198f ust. 4 PZP. Odwołujący wskazali takie okoliczności, natomiast skarżący nie udowodnił swoich twierdzeń. Należy bowiem podkreślić, że stanowiska strony, oświadczenia jej pełnomocników i wyjaśnienia muszą znajdować swoje uzasadnienie w dowodach złożonych w toku postępowania. Same wyjaśnienia pełnomocnika, choćby jak najbardziej fachowe i logiczne, jeśli tylko dotyczyły okoliczności zaprzeczonych przez przeciwnika, nie wystarczą. Nie są materiałem dowodowym, który stanowi podstawę rozstrzygnięcia sprawy przez Sąd.

W związku z powyższym Sąd Okręgowy co do zasady podziela ocenę materiału dowodowego dokonaną przez KIO, jako niewystarczającego do uznania, że zaistniały warunki opisane w przepisach art. 67 ust. 1 lit. a i b oraz z art. 131h ust. 6 pkt ustawy PZP, a zatem nie istniała podstawa do zastosowania zamówienia z wolej ręki – z pewnymi drobnymi uwagami, niemającymi jednak wpływu na poprawność rozstrzygnięcia Izby.

Art. 87 ust. 1

79. Sygn. akt KIO 188/18, 201/18, Wyrok z dnia 15 lutego 2018 r.

Nie ulega wątpliwości, że na każdym z formularzy ofert dotyczącym części III i V wskazano, że wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia jest konsorcjum składające się z trzech podmiotów: E, T, K. Jednocześnie do ofert załączono dokumenty JEDZ dwóch podmiotów: E, T (część III) i E, K (część V). Załączone pełnomocnictwa konsorcjalne zostały zawarte między dwoma podmiotami, ponadto w treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium

wskazano dla części III i V tylko dwa podmioty tworzące konsorcjum. Dodatkowo zauważyć należy, że w przypadku części II i IV, gdzie wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia było konsorcjum składające się z trzech podmiotów, złożono jeden wspólny formularz ofertowy, zaś w przypadku części II i IV – złożono dwa odrębne formularze cenowe.

Zdaniem Izby, całokształt okoliczności sprawy, w tym przede wszystkim: złożone wraz z ofertą w części III i V dokumenty (JEDZ, pełnomocnictwa, gwarancje wadialne) oraz sposób złożenia ofert na poszczególne części zamówienia, spowodował, że Zamawiający słusznie powziął wątpliwości co do składu konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia na części III i V. Zamawiający, w sposób zasadny w celu wyjaśnienia zaistniałych rozbieżności wystąpił w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wykonawcy o wyjaśnienie tej kwestii. W oparciu o złożone wraz z ofertą dokumenty oraz wyjaśnienia z dnia 12.01.2018 r. udzielone przez wykonawcę, Zamawiający, w sposób prawidłowy ustalił, że w zakresie części III ofertę złożyło konsorcjum w składzie: E, T, zaś w części V – konsorcjum E oraz K, prowadzące działalność gospodarczą pod nazwą K.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że udzielone przez wykonawcę wyjaśnienie doprowadziło do zmiany treści oferty przez wpisanie zamiast konsorcjum E, T, K, wykonawcy: E, T (dla części III) oraz E, K (dla części V). Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że istniejące rozbieżności pomiędzy treścią złożonych formularzy ofertowych oraz załączonymi do nich dokumentami, kwalifikowały się do zastosowania procedury wyjaśniającej, mającej na celu ustalenie rzeczywistej treści złożonego przez Wykonawcę oświadczenia woli. Zauważyć także należy, że w rozdziale XIV ust. 8 Zamawiający przewidział możliwość żądania udzielenia wyjaśnień treści złożonych ofert.

80. Sygn. akt KIO 346/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.

Należy również zaznaczyć, że w orzecznictwie Izby ukształtował się słuszny pogląd, który skład orzekający w niniejszej sprawie podziela, że z treści samej oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań przedmiotu zamówienia, określonych w treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. (...)

Zatem podkreślić należy, że treść oferty, precyzująca oferowane produkty i rozwiązania, musi być ustalona w terminie składania ofert i nie może podlegać dookreśleniu po upływie tego terminu, a wykonawca oferujący rozwiązania równoważne ma obowiązek wykazać, że przedstawione w treści oferty rozwiązania spełniają wymagania określone przez zamawiającego i, pomimo że ustawa p.z.p. przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli, jeśli jest ono niejednoznaczne – takie jak instytucja wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. – w ustalonym stanie sprawy rozpoznawanego odwołania Izba stwierdziła, iż oferta wykonawcy jest wprost niezgodna z treścią dokumentacji postępowania, zatem w tym stanie faktycznym prowadzenie postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p. jest niedopuszczalne, prowadziłoby bowiem do obejścia prawa i nieuprawnionych negocjacji dotyczących złożonej oferty poprzez ingerencję w jej treść – wprost niezgodną z dokumentacją postępowania.

81. Sygn. akt KIO 528/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień

dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba uznała podniesiony zarzut za niezasadny. Jak już wyżej wskazano, modyfikacja, jakiej domaga się odwołujący, wykraczałaby poza dyspozycję art. 87 ust. 2 ustawy P.z.p., ponieważ skutkowałaby zmianą treści oferty nieprzewidzianą we wskazanym przepisie. Tym samym żądanie odwołującego w zakresie wezwania go do złożenia wyjaśnień należy uznać za bezpodstawne.

Art. 87 ust. 2 pkt 2

82. Sygn. akt KIO 624/18, KIO 645/18, Wyrok z dnia 24 kwietnia 2018 r.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej braku możliwości poprawienia nieprawidłowych wartości w ofercie Odwołującego z uwagi na istotność załącznika nr 4 do SIWZ w procesie inwestycyjnym Izba zauważa, że załącznik ten miał służyć ustaleniu kwotowych wartości poszczególnych rodzajów robót dla potrzeb obliczenia stanu zaawansowania robót budowlanych (pkt 19.2.4. wzoru umowy – załącznik nr 3 do SIWZ). Postanowienia SIWZ nie zawierają postanowień, które wskazywałyby, że na podstawie tego formularza wykonawcy byłiby zobowiązani do obliczenia ceny. W SIWZ wskazuje się również, że przedmiary robót miały wyłącznie charakter pomocniczy. W związku z powyższym Zamawiający był zobligowany do poprawienia nieprawidłowych wartości w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, a więc oczywistych omyłek rachunkowych. O oczywistości tych omyłek świadczą niektóre pozycje formularza przykładowo: 3.4.1.3.4., 3.4.1.4.5. czy 6.4., gdzie wskaźniki procentowe wynoszą: 0,0100%, 0,0001%, 0,1000%. Porównanie tych wskaźników z całkowitą ceną oferty powoduje, że nieprawidłowe wartości w kolumnach „cena netto”, „cena brutto” w sposób oczywisty „rzucają się w oczy”, nie budzą jakichkolwiek wątpliwości i wynikają z danych zawartych w samej ofercie bez konieczności ich uzupełniania przez Wykonawcę. W ocenie Izby Zamawiający był zobowiązany poprawić ofertę Odwołującego w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, co Izba nakazała.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

83. Sygn. akt KIO 122/18, wyrok z dnia 31 stycznia 2018 r.

Zasadniczym dla tego wniosku było stanowisko Odwołującego złożone ustnie do protokołu rozprawy wskazujące, iż niezgodności do jakich doszło pomiędzy kosztorysem ofertowym a dokumentacją stanowiącą załącznik do siwz, nie miały charakteru omyłek popełnionych w sposób nieświadomy i niezamierzony. Ponownie należy przywołać wyjaśnienia dotyczące przyczyn zaistniałych niezgodności, w których Wykonawca przyznał, iż kierował się własnym doświadczeniem i wiedzą i jedynie w części pozycji kosztorysu ofertowego uwzględnił zmiany dokonane przez Zamawiającego w opisie nakładów pozycji opisanych normami KNR. W sprawie wystąpiły zatem niezgodności pomiędzy treścią oferty a siwz, a nie omyłka wynikająca z braku staranności lub spowodowana niecelowym działaniem wykonawcy, o jakim mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy. W świetle utrwalonej wykładni pojęcia omyłki, nie można mówić o jej zaistnieniu w sytuacji, gdy wykonawca świadomie wprowadza zmiany w treści oferty, odbiegające od opisu zawartego w siwz. KIO jak i Sądy Powszechnie w przypadku zarzutu zaniechania poprawienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 Ustawy badają, czy niezgodności te nie są wynikiem zamierzonego działania wykonawcy (*vide* wyrok SO w Poznaniu z 18.12.2014 r., sygn. akt X Ga 522/14), jak również ustalają, czy poprawienie omyłki jest możliwe na podstawie treści oferty, co ma stanowić granicę, której przekro-

czenie może oznaczać prowadzenie niedozwolonych negocjacji treści oferty. Jak trafnie zostało to ujęte w uzasadnieniu wyroku SO w Łodzi z dnia 30.12.2015 r., sygn. II Ca 1583/15, zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę jedynie wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę i nie może żądać wyjaśnienia treści oferty, którą uważa za niejasną lub niezgodną z treścią siwz. W niniejszej sprawie z taką niejasnością Zamawiający się zetknął, gdyż Wykonawca dokonał kalkulacji ceny oferty, która prowadziła do pominięcia części nakładów, koniecznych do uwzględnienia przy realizacji prac, tak aby były one wykonane w sposób prawidłowy. Odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem o uwzględnieniu wszystkich kosztów, w tym niezbędnych materiałów, nie wykazał, aby były one uwzględnione w pozycjach, w których opisie nie zostały wprost wskazane. (...)

Dopuszczenie złożenia wyjaśnień w tych okolicznościach nie byłoby celowe, gdyż Wykonawca jedyne, co mógłby uczynić, to próbować wyjaśnić przyczyny stwierdzonych niezgodności, w sposób jaki prezentował na rozprawie. Zamawiający, mając zatem przekonanie co do niezgodności treści oferty z jednoznacznymi zapisami siwz, nie miał potrzeby wystąpienia o wyjaśnienia, które nie mogły prowadzić do zmiany treści oferty, której wycena dawała świadcstwo niezgodności z założeniami wskazanymi na etapie ogłoszenia o zamówieniu.

84. Sygn. akt KIO 485/18, Wyrok z dnia 28 marca 2018 r.

Okoliczność odmiennego sposobu obliczenia ceny przez Odwołującego nie może jednak stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, albowiem w przypadku oferty Odwołującego z takim błędem nie mamy do czynienia. Warunkiem koniecznym ustalenia ziszczenia się podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. (...)

Dokonane przez Odwołującego uproszczenie w sposobie obliczenia ceny (polegające na uwzględnieniu wartości procentowej odpowiadającej stawce podatku VAT na wcześniejszym etapie niż wskazany przez Zamawiającego w SIWZ) nie skutkowało zatem błędem w obliczeniu ceny. Wyklucza to możliwość uznania, iż zaistniała podstawa odrzucenia oferty Odwołującego, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. (...)

Podanie przez Odwołującego wartości prowizji jako „prowizji brutto” stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest to jednak niezgodność, która powinna zostać przez Zamawiającego poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podał wartość prowizji jako prowizję brutto, uwzględniającą wartość procentową odpowiadającą stawce podatku VAT – 17,83%. W związku z tym poprawienie zaistniałej niezgodności z SIWZ powinno polegać na wpisaniu w pkt 1 formularza ofertowego ww. wartości prowizji bez uwzględnienia wartości procentowej odpowiadającej stawce podatku VAT, jaka została wskazana przez Zamawiającego w treści SIWZ (23%), tj. wartości prowizji wynoszącej: 14,49593495934959 %. Wartość ta jest zatem możliwa do ustalenia na podstawie danych zawartych w ofercie („prowizja brutto” wskazana w pkt. 1 formularza ofertowego oraz kwota stanowiąca cenę brutto wskazana w pkt. 2 formularza ofertowego) oraz danych zawartych przez Zamawiającego w treści SIWZ (23% stawka podatku VAT, pozostałe dane, jakie należy podstawić do wzoru służącego do obliczenia ceny oferty). Poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Nie doprowadzi do zmiany ceny oferty netto ani ceny oferty brutto, stanowiącej kryterium oceny ofert. Zmianie nie ulegnie nawet oferowana przez Odwołującego wartość prowizji – zostanie ona jedynie wyrażona w treści oferty w sposób poprawny, tj. bez uwzględnienia w jej wysokości wartości procentowej odpowiadającej stawce podatku VAT.

85. Sygn. akt KIO 528/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., Izba stwierdziła, że wskazanie przez odwołującego symbolu systemu backup P/N: P-ESSSTD-VS-P0000-00, czyli licencji typu GOVERNMENT, nie jest omyłką podlegającą poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

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

System backupu wchodził w zakres przedmiotu zamówienia i został opisany w opisie przedmiotu zamówienia. W załączniku nr 6 do s.i.w.z. w punktach od 41 do 57 zamawiający określił wymagania techniczne tego oprogramowania. Zamawiający wymagał również, by zaoferowany system posiadał licencję typu komercyjnego, gdyż sam jest użytkownikiem komercyjnym i nie jest uprawniony do użytkowania licencji typu GOVERNMENT.

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. To zamawiający, jako gospodarz postępowania, określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel, jaki zamierza osiągnąć.

Odwołujący, wskazując w ofercie system backupu nieodpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia, w istocie zaoferował oprogramowanie inne niż wymagane przez zamawiającego. Dokonanie zmian w ofercie odwołującego w sposób, jakiego żądał odwołujący, tj. poprzez zmianę systemu backup na komercyjny, byłoby zmianą istotną, ponieważ dotyczyłoby zamiany jednego z elementów przedmiotu zamówienia na zupełnie inny produkt.

Art. 89 ust. 1 pkt 2**86. Sygn. akt KIO 2698/17, Wyrok z dnia 5 stycznia 2018 r.**

(...) konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, co jednak musi być poprzedzone umożliwieniem uzupełnienia dokumentu dotkniętego brakiem w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Jednakże tryb ten nie może służyć obejściu braku sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu, co do zasady niezależnego od wykonawcy, źródła istniejącej treści oferty, a nie rekonstruowaniu na ich podstawie treści tej oferty. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłyby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszenia zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

87. Sygn. akt KIO 2739/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ, ustawa Pzp z jednej strony obliguje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 Pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warun-

ków zamówienia (art. 37 ust. 1 i 2 Pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 16 i 10 Pzp). Z drugiej strony art. 82 ust. 2 Pzp zastrzega dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, a w art. 82 ust. 3 Pzp wprost wskazuje, że treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny, za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą do oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. (...)

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. (...)

Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia wynikający z oferty nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ. Ta niekompatybilność oparta może być na wielu płaszczyznach oferty, czy to w zakresie wykonania, czy też sposobie wykonania zamówienia. Jednocześnie za niezgodnych z treścią SIWZ nie uważa się sytuacji, w których to aspekty formalne oferty nie odpowiadają zapisom SIWZ. (...)

Możliwe jest wyjaśnianie i uzupełnianie treści dokumentów przedmiotowych, ale w zakresie treści widniejącej w ofercie, nie zaś przedstawianie nowych elementów, które winny od początku składać się na przedmiotową stronę świadczenia. Samo zaś złożenie ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym o zgodności przedmiotu zamówienia z SIWZ, nie jest w ocenie Izby wystarczające do potwierdzenia prawidłowości konstrukcji oferty. W ocenie Izby zestawienie tabelaryczne składające się na szczegółowy opis oferowanego przedmiotu zamówienia miało na celu potwierdzenie nie tylko, że oferowane elementy są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, ale jednocześnie identyfikowało ono zakres świadczenia wykonawcy, do wykonania którego zobowiązany będzie po zawarciu umowy. Z tego powodu tę część należało uznać za merytoryczną treść oferty, która nie może ulec zmianie w wyniku składania przez jej autora wyjaśnień i uzupełnień.

88. Sygn. akt KIO 423/18, Wyrok z dnia 20 marca 2018 r.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, wymagań technicznych, warunków realizacji, ceny i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (...)

Podkreślenia wymaga również, że z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

89. Sygn. akt KIO 547/18, Wyrok z dnia 6 kwietnia 2018 r.

Zarzut dotyczący poz. nr 8 potwierdził się, gdyż drukarka oferowana przez przystępującego nie spełnia wymagania posiadania podajnika na minimum 250 arkuszy.

Zamawiający i przystępujący nie zaprzeczyli, że zgodnie z instrukcją, podajnik drukarki X posiada podajnik na 150 arkuszy, wywodzili jedynie, że przy zastosowaniu papieru o niższej gramaturze do podajnika można załadować 250 arkuszy. Zamawiający argumentował również, że odrzucenie oferty przystępującego byłoby niezasadne, gdyż w SIWZ nie ustalił wymagania dotyczącego gramatury papieru.

Izba nie podzieliła tego poglądu. Odwołujący nie domagał się odrzucenia oferty przystępującego z powodu niespełnienia wymagań co do gramatury papieru, ale z powodu niespełnienia wymagania dotyczącego pojemności podajnika na papier oferowanej drukarki. To wymaganie nie zostało spełnione, gdyż przy zastosowaniu papieru o minimalnej gramaturze zalecanej przez producenta 6060 g/m² do podajnika można załadować 200 kartek, co oznacza brak spełnienia wymagania zamawiającego. Izba w składzie rozpoznającym odwołanie wyraża pogląd, że nie można mówić o zgodności oferty z SIWZ, w sytuacji, gdy spełnienie wymagań zamawiającego oznacza użytkowanie urządzenia niezgodnie z wymaganiami producenta. Jest to widocznie w okolicznościach sporu, gdyż w instrukcji obsługi producent wyraźnie wskazał na konsekwencje używania papieru o gramaturze innej niż zalecana. Może to mieć znaczenie również dla możliwości skorzystania z uprawnień wynikających z gwarancji.

90. Sygn. akt KIO 595/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Izba wskazuje, że 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 niewpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów, jakie zawiera oferta. Natomiast o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. 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 określonego przez Zamawiającego merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

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, wyartykułowanym jednoznacznie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty, bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) wymagania. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowania 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 SIWZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

91. Sygn. akt KIO 733/18, Wyrok z dnia 30 kwietnia 2018 r.

Izba, oceniając złożone przez wykonawcę opracowania, wzięła pod uwagę przede wszystkim tryb, w jakim prowadzone jest przedmiotowe postępowanie o zamówienie publiczne, tj. tryb negocjacji z ogłoszeniem, który jest trybem elastycznym, mającym na celu zapewnienie i wybór przez zamawiającego optymalnego sposobu realizacji zamówienia i umożliwienie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia i wymagań siwz. Oferta złożona przez wykonawcę w tym trybie ma charakter wstępny i stanowi podstawę do rozpoczęcia negocjacji, których celem jest doprecyzowanie lub uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji takie elementy, jak opis metodyki czy sposób wykonania zamówienia, mogą być określone w sposób precyzyjny dopiero po przeprowadzonych z wykonawcami negocjacjach. Zauważyć także należy, że Zamawiający przewidział, iż jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej będzie jakość, w ramach którego będzie oceniał metodykę i próbkę pracy w wersji, która zostanie załączona do oferty ostatecznej (dowód: odpowiedź na pytanie nr 2 z dnia 20 marca 2018 r.). Oznacza to, że opis metodyki i próbka pracy, przekazane Zamawiającemu w dniu 26 marca 2018 r., mają jedynie charakter wstępny, będą one negocjowane, a wersja ostateczna tych dokumentów będzie przedmiotem oceny w kryterium jakości. Z tych też względów nie sposób wymagać, aby dokumenty te już na etapie oferty wstępnej były szczegółowe i precyzyjne.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

92. Sygn. akt KIO 317/18, Wyrok z dnia 28 lutego 2018 r.

Przechodząc dalej do zarzutów odwołania, w tym czy możliwe było zastosowanie w postępowaniu art. 87 ustawy Pzp i poprawienie omyłki co do stawki podatku, to w pierwszej kolejności uznać należy, że w ofercie Odwołującego nie dopatrzone się wątpliwości, które wymagały zastosowania trybu wyjaśnień. Treść oferty Odwołującego była klarowna, w tym także w zakresie zastosowanej stawki podatku. Natomiast sprawdzenie, czy zastosowana stawka jest

prawidłowa nie mieści się już, w ocenie Izby, w procedurze wyjaśnień. Wszelkie bowiem dywagacje na ten temat prowadziłyby do istotnej zmiany treści oferty, a więc zastosowanie trybu poprawy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp byłoby wykluczone.

W takiej sytuacji zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT uznać należy za błąd w obliczeniu ceny, który obligatoryjnie prowadzi do odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Zatem działania Zamawiającego dokonane w procesie badania i oceny ofert uznać należało za prawidłowe.

Art. 89 ust. 1 pkt 3

93. Sygn. akt KIO 2727/17, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.

Odnosząc się natomiast do twierdzeń odwołującego, iż działania X polegające na umyślnym składaniu postąpień w taki sposób, aby jednocześnie uniemożliwić złożenie postąpienia odwołującemu, jak również, że fakt złożenia oferty na kilka sekund przed zamknięciem aukcji stanowią naruszenie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy stwierdzić, że Izba tego stanowiska nie podziela. Czynem nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu klauzuli generalnej wynikającej z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) – *przyp. red.* jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W doktrynie wskazuje się, że „dobre obyczaje” należy oceniać przez pryzmat ekonomiczno-funkcjonalny, co oznacza, że uczciwe konkurowanie przedsiębiorców opierać ma się na elemencie cenowej i jakościowej rywalizacji. Istota czynu nieuczciwej konkurencji w przypadku przystępującego, w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegać miała na wielokrotnym składaniu własnych postąpień w taki sposób, aby odwołujący nie miał możliwości złożenia własnego postąpienia, w końcu na złożeniu oferty cenowej w ostatnich sekundach trwania aukcji. Izba, oddalając zarzuty w tym zakresie, wzięła pod uwagę fakt, iż wykonawcom, na równych zasadach, przekazane zostały SIWZ oraz zaproszenie do udziału w aukcji, a zatem znane były wcześniej zasady jej prowadzenia. Jednocześnie, jak podkreślał zamawiający, czemu też odwołujący nie przeczył, brał on wcześniej udział w aukcjach, a zatem znana mu była ich specyfika. Również analiza przebiegu aukcji prowadzi do wniosku, że obie strony miały możliwość składania postąpień, na równych zasadach, co czynił zarówno przystępujący, jak też odwołujący. Ponadto należy zauważyć, że normalną, a nawet powszechną praktyką przy udziale w aukcjach elektronicznych jest to, że oferty składane są w ostatnich momentach trwania takich aukcji, nawet w ostatnich ich sekundach.

94. Sygn. akt KIO 126/18, Wyrok z dnia 5 lutego 2018 r.

W ocenie Izby oferta Przystępującego spełniała przesłanki, aby jej złożenie uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Przyjęcie bowiem przez Przystępującego do kalkulacji cen poszczególnych biletów innych założeń niż wynikające z SIWZ, jak chociażby usług tanich linii lotniczych, których uwzględnienia Przystępujący nie wykluczył, jak również nieuwzględnienie w ofercie stawianych przez Zamawiającego wymogów, dotyczących m.in. obowiązku ujęcia kosztów za bagaż rejestrowany oraz wszelkich innych dodatkowych opłat, miało bezpośrednie przełożenie na obniżenie cen biletów, badanych przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert, które mimo najmniejszej wagi, w stanie faktycznym rozpoznawanym przez Izbę, okazało się decydującym o wyborze oferty najkorzystniejszej. Powyższe działanie Przystępującego, zdaniem Izby, miało na celu utrudnienie innym wykonawcom dostępu do zamówienia, naruszając tym samym ich interes wyrażający się w utracie szansy na uzyskanie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji. Bezprawne działania Przystępującego mające na

celu doprowadzenie do korzystnego dla wykonawcy X bilansu kryteriów oceny ofert naruszały również dobre obyczaje kupieckie.

95. Sygn. akt KIO 228/18, Wyrok z dnia 20 lutego 2018 r.

Stosownie do art. 3 ust. 1 u.z.n.k. [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) – *przyp. red.*], czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji wymagane jest wystąpienie dwóch elementów w działaniu wykonawcy: czyn musi być niezgodny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz musi on naruszać interes lub zagrażać interesowi innego przedsiębiorcy.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący dokonując nieuprawnionego wliczenia do opłaty wstępnej, oprócz wartości Sprzętu IT również innych kosztów dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, a zatem Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Podkreślić należy, że Zamawiający wymagał, aby wysokość opłaty wstępnej stanowiła 45% wartości Sprzętu IT. Tymczasem Odwołujący, jak wynika z jego wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu w dniu 20 grudnia 2017 r., do wysokości tej opłaty wstępnej wliczył również koszty towarzyszące dostawie, tj. obejmujące m.in. licencje na oprogramowanie systemowe, wdrożenie, ubezpieczenie oraz serwis gwarancyjny, a także koszty finansowe i marżę.

Odwołujący, dokonując wkalkulowania w wysokość opłaty wstępnej innych kosztów poza wartością Sprzętu IT, zawyżył wynagrodzenie, które miał mu wypłacić na początku realizacji zamówienia Zamawiający. Dokonane przez Odwołującego obliczenie opłaty wstępnej, powodowałoby niezasadne uzyskanie środków finansowych na późniejszą realizację zamówienia. Powyższe działanie, zdaniem składu orzekającego, wypełniało przesłanki określone w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., tj. było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, obowiązującymi w praktyce gospodarczej i jednocześnie zagrażało interesowi nie tylko innych przedsiębiorców, ale przede wszystkim Zamawiającemu, bowiem Zamawiający w momencie dostarczenia Sprzętu IT musiałby zapłacić również „z góry” za usługi niewykonane takie, jak np. montaż tego sprzętu i jego wdrożenie, które zostaną wykonane na późniejszym etapie postępowania. Również w sytuacji, gdyby Odwołujący zrezygnował z wykonania zamówienia, uzyskałby wynagrodzenie, przekraczające wartość wykonanych usług, tj. wartość sprzętu.

96. Sygn. akt KIO 408/18, wyrok z dnia 20 marca 2018 r.

Odwołujący bowiem niezgodnie z wymaganiami SIWZ skalkulował należne mu wynagrodzenie, powodując *de facto* dla etapu rękojmi i gwarancji możliwość uzyskania płatności na wcześniejszym etapie świadczenia za czynności, które nie zostały jeszcze zrealizowane i które potencjalnie mogą nie stanowić przedmiotu świadczenia – czym, w ocenie Izby, wypełnił hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) – *przyp. red.*] oraz w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. (...)

Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług, a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie z jednoczesnym naruszeniem w sposób niewątpliwy interesów Zamawiającego (Klienta) prowadzący do uniemożliwienia prawidłowego rozliczenia kontraktu oraz konieczności wypłaty Odwołującemu wynagrodzenia przed zrealizowaniem etapu świadczenia usługi dla okresu rękojmi i gwarancji. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne

usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ.

97. Sygn. akt VI Ga 95/17, Wyrok SO w Toruniu z dnia 17 lipca 2017 r.

W ocenie Sądu, wykładnia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w związku z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) – przyp. red.], w tym z art. 3 ust. 1 i 2 u.z.n.k., z uwagi na otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji zawarty w ww. przepisie, nie wyklucza zarazem możliwości objęcia takim czynem także sytuacji opisanych w art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k. [ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 798) – przyp. red.], na które powołuje się odwołujący.

Przeciwnie stanowisko skutkowałoby w istocie tym, iż kontrola Izby w ramach postępowania odwoławczego w szeregach przypadków byłaby całkowicie iluzoryczna, a wręcz w sposób niedopuszczalny spod kontroli tej wyjęte zostałyby liczne naruszenia prawa, o których mowa m.in. w art. 6 ust. 1 u.o.k.i.k., przy czym stanowiące jednocześnie czyny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i 2 u.z.n.k., których katalog, jak podkreślono wyżej, pozostaje przecież otwarty. W myśl ostatniego z powołanych przepisów, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (ust. 1). Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (ust. 2).

98. Sygn. akt XXIII Ga 983/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 września 2017 r.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty P, której złożenie stanowiło według skarżących czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy p.z.p. w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) – przyp. red.] Sąd Okręgowy ustalił, że zaferowane przez przystępującego opusty (15% od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach krajowych, 3% od ceny przewoźnika dla biletów lotniczych na trasach zagranicznych oraz 5% od ceny przewoźnika dla biletów kolejowych na trasach zagranicznych), które zgodnie z zarzutem skarżących „powodują, że wykonawca dopłaca do cen biletów oferowanych przez przewoźników, a tym samym świadczenie nie jest ekonomicznie uzasadnione” – nie zostało również wykazane. (...)

Sąd Okręgowy zauważa tu w pierwszej kolejności, że postrzeganie wysokości zaferowanych przez przystępującego opustów nie może sprowadzać się do perspektywy skarżącego, tj. jego własnych możliwości i jemu dostępnych mechanizmów budowy ceny/opustów oraz nie może opierać się jedynie na poczynionych przez skarżącego ogólnych, niepoddających się obecnie weryfikacji, założeniach.

Sąd Okręgowy podzielił tu stanowisko skarżącego (na podstawie „Rozkładu poszczególnych świadczeń w ramach przedmiotu zamówienia” – s. 4 Pisma procesowego) co do tego, że „Ciężar ekonomiczny wykonania zamówienia przypada (...) w znaczącej części na koszt podróży lotniczych”, wobec czego przede wszystkim ten segment zamówienia poddał analizie. (...)

Po pierwsze, największe oszczędności generuje możliwość prowadzenia sprzedaży bezpośredniej biletów lotniczych, tj. bez pośrednictwa systemu dystrybucji w postaci kanałów agencyjnych, gdyż w takiej sytuacji przewoźnik lotniczy nie jest zobowiązany do ponoszenia znacznych kosztów dystrybucji w postaci opłat dystrybucyjnych do operatorów systemów. Koszt sprzedaży biletu lotniczego w przypadku sprzedaży bezpośredniej jest bowiem prawie 10-krotnie niższy niż za pośrednictwem agencyjnego kanału dystrybucji, co w skali całej umowy przekłada się na znaczne kwoty oszczędności. Po drugie, P pełni w oparciu o odpowiednie umowy GSA (General Sales Agent) rolę Generalnego Agent Sprzedaży dla wszystkich linii lotniczych zrzeszonych w IATA, co oznacza, że otrzymuje z tytułu sprzedaży biletów lotniczych innych przewoźników prowizję, która w odróżnieniu od sprzedaży agencyjnej jest naliczana od razu w momencie sprzedaży każdego biletu. P uzyskuje zatem środki na finansowanie sprzedaży takiego biletu już w chwili sprzedaży. Dodatkowo należy wskazać, że wykonywanie przez P przedmiotowej umowy nie będzie się wiązało z żadnymi kosztami w zakresie kosztów osobowych czy administracyjnych, ponieważ są one ponoszone w stałej wysokości z bieżącą działalnością przewoźnika." (...)

Sąd Okręgowy uznał, że przedmiotowy zarzut się nie potwierdził. Przypomnienia i podkreślenia wymaga też tu, że to na skarżącym spoczywał ciężar dowodu, któremu ten jednak nie sprostał, a nie jest w ocenie Sądu Okręgowego wystarczającym samo powołanie się na okoliczność zaoferowania wyższych, niż je zaoferował skarżący, opustów. Dodatkowo zauważyć należy, iż sama okoliczność przystąpienia do zamówienia przez P, która jest przewoźnikiem lotniczym, nie może co do zasady stawiać tego przystępującego do zamówienia w pozycji gorszej, niż pozostałych wykonawców, którzy są pośrednikami. Jedynie bowiem udowodnienie oferowania przez P cen za bilety w wysokości poniżej kosztów tego wykonawcy jako rażąco zaniżonych, mogłoby uzasadniać twierdzenie o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

99. Sygn. akt XII Ga 739/17, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 6 listopada 2017 r.

(...) w rozdziale 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [(t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) – *przyp. red.*] skatalogowane zostały typowe czyny nieuczciwej konkurencji, jednak katalog tych czynów ma charakter otwarty, co oznacza, że za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane również działanie niestypizowane w ustawie pod warunkiem, iż spełnia przesłanki ogólne określone w art. 3 ustawy. Niewątpliwie natomiast KIO zakwalifikowała czyn skarżącego jako działanie wyczerpujące znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (s. 86 uzasadnienia). Odwołując się do definicji dobrych obyczajów KIO oparła się na poglądach orzecznictwa – pojęcie dobrych obyczajów jest wystarczającą przesłanką do zakwalifikowania działania przedsiębiorcy jako czynu nieuczciwej konkurencji niezależnie od tego, czy czyn stanowi działanie sprzeczne z prawem. KIO prawidłowo w konsekwencji uznała, iż skarżący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez dopuszczenie się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które narusza interes innego przedsiębiorcy, polegającego na manipulacji ceną, która stanowiła element kryterium oceny ofert w postępowaniu. Skalkulowanie ceny w sposób odbiegający od warunków rynkowych powoduje niewątpliwie naruszenie interesów innych przedsiębiorców, którzy wyceniają swoje usługi, odnosząc je do realnych kosztów, a tym samym tacy przedsiębiorcy nie mogą realnie konkurować z wykonawcą (skarżącym).

Art. 89 ust. 1 pkt 4**100. Sygn. akt KIO 2573/17, KIO 2575/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.**

Odnosząc się do zasadniczej tezy, na jakiej Odwołujący opierali wniosek o rażąco niskiej cenie w ofercie wybranej, tj. braku dowodów, które czynić miałyby wyjaśnienia wykonawcy wiarygodnymi, Izba w obecnym składzie podziela stanowisko Sądów Powszechnych o braku bezwzględneho obowiązku załączania dowodów i konieczności indywidualnej oceny złożonych wyjaśnień. Formułowanie sztywnych wytycznych wobec oceny, która zawsze ma charakter dostosowany do zakresu wezwania określającego przedmiot wyjaśnień, w tym szczególnych uwarunkowań dotyczących danego wykonawcy, może nie mieć racji w danych okolicznościach.

101. Sygn. akt KIO 115/18, Wyrok z dnia 2 lutego 2018 r.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie niebędącą ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Art. 89 ust. 1 pkt 6**102. Sygn. akt KIO 2723/17, Wyrok z dnia 11 stycznia 2018 r.**

(...) w ocenie Izby dominujący charakter oraz główny cel czynności, do jakich zobowiązany będzie wykonawca realizujący zamówienie w części objętej odwołaniem, sprowadza się do zapewnienia właściwego odprowadzania ścieków, co prowadzi do zakwalifikowania przedmiotowej usługi (mającej charakter kompleksowy, składającej się z wielu różnorodnych czynności) jako usługi związanej z odprowadzaniem ścieków i objętej stawką podatku VAT w wysokości 8%. Wykonawca zapewnia bowiem odprowadzenie ścieków z urzędzenia, jakim jest kabina WC, pisuar, umywalka czy kabina prysznicowa, poprzez przyłącze wodno-kanalizacyjne do sieci kanalizacyjnej, którą następnie ścieki są odprowadzane do oczyszczalni ścieków.

Należy przy tym zauważyć, iż Odwołujący nie wykazał w toku postępowania odwoławczego, dlaczego proces „odprowadzania ścieków” powinno się ograniczać do czynności opróżnienia zbiornika, w którym są gromadzone ścieki i przetransportowania nieczystości do oczyszczalni ścieków. Trzeba w tym miejscu podkreślić, iż w ww. klasyfikacji PKWiU posłużono się sformułowaniem „odprowadzanie”, a nie „odbiór” ścieków. (...)

Ponadto, stanowisko Odwołującego zaprezentowane w piśmie z dnia 6 grudnia 2017 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2017 r., w ocenie Izby nie jest uzasadnione także w odniesieniu do poniższej kwestii. Zdaniem Odwołującego w przypadku zadań wskazanych pod pozycjami 1–10 OPZ w zakresie Zadania 1 mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, w ramach którego za usługę główną należy uznać usługę wynajmu kontenerów sklasyfikowaną pod pozycją 77.39.12.0 PKWiU (wynajem i dzierżawa kontenerów). Jak natomiast wynika z opisu tej pozycji zamieszczonego na stronie GUS, chodzi tu o wynajem i dzierżawę kontenerów intermodalnych (czyli kontenerów będących jed-

nostkami ładunkowymi używanymi w intermodalnym transporcie towarowym). Tymczasem w przypadku ww. zadań mamy do czynienia z dostarczeniem zupełnie innych kontenerów niż służące do transportu towarów kontenery intermodalne, co istotę całego kompleksowego świadczenia sprowadza do zapewnienia właściwego funkcjonowania systemu odprowadzania ścieków na jego początkowym odcinku. (...)

103. Sygn. akt KIO 480/18, Wyrok z dnia 29 marca 2018 r.

W ocenie Izby, odwołanie podlega oddaleniu. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że Odwołujący w załączniku nr 3b – formularz cenowy dla części 2 – nie wskazał wymaganej stawki podatku VAT, co stanowi błąd w obliczeniu ceny. Izba zgodziła się z Zamawiającym, iż istotą tego zamówienia były usługi o wymaganym standardzie, co stanowi odpowiednik usług noclegowych wskazanych w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług [z dnia 11 marca 2004 r. (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1221 ze zm.) – przyp. red.]. Izba zgodziła się z Przystępującym, że zamawiający wskazał w załączniku nr 3b definicję usług hotelowych przyjętą w tym postępowaniu, obejmującą świadczenie usług ze śniadaniem, parkingiem, internetem i klimatyzacją w cenie. Zamawiający również określił w sposób precyzyjny przedmiot zamówienia, obejmujący swym zakresem – wbrew temu, co twierdził Odwołujący – wyżywienie oraz bezpłatny parking, co wynikało m.in. z postanowień wzoru umowy. Izba nie zgodziła się również z Odwołującym co do istotny świadczonej usługi. W ocenie Izby, niniejszej usługi nie można było uznać jako usługi o charakterze turystycznym. Wiadomym było dla uczestników tego postępowania, jaki jest przedmiot i cel zamówienia. Przystępujący określił – w ocenie Izby – stawkę podatku VAT w sposób wymagany przez Zamawiającego, uwzględniając dokumentację postępowania – a w szczególności przedmiot zamówienia.

Ponadto, odnosząc się do złożonej przez Odwołującego opinii, Izba uznała, że powyższe opracowanie sporządzone na zlecenie Odwołującego nie podlega ocenie jako dowód z opinii biegłego, a jedynie może być potraktowane przez Izbę jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez Odwołującego. Opinia taka jako dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała, wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2001 r., sygn. akt I PKN 468/00, oraz wyrok z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt I CSK 199/09).

104. Sygn. akt XXIII Ga 365/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2017 r.

Spór koncentrował się na pojęciu usługi kompleksowej. Zauważyć należy, że brak jest definicji legalnej tego pojęcia. Brak w szczególności takiej definicji na gruncie prawa podatkowego. O kompleksowości świadczeń można mówić, gdy: co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, albo gdy co najmniej jeden element stanowi świadczenie główne, podczas gdy przeciwnie, jedno lub więcej świadczeń jest postrzegane jako jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los prawny świadczenia głównego. Niewątpliwie ocena w jakich okolicznościach świadczenia powiązane należy taktować jako świadczenia jednolite winna być dokonywana z uwzględnieniem okoliczności konkretnego przypadku.

Art. 89 ust. 1 pkt 7b

105. Sygn. akt KIO 2739/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że oferta Przystępującego nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i dlatego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 7b ustawy Pzp. Nie każda wada wniesionego zabezpieczenia skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium. Niezbędne jest ustalenie, że Zamawiający nie będzie mógł z wniesionego zabezpieczenia skorzystać, a zatem, że wniesione wadium nie potwierdza faktycznego zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Tego zaś Odwołujący nie wykazał. Słusznie zauważali zarówno Zamawiający, jak też Przystępujący, że Specyfikacja jako Zamawiającego wskazywała Komendę (...). Izba zgadza się z twierdzeniami Przystępującego, że wskazanie w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium jednostki organizacyjnej zamiast organu (co jest częstym błędem zarówno samych wykonawców, jak też podmiotów odpowiedzialnych za sporządzanie gwarancji) nie czyni gwarancji nieważną, niezabezpieczającą interesu Zamawiającego. Jednostka organizacyjna (urząd, ministerstwo, komenda) służy tylko i wyłącznie do pomocy przy spełnianiu przez organ, jakim jest w tym przypadku Komendant (...), jego funkcji. Jednostka ta w żaden sposób nie jest odrębna od organu, któremu służy. Tym samym nie można uznać, że gwarancja, w której jako beneficjent została oznaczona Komenda, nie zabezpiecza interesów organu, jakim jest Komendant. Poza powyższym określeniem gwarancja zawierała prawidłowy adres (tożsamy dla jednostki i organu), prawidłowo określała kwotę zobowiązania, wskazywała nazwę prowadzonego postępowania i określała przypadki umożliwiające zatrzymanie wadium, właściwy był także termin ustanowienia gwarancji. Wszystkie te dane określone zostały w sposób prawidłowy i nie pozostawiający w rezultacie żadnej wątpliwości co do tego, na czym rzecz i w jakim postępowaniu gwarancja została udzielona. Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której ubezpieczyciel próbowałby się uchylić od odpowiedzialności z tytułu tak oznaczonego dokumentu.

Izba wskazuje, że zgodnie z aktualną linią orzeczniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy Pzp i art. 65 k.c. Izba nie podziela opinii prezentowanej na rozprawie, jakoby powyższa wykładnia była niedopuszczalna ze względu na fakt, że gwarancja ubezpieczeniowa stanowi jednostronne oświadczenie woli gwaranta. Należy zauważyć, iż zgodnie z przepisem art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (Dz.U. z 2015 r., poz. 1844 ze zm.), czynnościami ubezpieczeniowymi jest zawieranie umów ubezpieczenia, umów gwarancji ubezpieczeniowych lub zlecanie ich zawierania uprawnionym pośrednikom ubezpieczeniowym w rozumieniu ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz.U. z 2014 r. poz. 1450 oraz z 2015 r. poz. 1844), a także wykonywanie tych umów. Tym samym ustawa o działalności ubezpieczeniowej zalicza gwarancję ubezpieczeniową do kategorii umów. Jest to jedynie uprawnienie pozwalające zakładom ubezpieczeń na udzielanie gwarancji, nie przesądza jednak o jej treści. Należy zatem stwierdzić, że treść gwarancji ubezpieczeniowych kształtowana jest na zasadzie swobody umów, ukształtowanej w art. 353 (1) k.c. Oznacza to, że strony mogą same według swojej woli ukształtować treść łączącego je stosunku prawnego. Treść ta nie może być sprzeczna z obowiązującym prawem, właściwością stosunku prawnego i zasadami współżycia społecznego. Co do zasady przyjmuje się, iż gwarancja ubezpieczeniowa jest umową trójstronną, w której zakład ubezpieczeń (gwarant) ściąga własne zobowiązanie do zapłaty na rzecz podmiotu uprawnionego (beneficjenta) określonej w treści gwarancji kwoty w przypadku, gdyby osoba trzecia (zleceniodawca) nie spełniła swojego świadczenia. Gwarancja jest więc samoistnym zobowiązaniem gwaranta, jednak nie oznacza to, że gwarancja ubezpieczeniowa zmienia swój umowny charakter i staje się jednostronnym oświadczeniem woli. Ponadto charakter prawny gwarancji pozostaje w ocenie Izby bez wpływu na dopuszczalność jej wykładni jako oświadczenia woli. Dopuszczalność wykładni oświadczeń woli jednostronnych nie jest bowiem przez kodeks cywilny wyłączona. Przywołać należy brzmienie art. 65 k.c., zgodnie z którym: „§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2. W umowach należy ra-

czej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu". Tym samym treść gwarancji ubezpieczeniowej może podlegać wykładni, która winna uwzględniać m.in. okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie woli gwaranta, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Istotny jest także zgodny zamiar stron i cel umowy, a nie tylko dosłowne jej brzmienie. Powyższe dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli.

106. Sygn. akt KIO 171/18, Wyrok z dnia 1 marca 2018 r.

Przy wyrokowaniu Izba stwierdziła także, że niezastosowanie się odwołującego do postanowień pkt 9.3.2. oraz 9.3.5 SIWZ samo przez się nie stanowiło podstawy do odrzucenia jego oferty. W postanowieniach tych zamawiający wprowadził na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek, aby w składanych przez nich gwarancjach, jako zobowiązani zostali wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, jednakże, w ocenie Izby, postanowienia te miały charakter instrukcyjny, a ich ewentualne niedochowanie nie mogło wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postaci odrzucenia złożonej przez nich oferty. Dostrzeżenia wymaga, że to ustawa Pzp, a nie specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera zamknięty katalog przesłanek, po spełnieniu których oferta powinna być odrzucona. Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego w szeregu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, jak również sądów powszechnych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r., sygn. akt II Ca 489/06, wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r. sygn. akt IV Ca 357/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r. sygn. akt CXXII Ga 1313/15, zgodnie z którym gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum, który jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum.

107. Sygn. akt KIO 464/18, Wyrok z dnia 27 marca 2018 r.

W niniejszej sprawie zgodzić należy się z Odwołującym, że gwarancja ubezpieczeniowa przedstawiona przez Przystępującego w ogóle nie określa wykonawcy, którego ofertę ma zabezpieczać. W treści tej gwarancji wskazano jedynie beneficjenta, wystawcę gwarancji, nazwę postępowania przetargowego oraz wskazano podmiot, na wniosek którego gwarancja jest udzielana. Wnioskodawcy nie można jednak utożsamiać z podmiotem, który składa ofertę, czym innym jest bowiem wnioskowanie o wydanie gwarancji, a czym innym jej zakres podmiotowy, tj. czyją ofertę zabezpiecza. Nie ma żadnych przeszkód prawnych, aby określony podmiot wnioskował o wydanie gwarancji w celu zabezpieczenia oferty innego podmiotu, a podnoszone przez Zamawiającego niewielkie prawdopodobieństwo takiej sytuacji w praktyce nie może być okolicznością rozstrzygającą o skuteczności wadium, nie ma bowiem żadnej pewności, że brak precyzyjnego określenia wykonawcy, którego wadium dotyczy, nie stałby się podstawą odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej.

W treści złożonej przez Przystępującego gwarancji nie można znaleźć żadnego powiązania między wnioskodawcą a ofertą, której gwarancja dotyczy. Mimo że we wstępie gwarancji wymienia się wnioskodawcę jako zobowiązanego, to lektura całości dokumentu nie pozwala zdefiniować tego określenia, nie wiadomo o jakiego zobowiązanego (względem kogo i z jakiego tytułu) chodzi. Nie wynika z niego, aby podstawą wypłaty sumy gwarancyj-

nej były zdarzenia dotyczące udziału w postępowaniu podmiotu określonego jako wnioskodawca. (...)

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że wadium Przystępującego jest wadliwe z powodu braku możliwości jego powiązania z ofertą, którą ma zabezpieczać.

Art. 89 ust. 1 pkt 8

108. Sygn. akt KIO 507/18, Wyrok z dnia 29 marca 2018 r.

Z informacji zawartych w tym piśmie wynika, że oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp na podstawie odrębnych przepisów, tj. uosdg [ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. z 2017 r., poz. 2168 ze zm.) obecnie zastąpiona ustawą z dnia 6 marca 2018 r. prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r. poz. 646) – przyp. red.] Zamawiający wskazał, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu żądał: odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp – na wezwanie zamawiającego, zgodnie z Cz. Va ust. 1 pkt 5 SIWZ. Zgodnie z wyciągiem CEIDG załączonym do oferty odwołującego, indywidualna działalność gospodarcza partnera konsorcjum pani (...) prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą X była zawieszona. (...)

Zgodnie z przywołanym przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego art. 14a ust. 3 uosdg w okresie zawieszenia wykonywania działalności gospodarczej przedsiębiorca nie może wykonywać działalności gospodarczej i osiągać bieżących przychodów z pozarolniczej działalności gospodarczej. Niemniej zakaz ten nie oznacza, że przedsiębiorca ma powstrzymać się od wykonywania wszelkich działań związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą. Norma prawna określona w art. 14a ust. 4 uosdg określa, jakie działania przedsiębiorca może podjąć w okresie zawieszenia działalności gospodarczej. W tym przepisie pkt. 1) stanowi, że ma on prawo wykonywać wszelkie czynności niezbędne do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów. Z treści art. 14a ust. 4 pkt 1) uosdg wynika zatem, że katalog tych czynności nie jest zamknięty i może obejmować wiele takich niezbędnych czynności, które służą zachowaniu lub zabezpieczeniu źródła przychodów. Wśród tych czynności niezbędnych do zachowania lub zabezpieczenia źródła przychodów należy wskazać takie, które zmierzają do utrzymania w sprawności źródła przychodów, jego uchowania i uchronienia w taki sposób, aby przedsiębiorca mógł funkcjonować i uzyskiwać przychody w przyszłości.

Izba uznała, że wśród czynności, o których stanowi art. 14a ust. 4 pkt 1) uosdg mieści się także czynność przygotowania i złożenia oferty w postępowaniu przetargowym prowadzonym na podstawie przepisów Pzp. W związku z tym, w ocenie Izby, czynność zamawiającego podjęta na podstawie art. 14a ust. 3 uosdg, skutkująca odrzuceniem oferty odwołującego naruszała art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Ponadto zamawiający nie ustalił w sposób wystarczający, aby w przedmiotowym stanie faktycznym spełnione zostały przesłanki, które mogły skutkować uznaniem, że jednostronne oświadczenie woli odwołującego w postaci złożenia oferty było wadliwe, zatem Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie należy uwzględnić.

Art. 90 ust. 1 – 3

109. Sygn. akt KIO 2725/17, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że przystępujący rzetelnie

oszacował ofertę. Przystępujący wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny (tj. posiadanie własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa wykonawcy zlokalizowanej w bliskiej odległości od miejsca wykonania zamówienia, firma działająca na rynku lokalnym, wykonawca posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co pozwala zaoszczędzić na koszcie wynajmu, wykonawca zatrudnia pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia niższe od rynkowych, wykonawca korzysta z atrakcyjnych rabatów), nie przedstawił natomiast, w jaki sposób czynniki te wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości, o jakie mógł obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami.

Wskazane przez przystępującego czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi konkretnymi kwotami, o jakie przystępujący mógł obniżyć cenę. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przystępujący nie wykazał przy tym, iż wskazane wyżej okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom. Wydaje się również, iż inni wykonawcy również posiadają sprzęt i mają dostęp do rabatów, stąd też trudno przyjąć, iż okoliczności te są właściwe jedynie dla przystępującego.

110. Sygn. akt KIO 2740/17, Wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r.

Choć składka ubezpieczeniowa stanowi rekompensatę przyjęcia na siebie przez towarzystwo ubezpieczeniowe ryzyka, to jej składniki są zazwyczaj bardzo zróżnicowane – zarówno pod względem rzeczowym, jak i wartościowym. Jako zasadnicze przyjmuje się, że „Składka ubezpieczeniowa jest ceną, jaką płaci ubezpieczony za świadczone usługi, zwana ochroną ubezpieczeniową przed ponoszeniem szkód finansowych. Gdyby cena ta była równa składce netto P, to nie byłoby pewności otrzymania odszkodowania w przypadku zajścia zdarzenia ubezpieczeniowego. Należy więc składkę netto tak powiększyć o pewien dodatek D na ryzyko, aby prawdopodobieństwo utraty wypłacalności towarzystwa ubezpieczeniowego było na minimalnym poziomie. Ponadto składka musi pokrywać koszty akwizycji, administracji i likwidacji szkód, podatki, zysk ubezpieczyciela i inne obciążenia” (Wojciech Lewicki „Zarządzanie ryzykiem na przykładzie ubezpieczeń komunikacyjnych – studium badawcze roli agenta ubezpieczeniowego w procesie weryfikacji danych wpływających na kształtowanie się składki ubezpieczeniowej” Organizacja i Zarządzanie Numer 12/2016).

Powyższe wskazuje, że składka stanowi swoisty ekwiwalent wynagrodzenia za gotowość do ponoszenia ryzyka i w celu urealnienia jest ona uzupełniania kwotą gwarantującą zachowanie przez zakład ubezpieczeniowy płynności finansowej w przypadku zajścia zdarzenia objętego umową ubezpieczenia oraz zawiera koszty stanowiące podstawowe obciążenia finansowe (tj. przewidywalne i związane z bieżącą działalnością). Jednakże co do dwóch pierwszych składników wynagrodzenia w ramach umowy ubezpieczenia, ich oszacowanie i prezentacja są bardzo skomplikowanymi procesami i mają bardzo zindywidualizowany charakter.

Tym samym brak jest prawnych i faktycznych podstaw do wypracowania jednolitego sposobu kalkulacji składki ubezpieczeniowej, a co za tym idzie sposobu kalkulacji wynagrodzenia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku gdy przedmiotem tego postępowania jest ubezpieczenie majątkowe. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwoływającego, z którego można wywieść, że każdy wykonawca składając ofertę powinien uwzględnić w sposób jednolity wszystkie elementy wynagrodzenia, na które wskazał Odwoływający. Otóż w przypadku ubezpieczeń trudno jest opracować jednolity model wyliczenia wynagrodzenia stanowiącego wysokość składki ubezpieczeniowej, gdyż brak takiej możliwości wynika z samego charakteru poszczególnych i zasadniczych składników tego wynagrodzenia. Tym samym, jak wskazano na wstępie, ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, odmiennym regułem będzie podlegać ocena wyjaśnień składanych przez wykonawców w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. (...)

Określenie sztywnych ram dla czynności szacowania ryzyka, które w ramach działalności ubezpieczeniowej stanowi przeważającą część kosztów, jest z natury niemożliwe. Proces szacowania ryzyka opiera się bowiem na mechanizmach, których złożoność jest zależna od wielu czynników, tj. od przyjętego przez towarzystwo ubezpieczeniowe modelu procesu szacowania ryzyka, jego wiedzy, doświadczenia, struktury korporacyjnej, profilu i wreszcie, jak wskazywał Przystępujący, doświadczenia życiowego oraz wykorzystywanych narzędzi informatycznych.

111. Sygn. akt KIO 23/18, Wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r.

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie popiera jednolite stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Okręgowych, iż nie ma przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną, jednakże wyłącznie w przypadku, kiedy pierwotnie przedłożone wyjaśnienia wymagają doprecyzowania czy uszczegółowienia, zaś w ocenianym stanie faktycznym *de facto* wyceniono jedynie jeden składnik ceny – wynagrodzenie konserwatora, wbrew wieloskładnikowemu, określone przez zamawiającego przedmiotowi zamówienia. W ustalonym stanie faktycznym ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień skutkowałoby przywróceniem wykonawcy terminu na dokonanie czynności złożenia wyjaśnień i dowodów co do sposobu kalkulacji ceny, gdyż, w ocenie Izby, przedłożony dokument z dnia 13.12.2017 r. takich wyjaśnień nie stanowi. W sytuacji gdy wykonawca składa wyjaśnienia ogólne, nierzeczowe, niepoparte faktami, a przede wszystkim nieodnoszące się do przedmiotu zamówienia, wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 90 ust. 2 p.z.p., rozumianemu jako dolożenie należytej staranności, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego w sposób rzetelny wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty, ponowne wezwanie wykonawcy do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby bowiem do obejścia prawa i naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zatem Izba stwierdziła, iż w ustalonym stanie rzeczy nie spełnione pozostały przesłanki, które mogłyby skutkować ponownym wezwaniem do złożenia wyjaśnień przez wykonawcę X sp. z o.o. sp. k. i nakazała zamawiającemu odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.

112. Sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.

Następnie w ocenie Izby należy odnieść się do twierdzeń Odwołującego o niedopuszczalności powtórnego wzywania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W tym kontekście wskazać należy, iż żaden z przepisów Ustawy Pzp nie udziela wprost odpowiedzi na pytanie, ile razy zamawiający może dokonywać wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień co do realności zaoferowanej ceny oferty. W takiej sytuacji wobec braku możliwości oparcia się na wykładni literalnej, mającej pierwszorzędne znaczenie w systemie prawa stanowionego, należy zwrócić się ku wykładni systemowej i celowościowej. Przypomnieć więc trzeba, że celem systemu zamówień publicznych jest umożliwienie wydatkowania środków publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców stanowią z mocy art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp jeden z fundamentów systemu zamówień publicznych. Stąd też w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych ukształtował się pogląd, że wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę co do zasady ma charakter jednokrotny, a oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nie odnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu (por. wyrok KIO z dnia 13 maja 2014 r., KIO 572/14). Orzecznictwo i doktryna dopuszczają jednak możliwość zwrócenia się do wykonawcy, który złożył już wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny o dalsze wy-

jaśnienia w zakresie kosztów, czy założeń przyjętych do kalkulacji. Izba podziela wyrażany w orzecznictwie KIO pogląd, iż możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień zachodzi w praktyce przede wszystkim w dwóch sytuacjach: gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą jego wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia ceny, a wezwanie miało charakter ogólny, a także gdy wykonawca złożył wyjaśnienia, poparł je dowodami, jednak z wyjaśnień tych jednoznacznie nie wynika, że wykonawca zaoferował cenę rażąco niską bądź niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych, nie zostały w dostateczny sposób doprecyzowane przez wykonawcę i mogą budzić wątpliwości zamawiającego (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 466/17). (...)

W ocenie Izby powyższe zarzuty nie znajdują uzasadnienia na gruncie dokumentacji postępowania. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w postępowaniu odwoławczym Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem wyłącznie czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do uznania, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. W orzecznictwie i doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie wprost w treści art. 90 ust. 2 Ustawy Pzp. Wykonawca został więc ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ponieważ celem wyjaśnień wykonawcy jest wzruszenie przyjętego domniemania, muszą one być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę. Podkreślić tutaj należy, że nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zatem z momentem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy Pzp, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień, czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, skutkować winny odrzuceniem oferty (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2721/15). Ocena, czy wykonawca udźwignął ten obowiązek, nie może być dokonywana przez Zamawiającego schematycznie, musi uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień i sposób jego realizacji.

113. Sygn. akt KIO 2717/17, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.

Odrębnie wspomnieć należy o wypracowanej w orzecznictwie Izby zasadzie jednokrotnego wzywania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Pamiętać trzeba jednak, że znajduje ona zasadniczo zastosowanie w sytuacjach, w których wezwanie precyzyjnie wskazywało okoliczności, które należy wyjaśnić. W takiej sytuacji, w braku wyczerpującej odpowiedzi ze strony wykonawcy, nie należy ponownie wzywać go do złożenia wyjaśnień, a jedynie stwierdzić, że wykonawca nie podołał wynikającemu z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. W konsekwencji dopuszczalność ponownego wzywania w trybie art. 90 Pzp ograniczona powinna być do sytuacji, w których zamawiający wystosował ogólnikowe wezwanie i otrzymał odpowiedź o równie ogólnym charakterze,

bądź przypadków, gdy po uzyskaniu wyjaśnień zaistniała potrzeba uszczegółowienia informacji w zakresie nieobjętym uprzednim wezwaniem.

114. Sygn. akt KIO 104/18, Wyrok z dnia 1 lutego 2018 r.

Izba zauważa, że przepisy ustawy Pzp nie ograniczają wykonawców co do środków dowodowych, które mają oni składać w celu wykazania prawidłowości i rzetelności kalkulacji ceny oferty czy też kosztu. Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Kolejny przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, którego brzmienie powołano powyżej, odnosi się do oceny wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami. Z przepisów ustawy Pzp wcale nie wynika, ażeby wykonawca w celu wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, że została rzetelnie skalkulowana, był zobowiązany do przedstawiania konkretnych dowodów, w tym wiążących ofert swoich potencjalnych kontrahentów. Obowiązkiem Wykonawcy jest wykazanie, że cena lub koszt jest realny i nie zawiera znamion rażąco niskiej/niskiego w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wykonawca może zadośćuczynić temu obowiązkowi za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych. Takim dowodem może być również samo oświadczenie wykonawcy. Oczywiście ocena złożonych dowodów zawsze pozostaje w gestii Zamawiającego. W danych okolicznościach zasadna może być ocena, że przedłożony przez wykonawcę dowód jest niewiarygodny. Jednakże w przedmiotowej sprawie Zamawiający swoją ocenę załączonych do wyjaśnień Odwołującego ofert oparł tylko i wyłącznie na okoliczności, iż nie stanowiły one ofert w rozumieniu art. 66 k.c. Z tego tylko faktu Zamawiający wywodził, iż nie wiadomo, czy Wykonawca będzie w stanie nabyć oprawy ledowe czy materiały po zaoferowanych cenach. W ocenie Izby takie podejście jest zbyt rygorystyczne i nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Wykonawca ma bowiem wykazać, że kalkulacja ceny oferty została oparta na właściwych założeniach i była rzetelna. W ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił argumentów, które negowałyby wartość dowodową dokumentów załączonych przez Odwołującego do wyjaśnień.

115. Sygn. akt KIO 115/18, Wyrok z dnia 2 lutego 2018 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż większość tych okoliczności nie ma takiego charakteru, aby samo ich wystąpienie uznać za cechę przynależną wyłącznie temu wykonawcy, wyróżniającą go od konkurentów. Dotyczy to w zasadzie wszystkich okoliczności, ale w szczególności takich, jak: wykonywanie podzespołów w długich seriach, doświadczenie wykonawcy, posiadanie własnych maszyn, narzędzi czy urządzeń, zminimalizowanie czynnika ludzkiego czy minimalna liczba pracowników biurowych. Z treści złożonych wyjaśnień wynika co najwyżej, iż okoliczności te występują po stronie Przystępującego, jednakże nie wynika, iż stanowią one cechy charakterystyczne wyłącznie tego wykonawcy. Przykładowo, z faktu posiadania przez Przystępującego na własność szeregu maszyn, narzędzi i urządzeń służących do wykonania przedmiotu zamówienia nie wynika, że inni wykonawcy nie posiadają takich maszyn i narzędzi na własność i w związku z tym muszą ponosić wyższe koszty z tego tytułu. Z samego faktu stosowania przez Przystępującego określonych rozwiązań organizacyjnych nie wynika, iż nie są one stosowane również przez pozostałych wykonawców lub że wykonawcy ci nie stosują wprawdzie odmiennych rozwiązań, ale w podobny sposób pozwalających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Przede wszystkim jednak, Przystępujący nie podał wpływu wystąpienia ww. okoliczności na zaoferowaną przez niego cenę – nie podał realnych wartości obniżających cenę oferty. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. (...)

Ponadto, w ocenie składu orzekającego, wystąpienie określonych okoliczności umożliwiających danemu wykonawcy obniżenie oferowanej przez niego ceny nie jest konieczne do uznania, iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie jest ceną rażąco niską. Żadne szczególne okoliczności mogą nie występować w odniesieniu do danego wykonawcy – jeżeli jednak cena jego oferty pokrywa wszystkie koszty z tytułu realizacji danego zamówienia i pozwala wykonawcy na uzyskanie choćby minimalnego zysku, to wyklucza to uznanie ceny jego oferty za rażąco niską.

Tym samym, w odniesieniu do oferty Przystępującego istotne jest nie tyle wskazywanie na określone okoliczności stanowiące korzystne warunki realizacji zamówienia, umożliwiające obniżenie ceny oferty, lecz konieczne jest wykazanie, że cena jego oferty pokryje wszystkie koszty realizacji zamówienia i zapewni mu osiągnięcie chociażby minimalnego zysku. Ustalenie powyższego możliwe jest w oparciu o kalkulację ceny oferty, która powinna zostać przedstawiona przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego.

Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego Izba uznała za niewystarczające, jednakże mając na uwadze ogólnikowy charakter wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę byłoby przedwczesne. Jak wskazano w jednym z przytoczonych powyżej wyroków Izby, jeżeli „wezwanie do złożenia wyjaśnień ma charakter ogólnikowy, ograniczający się, przykładowo, wyłącznie do przytoczenia treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, to zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania równie ogólnikowych wyjaśnień.” Izba wzięła również pod uwagę fakt, iż wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były stosunkowo obszerne, jak i zostały do nich załączone konkretne dowody w postaci faktur VAT i umów o pracę.

116. Sygn. akt KIO 131/18, Wyrok z dnia 7 lutego 2018 r.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia z dnia 8 stycznia br. są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że przystępujący rzetelnie oszacował ofertę. Przystępujący wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny, tj. znajomość przedmiotu zamówienia i bliskie położenie jego przedsiębiorstwa od realizowanego zadania. Nie przedstawił natomiast, w jaki sposób czynniki te wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości, o jakie mógł obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami.

Wskazane przez przystępującego czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi konkretnymi kwotami, o jakie przystępujący mógł obniżyć cenę. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przystępujący nie wykazał przy tym, iż wskazane wyżej okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom. Znajomość przedmiotu zamówienia i bliskie położenie są okolicznościami dotyczącymi również odwołującego, stąd też trudno przyjąć, iż okoliczności te są właściwe jedynie dla przystępującego.

Co do zasady Izba zgadza się ze stanowiskiem przystępującego, iż nie w każdym przypadku należy składać dowody, jak również, że złożenie dowodów nie zawsze jest możliwe. Niemniej jednak okoliczności takie nie zaszły w tym postępowaniu. Przystępujący mógł złożyć dowody, chociażby w postaci umów zawieranych ze swymi pracownikami, z których wynikałoby ich wynagrodzenie w wysokości zadeklarowanej przez przystępującego.

Izba nie podziela stanowiska przystępującego, iż to odwołujący winien udowodnić, że nie ma możliwości wykonania zamówienia w sposób należyty za kwotę wskazaną w ofercie. Fakt wystosowania przez zamawiającego wezwania o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny rodzi po stronie wzywanego wykonawcy obowiązek wykazania, iż zaoferowana przez niego cena jest skalkulowana na rynkowym poziomie i nie ma cech ceny rażąco niskiej. Wynika to wprost z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p. Ustęp 1 wskazanego artykułu określa, jakież to okoliczności mogą wpłynąć na obniżenie ceny oferty, przy czym wymieniony tam katalog nie

ma charakteru zamkniętego. Wykonawca może i powinien powołać się na wszelkie czynniki pozwalające mu zaferować cenę na niższym poziomie. Wyjaśnienia złożone przez przystępującego nie dają żadnej wiedzy co do zasadności zaferowanej ceny. (...)

Odnosząc się do dowodów dołączonych przez przystępującego do pisma procesowego, Izba wskazuje, że informacje takie winny być przekazane przez przystępującego zamawiającemu w związku z wystosowanym przez niego wezwaniem z dnia 5 stycznia 2018 roku, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust. 1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty.

117. Sygn. akt KIO 167/18, Wyrok z dnia 16 lutego 2018 r.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaferowana nie jest rażąco niska. Zatem wykazanie prawidłowości ceny musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, natomiast niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Próba dowodzenia prawidłowości ceny dopiero w postępowaniu odwoławczym, z powoływaniem się na okoliczności niewskazane w wyjaśnieniach, jest spóźniona. Z tego powodu złożone przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego, a nieprzedstawione Zamawiającemu z wyjaśnieniami, informacje i dowody nie mogły mieć wpływu na rozstrzygnięcie Izby, którego przedmiotem była ocena zaniechania Zamawiającego w świetle informacji, jakimi dysponował oceniając ofertę.

Podkreślenia wymaga również, że prawidłowości ceny oferty nie można wykazywać poprzez wskazanie, że różnice w cenach ofert są typowe dla danej branży, w tym przypadku dla branży komunikacyjnej. Różnice te mogą być źródłem wątpliwości co do prawidłowości ceny, a gdy przekraczają określone ustawą progi, powstaje obowiązek wezwania do wyjaśnień (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). W takiej sytuacji, nawet jeśli w danej branży określone różnice w cenach nie są zjawiskiem nietypowym, to i tak wezwany wykonawca jest zobowiązany wykazać, że rzetelnie skalkulował cenę. W związku z tym wywody przedstawione przez Przystępującego, a odnoszące się do usprawiedliwienia różnicy między zaferowaną przez niego ceną a cenami pozostałych ofert (m.in. z powołaniem się na relacje cenowe ofert złożonych w innym postępowaniu przetargowym), nie mogą być argumentem potwierdzającym brak obowiązku odrzucenia oferty ceny, gdyż prawidłowość ceny powinna zostać wykazana wy-

jaśnieniami składanymi zamawiającemu, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Nawet jeśli wysokość ceny nie wynika z nadzwyczajnych okoliczności, na wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował i co w niej uwzględnił.

W ocenie Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał prawidłowości zaoficerowanej ceny. W piśmie Przystępującego zawierającym wyjaśnienia znajduje się jedynie głoślowe zapewnienie wykonawcy, że cena została obliczona z należytą starannością, z uwzględnieniem wszystkich wymagań określonych w SIWZ oraz w sposób zapewniający osiągnięcie zysku. W załączniku do wyjaśnień, który Przystępujący zatytułował „Szczegółowa kalkulacja” nie sposób natomiast znaleźć niemal żadnych informacji na temat tejże kalkulacji. Załącznik ten zawiera m.in. argumentację odwołującą się do doświadczenia Przystępującego oraz dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Odnosząc się do tych argumentów stwierdzić należy, że doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień nie jest cechą wyróżniającą Przystępującego spośród wykonawców, podobnie jak dysponowanie zasobami osobowymi. Odnośnie natomiast do dysponowania infrastrukturą techniczną zauważyć należy, że również w odniesieniu do tej okoliczności nie wiadomo, w jakim stopniu mogłaby ona wpłynąć na wysokość ponoszonych kosztów, Przystępujący nie wskazał, nawet orientacyjnie, jakiego rzędu oszczędności ta okoliczność generuje. Podanie bardziej szczegółowych informacji na ten temat w piśmie procesowym należy uznać za spóźnione, jak już bowiem wcześniej wskazano wszystkie okoliczności uzasadniające możliwość skalkulowania ceny na tak niskim poziomie, powinny być przywołane i wykazane w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu.

W dalszej części dokumentu pn. „Szczegółowa kalkulacja” Przystępujący wymienił rodzaje kosztów, które uwzględnił w cenie, przy czym nie podał ich wysokości, w związku z czym kalkulacja jego ceny ofertowej nie może być w żadnej mierze zweryfikowana na podstawie tych wyjaśnień. Ponadto Przystępujący oświadczył, że uwzględnił w kosztach osobowych wynagrodzenie za pracę przekraczające wynagrodzenie minimalne, jednak z wyjaśnień nie można powziąć wiedzy, w jakiej wysokości koszty te zostały przyjęte do kalkulacji ceny (w tym ilu pracowników dotyczą, jakiej specjalności i jakiego wymiaru czasu pracy). Bardziej szczegółowe informacje w tym zakresie Przystępujący przedstawił dopiero w piśmie procesowym.

118. Sygn. akt KIO 458/18, KIO 474/18, Wyrok z dnia 26 marca 2018 r.

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. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (jeżeli takie podano), ale i poprzez realność poczynionych do czasuochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoficerowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje istotne z punktu widzenia kalkulacji zaoficerowanej ceny, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoficerowanej ceny

a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące kalkulacji danej ceny, jak również okoliczności, które wpływają na daną cenę, uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Obecnie ustawodawca przesądził tę okoliczność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i ma to mieć miejsce na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym, jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia jest teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, a tym samym ryzyku, jakie ponosi on w przypadku uznania, iż wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Dostrzeżenia wymaga, że wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia, powinny uwzględniać założenia opisu przedmiotu zamówienia, a także szczegółowo wskazywać na czynniki, które pozwoliły danemu wykonawcy obniżyć cenę jego oferty.

119. Sygn. akt KIO 534/18, Wyrok z dnia 6 kwietnia 2018 r.

(...) złożone „wyjaśnienia” nie zawierają żadnych konkretnych informacji na temat zastosowanej przez Przystępującego wyceny oferty i poziomu zastosowanych przez niego cen jednostkowych za poszczególne elementy realizacji przedmiotu zamówienia, jak choćby kosztów robocizny czy materiałów. Nawet przykładowo załączone faktury nie zostały w żaden sposób wprowadzone do wyjaśnień poprzez odniesienie się do ich wpływu na koszt realizacji zamówienia.

Złożenie wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie odnosi się jedynie do przedstawienia zamawiającemu pisma zatytułowanego „Wyjaśnienia”, ale do przedstawienia merytorycznych informacji w przedmiotowym zakresie, które pozwolą na dokonanie przez zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny globalnej, w tym poprzez weryfikację cen jednostkowych i kosztów wykonania zamówienia występujących po stronie wykonawcy.

Pismo Przystępującego w widoczny sposób takich informacji nie zawiera, zatem pomimo że zostało ono złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oraz zostało zatytułowane „Wyjaśnienia”, takich, odpowiednich, wyjaśnień – i wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – nie stanowi. W żadnym zaś razie złożonego pisma nie można uznać za złożenie wyjaśnień co do poziomu ceny ze względu na brak w nim jakiegokolwiek kalkulacji, nawet w najbardziej ograniczonym zakresie, czy też wskazania, w jaki sposób wskazane okoliczności, np. fakt bycia producentem, wpłynęły na poziom cen.

Tym samym należy uznać, że Przystępujący nie złożył wyjaśnień na żądanie Zamawiającego, a zatem zachodzi przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w postaci braku złożenia wyjaśnień.

120. Sygn. akt KIO 667/18, Wyrok z dnia 24 kwietnia 2018 r.

Obowiązek zamawiającego wynikający z ww. przepisu [art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – *przyp. red.*] nie jest całkowicie uznaniowy, a więc należy przyjąć, iż mogą zaistnieć okoliczności, w obliczu których zamawiający powinien takie wątpliwości powziąć (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2007/17, KIO 2014/17). Co istotne, wątpliwości zamawiającego mogą dotyczyć nie tylko ceny całkowitej lub kosztu ofer-

ty, ale również ich istotnych elementów. Powyższe potwierdza ugruntowany w orzecznictwie pogląd o dopuszczalności badania elementów składowych ceny, jeśli mają istotny wpływ na wysokość ceny całkowitej oferty. Skierowanie zatem wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp jest następstwem pojawienia się po stronie zamawiającego stanu niepewności co do rzetelności ceny lub jej istotnych elementów, który to stan może zostać usunięty w drodze złożenia przez wykonawcę rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień popartych stosownymi dowodami odpowiednio do treści skierowanego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zatem doprowadzić do przekonania zamawiającego, że jego założenie jest błędne. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy (art. 90 ust. 2 ustawy pzp). Dla obalenia powstałego stanu niepewności nie wystarczy złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ogólnych czy zdawkowych, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy (tak też: wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2018r., sygn.. akt KIO 2703/17). (...)

W odpowiedzi na wezwania Zamawiającego Konsorcjum firm złożyło dwukrotnie wyjaśnienia o treści ogólnej, lakonicznej, co w konsekwencji powinno prowadzić do uznania, że wyjaśnienia nie zostały złożone. W pierwszej kolejności wskazać należy, że Wykonawca nie odniósł się do wszystkich pozycji wymienionych w wezwaniach Zamawiającego, jak również nie złożył żadnych środków dowodowych na urealnienie zaoferowanych przez siebie cen. Jedynie w zakresie poz. 35, 36 i 41 Wykonawca wskazał na koszty osobowe, których w swojej ocenie nie poniesie oraz koszty oleju, co również, jak podnosił Odwołujący, nie stanowi wyczerpującego wyjaśnienia ceny oferty. Wykonawca pominął koszty związane z samozatrudnieniem, koszty eksploatacji maszyny, konserwacji czy koszty związane z dojazdem do miejsca wykonania czynności zrywki drewna. Odwołujący podważał wysokość zaoferowanych cen również w zakresie kosztów prac maszynowych. Z dowodu przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie wynika, że w odniesieniu przykładowo do poz. 5 kosztorysu (mechaniczne zdarcie pokrywy na pasach agregatem (pługosiewnikiem) w metodzie Sobańskiego) Konsorcjum firm winno przedstawić wyjaśnienia wskazując na następujące koszty: paliwo ciągnika, koszt drugiego pojazdu do transportu nasion, koszt zatrudnienia pracowników, koszt obsługi codziennej (eksploatacja), koszty amortyzacji i zysk. Odwołujący wskazał w kalkulacji, że sam koszt paliwa ciągnika wynosi 147 zł/ha, cena zaoferowana przez Konsorcjum firm to 100 zł/ha, natomiast koszt planowany przez Zamawiającego to 602,88 zł. Konsorcjum firm w ogóle nie odniosło się do tej pozycji kosztorysu, podobnie jak do poz. 8, 18, 25, 28, 30, 32, 44 i 46. Odnośnie poz. 22 i 45 Wykonawca zwrócił wyłącznie uwagę na niewielkie różnice pomiędzy cenami zaoferowanymi a planowanymi przez Zamawiającego, czy na mniejsze ilości przewidziane do wykonania. W stosunku do poz. 41, 45, 27, 20, 16 i 29 Konsorcjum firm nie przedstawiło żadnych dowodów pomimo wyraźnego żądania Zamawiającego w treści wezwania, natomiast w zakresie poz. 16, 20, 27 i 29 zwróciło uwagę na popełnioną omyłkę pisarską, która w istocie polegała na zaniżeniu ceny dziesięciokrotnie. Nie ma przy tym znaczenia, że Wykonawca uznał ryzyko związane z zaoferowaniem takich cen. Złożone w tym zakresie wyjaśnienia nie tylko nie usuwają stanu niepewności co do rzetelności istotnych elementów ceny, ale potwierdzają, że ceny w pozycjach kosztorysu kwestionowanych przez Zamawiającego są rażąco niskie.

121. Sygn. akt KIO 710/18, Wyrok z dnia 30 kwietnia 2018 r.

Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dokumentami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie zostały wypełnione przesłanki wskazane w art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dokumentami na ich potwierdzenie. Odpowiedzi były zgodne z treścią zadanych pytań, zatem Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że wyjaśnienia nie zostały udzielone. Ze względu na treść pytań w wielu przypadkach nie odnoszących się do elementów kosztotwórczych oferty wyjaśnienia nie mogły stanowić podstawy do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Fakt, że podstawą wezwania do wyjaśnień był art. 90 ust. 1 Pzp nie daje Zamawiającemu prawa do automatycznego uznania, że nierozwiązująca jego wątpliwości odpowiedź wykonawcy świadczy o rażąco niskiej cenie oferty. Obowiązkiem Zamawiającego w tej sytuacji było doprecyzowanie i doszczegółowienie pytań oraz ponowne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Nie oznacza to, że obowiązkiem wykonawcy każdorazowo jest wyjaśnienie każdego elementu mającego wpływ na cenę oferty. Wykonawca obowiązany jest rozwiać wątpliwości Zamawiającego w zakresie, jaki wynika z wezwania do tychże wyjaśnień. Wobec tego Zamawiający musi dołożyć szczególnej staranności przy formułowaniu pytań do wykonawcy.

122. Sygn. akt XXIII Ga 983/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 15 września 2017 r.

Skarżący dla uzasadnienia tych zarzutów zaprezentował natomiast wspólną argumentację. Zestawienie też art. 90 ust. 1 z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy p.z.p. zdaje prowadzić skarżącego do wniosku, że każdorazowo, o ile tylko rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia (powiększoną o należny podatek od towarów i usług) nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, to zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do dostrzeżonej rozbieżności. Skarżący pomija jednak istotną okoliczność, że obowiązek ten aktualizuje się po stronie zamawiającego w sytuacji, gdy oferowana cena wydaje się być rażąco za niska i budzi z tego powodu u zamawiającego wątpliwości. Nadto skarżący zdaje się przypisywać zamawiającemu obowiązek żądania od wykonawcy wyjaśnień, niezależnie od zaistnienia okoliczności wskazanych w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. Skarżący natomiast, zarzucając zamawiającemu zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie wysokości zaoferowanych opustów/ceny, winien wykazać, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy cena winna wydać się zamawiającemu rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie winna wzbudzić u zamawiającego wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia, tymczasem, w ocenie Sądu Okręgowego, skarżący nie odnosi zaoferowanych przez przystępującego opustów do przedmiotu zamówienia (realnej wartości przedmiotu zamówienia), ani nie uzasadnił, dlaczego opusty te, zestawione z przedmiotem zamówienia, winny wzbudzić wątpliwości.

Sąd Okręgowy podziela przy tym stanowisko Izby wyrażone w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 558/17 (z udziałem tym samych stron), zgodnie z którym: „(...) konkretna kwota wynikająca z opustu jest znana dopiero w momencie dokonywania konkretnej rezerwacji biletu, gdyż na etapie oceny ofert nie jest znana cena biletów. Zatem wartość ta choć w praktyce nabierze wymiaru pieniężnego przy realizacji umowy, to na etapie oceny ofert nie może być porównana w ramach kryterium ceny, gdyż nie stanowi ceny”. Odwołujący twierdził jedynie, że „zaoferowanie takich opustów jest z jednej strony niemożliwe” oraz, że w rażąco sposób wpływa na zniżenie ceny oferty”, odwołując się do zarzutów dotyczących czynów nieuczciwej konkurencji, które – o czym mowa powyżej – nie potwierdziły się.

Sąd Okręgowy zważył ponadto, że sam fakt zaoferowania przez przystępującego opustów od cen biletów lotniczych i kolejowych we wskazywanych już wysokościach nie musiał uzasadnić pojawienia się u zamawiającego wątpliwości co do ich realnego charakteru, zwłaszcza

w sytuacji, gdy sam skarżący zaoferował opust (od cen biletów kolejowych na trasach zagranicznych) w jeszcze wyższej wysokości, tj. 16%.

Art. 91 ust. 2 i ust. 2a

123. Sygn. akt KIO 2683/17, Wyrok z dnia 8 stycznia 2018 r.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do ustanowionego przez zamawiającego sposobu oceny ofert w kryterium ceny, tj. do pkt 20.7.a. IDW Izba stwierdziła, że zarzut ten wskazuje na naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 a, art. 36 ust. 1 pkt 13, a także art. 7 ust. 1 ustawy pzp, przez ustalony sposób oceny ofert w kryterium oznaczonym jako „Całkowita cena brutto” opisanym w zakresie sposobu jego stosowania w pkt 20.7.1 IDW. Sposób ten (metoda), niesporny w sprawie, zawiera trzy metody oceny ofert przez zastosowanie jednego z trzech wzorów matematycznych, mających zastosowanie przy ocenie konkretnej oferty w zależności od liczby złożonych skutecznie ofert i ceny brutto badanej oferty w relacji do „średniej miarodajnej wartości ofert” obliczonej wg wzoru z uwzględnieniem okoliczności, czy cena oferty badanej jest równa lub niższa od średniej, czy wyższa od średniej. (...)

Mając na uwadze, że odwołujący na poparcie swojego stanowiska powołał wyrok ETS z dnia 16 września 2013 r. T-402/06 w sprawie *Królestwa Hiszpanii przeciwko Komisji Europejskiej*, skład orzekający stwierdza, że rozstrzygnięcie Trybunału w zakresie dotyczącym stosowania kryterium opartego na cenie średniej zastosowanej przez instytucję zamawiającą zasługuje na pełną aprobatę, jednakże jako oparte na odmiennym od niniejszego stanie faktycznym, nie może mieć zastosowania w sprawie rozpatrywanej. Jedynym podobieństwem między tymi sprawami jest użycie przy opisie kryterium ceny stosowanym w toku oceny ofert nazwy średniej ceny lub metody ceny średniej miarodajnej stanowiącej punkt odniesienia przy ocenie konkretnej oferty oraz użycie odmiennego niż linearny arytmetycznego wzoru stosowanego przy porównywaniu ofert. Metoda zastosowana przez hiszpańskich (katalońskich) zamawiających mogła i niejednokrotnie prowadziła do faktycznej eliminacji ofert uznawanych za nadmiernie (nienormalnie) wysokich lub nienormalnie niskich. Jak ustalono, wśród uwzględnionych metod i parametrów znajdowała się metoda średniej ceny zastosowana w trzech etapach. Najpierw każdą z ofert porównywano z budżetem, jakim dysponowała instytucja zamawiająca na konkretne zamówienie, określonym w cenach bazowych ustalonych uprzednio przez niezależną firmę inżynierską po przeprowadzeniu badania rynku. Zastosowanie metody średniej ceny na tym etapie polegało na obliczeniu „obniżki” (Bi) jako odsetka, o który każda z ofert była niższa od ceny bazowej, zgodnie ze wzorem: „ $Bi = (\text{cena bazowa} - \text{oferta}) / \text{cena bazowa}$ ”. Jeżeli oferta była niższa od ceny bazowej, uznawano, że oferent zaproponował „obniżkę dodatnią” ($Bi > 0$). Natomiast jeżeli oferta była wyższa od ceny bazowej ($Bi < 0$), uznawano, że oferent zaproponował „podwyżkę”. Na drugim etapie obliczana była średnia obniżek proponowanych przez wszystkich oferentów, określana jako „średnia obniżka” (Bm). Podobnie obliczano „ryzykowną obniżkę” (Bt), oznaczającą odsetek obniżki, od którego ofertę uznawano za niewiarygodną, ponieważ nie można było rozsądnie wyobrazić sobie realizacji projektu za taką cenę albo dlatego, że z powodu tak niskiej ceny proponowane wykonanie nie mogło osiągnąć minimalnej dopuszczalnej jakości technicznej. Na trzecim etapie poszczególnym ofertom przyznawano punkty z wykorzystaniem wzoru matematycznego.

Komisja, a w ślad za nią Trybunał, zakwestionowała legalność z punktu widzenia zasady równego traktowania zastosowania przy wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty metody średniej ceny, ponieważ, jej zdaniem, metoda ta powoduje mniej korzystne traktowanie, przy równym wyniku z punktu widzenia innych kryteriów, ofert proponujących niższą cenę w stosunku do ofert bardziej zbliżonych do wyliczonej średniej. W ocenie ETS zastosowanie

metody średniej ceny i brak przejrzystości w odniesieniu do średniej ceny spowodował „irracjonalne” zachowanie najbardziej konkurencyjnych oferentów, którzy, chcąc zachować szansę otrzymania zamówienia, byli zmuszeni zaproponować wyższą cenę niż by mogli, to jest cenę odpowiadającą przewidywanej średniej cenie wszystkich ofert, a nie cenie najniższej. Ponadto jest bezsporne, że zastosowanie metody średniej ceny mogło prowadzić do sytuacji, w której przy równym wyniku z punktu widzenia innych kryteriów, szczególnie technicznych, oferta proponująca wyższą cenę mogła otrzymać większą liczbę punktów z tytułu jakości ekonomicznej niż oferta tańsza, zwłaszcza jeżeli pierwsza z tych ofert była bliższa średniej cenie lub cenie odpowiadającej „ryzykownej obniżce”. Przypomniano, że dyrektywy pozostawiają instytucji zamawiającej swobodę wyboru kryteriów udzielenia zamówienia, muszą jednak być to kryteria służące wyborowi najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie można zaś określić jako ofertę przedstawiającą najlepszy stosunek jakości do ceny, przy uwzględnieniu kryteriów istotnych z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Najkorzystniejszą ekonomicznie ofertą nie zawsze jest oferta proponująca najniższą cenę, trzeba jednak stwierdzić, że w sytuacji doskonałej równości ofert pod względem wszystkich innych istotnych kryteriów, w tym technicznych, tańszą ofertę należy zawsze uznać z ekonomicznego punktu widzenia za bardziej korzystną od oferty droższej. W takiej sytuacji zaś zastosowania metody średniej ceny, prowadzącego do udzielenia zamówienia oferentowi proponującemu wyższą cenę niż inny oferent, nie można uznać za zgodne z kryterium najkorzystniejszej ekonomicznie oferty. W tej kwestii stwierdzono, że udzielenie zamówienia oferentowi, którego oferta jest droższa od innej oferty, równoważnej z nią pod względem innych kryteriów, jest samo w sobie sprzeczne z interesem publicznym i nie przyczynia się do ochrony interesów finansowych Unii.

124. Sygn. akt KIO 91/18, Wyrok z dnia 8 lutego 2018 r.

Obecne brzmienie art. 91 ust. 2a ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający kryterium ceny może zastosować jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określi w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia oraz wykaże w załączniku do protokołu, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Dokonana zmiana przepisu nowelizacją ustawy Pzp z 2016 roku w zakresie przedmiotowych przesłanek związanych ze standardami jakościowymi niewątpliwie miała na celu uwypuklenie związku standardów jakościowych z przedmiotem zamówienia i roli, jaką w ustaleniu standardów istotnych dla przedmiotu zamówienia odgrywa zamawiający.

Z powyższego przepisu wynika, że intencją ustawodawcy było zagwarantowanie przez zamawiającego określonej jakości przedmiotu zamówienia poprzez jego opis i uwzględnienie w nim jakości, dzięki opisaniu wszystkich istotnych parametrów/standardów przedmiotu świadczenia. Tym samym Zamawiający nadal jest uprawniony do ustalenia kryteriów, które pozwolą na wybranie oferty spełniającej w najwyższym stopniu jego uzasadnione potrzeby. Jednocześnie zmiana przepisu 91 ust. 2a ustawy Pzp spowodowała, że odpadła podstawa do poszukiwania obiektywnych „standardów jakościowych” i w tej chwili to zamawiający określa „istotne” dla niego samego poziomy jakości, zamieszczając w protokole i samym opz elementy, które uznaje za konieczne. Nastąpiło więc przeniesienie akcentu z obiektywnego określania kryteriów na podejście subiektywne, zachowujące zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydował się na zastosowanie kryterium „cena 100%” i jednocześnie w SIWZ uwzględnił szereg wymagań jakościowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia, istotnych dla organizacji i sposobu wykorzystywania systemu stanowiącego przedmiot zamówienia. W załączniku do protokołu z postępowania Zamawia-

jący ujął także uzasadnienie swojego wyboru wraz ze szczegółowym opisaniem kosztów cyklu życia produktu, które mogą wystąpić podczas jego eksploatacji.

Odwołujący wywodził, że zapisy SIWZ są niepełne w zakresie standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś strony Odwołujący wskazywał, że celowe byłoby zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. W ocenie składu orzekającego Izby, takie sformułowanie zarzutów i żądań powoduje ich niekompatybilność i nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania.

W tym zakresie dostrzec należy, iż jeżeli według twierdzeń Odwołującego niemożliwe jest szczegółowe określenie standardów jakościowych dla wszystkich istotnych elementów przedmiotu zamówienia, to tym bardziej utrudnione stanie się zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert. Jeżeli określone cechy jakościowe miałyby być oceniane, przy uwzględnieniu przypisanych im miar, to przy ich ocenie, gdzie przewidzieć trzeba nie tylko standardy i miary, ale także sposób ich gradacji, kryteria pomiaru, wybór oferty najkorzystniejszej może być niemożliwy.

Niewątpliwie Zamawiający może ukształtować tak kryteria oceny ofert, aby premiować preferowane przez siebie rozwiązania, o ile jest to uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami, a nie chęcią preferowania określonego wykonawcy. W tym miejscu zauważyć należy, iż postępowanie dotyczy umowy ramowej świadczenia usług modyfikacji i rozbudowy głównego systemu używanego przez Zamawiającego. Wydaje się więc, że zastosowane kryterium „cena 100%” rozumianej jako wycena kosztu jednego punktu funkcyjnego jest kryterium najbardziej obiektywnym i niezaburzającym zasad uczciwej konkurencji. Gdyby zastosować inne kryteria, w tym zwłaszcza takie, które proponował Odwołujący, a więc kryteria „zadaniowe”, związane z obsługą funkcjonującego systemu, to niewątpliwie w najlepszej sytuacji byłby podmiot, który zna dany system najlepiej. Stosując zaś jedyne kryterium ceny wszyscy wykonawcy mają jednakowe szanse na podpisanie umowy ramowej. Inne kryteria, odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, jego funkcjonalności, złożoności, czy też wydajności oprogramowania, zawierają elementy subiektywnej oceny. Nie może być jednak przyzwolenia dla takiego sformułowania kryterium pozacenowego, które umożliwić będzie całkowicie dowolną, arbitralną ocenę rozwiązań oferowanych przez wykonawców. (...)

Kryteria oceny ofert powinny być tymczasem jednoznacznie opisane i mierzalne, tak samo rozumiane zarówno przez Zamawiającego, jak i wykonawców oraz w jednakowy sposób traktujące wszystkich wykonawców i jednocześnie gwarantować powinny wybór oferty najkorzystniejszej. (...)

Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający wyodrębnił istotne elementy przedmiotu zamówienia, za które uznał przede wszystkim wykonywanie i dostarczanie modyfikacji, świadczenie usług wsparcia wdrożenia modyfikacji. Za równie istotne uznano usługi świadczenia serwisu w okresie trwania umowy ramowej oraz udzielenie gwarancji na dostarczone produkty. Za mniej ważne z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, posiłkując się doświadczeniem z uprzednio wykonywanych umów, uznano usługi szkoleniowe. Taki podział uznać należy za logiczny i sensowny, w sposób prawidłowy oddający złożoność przedmiotu zamówienia i zwracający uwagę na najistotniejsze jego elementy.

125. Sygn. akt KIO 486/18, Wyrok z dnia 22 marca 2018 r.

Sposób punktacji poszczególnych kryteriów oceny ofert powinien być opisany w SIWZ szczegółowo i dokładnie, najlepiej za pomocą wzorów, z wyjaśnieniem poszczególnych zmiennych. W przypadku jednak, gdy taki wzór nie został wprost wskazany w SIWZ, to sposób obliczenia punktacji należy przyjąć na podstawie opisu. W niniejszej sprawie opis sposobu punktacji przyjęty przez Zamawiającego w zakresie poz. IV.4 i IV.5 nie pozostawia żadnych wątpliwości, że wartości parametrów oferowane pomiędzy wartością najwyższą a wartością graniczną muszą być ocenione proporcjonalnie do punktacji pomiędzy 0 pkt. a 20

pkt. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący na potrzeby odwołania zastosował „własne wzory” do wyliczenia liczby uzyskanych punktów w parametrach IV.4 i IV.5, gdyż opisany w SIWZ sposób obliczenia punktacji w tych dwóch parametrach nie budzi wątpliwości. Uwzględniając powyższe Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o powołanie biegłego z zakresu matematyki do ustalenia, jaki sposób obliczenia proporcji należy przyjąć do obliczenia punktacji w ww. dwóch parametrach technicznych. W ocenie Izby, ustalenie tych okoliczności nie wymaga posiadania wiadomości specjalnych w rozumieniu art. 190 ust. 4 Pzp.

126. Sygn. akt KIO 724/18, KIO 737/18, Wyrok z dnia 30 kwietnia 2018 r.

Izba uznała za zasadną argumentację Odwołującego, dostrzegając możliwe zagrożenia, jakie może nieść ze sobą brak wskazania takiego limitu, stąd uznała za pożądane jego wprowadzenie. Jak wynika bowiem z treści SIWZ w zakresie kryterium „Zdolność techniczna lub zawodowa” Zamawiający przewidział przyznanie punktów, gdy osoba wskazana na kierownika budowy, osoba wskazana na kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz osoba wskazana na kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wykazą się pełnieniem danej funkcji przy budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie budynku/ów szpitalnego/yh (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264) o wartości robót co najmniej 25 000 000,00 zł – 1 pkt za każdą wskazaną budowę i/lub rozbudowę, i/lub przebudowę lub pełnieniem danej funkcji przy budowie i/lub rozbudowie i/lub przebudowie budynku/ów szpitalnego/yh (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należącego do klasy 1264), o wartości roboty co najmniej 25 000 000,00 zł, a jeżeli w zakresie robót było wykonanie co najmniej bloku operacyjnego (minimum 3 sale operacyjne) – 4 pkt. za każdą wskazaną budowę i/lub rozbudowę, i/lub przebudowę. Zamawiający nie wskazał przy tym górnej granicy w zakresie liczby zamówień danego rodzaju, powyżej którego nie będzie już przyznawana wyższa punktacja.

Powyższe może, w ocenie składu orzekającego, prowadzić do sytuacji, w której naruszona będzie uczciwa konkurencja, gdyż przewagę uzyska wykonawca, który będzie dysponować personelem posiadającym doświadczenie w tak wielu budowach, przebudowach czy rozbudowach w wymaganym przez Zamawiającego zakresie, że *de facto* wyeliminuje możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia przez wykonawców, którzy mimo dysponowania osobami z mniejszą liczbą realizacji na swoim koncie, również byłiby w stanie należycie wykonać zamówienie. W toku rozprawy nie zostało zaprzeczone, że jeden z uczestników postępowania odwoławczego będzie mógł wykazać dla swojego personelu kilkadziesiąt realizacji, co przy aktualnych zasadach przyznawania punktów spowodowałoby, że wykonawca dysponujący osobami z doświadczeniem zdobytym np. przy kilku realizacjach otrzymałby 10 razy mniej punktów i musiałby określić cenę na znacznie niższym poziomie, aby mieć realną szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Zdaniem Izby, premiowanie większego doświadczenia musi mieć rozsądne granice, gdyż doświadczenie życiowe wskazuje, że powyżej pewnego poziomu wyznaczonego, czy to okresem czasu, czy liczbą projektów, nie dochodzi do zwiększenia praktycznych umiejętności istotnego dla jakości realizacji analogicznych zadań w przyszłości. Innymi słowy w każdym rodzaju ludzkiej działalności można wyznaczyć poziom, po którego osiągnięciu osoba niejako z czeladnika staje się mistrzem.

Z tego powodu Izba uznała za zasadne i celowe wprowadzenie przez Zamawiającego górnego limitu dla każdego rodzaju wymaganego doświadczenia personelu wymienionego w literach a) – c) w tym kryterium oceny ofert, nie narzucając jednak z góry, na jakim poziomie powinien on być ustalony.

Podobnie za pożądane Izba uznała zdefiniowanie przez Zamawiającego użytych w celu punktowania kryterium oceny ofert w zakresie opracowania planu organizacji i realizacji przedmiotu zamówienia pojęć „w stopniu bardzo dobrym”, „w stopniu dostatecznym”, „w stopniu niedostatecznym”. Pojęcia te są bardzo nieostre i nie dają wykonawcom pewności co do tego, jakiej liczby punktów mogą się spodziewać w poszczególnych podkryteriach w ramach tego kryterium.

W tym zakresie Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego dotyczącej możliwości stosowania subiektywnych i ocennych kryteriów oceny ofert. W szczególności nie jest prawidłowa sytuacja, w której Zamawiający przyznaje punkty w wyniku analizy porównawczej ocenianych treści ofert w ten sposób, że ta, która na tle pozostałych wypada zdaniem Zamawiającego najlepiej, otrzyma największą liczbę punktów, a pozostałe otrzymają odpowiednio, według uznania Zamawiającego, mniejszą liczbę punktów.

Oczywiście są sytuacje, gdy stosowanie kryteriów subiektywnych będzie uzasadnione, jak np. przy konkursach na prace o charakterze twórczym, gdzie ocenie podlegają walory artystyczne i estetyczne dzieła, które ze swojej natury są trudne do opisanie w sposób mierzalny. Niemniej jednak, w tym postępowaniu nie mamy do czynienia z takim przedmiotem zamówienia. Zamawiający w sposób obszerny opisał poszczególne podkryteria, stąd też, w ocenie Izby, nie powinno stanowić trudności, aby zdefiniować kwestionowane pojęcia w sposób pozwalający wykonawcom na ustalenie, jakiej liczby punktów mogą się spodziewać w każdym z tych podkryteriów.

Art. 91 ust. 3a

127. Sygn. akt KIO 592/18, Wyrok z dnia 13 kwietnia 2018 r.

Izba na wstępie uzasadnienia wskazuje, że nowelizacja ustawy o VAT z 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2015 r. poz. 605), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 roku, wprowadziła zmiany dotyczące stosowania tzw. mechanizmu odwróconego obciążenia podatkiem od towarów i usług VAT na gruncie prawa zamówień publicznych. Zgodnie z obowiązującym od dnia 1 lipca 2015 roku art. 91 ust. 3a ustawy Pzp, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

Mechanizm odwróconego (odwrotnego) obciążenia VAT stanowi wyjątek od zasady, zgodnie z którą podatnikiem z tytułu odpłatnego świadczenia usług lub dostawy towarów jest usługodawca lub dostawca towaru. W określonych przypadkach podatnikami są podmioty nabywające usługi lub towary, co jest równoznaczne z przerwaniem na nabywcę obowiązku rozliczenia podatku należnego z tytułu dokonania danej czynności. W przypadku zastosowania odwróconego obciążenia dostawca towaru lub świadczący usługę, wystawiając fakturę, nie wykazuje w niej stawki i kwoty podatku. Zamiast tego faktura powinna zawierać wyrazy „odwrotne obciążenie”. Odwrócony VAT jest procedurą, która przewiduje, że to kupujący, a nie sprzedający, zobowiązuje się do odprowadzenia podatku.

Rozpoznając zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Wykonawcy X z zapisami SIWZ co do wystąpienia mechanizmu odwrotnego obciążenia, Izba uznała, że Zamawiający, dokonując oceny ofert, w prawidłowy sposób dokonał poprawy formularza ofertowego i nie zaistniała sytuacja, w której w ofercie można stwierdzić błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący *de facto* kwestionował sposób przedstawienia ceny w tych pozycjach kosztorysu ofertowego, które według niego powinny być podane jako wartość bez podatku od towarów i usług, co wynikało z zapisów punktu XV SIWZ. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Wykonawca X zastosował w kosztorysie ofertowym nr 8 prawidłową stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 8%, która to wysokość stawki nie była kwestionowana przez Zamawiającego i Odwołującego. Ma też rację Zamawiający, że obowiązek odprowadzenia podatku od towarów i usług przez Zamawiającego nie powoduje powstania stanu, w którym towar nie jest objęty tym podatkiem – jest to jedynie kwestia jego późniejszego rozliczenia. Kosztorys określał ryczałtową cenę jednostkową netto, więc Zamawiający posiadał wszelkie informacje, które pozwalały mu na samodzielne dokonanie poprawek w kosztorysie. Można przyjąć, że informacje o stawce podatku i kwocie brutto były umieszczone w kosztorysie ofertowym jako nadmiarowe. Zaistniała w kosztorysie ofertowym wykonawcy X niezgodność ma charakter formalny, nie merytoryczny, można ją było zakwalifikować jako omyłkę nieistotną, której poprawę umożliwia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (tak KIO w wyroku z dnia 2 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2687/17).

Art. 91c

128. Sygn. akt KIO 610/18, Wyrok z dnia 13 kwietnia 2018 r.

Nie jest prawidłowe stanowisko Odwołującego, że skoro Odwołujący nie ponosi winy w zakresie nieprawidłowości, niemożliwości złożenia kolejnego postąpienia, to na pewno ponosi ją Zamawiający. Po pierwsze, Odwołujący nie wykazał, że niemożliwość złożenia postąpienia z uwagi na wolne działanie komputera nie leży po jego stronie. Tego rodzaju nieprawidłowości, jak trafnie zauważył Zamawiający, mogą być również spowodowane zakłóceniami wirusa lub spadkiem szybkości lub jakości połączenia internetowego w trakcie aukcji. Odwołujący nie wykazał z całą pewnością, że to nie po jego stronie wystąpiły nieprawidłowości. Należy mieć na uwadze, że do przeprowadzenia aukcji, potrzebne jest działanie dwóch stron: Zamawiającego, który zapewnia sprawne działanie platformy aukcyjnej i Wykonawcy, który powinien mieć odpowiedni i prawidłowo działający sprzęt oraz dostęp do internetu. Ponadto, jak wynika z przedstawionego przez Zamawiającego raportu z przeprowadzonej aukcji elektronicznej, wykonawcy – Odwołujący i Przystępujący składali kolejne postąpienia, zatem platforma aukcyjna działała, nie doszło do przerwania aukcji, a wykonawcy dokonywali kolejnych postąpień.

Art. 92 ust. 1

129. Sygn. akt KIO 2721/17, Wyrok z dnia 10 stycznia 2018 r.

Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego wskazał, że „ocenając zebrane informacje/wyjaśnienia, zarówno ze strony Wykonawcy, jak również Urzędu Marszałkowskiego Zamawiający nie mógł uznać prac sanitarnych wykonanych przy ww. robocie budowlanej jako te, które potwierdzają spełnienie warunku udziału w niniejszym postępowaniu, a odnoszą się do branży sanitarnej (...)”, (analogiczne uzasadnienie zawierało również wezwanie do uzupełnienia dokumentów skierowane do Odwołującego w dniu 14 grudnia 2017 r.). Wobec takiego sformułowania zawiadomienia o wykluczeniu Izba uznała, że Zamawiający, wykluczając Odwołującego, nie zakwestionował rodzaju wykonywanych prac, a jedynie ich zakres i ten zakres uznał za niepotwierdzający spełnianie warunku. Izba zauważyła, że nawet znaczna rozbieżność pomiędzy zakresem prac jakie mają być zrealizowane w ramach udzielanego zamówienia publicznego, a zakresem prac, wykazanych przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału, nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy, jeżeli warunek udziału nie określał – tak jak w tym przypadku – „minimalnego poziomu zdolności” – tylko ogólne wymaganie, które może być oceniane na zasadzie spełnia/nie spełnia.

Sam Zamawiający przyznał na rozprawie, że jakikolwiek element szeroko rozumianej branży sanitarnej potwierdzałby spełnianie warunku, gdyż nie określono szczegółowych parametrów SIWZ.

Izba zgadza się z Odwołującym, że w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Zamawiający nie kwestionował wykonania prac branży sanitarnej, a dopiero na rozprawie Zamawiający wyartykułował w pełni swoje stanowisko, że w jego ocenie Odwołujący nie realizował żadnych prac w branży sanitarnej na zadaniu pn. „Termomodernizacja wraz z remontem dachu, budynków (...) w O.". Należy pamiętać, że Zamawiający, wykluczając wykonawcę z postępowania, zobowiązany jest wykazać w precyzyjny sposób przesłanki wykluczenia, zarówno faktyczne, jak i prawne. W ocenie Izby przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie argumentacja wykracza poza podstawę faktyczną wykluczenia Odwołującego wskazaną w zawiadomieniu o wykluczeniu. Uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy powinno przedstawiać wszystkie przyczyny, które leżały u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca miał możliwość oceny wskazanych przez Zamawiającego uchybień i ewentualnego odniesienia się do nich w ramach środków ochrony prawnej przysługujących wykonawcy, umożliwiając tym samym odpowiednio kontrolę prawidłowości czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W związku z tym ocena prawidłowości czynności Zamawiającego została dokonana jedynie w zakresie podstaw faktycznych wykluczenia wskazanych w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego.

W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że zaistniały podstawy do wykluczenia Odwołującego w oparciu o omawianą podstawę prawną.

130. Sygn. akt KIO 9/18, Wyrok z dnia 18 stycznia 2018 r.

Bezspornym między stronami jest, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej nie przedstawił uzasadnienia faktycznego stanowiącego podstawę przyznanej punktacji. Jednocześnie w Karcie oceny Zamawiający zasadniczo dokonał oceny prezentowanego doświadczenia poprzez wskazanie spełnia/nie spełnia i określenia częściowej punktacji dla poszczególnych funkcji (osób). Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, (...) podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Tym samym, nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp określający, jakie informacje powinny być zawarte w przekazywanych wykonawcom zawiadomieniach, nie przewiduje wśród elementów w nim wymienionych uzasadnienia faktycznego i prawnego co do przyznanej punktacji. Niewątpliwie Zamawiający nie podołał obowiązkowi informacyjnemu na nim ciążącemu i nie przedstawił wykonawcom uzasadnienia faktycznego leżącego u podstaw przyznanej im punktacji. Powyższe działanie narusza również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

131. Sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.

Na wstępie zwrócić jednak należy uwagę, iż żaden z przepisów Ustawy Pzp czy aktów wykonawczych do tejże ustawy, nie nakłada na Zamawiającego obowiązku pisemnego uzasadnienia przyczyn, dla których uznał, że oferta wykonawcy nie podlega odrzuceniu, w tym, że nie zawiera rażąco niskiej ceny ani że złożone przez danego wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny pozwoliły na dokonanie oceny, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania (obecnie art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp) Zamawiający ma wyłącznie obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla odrzucenia oferty, a zatem obowiązku tego nie można utożsamiać z koniecznością sporządzenia pisemnego uzasadnienia faktycznego i prawnego również dla czynności polegającej na uznaniu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Pzp. Obowiązku takiego nie sposób wywieść także z samej treści art. 90 ust. 3 Ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, który stanowi o odrzuceniu oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Prawdą jest, iż Zamawiający jest zobligowany do zweryfikowania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, i do dokonania oceny składanych przez wykonawców wyjaśnień, niemniej wynik tej oceny – w przypadku, gdy nie wystąpiły przesłanki uzasadniające uznanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę – nie musi przybrać formy odrębnego, pisemnego dokumentu z uzasadnieniem w tym zakresie. Brak jest zatem podstaw prawnych do zobowiązywania Zamawiającego do sporządzenia pisemnego uzasadnienia rezultatów badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, w tym rezultatów oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w ww. zakresie, w sytuacji gdy nie zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty z tego powodu.

Art. 96 ust. 3

132. Sygn. akt KIO 2573/17, KIO 2575/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.

Kolejną podstawę zarzutu naruszenia zasad z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1, 2 i 3 Ustawy stanowić ma brak sporządzenia i udostępnienia Odwołującemu X dokumentacji postępowania w części dotyczącej oceny oferty Y – o ile taka dokumentacja istnieje. Odwołujący wskazywał na brak sporządzenia pisemnego uzasadnienia oceny oferty uznanej za najkorzystniejszą, które wykraczać miałyby poza przekazany już po otwarciu rozprawy załącznik do protokołu prezentujący zestawienie przyznanych punktów. W toku rozprawy ustalono, a tym ustaleniom Odwołujący nie zaprzeczył, iż na jego wniosek przekazane zostały przez Zamawiającego dokumenty stanowiące załącznik do protokołu, o jakie wystąpił. Odwołujący podtrzymał zarzut wskazując, iż brak jest szczegółowego uzasadnienia oceny oferty Y, w tym uzasadnienia dokonanej oceny wyjaśnień RNC.

Mając na uwadze te ustalenia Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył obowiązków związanych z dokumentowaniem czynności podejmowanych w postępowaniu. Zamawiający nie ma obowiązku uzasadniania decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w takim zakresie, jaki wynika np. z podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty, kiedy zobowiązany jest wskazać uzasadnienie faktycznie i prawne. Czynność oceny ofert w kryteriach dokonywana jest w oparciu o ustalone w siwz zasady weryfikacji oraz treść ofert. Zamawiający zobowiązany jest udokumentować wynik oceny, co uczynił w załączniku do protokołu, prezentując liczby przyznanych punktów. Ponieważ w niniejszym postępowaniu kryteria oceny opisane zostały wzorami matematycznymi, prawidłowość oceny była możliwa do zweryfikowania samodzielnie w oparciu o treść ofert oraz siwz.

Art. 124 ust. 4

133. Sygn. akt XXIII Ga 1337/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 października 2017 r.

W uzasadnieniu swojego wyroku, jako podstawę do unieważnienia postępowania konkursowego KIO wskazała jednak wprost naruszenie art. 121 ust. 4 pzp wskazując, iż : „Izba uznała, iż wobec naruszenia w sposób rażący zasady anonimowości prac konkursowych, ko-

nieczne stało się unieważnienie postępowania konkursowego na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp (stosowanego odpowiednio) w związku z art. 124 ustawy pzp". W uzasadnieniu wyroku jasno podniesiono również, że „tolerowanie przez zamawiającego faktów, iż istniały podstawy do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasady anonimowości, w tym uzyskanie przez zamawiającego informacji w ramach wniesionego odwołania, że do ujawnienia autora pracy doszło na publicznym forum internetowym, zaś złożona przez przystępującego praca w ramach dwóch rysunków (nr 10 i 15) wprost „referowała” i „odsyłała” do pracy konkursowej przystępującego złożonej w ramach konkursu prowadzonego pod numerem (...) powoduje, że doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 121 ust. 4 ustawy pzp”. (...)

W ocenie Sądu, KIO prawidłowo uznała, że w okolicznościach faktycznych niniejszego postępowania konkursowego nie mamy do czynienia z sugestiami, domysłami czy spekulacjami dotyczącymi autorstwa pracy konkursowej Konsorcjum X, ale z obiektywną możliwością ustalenia autora, w tym na podstawie aż trzech przesłanek i to wprost w oparciu o informacje bezpośrednio zawarte w samej pracy konkursowej. Nie można zgodzić się tu też ze stanowiskiem skarżących, jakoby do naruszenia zasady anonimowości dochodziło wyłącznie w sytuacji, gdy na podstawie pracy konkursowej mamy do czynienia z ustaleniem autora wprost, nie zaś z możliwością potencjalnego jego ustalenia. Wbrew skarżącym, stanowisko takie nie zostało też przedstawione w jednolitym orzecznictwie KIO oraz poglądach doktryny, a mogło, co celnie wskazał Y, zostać dopiero skonstruowane po dokonaniu wybiórczej interpretacji powołanego orzeczenia KIO z dnia 1 października 2010 r., sygn. KIO 2019/10, w którym przedsiębiorca odwołujący się od rozstrzygnięcia konkursu wskazywał, że fragment pracy konkursowej zwycięskiego podmiotu stanowi informację pozwalającą na ustalenie autora pracy konkursowej („Jako pozwalające na ustalenie autorów prac odwołujący wskazał fragment pracy, w którym znalazło się stwierdzenie o reprezentowaniu grupy firm o najbogatszym doświadczeniu w projektowaniu, budowie, uruchamianiu i serwisowaniu systemów informatycznych na polskim rynku, a także określenie zakresu działalności, tj. wytwarzaniu oprogramowania przeznaczonego dla wszystkich obszarów opieki zdrowotnej – począwszy od indywidualnych praktyk lekarskich, gabinetów lekarskich, aptek, poprzez oprogramowanie dla przychodni, szpitali na oprogramowaniu wspomagającym kończąc, a także wskazanie na szeroką rzeszę partnerów lokalnych”). W ww. stanie faktycznym KIO zaprezentowało cytowane przez skarżących stanowisko, iż: żeby można było postawić i obronić tezę o ujawnieniu danych identyfikujących podmiot, dane te powinny wskazywać wprost na jednego z uczestników postępowania. Jakikolwiek wątpliwości nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia uczestnika z postępowania, tym bardziej, gdy wnioski w tym zakresie formułowane są w sposób dalece swobodny i nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym. Jedynie oczywiste wskazanie na autora pracy mogło prowadzić do jego wykluczenia z udziału w konkursie”. W powyższym stanie faktycznym elementem mającym ujawniać autora pracy konkursowej był opis zawierający ocenne cechy, które przypisywał sobie sam uczestnik konkursu, brak zaś było innych informacji mających identyfikować autora pracy. Faktycznie więc ww. dane mogły stanowić, jak wskazywał skarżący 2, wyłącznie „poszlaki”. Jednak stany faktyczne powyższej sprawy oraz niniejszego postępowania nie są porównywalne, gdyż Konsorcjum X w swojej pracy zawarło informacje pozwalające na niezwłoczne (przy skorzystaniu z dobrodziejstwa/możliwości Internetu) i jednoznaczne ustalenie autora pracy konkursowej. Nie można bowiem zapominać, iż na nośniku CD zapisane zostało imię i nazwisko osoby dokonującej wpisów na tymże nośniku, która, jak się okazało, związana była zawodowo z autorem pracy – skarżącym ad 2. Zgodnie natomiast ze zwykłymi, podstawowymi zasadami wiedzy i doświadczenia życiowego okolicznością przypadkową nie mogło być to, że wpisów na nośniku CD stanowiącym zapis zgłaszanej do konkursu pracy dokonuje osoba zupełnie obca, nie powiązana z podmiotem oferującym ten nośnik. Nie można zatem korzystać

wprost, tj. bez odniesienia do stanu faktycznego z zaferowanej przez skarżącego tezy KIO, odnosząc ją bezpośrednio do stanu faktycznego niniejszej sprawy.

Odnosnie powoływanego w tym postępowaniu orzecznictwa KIO, w szczególności na uwagę zasługuje natomiast orzeczenie KIO 2399/12 wydane w bardzo zbliżonym do niniejszego stanie faktycznym, w którym KIO uznało, że doszło do naruszenia zasady anonimowości poprzez pozostawienie w metadanych pliku komputerowego pracy konkursowej imienia i nazwiska osoby, która plik ten zapisała, co umożliwiało zidentyfikowanie wykonawcy, który złożył pracę konkursową. W powyższej sprawie KIO wskazała też, iż istotna jest sama okoliczność, czy na podstawie pozostawionych w tym pliku informacji możliwe jest ustalenie autora pracy, co zostało dokonane – jak w niniejszym stanie sprawy – za pomocą informacji powszechnie dostępnej w Internecie, na profilach portali Goldenline oraz LinkedIn. Sam fakt istnienia możliwości zidentyfikowania autora pracy powoduje już więc zatem, że naruszona zostaje zasada anonimowości. Należy również podnieść, że przez wzgląd na przedmiot konkursu, tj., gdy mamy do czynienia z określoną branżą czy szczególną specjalizacją przedmiotu konkursu i w konsekwencji określoną / bardzo małą liczbą wykonawców zaproszonych do składania prac konkursowych, w sytuacji pozostawienia na nośniku CD imienia i nazwiska, ustalenie podmiotu, który złożył pracę konkursową, nie wymagało posiadania informacji specjalnych, ani poświęcania na to zwiększonej ilości czasu czy też wzmoczonego wysiłku (...). Taka okoliczność miała też miejsce w niniejszym stanie faktycznym sprawy, gdyż bezspornym było przecież, iż przedmiotowy konkurs dotyczył kolejnej stacji metra, stąd znanym był krąg podmiotów, które uczestniczyły w poprzednich edycjach konkursu, jak i w konsekwencji znany był krąg podmiotów ewentualnie zainteresowanych w przystąpieniu do przedmiotowego konkursu. Skoro zatem w takim stanie faktycznym wykonawca pozostawił w swojej pracy konkursowej informacje, na podstawie których możliwym było w prosty sposób jego ustalenie – w ocenie Sądu Okręgowego dla wywiedzenia naruszenia zasady anonimowości nie było już koniecznym wprost podanie w pracy konkursowej firmy uczestnika konkursu. Za błędne więc uznać należy stanowisko skarżących, jakoby utrwalone orzecznictwo KIO wskazywało, że do naruszenia zasady anonimowości dojdzie jedynie, gdy autorstwo uczestnika konkursu zostanie jednoznacznie i wprost podane w tejże pracy, gdyż ocena zajścia naruszenia zasady anonimowości zależy nie tyle od zaistnienia konkretnych okoliczności, którym przypisuje się naruszenie tej zasady, ale ich zaistnienie w konkretnym stanie faktycznym sprawy.

Niezależnie też od przyczyn, dla których zamawiający – w sytuacji hipotetycznie powszechnie znanego kręgu wykonawców zdecydowali się na rozpisanie konkursu na kolejną stację metra, która przy tym co do zasady winna odpowiadać co najmniej bardzo podobnym warunkom (technicznym), jak poprzednie stacje – nie można wywieść, iż przestały obowiązywać wskazane zarówno w art. 120 ust. 2, art. 121 ust. 4 i art. 7 ust. 1 pzp, jak i w Regulaminie Konkursu zasady mające na celu zapewnienie bezstronnego, równego i obiektywnego przeprowadzenia konkursu. Co więcej, w ocenie Sądu Okręgowego w takim stanie faktycznym na wszystkich uczestnikach konkursu będących profesjonalistami leżał obowiązek dołożenia dodatkowej, najwyższej staranności w dokonywaniu wszelkich czynności mających na celu zapewnienie anonimowości zarówno na etapie sporządzania i składania prac konkursowych, jak i ich oceny. Brak dochowania należytej staranności wymaganej od profesjonalisty niesie zaś negatywne konsekwencje dla uczestnika konkursu.

Zauważyć tu też należy, iż bezspornym pomiędzy stronami było obowiązywanie zasady anonimowości w postępowaniu konkursowym. Zasada ta, jak to wskazane zostało w uzasadnieniu skarżonego wyroku, jest zasadą naczelną, ma charakter obiektywny i bezwzględny i stanowi jeden z przejawów dbałości o zachowanie zasady uczciwej konkurencji wykonawców w postępowaniu. Zasada ta ma też charakter nadrzędny względem wszystkich warunków określonych w dokumentacji, a fakt istnienia możliwości zidentyfikowania autora pracy powoduje, że zasada anonimowości zostaje naruszona. Zgodnie z tą zasadą sama też możliwość

zidentyfikowania (choćby tylko teoretyczna) autora pracy powoduje, że zasada ta zostaje naruszona. Każda też z informacji umieszczonych przez skarżącego 2 w pracy konkursowej (dane oraz numery z poprzedniego postępowania konkursowego prowadzonego przez tych samych zamawiających identyfikujące wprost Konsorcjum X; numer pracy konkursowej stanowiący niemal całkowite powtórzenie numeru uprawnień Pana C; odwołania do poprzedniego postępowania, w tym tożsamość znacznych fragmentów opisu technicznego) pozwala na jego bezpośrednią, obiektywną oraz rzeczywistą identyfikację. W zakresie informacji zawartych w pracy konkursowej nie mamy też do czynienia – jak chciałby wskazać skarżący – z poszlakami.

Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego z naruszeniem zasady anonimowości pracy konkursowej mamy do czynienia nie tylko poprzez wskazanie w pracy konkursowej jej autora z imienia i nazwiska, ale również w sytuacji zawarcia w pracy konkursowej jakichkolwiek znaków, czy informacji, umożliwiających identyfikację autora, co miało bezsprzecznie miejsce w okolicznościach niniejszej sprawy.

Art. 131e ust. 2

134. Sygn. akt KIO 109/18, Wyrok z dnia 31 stycznia 2018 r.

W związku z tym, że zmiana procedury w zakresie dokumentowania braku podstaw do wykluczenia nie odnosi się do zamówień obronnych, w przypadku tych zamówień również po nowelizacji dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia muszą potwierdzać stan na dzień składania ofert lub wniosków.

Odmienne stanowiska nie można wywodzić – jak to zrobił Odwołujący – ze znowelizowanej treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ma wątpliwości, że jest to przepis obowiązujący także w przypadku zamówień obronnych i został on zastosowany w niniejszej sprawie przez Zamawiającego jako podstawa wezwania. Nie wynika z niego jednak, że dokumenty składane w postępowaniach obronnych mogą potwierdzać stan późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zmiana art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, polegająca na wykreśleniu zdania, że złożone na wezwanie dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków nie później niż na dzień składania ofert, wynika z faktu zmiany w zakresie niepodlegających przepisom działu III rozdz. IVa ustawy Pzp. Wykreślenie tego zdania powoduje, że art. 26 ust. 3 nie stoi w sprzeczności z przepisami regulującymi sposób wykazywania warunków i braku podstaw do wykluczenia w przypadku tych zamówień. Jednocześnie stosowanie tego przepisu do zamówień obronnych musi uwzględniać przepis art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, a stanowiący wprost, że wykonawcy muszą potwierdzić brak podstaw do wykluczenia już na dzień składania ofert lub wniosków. Innymi słowy, przepis art. 26 ust. 3 po nowelizacji nie reguluje kwestii daty, na jaką złożone dokumenty mają potwierdzać określone okoliczności, a datę tę w odniesieniu do zamówień obronnych określa art. 131e ust. 2 ustawy Pzp. W związku z tym nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, że wobec brzmienia postanowienia sekcji III.2.1 pkt 3 ogłoszenia o zamówieniu, złożenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego wystawionej po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu było prawidłowe, gdyż określona została tylko granica dawności dokumentu. Wskazać bowiem należy, że kwestię aktualności dokumentów regulują wprost przepisy ustawy, a interpretacja prezentowana przez Odwołującego jest sprzeczna z brzmieniem art. 131e ust. 2 ustawy Pzp.

135. Sygn. akt KIO 258/18, KIO 263/18, Wyrok z dnia 27 lutego 2018 r.

W opinii Izby analiza powyższych przepisów ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów [*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 ze zm.)] prowadzi do wniosku, iż w przypadku zamówień obronnych dokumenty składane przez wykonawców m.in. w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania muszą potwierdzać stan nie późniejszy niż na dzień składania ofert lub wniosków, co wynika wprost z treści art. 131e ust. 2 ustawy Pzp. (...)

Konkludując powyższe stwierdzić należy, iż wbrew twierdzeniom Odwoływających 1 w przypadku zamówień udzielanych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w przeciwieństwie do zamówień klasycznych, potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, odbywa się jak w stanie prawnym obowiązującym przed nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z czerwca 2016 r., za pomocą oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawców wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą, potwierdzających wykazywane okoliczności nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków.

Art. 139 ust. 1

136. Sygn. akt KIO 47/18, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.

W przedmiotowym postępowaniu w ocenie Izby zasada swobody umów została o tyle przekroczona, o ile Zamawiający starał się przerzucić wszelką odpowiedzialność na wykonawcę za materiały dostarczane przez samego siebie i uzależnił w ogóle obiór inwestycji od osiągnięcia określonego poziomu parametrów przez urządzenie, które sam wybrał. Z jednej strony, zgodnie z zapisami wzoru umowy, wykonawca odpowiada za przeprowadzone prace budowlane i wybudowany obiekt oraz dostarczone przez siebie materiały, z drugiej zaś strony Zamawiający uzależnia osiągnięcie efektu inwestycyjnego od spełnienia poziomu parametrów dla urządzeń podzielonych na grupy A i B, w których głównymi generatorami hałasu są sprężarki dostarczone przez Zamawiającego. Te dwa elementy i cele stoją ze sobą w sprzeczności. O ile właściwe jest ukształtowanie zasad odpowiedzialności nawet na zasadzie ryzyka za elementy zależne od wykonawcy, o tyle za niewłaściwe należy uznać uzależnianie celu inwestycji od elementu niezależnego od wykonawcy. Wykonawca może odpowiadać za wadliwy montaż dostarczonych urządzeń, natomiast przyjęcie odpowiedzialności za wady tkwiące w samym urządzeniu należy uznać za nadmierną.

Słusznie zauważył w odwołaniu Odwoływający, że wykonawca w żaden sposób nie ma wpływu na wartości hałasu oraz drgań po zamontowaniu agregatów sprężarkowych. Podmiotem, który może zagwarantować spełnienie parametrów gwarantowanych, jest producent tych urządzeń. Wykonawca, przed przeprowadzeniem stosownych pomiarów, nie posiada technicznych możliwości weryfikacji, czy urządzenia dostarczone przez Zamawiającego spełniają dane poziomy parametrów gwarantowanych. Nie może zatem być tak, że odbiory częściowe, a także odbiór końcowy, zależy od urządzeń dostarczonych przez podmiot trzeci (który nie pełni na zadaniu roli podwykonawcy), który jako jedyny zna możliwości techniczne urządzeń. Także obciążanie wykonawcy karami umownymi oraz przewidzenie odstąpienia od umowy w całości z powodu wad agregatów uznać należy za przekraczające zasadę swobody umów.

137. Sygn. akt KIO 145/18, KIO 173/18, Wyrok z dnia 15 lutego 2018 r.

Zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym przez Odwoływającego X dotyczą postanowienia Subklauzuli 13.8 pkt I Szczególnych Warunków Kontraktu o treści: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ KC, art. 358¹ § 3 KC, art. 632 § 2 KC”. Izba zważyła, że przepisy, których stosowanie zostało uchylone, dotyczą sytuacji zaistniałych po powstaniu zobowiązania, których strony nie mogły przewie-

dzień na etapie zawierania umowy, a które wiążą się z wyjątkowymi trudnościami czy stratą dla jednej ze stron. (...)

Ww. przepisy przewidują zatem mechanizmy o wyjątkowym charakterze, które mogą mieć zastosowanie wyłącznie w razie wystąpienia wskazanych w tych przepisach przesłanek. Znajdą one zastosowanie wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń, które w okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione. Wyjątkowość przepisów objętych zarzutami wyłącza jakiegokolwiek automatyzm ich stosowania. Możliwość modyfikacji zawartych zobowiązań każdorazowo jest weryfikowana przez niezależny organ, jakim jest sąd, i to sąd, przy ziszczeniu się opisanych przesłanek, będzie uprawniony do nadania nowego kształtu stosunkowi prawnemu pomiędzy stronami.

W ocenie Izby, dyspozytywny charakter przedmiotowych norm, na który zwrócił uwagę Zamawiający, nie uprawnia Zamawiającego do jednostronnego kształtowania zobowiązania w sposób, który odbiera stronom umowy prawo do obiektywnego, niezależnego uregulowania przez sąd stosunków między stronami w przypadku zaistnienia wyjątkowych sytuacji, niemożliwych do przewidzenia w umowie. Działania takiego nie uzasadnia pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych doznaje ograniczenia. Ograniczenie to polega na tym, że to Zamawiający, którego możliwość swobodnego wyboru kontrahenta jest ograniczona, jest uprawniony do kształtowania warunków umowy. Wykonawcy z kolei mają ograniczony wpływ na jej kształt, co mogą rekompensować sobie przez właściwą wycenę oferty. Uprawnienie Zamawiającego nie ma jednak charakteru absolutnego. Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny, czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także, czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć. Wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji.

Uzasadnienia dla odebrania przez Zamawiającego stronom uprawnienia do uregulowania przez sąd stosunków pomiędzy stronami nie może stanowić okoliczność, że Zamawiający w Warunkach Kontraktu przewidział zaistnienie szeregu okoliczności i uregulował stosunki między stronami w przypadku ich powstania. Jak wskazano powyżej, wyłączone klauzule dotyczą sytuacji nadzwyczajnych, które nie były możliwe do zidentyfikowania w momencie zawierania umowy. Istotne znaczenie ma przy tym okoliczność, że umowne regulacje ustalone przez Zamawiającego określają granice zobowiązania Zamawiającego w razie zaistnienia opisanych okoliczności. Dostrzec należy, że istotą przepisów, których obowiązywanie Zamawiający wyłączył, jest możliwość sądowego ukształtowania wzajemnych zobowiązań stron adekwatnie do indywidualnie ustalonych okoliczności danego przypadku. Regulacje umowne proponowane przez Zamawiającego mają zatem inny zakres przedmiotowy, który jest ograniczony w stosunku do uchylonych klauzul umownych.

Odebranie stronom uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy zobowiązuje wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia,

dokonanym wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, a więc i w warunkach kontraktu określających przedmiot i sposób wykonania zamówienia, wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Rezygnacja z przedmiotowych klauzul może również skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji zważywszy na okoliczność, że tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe, pozwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku zaistnienia niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli pozwolić sobie na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tymczasem, zgodnie z zasadami zamówień publicznych uregulowanymi w art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.

138. Sygn. akt KIO 323/18, Wyrok z dnia 2 marca 2018 r.

(...) uprawnienie Zamawiającego do ustalenia wysokości kar umownych nie jest nieograniczone. Zamawiający w odniesieniu do odszkodowawczej funkcji kar winien wykazać Izbie, czy ustalona wysokość kary odpowiada wysokości ewentualnej szkody, spowodowanej nieterminowym wykonaniem zamówienia lub jego części. Kara umowna za nieterminowe lub nieprawidłowe wykonanie zamówienia winna mieć funkcję odszkodowawczą, a nie dochodową dla Zamawiającego, dlatego też wysokość kary nie może przekraczać wysokości ewentualnej szkody/straty Zamawiającego.

Ponadto kara za nieterminowe wykonanie zamówienia winna być nakładana za niewykonanie zamówienia w sytuacji, kiedy okresy realizacji przewidziane w SIWZ są obiektywnie realne. W innym przypadku, kiedy wykonanie zamówienia w ustalonych w SIWZ terminach jest obiektywnie nierealne, to niewątpliwym jest, że wykonawcy wliczą w cenę oferty kwotę kar umownych, których przy wykonywaniu danego zamówienia nie da się uniknąć. Taka sytuacja niewątpliwie wypacza sens kar umownych, gdyż kara staje się elementem kosztowym a nie odszkodowawczym, a ponadto w takiej sytuacji znika również prewencyjno-represyjna funkcja kary, motywującą dłużnika do wykonania świadczenia zgodnie z ustalonymi w umowie warunkami. Dlatego też zamawiający, ustalając wysokość i sposób naliczania kar, winni dążyć do takiego ustalenia zasad ich naliczania, aby ww. funkcje kar mogły być spełnione łącznie.

Art. 179 ust. 1

139. Sygn. akt KIO 2652/17, Wyrok z dnia 5 stycznia 2018 r.

Zamawiający argumentował, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania ze względu na to, iż jego oferta sklasyfikowana została na miejscu czwartym w rankingu ofert. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z tzw. procedurą odwróconą. Izba uznała, iż w przypadku uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, Odwołujący miałby szansę podnoszenia zarzutów wobec wyłonionego przez Zamawiającego wykonawcy. Następnie w wyniku ich potwierdzenia, czyli w przypadku kolejnego badania i oceny ofert przez Zamawiającego, miałby [szansę – *przyp. red.*] podnoszenia zarzutów wobec kolejnego wykonawcy lub uzyskania zamówienia, gdyby to jego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Bez znaczenia jest fakt, podnoszony przez Zamawiającego, iż możliwym jest, aby Odwołujący w celu uzyskania zamówienia musiał złożyć co najmniej sześć odwołań. Bez względu na to, ile razy Odwołujący musiałby jeszcze skorzystać ze środków ochrony prawnej (co jest jego niekwestionowanym uprawnieniem), uznać należy, iż w dalszym ciągu posiada realne szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Orzecznictwo Izby w przeważającej więk-

szości potwierdza, iż w przypadku procedury odwrotnej, interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert.

140. Sygn. akt KIO 2631/17, Wyrok z dnia 10 stycznia 2018 r.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego oraz Zamawiającego, że Odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia publicznego, a co za tym idzie już w chwili wnoszenia odwołania nie miał interesu w uzyskaniu danego zamówienia, bowiem jego oferta przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia, Izba wskazuje na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-689/13 oraz w sprawie C-131/16. Zgodnie z poglądem wyrażonym w orzeczeniach Trybunału wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałyby być unieważnienia postępowania, gdyż wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o te zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu. System środków ochrony prawnej, który stanowi realizację postulatów dyrektywy odwoławczej i podstawowe pojęcia warunkujące dostęp wykonawców do systemu środków ochrony prawnej powinny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuropejskiej (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2099/16). Abstrahując od powyższego, Izba zaznacza, że zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający byłby zatem zobligowany dokonać analizy, czy może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, a następnie w przypadku braku dodatkowych środków finansowych unieważnić postępowanie, co na etapie postępowania odwoławczego nie mogło być pewne.

141. Sygn. akt KIO 21/18, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.

Wskazać należy, iż odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia w dacie wniesienia odwołania, a także mógł ponieść szkodę w związku ze wskazywanymi w odwołaniu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, co jednoznacznie świadczy, że przesłanka materialnoprawna określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku przedmiotowego odwołania została spełniona. Izba zwraca uwagę, że na kanwie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. interes w uzyskaniu zamówienia bada się w dacie wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, prowadzące do unieważnienia postępowania w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć, nie pozbawiają wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Możliwość odrzucenia odwołania na podstawie wniosku zgłoszonego przez przystępującego nie znajduje potwierdzenia w przepisach ustawy Pzp, a tym bardziej nie może stanowić bariery do merytorycznego rozstrzygnięcia przez Izbę wniesionego środka ochrony prawnej. Reasumując należy po raz kolejny podkreślić, że przesłanka dotycząca interesu w uzyskaniu zamówienia ma charakter materialnoprawny i podlega badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów.

142. Sygn. akt KIO 2/18, Wyrok z dnia 16 stycznia 2018 r.

Odwołujący, jako Wykonawca zainteresowany złożeniem oferty i uzyskaniem zamówienia, w momencie wnoszenia odwołania, miał interes w zakwestionowaniu opisu warunków udzia-

tu w postępowaniu oraz kryteriów selekcji. Z uwagi na znaczenie tych postanowień, które decydować będą o zakwalifikowaniu wykonawców do kolejnego etapu postępowania, niewątpliwie naruszenia Zamawiającego w tym obszarze, mogą godzić w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które mogły utrudniać lub wręcz uniemożliwiać mu skuteczne ubieganie się o zamówienie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego. Na obecnym etapie postępowania każdy potencjalny podmiot działający na rynku właściwym może być zainteresowany ubieganiem się o uzyskanie zamówienia, nawet jeżeli nie może wykazać się realizacją tego rodzaju robót, ale potencjalnie może złożyć ofertę wspólnie z innym podmiotem, lub samodzielnie, korzystając z potencjału doświadczonego podmiotu. Doprowadzenie do takiego kształtu warunków, który umożliwi złożenie oferty, niewątpliwie jest działaniem podjętym w celu ochrony interesu takiego wykonawcy, który dąży do pozyskania nowego zamówienia i poszerzenia tym samym zakresu dotychczasowej działalności. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialnoprawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

143. Sygn. akt KIO 96/18, Wyrok z dnia 25 stycznia 2018 r.

Odwołujący, jako jeden z Wykonawców składający ofertę w postępowaniu, w momencie wniesienia odwołania, miał interes w zakwestionowaniu wyniku oceny ofert i zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, którzy w jego ocenie powinni podlegać wykluczeniu i/lub ich oferty powinny być odrzucone. Z uwagi na konsekwencje wynikające z prowadzenia aukcji, która ma doprowadzić do wskazania oferty najkorzystniejszej, jaką może okazać się każda z ofert wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji, niewątpliwie uchyczenia, które mogły doprowadzić do bezpodstawnego skierowania zaproszenia do aukcji, mogą godzić w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Ponieważ aukcja miała odbyć się przy co najmniej dwóch niepodlegających odrzuceniu ofertach, a Zamawiający zaprosił czterech Wykonawców, zmniejszenie konkurencji do dwóch ofert stwarzałoby większe szanse na uzyskanie zamówienia i co najważniejsze eliminowałoby z jej udziału oferty, które podlegać miałyby odrzuceniu. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialnoprawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

144. Sygn. akt KIO 74/18, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.

W orzecznictwie dostrzegalna jest obecnie tendencja do szerszego traktowania interesu w uzyskaniu zamówienia, którą należy odnieść do pojęcia „podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania” w rozumieniu art. 192 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jest to wynikiem faktu, iż w ostatnim czasie doszło do przemodelowania procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ze względu na rezygnację z tzw. kumulatywnego obowiązku informacyjnego (*vide* zmiana art. 92 ust. 1 ustawy Pzp), oparcia czynności badania spełnienia warunków i braku podstaw do wykluczenia na oświadczeniach własnych wykonawców, i co najistotniejsze dla niniejszego rozstrzygnięcia, możliwości zastosowania procedury odwróconej ujętej w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia było już przedmiotem orzecznictwa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE). W motywach 27 i 28 wyroku z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt C-689/13 *Puligenica Facility Esco* Trybunał uznał, że wykonawcy mogą mieć interes w dążeniu do wykluczenia wszystkich wykonawców biorących udział w danym postępowaniu, aby umożliwić sobie ubieganie się o dane zamówienie w nowym postępowaniu. Pogląd ten był już wcześniej prezentowany przez Trybunał w wyroku *Fastweb* C-100/12 (EU:C 2013:448). TSUE stoi na stanowisku, że interes w uzyskaniu danego zamówienia należy rozumieć jako

interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia i nie ma znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym, czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to ma interes i może dążyć do wyeliminowania wszystkich wykonawców i unieważnienia postępowania, tak aby móc wystartować w nowym postępowaniu. Takie podejście Trybunału ma obecnie dodatkowe uzasadnienie w rozwiązaniach przyjętych w dyrektywach 2014/24/UE oraz 2014/25/UE.

145. Sygn. akt KIO 66/18, Wyrok z dnia 30 stycznia 2018 r.

Odwołujący musi zatem dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Ponadto norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten dotyczyć musi tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest stosowany. Wnoszący środek ochrony prawnej jest zobligowany wykazać, że obiektywnie w konkretnym postępowaniu ma potrzebę uzyskania danego zamówienia, będącego przedmiotem określonego postępowania

Oprócz interesu w uzyskaniu danego zamówienia, wykonawca, który korzysta ze środka ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany jest wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy P.z.p., czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (*damnum emergens*), oznaczające każde pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i korzyści utracone przez niego (*lucrum cessans*), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy 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. Szkoda wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji tego zamówienia.

146. Sygn. akt KIO 138/18, Wyrok z dnia 6 lutego 2018 r.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby, Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek. Odwołujący jako jeden z wykonawców świadczących usługi tożsame z przedmiotem zamówienia, w przypadku zastosowania konkurencyjnego trybu miałby szansę na jego uzyskanie. W przypadku kwestionowania przesłanek zastosowania przez zamawiających trybu zamówienia z wolnej ręki, w orzecznictwie Izby przyjmuje się, iż interes w tym kwestionowaniu posiada każdy z potencjalnych wykonawców.

147. Sygn. akt KIO 91/18, Wyrok z dnia 8 lutego 2018 r.

(...) środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego

zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ oraz wzoru umowy przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szanse na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy, a także wyznaczone kryteria oceny ofert przekładają się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty. Należy także stwierdzić, że interes wykonawcy w korzystaniu ze środków ochrony prawnej oceniany jest na moment złożenia odwołania.

148. Sygn. akt KIO 446/18, Wyrok z dnia 21 marca 2018 r.

Odnosząc się do przedstawionych powyżej okoliczności sprawy Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 Ustawy uprawniających do stwierdzenia, że zaniechania jakich dopuścić się miał Zamawiający przy ocenie oferty Konsorcjum mogły naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz prowadziły (mogłyby prowadzić) do poniesienia przez niego szkody.

Zasadniczo Odwołujący jako Wykonawca, którego ofertę Zamawiający wskazał jako najkorzystniejszą, posiada w momencie wniesienia odwołania interes w uzyskaniu zamówienia, jednak czynności, wobec których kieruje zarzuty, nie mogły faktycznie wpłynąć na możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący konieczność wniesienia odwołania w zakresie związanym z oceną innych ofert uzasadniał wskazaniem na hipotetyczny rozwój sytuacji, której następstwem miałyby być powtórzenie czynności w postępowaniu i zmiana wyniku postępowania na jego niekorzyść, co jednocześnie miałyby uniemożliwić skuteczne zakwestionowanie wyboru drugiej w kolejności oferty Konsorcjum. W ocenie Izby sytuacja faktyczna w postępowaniu, w którym to oferta Odwołującego jest wybrana jako najkorzystniejsza, w kontekście postawionego zarzutu zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy, któremu przysługuje prawo do skorzystania z środków ochrony prawnej, nie wskazywała na istnienie związku pomiędzy czynnością oceny tej oferty a naruszeniem interesu w uzyskaniu zamówienia przez Odwołującego. Nawet przyjmując, iż inny wykonawca mógłby zaskarżyć czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to nadal czynność związana z oceną innej oferty nie mogła wpłynąć na ocenę oferty Odwołującego. Wniesienie odwołania z ostrożności miało odwrotny skutek, niż przyjęty dla korzystania z prawa do wniesienia odwołania. Doprowadziło bowiem do wstrzymania czynności podpisania umowy z Odwołującym, a żądanie nieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej również prowadziłyby do odsunięcia w czasie wyboru oferty Odwołującego i realizacji przez niego zamówienia. Ponadto, czego Odwołujący w ogóle nie wykazał, nie można dopatrzeć się związku pomiędzy czynnością oceny oferty Konsorcjum a możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego. W ocenie Izby, ocena ofert pod kątem braku podstaw do ich odrzucenia dokonana w sposób błędny, jeżeli nie wpływa na wskazanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, nie może prowadzić do powstania po stronie tego Wykonawcy szkody. Kwestia „koncentracji środków ochrony prawnej” nie może obecnie przesądzać o możliwości późniejszego podniesienia zarzutu wobec ofert niżej sklasyfikowanych, gdyż zmienione zasady oceny ofert, w których najpierw weryfikowana jest oferta najwyższej oceniona, prowadzą do tego, iż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie wymaga obecnie pełnej weryfikacji pozostałych ofert. Tym samym, dopiero wzruszenie wyniku postępowania zobowiązuje zamawiającego do przeprowa-

dzenia dalszych czynności związanych z weryfikacją złożonych ofert, których wyniki stanowić mogą podstawę do wnoszenia odwołania.

149. Sygn. akt KIO 515/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia sporządzenie opisu w taki sposób, który jest niejednoznaczny, niewyczerpujący, uniemożliwia skalkulowanie ceny ofertowej, a zatem może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

150. Sygn. akt KIO 731/18, Wyrok z dnia 25 kwietnia 2018 r.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny oferty przystępującego, tj. zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, oznacza, że stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp dawałoby odwołującemu szansę na uzyskanie zamówienia, podpisanie umowy oraz wykonywanie zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, iż odwołujący nie wykazał swojego interesu „jako przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie mógł dokonać wyboru tej oferty z uwagi na ponad dwukrotne przekroczenie budżetu Zamawiającego przeznaczonego na przedmiotowe zamówienie” (s. 1 Odpowiedzi na odwołanie) skład orzekający Izby wskazuje (zakładając, że zamawiający, powołując się na swój budżet miał na myśli nie kwotę, jaką podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, tj. którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (z art. 86 ust. 1 i 5 pkt 1) ustawy Pzp), ale kwotę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, tj. kwotę odpowiadającą cenie ofertowej odwołującego), że legitymacja do wniesienia odwołania badana jest na moment wniesienia odwołania. W dacie wniesienia odwołania, tj. 16 kwietnia 2018 r. odwołujący nie miał wiedzy na temat tego, czy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny ofertowej odwołującego. Informacja ta została podana w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 kwietnia 2018 r. Nadto podnieść należy, że fakt, iż cena odwołującego przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty nie uprawnia zamawiającego do wyboru innej oferty (w tym przypadku z pominięciem ważnej i niepodlegającej odrzuceniu oferty odwołującego), ale obliuguje zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Uzupełnić należy, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem odrębnym od dwóch poprzednio unieważnionych przez zamawiającego (w których odwołujący jako jedyny złożył ofertę) i przenoszenie informacji w szczególności co do możliwości finansowych zamawiającego z wcześniejszych postępowań do obecnie prowadzonego nie znajduje podstaw prawnych.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

151. Sygn. akt KIO 701/18, Wyrok z dnia 27 kwietnia 2018 r.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Jak

wynikało z protokołu postępowania oferta odwołującego została odrzucona, zaś ofertę przystępującego wybrano jako najkorzystniejszą. Ponadto, w świetle kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, oferta przystępującego była ofertą korzystniejszą od oferty odwołującego. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty oraz wykonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego oraz zaniechał czynności odrzucenia oferty przystępującego, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Dostrzeżenia przy tym wymagało, że – jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby – badanie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp następuje na moment wniesienia odwołania. Potwierdzenie istnienia legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkuje przystąpienie do merytorycznego rozpoznania odwołania. Tymczasem zamawiający i przystępujący złożyli w swych pismach procesowych wnioski, który można byłoby określić mianem swoistej kroczącej weryfikacji legitymacji czynnej odwołującego. Zamawiający i przystępujący domagali się bowiem, aby Izba najpierw przyznała odwołującemu legitymację czynną do wniesienia odwołania i rozpoznała zarzuty dotyczące odrzucenia oferty odwołującego. Następnie, w razie niepotwierdzenia się tej grupy zarzutów, Izba miałaby dokonać ponownie oceny przesłanek legitymacji czynnej i odstąpić od merytorycznego rozpoznania dalszych zarzutów dotyczących oceny oferty przystępującego. Stanowisko to należało ocenić jako całkowicie nietrafne, pomijające naturę instytucji, jaką jest legitymacja czynna do wniesienia odwołania, a także nieuwzględniające etapu, na jakim następuje weryfikacja przesłanek jej istnienia.

152. Sygn. akt XXIII Ga 1885/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 stycznia 2018 r.

Interes, o jakim mowa, może mieć charakter faktyczny, który zachodzi wtedy, gdy wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, lecz nie może tego poprzeć przepisami prawa. Chodzić może zatem o interes nakierowany na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej. Posiadanie interesu musi zostać ocenione pod kątem osiągnięcia celu – uzyskania zamówienia, w kontekście zasadności i możliwości podnoszenia zarzutów względem czynności czy zaniechań zamawiającego. Taki kontekst sytuacyjno-prawny, czyli zespół okoliczności, który faktycznie umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia, pozwala na uznanie posiadania interesu. I co istotne, interes w uzyskaniu zamówienia badany jest w momencie wniesienia odwołania. (...)

W ocenie Sądu Odwoławczego, skoro w przetargu brali udział skarżący i odwołujący i X zajęła drugie miejsce, wobec tego miała prawo wnosić środki ochrony prawnej wskazujące na naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, które w efekcie mogło doprowadzić do odrzucenia oferty skarżącego i pozyskania przez nią zamówienia. Błędne bowiem działania zamawiającego i wybór sprzeczny z prawem stanowiłby szkodę odwołującego polegającą na niepozyskaniu zamówienia. Szkada w takich postępowaniach to nie tylko szkoda rzeczywista (*damnum emergens*), ale także, a może właśnie przede wszystkim, szkoda w pojęciu *lucrum cessans*, a więc korzyści, jakich spodziewał się podmiot prawa, ale których nie osiągnął z uwagi na to, że ktoś nie wykonał swego zobowiązania i przez to wyrządził mu szkodę uniemożliwiającą osiągnięcie tych korzyści.

153. Sygn. akt XI Ga 692/17, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 6 lutego 2018 r.

Przechodząc do rozważenia, czy po stronie skarżącego konsorcjum istnieje interes w zaskarżeniu wyroku KIO, dojść należało do wniosku, że w art. 179 ust. 1 p.z.p. jest mowa

o interesie, a nie interesie prawnym. Interes prawny musi wynikać z obowiązujących przepisów prawa materialnego. Interes może mieć charakter faktyczny. Interes faktyczny zachodzi wtedy, gdy wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, lecz nie może tego poprzeć przepisami prawa. Przepis ten wiąże możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej z ochroną interesu wykonawcy, który to interes realizuje się przez możliwość uzyskania zamówienia wskutek wniesienia odwołania. Interes w uzyskaniu zamówienia badany jest w momencie wniesienia odwołania (...). Trzeba mieć bowiem na uwadze, iż biorąc pod uwagę brzmienie art. 179, należy zauważyć, że chodzi tu o posiadanie jakiegokolwiek interesu, w tym istnienie uzasadnienia prowadzenia postępowania odwoławczego wynikającego z dążenia do uzyskania korzystniejszych warunków zawarcia umowy, ale interesu nakierowanego na uzyskanie zamówienia, którego wykonawca nie uzyskałby, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej [por. wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2011 r., KIO 93/11 (...)].

Art. 180 ust. 2

154. Sygn. akt KIO 2729/17, Wyrok z dnia 11 stycznia 2018 r.

W postępowaniach, dla których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak w niniejszym stanie faktycznym, odwołanie przysługuje m.in. w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp).

Izba stoi na stanowisku, że przy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp zasadne jest uwzględnienie także innych powinności ciążących na zamawiającym, a wynikających wprost z ustawy Pzp. Oznacza to, że w powyższym zakresie na zamawiającym ciąży również pewne obowiązki związane z badaniem oferty pod kątem jej odrzucenia. Dlatego też, przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia takiej decyzji. W związku z powyższym, Izba doszła do przekonania, że o ile przesłanka z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, choć wprost nie obejmuje możliwości zaskarżania zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, to jednak w zakres badania i oceny oferty wchodzi możliwość kwestionowania zaoferowanej przez wykonawcę ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

155. Sygn. akt KIO 21/18, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.

Izba nie uwzględniła wniosku zgłoszonego przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a następnie podtrzymanego na posiedzeniu o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przy rozpatrzeniu przedmiotowego wniosku Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedzib zamawiających, które na mocy art. 198a i nast. ustawy Pzp sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. W świetle wyniku kontroli instancyjnej Izba podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażany przez Sądy Okręgowe, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym, tj. złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto zgodnie z uchwałami podjętymi przez Sąd Najwyższy w dniu 17 listopada 2017 r. po rozpoznaniu zagadnienia prawnego w sprawach o sygn. akt III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17: „Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty,

która powinna podlegać odrzuceniu". W ocenie Izby za uzasadnione zatem należy przyjąć stanowisko, iż na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w ramach pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty, powinno się uwzględnić także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego.

156. Sygn. akt KIO 74/18, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.

Uwzględnienie wniosku o odrzucenie odwołania nie zasługuje na aprobatę również z powodu zastosowania przez Zamawiającego tzw. procedury odwróconej uregulowanej w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tą procedurą podmiot zamawiający może, po ustaleniu rankingu ofert, ograniczyć się do badania pod względem podmiotowym jedynie tego wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Oznacza to, że podmiot zamawiający nie ma obowiązku poddania badaniu pozostałych ofert i tak też uczynił Zamawiający w ramach niniejszego postępowania. Tym samym tzw. zastępczy wybór oferty, w ramach procedury uregulowanej w treści art. 24aa ust. 1 [chodzi o ust. 2 – przyp. red.] ustawy Pzp, nie ogranicza się tylko i wyłącznie do czynności formalnej, wynikającej z samego faktu niepodpisania umowy przez pierwotnie wyłonionego oferenta, ale pociąga za sobą konieczność oceny pod względem podmiotowym kolejnego wykonawcy, tj. ustalenia czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu (ocena pod względem pozytywnym) oraz, czy nie podlega on wykluczeniu (ocena pod względem negatywnym). Stąd też dostrzegalna jest również różnica zakresu obowiązków podmiotu zamawiającego wynikająca z porównania treści art. 94 ust. 3 i art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp. W tym miejscu Izba podziela pogląd Odwołującego prezentowany na rozprawie, że przepis art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp ma charakter normy *lex specialis* wobec normy ujętej w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż odnosi się on i uwzględnia odrębność wynikającą ze specyfiki tzw. procedury odwróconej. Nie można bowiem tolerować sytuacji, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzedzona oceną tej oferty i badaniem sytuacji podmiotowej wykonawcy, który ją złożył, zostaje wyjęta spod kontroli w drodze środków ochrony prawnej na skutek zabiegów podmiotu zamawiającego, gdyż taka czynność podlega weryfikacji w każdym postępowaniu niezależnie od jego wartości.

Mając na uwadze powyższe nie można zatem uwzględnić wniosku Zamawiającego, gdyż w ocenie Izby, zgodnie z dokonaną przez sądy powszechne kontrolą instancyjną jej orzecznictwa, tzw. zastępczy wybór oferty w procedurze odwróconej, również mieści się w przesłance ujętej w treści art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w przypadku zastosowania dobrodziejstw ujętych w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp. Co istotne, Zamawiający w tej określonej sytuacji powinien poinformować wykonawców o dokonanej czynności, co otworzyłoby Odwołującemu drogę do kontroli tej czynności w drodze środków ochrony prawnej i wymusiło respektowanie terminów *standstill* koniecznych dla zapewnienia skuteczności i efektywności środków odwoławczych.

157. Sygn. akt KIO 391/18, Wyrok z dnia 13 marca 2018 r.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Zamawiający argumentował, że przesłanka wniesienia odwołania w przypadku postępowania, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6, nie została spełniona, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz Zamawiający dokonał oceny oferty na podstawie kryteriów oceny ofert i w ten sposób ustalił, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, w konsekwencji czego unieważnił postępowanie.

Skład orzekający stanął na stanowisku, że pojęcie „wybór oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko. Możliwe jest zatem zakwestionowanie wyboru najkorzystniejszej oferty

zarówno ze względu na to, że wybrana oferta w ogóle nie powinna zostać poddana ocenie w świetle przesłanek określonych w art. 91 ustawy Pzp, gdyż podlegała odrzuceniu albo wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, jak i ze względu na to, że formalnie prawidłowa oferta została nieprawidłowo oceniona w zakresie przewidzianym w art. 91 ustawy Pzp jako najkorzystniejsza (vide uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2017 r. III CZP 56/17). Ponadto w ocenie składu orzekającego nie można tracić z pola widzenia celu, w jakim jest wszczynane i przeprowadzane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Stosownie bowiem do definicji postępowania o udzielenie zamówienia, zawartej w art. 2 pkt 7a) ustawy Pzp, „należy przez to rozumieć postępowanie (...) w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego (...)”. Zatem celem wszczęcia i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty, czego konsekwencją jest zawarcie umowy. Z tych względów, w sytuacji, która ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym, skład orzekający stanął na stanowisku, że odwołanie podlega rozpoznaniu. Izba wskazuje, że nawet jeśli w okolicznościach niniejszej sprawy nie potwierdziłby się zarzut wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a to z uwagi na brak czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, to mając jednak na uwadze wynikający z uzasadnienia odwołania zarzut ewentualnego zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, wskutek przedwczesnego unieważnienia postępowania, a także cel postępowania o udzielenie zamówienia, w ocenie Izby, zasadnym było jego rozpoznanie.

158. Sygn. akt VI Ga 56/17, Wyrok SO w Opolu z dnia 4 kwietnia 2017 r.

Dopuszczalność wnoszenia odwołań w tych trybach w oparciu o art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp jest możliwa po wyborze najkorzystniejszej oferty, która została wybrana przez zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. w warunkach zaniechania rzetelnej weryfikacji podmiotowej wykonawcy, który tę ofertę złożył. Natomiast dywagacje Izby dotyczące możliwości zastosowania art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w odniesieniu do sytuacji zaniechania odrzucenia oferty sklasyfikowanej na drugiej pozycji, w oczywisty sposób nie podpadają pod tę przesłankę, skoro oferta taka nie została przez zamawiającego wybrana. Niezasadne jest bowiem odrywanie przez Izbę kwestii zaniechania odrzucenia oferty od jej wyboru jako najkorzystniejszej. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w okolicznościach wyboru przez zamawiającego oferty, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub która powinna być uprzednio przez zamawiającego odrzucona. Nie służy on natomiast kwestionowaniu przez odwołujących ofert niewybranych przez zamawiającego

159. Sygn. akt XIX Ga 202/17, Wyrok SO w Katowicach z dnia 20 kwietnia 2017 r.

Podstawą odrzucenia odwołania nie może być sposób umotywowania zarzutów pod adresem czynności zamawiającego, co do której z formalnego punktu widzenia przysługuje odwołanie, gdyż jest to już merytoryczne rozpoznanie odwołania, które nie może zakończyć się jego odrzuceniem. KIO błędnie zatem uznała, że zachodzi podstawa odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p., czyli że odwołanie dotyczy innych czynności, niż określone w art. 180 ust. 2. Jeśli zatem KIO doszła do przekonania, że podniesione w odwołaniu zarzuty nie mogą usprawiedliwiać skargi, gdyż pozostają bez wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej przy zastosowaniu kryteriów zawartych w treści SIWZ, to powinna była ją oddalić jako nieuzasadnioną. (...)

W ocenie Sądu, czynność zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty jest czynnością wyboru oferty, a to, że musi ona być najkorzystniejsza, jest konsekwencją ustawowego założenia, że innej wybrać zamawiającemu nie wolno. Sens odwołania w tym

przypadku polega na negowaniu przez odwołującego się oceny, że wybrana oferta jest najkorzystniejsza i rzeczą odwołującego się jest wykazanie, że to jego oferta powinna zostać wybrana. Przeciwko argumentacji KIO przemawiają również wnioski, które można wyciągnąć po dokonaniu wykładni celowościowej przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Celem ustawodawcy, było rozszerzenie podstaw składania odwołań w postępowaniach „podprogowych”. Czynność wyboru oferty w zgodzie z przepisami jest najistotniejszą czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zatem powinna podlegać weryfikacji przez wykonawców w ramach dostępnych środków ochrony prawnej. Wyłączenie możliwości zakwestionowania wyboru oferty ewidentnie podlegającej odrzuceniu lub oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, stwarzałoby pole do nadużyć pozostających poza kontrolą w zdecydowanej większości obszaru działań zamawiających, podważając tym samym sens procedury odwoławczej. (...)

W istocie odwołanie X opierało się na czterech podstawach: zarzucie bezprawnego utrudniania Odwołującemu dostępu do dokumentacji postępowania, zarzucie, że oferta Y stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, zarzucie, że nie odpowiadała treści SIWZ i zarzucie, że cena zaoferowana przez Y była rażąco niska.

Jak już wcześniej zostało zaakcentowane, przedmiotem odwołania mogą być jedynie czynności zamawiającego enumeratywnie wymienione w art. 180 ust. 2 p.z.p. Do żadnej z kategorii spraw wymienionych w tym przepisie ustawodawca nie zaliczył pierwszego z podniesionych w odwołaniu zarzutów – bezprawnego utrudniania dostępu do dokumentacji postępowania. Taki zarzut wszakże, mający swoją podstawę w art. 8 ust. 1–3 p.z.p. mógłby odnieść zamierzony skutek, gdyby w rezultacie naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego nastąpiłby wybór oferty najkorzystniejszej, która gdyby nie to naruszenie, nie zostałaby wybrana. Innymi słowy, podstawą odwołania byłaby czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p.) na skutek bezprawnego utrudniania wykonawcy dostępu do dokumentacji postępowania. Pomędzy tymi zdarzeniami winien występować adekwatny związek przyczynowo-skutkowy, wyrażający się zależnością, że gdyby nie utrudnienie w dostępie do dokumentacji przetargowej, to określona oferta nie zostałaby wybrana.

160. Sygn. akt XXIII Ga 365/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2017 r.

(...) zdaniem Sądu Okręgowego nie sposób uznać, iż odwołanie dotyczy czynności nieobjętej katalogiem z art. 180 ust. 2 pkt 6) Pzp, i z tego względu jest niedopuszczalne. W ocenie Sądu Okręgowego, dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa – ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechania odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona. Oznacza to dopuszczalność odwołania i naruszenie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp prowadzące do niewłaściwego jego zastosowania i bezpodstawnego odrzucenia skargi, co implikuje konieczność zmiany zaskarżonego postanowienia i otwiera możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania w wyniku złożenia skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

161. Sygn. akt V Ga 69/17, Wyrok SO w Olsztynie z dnia 10 maja 2017 r.

Konkludując, zarówno wykładnia językowa, jak i celowościowa analizowanego przepisu nie stwarza przesłanek do wartościowania i oceny podstaw do wyboru oferty najkorzystniejszej. Może u podstaw takiej decyzji leżeć każde zdarzenie niezgodne z prawem, a odwołanie takie jest prawnie dopuszczalne. Nie ma też znaczenia, że przepis artykułu 180 ust. 2 ustawy jest wyjątkiem od zasady i że w związku z tym jeszcze dodatkowo należy zawęzić pojęcie

przesłanki zaskarżenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, uzależniając dopuszczalność odwołania tylko do określonych przyczyn tego wadliwego wyboru, czego nie można uzasadnić w żaden sposób w świetle wykładni językowej analizowanego przepisu. Zawężyłoby to znacząco kognicję organu odwoławczego, pozbawiając ochrony prawnej i kontroli przez uczestników przetargu.

Dodatkowo należy zauważyć w świetle wykładni celowościowej, że celem ustawodawcy było rozszerzenie podstaw do składania odwołań w tak zwanych postępowaniach podprogowych. Wartościowanie przyczyn, u podstaw których leży sprzeczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty, leży w sprzeczności z celem ustawodawcy i przeprowadzoną nowelizacją. Nie można wybrać najkorzystniejszej oferty, która podlega wykluczeniu w świetle przepisów prawa i wyłączyć możliwość odwołania na podstawie takiej przyczyny. Wyniki proponowanej wykładni wykluczałyby dopuszczalność odwołań w szeregu przypadków wadliwego i niezgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej.

162. Sygn. akt VII 169/17, Wyrok SO w Kielcach z dnia 26 maja 2017 r.

Należy jedynie dodać, że nie ulega wątpliwości Sądu, że zaskarżenie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy nie było dla odwołującego celem samym w sobie, lecz jego celem i intencją było niewątpliwie zakwestionowanie wadliwego wyboru oferty wykonawcy, która powinna być odrzucona. Brak jest podstaw do zawężania dopuszczalnej podstawy zaskarżenia do samej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie ulega wątpliwości, że celem projektu ustawy nowelizacyjnej było rozszerzenie możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach dotyczących zamówień tzw. podprogowych. W kontekście powyższego, przyjęcie stanowiska Izby o wąskiej interpretacji przesłanek z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i ograniczenie jej do sfery wyłącznie wyboru oferty najatrakcyjniejszej cenowo, oznaczałoby w istocie pozbawienie wykonawców prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być przez zamawiającego odrzucona, co za tym idzie możliwości weryfikacji przez organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty. Systematyka ustawy Pzp, w szczególności przepisów art. 89 mówiącego o kryteriach odrzucenia oferty, a następnie art. 91, mówiącego o wyborze oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert, wskazuje na konieczność wyboru najkorzystniejszej oferty, niepodlegającej odrzuceniu. Dlatego też nie jest przekonujące stanowisko, które ogranicza wybór najkorzystniejszej oferty wyłącznie do jej analizy wg kryterium z art. 2 pkt 5 ustawy, a więc najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów lub najniższej ceny. Przy takiej interpretacji, w istocie niewiele sytuacji mogłoby podlegać zaskarżeniu – w praktyce jedynie takie, w których zamawiający popełnia błąd w porównaniu obiektywnie sprawdzalnych kryteriów i wybiera ofertę, która nie jest najkorzystniejsza. Argumentacja taka nie uwzględnia okoliczności, że przez wybór najkorzystniejszej oferty należy rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji w tym zakresie (por. wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 22 grudnia 2016 r., sygn. akt: II Ca 1461/16, por. także wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. akt: IX Ga 502/16, które zajęły analogiczne stanowisko i których argumentację podziela Sąd orzekający).

163. Sygn. akt VI Ca 365/17, Wyrok SO w Częstochowie z dnia 6 czerwca 2017 r.

(...) Przyjęcie wąskiej, literalnej wykładni przesłanek z art. 180 ust 2 pkt. 6 ustawy – prawo zamówień publicznych oznaczałoby pozbawienie wykonawców prawa do wnoszenia odwołania na wybór oferty, która powinna być odrzucona przez zamawiającego, a co za tym idzie możliwości zweryfikowania przez organ odwoławczy fazy badania i oceny ofert, która doprowadziła do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty. To zaś byłoby nie do pogodzenia

z celem całej ustawy, którym jest wyłonienie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, tzn. odpowiadającą wymaganiom opisanym w specyfikacji, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a przy tym daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

(...) Dalej byłoby to nie do pogodzenia z zasadami przejrzystości i legalności postępowania w sprawie zamówienia publicznego statuowanymi w treści art. 7 powołanej ustawy. Przy oczywistym spostrzeżeniu, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty jest ukoronowaniem szeregu poprzedzających ją działań lub zaniedbań, a nie ma znaczenia, jaki element procesu decyzyjnego był wadliwy, to przyjęta przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładnia zwięzająca, ogranicza możliwość jej weryfikacji przez wykonawców, a chodzi przecież o najistotniejszą czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego winna ona podlegać w możliwie najszerszym zakresie. Wykładnia zwięzająca nie ma uzasadnienia (por. np. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29.03.2017 r. sygn. akt II Ca 115/17).

164. Sygn. akt VI Ga 147/17, Wyrok SO w Legnicy z dnia 8 czerwca 2017 r.

Zdaniem Sądu Okręgowego stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zawarte w skardze na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.02.2017 r. zasługuje na uwzględnienie. Sąd Okręgowy nie podziela oceny Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy PZP, prowadzącej w konsekwencji do odrzucenia odwołania. Izba przyjęła bowiem, że pod pojęciem „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty”, należy rozumieć jedynie niedokonanie wyboru zgodnego z kryteriami określonymi w SIWZ. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalna była możliwość kwestionowania w ramach tej podstawy wcześniejszych czynności bądź zaniechań zamawiającego dotyczących badania oferty pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy i SIWZ.

Należy podzielić w pełnej rozciągłości przedstawioną w uzasadnieniu skargi wykładnię przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. oraz argumenty przytoczone na jej poparcie. Ma rację skarżący Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wyrażający stanowisko, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procesem odznaczającym się sekwencyjnością zachowań zamawiającego w kolejnych etapach tego postępowania i zależy od trybu, w jakim dane postępowanie jest prowadzone. Proces udzielania zamówienia publicznego składa się z szeregu kolejno następujących po sobie czynności podejmowanych przez jego uczestników. Wybór najkorzystniejszej oferty dokonywany przez zamawiającego jest co do zasady poprzedzony etapem badania i oceny złożonych ofert. W ramach przetargu nieograniczonego badania w pierwszej kolejności podlega formalna strona oferty, kiedy to ustala się, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Badanie obejmuje też przesłanki badania oferty. Dopiero po jego dokonaniu oferty podlegają merytorycznej ocenie poprzez przyznanie określonej liczby punktów pod kątem kryteriów ustanowionych przez zamawiającego. O złożoności procesu wyboru oferty świadczy (...) umieszczenie jej regulacji dotyczących poszczególnych etapów w jednym rozdziale ustawy P.Z.P. zatytułowanym „Wybór najkorzystniejszej oferty”. Oznacza to, że przyznanie punktacji z zastosowaniem kryteriów oceny z SIWZ prowadzące do ustalenia najkorzystniejszej oferty jest jego elementem. Nawet jeśli można nadać mu decydujące znaczenie, to prowadziłyby to do nieuzasadnionego pominięcia i wykluczenia kontroli pozostałych etapów. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż nie powinno dojść do wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, bądź którego oferta winna zostać odrzucona. Sąd Okręgowy podziela stanowisko wyrażone w skardze, że stanowisko Izby zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego postanowienia skupia się na rozdzielaniu czynności badania ofert, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie uwzględniając przy tym zasady legalizmu prowadzenia postępowania o udzielenia zamówie-

nia publicznego (art. 7 ust. 3 PZP). Przepis art. 7 ust. 3 PZP sankcjonuje zobowiązanie zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający prawidłowe stosowanie przepisów ustawy, a to jest, zdaniem Sądu Okręgowego, zasadniczy argument decydujący o dopuszczalności odwołań złożonych w toku postępowań przetargowych, w tym również przedmiotowego odwołania Konsorcjum XY (...). Na zamawiającym ciąży obowiązek ścisłego przestrzegania przepisów ustawy PZP, albowiem większość z nich ma charakter *ius cogens*, których brak przestrzegania ma wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Tylko wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, mogą brać udział w procesie wyboru oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na powyższe, brak podstaw do podzielenia stanowiska Izby, że pojęcie czynności wyboru najkorzystniejszej ofert z art. 180 ust. 2 pkt 6 PZP, winno być odczytywane zgodnie z definicją legalną pojęcia „najkorzystniejsza oferta” z art. 2 pkt 5 PZP. Zdaniem Sądu Okręgowego w sprawie miała miejsce analiza i wykładnia zwrotu „wybór najkorzystniejszej ofert”, podczas gdy art. 2 pkt. 5 PZP obejmuje jedynie definicję pojęcia „najkorzystniejsza oferta”. Znaczeniowo ten ostatni zwrot jest węższy nie obejmuje bowiem czynności wyboru. Gdyby ustawodawca miał na względzie wyłącznie zakres wskazany przez KIO, użyłby zwrotów zawartych w art. 91 ust. 1 ustawy, czyli „wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów ocen”. W takim przypadku uzasadnione byłoby odniesienie się wyłącznie do znaczenia z art. 2 pkt. 5 ustawy, gdy tymczasem terminem „wybór najkorzystniejszej ofert” zatytułowany jest cały rozdział ustawy PZP, zatem ustawodawca dopuszczając odwołanie, poddał ocenie szerszy proces wyboru ze wszystkimi przesłankami koniecznymi do jego zaistnienia. Zdaniem Sądu Okręgowego, celem zmian w art. 180 ust. 2 ustawy PZP była ochrona interesów wykonawców w postępowaniach z zakresu zamówień publicznych bez wartościowania przyczyn, u których leżała sprzeczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z uwagi na to, że postępowania podprogowe stanowią zasadniczą większość postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie zasiewają nieznacznym odsetek postępowań, w których są wnoszone odwołania do Prezesa KIO, okoliczności te wymagały interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania niezgodnych z PZP zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło wyraz w treści art. 180 ust. 2 pkt. 5 i 6 ustawy PZP w brzmieniu obowiązującym do 28.07.2016 r.

Art. 180 ust. 3

165. Sygn. akt KIO 2736/17, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.

Skoro zatem postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter skargowy, kontradyktoryjny i przedmiot danego postępowania nie może zostać rozszerzony po piśmie procesowym inicjującym postępowanie, żadna ze stron postępowania nie może oczekiwać podejmowania przez Izbę, z urzędu, czynności zmierzających do wykazania, lub co więcej – wyjaśnienia zakresu postępowania odwoławczego i przeprowadzania czynności śledczych, co jest przymiotem postępowania inkwizycyjnego.

Powyższe jest zwłaszcza aktualne, gdy weźmie się pod uwagę, że każdy z elementów konstrukcyjnych zarzutu musi zostać przez odwołującego zidentyfikowany – w pierwszej kolejności istotne są okoliczności faktyczne – to jest, jaka czynność została dokonana lub jakiej czynności zamawiający zaniechał – a dalej, jakie okoliczności temu zachowaniu zamawiającego towarzyszące skutkują po stronie odwołującego przekonaniem o naruszeniu przepisów ustawy – i w dalszej kolejności – jakie to przepisy. Odwołujący nie może ograniczyć się, formułując zarzuty, do ogólnych apeli, spekulacji czy hipotez w przedmiocie zachowania zamawiającego – musi wskazać, mając na względzie ogół ustawowego uregulowania postępowania odwoławczego, konkretnie, jaki stan faktyczny zaistniał, przywołać dowody na poparcie

swojej tezy, a następnie, z uwagi na dyspozycję art. 180 ust. 3 p.z.p., poddać ten stan subsumpcji pod prawidłowo ustalone i wyłożone przepisy ustawy, przy czym w tym ostatnim zakresie Izba, jako organ rozstrzygający, dokonuje własnej oceny po ustaleniu stanu faktycznego sprawy w oparciu o wyniki postępowania dowodowego. Nie jest możliwe wskazanie jedynie czynności zamawiającego i ograniczenie się do tezy, że naruszono przepisy ustawy – zarzut tak sformułowany w istocie nie zawiera bowiem żadnych okoliczności faktycznych, których istnienie mogłoby być przedmiotem dowodu (doznająca z uwagi na art. 180 ust. 3 p.z.p. pewnego ograniczenia na etapie formułowania środka ochrony prawnej, ale w dalszym ciągu aktualna na etapie orzekania zasada *da mihi factum dabo tibi ius*). Kwalifikacja prawna nie może stanowić również substytutu twierdzeń co do okoliczności faktycznych, formułując tezę o naruszeniu przepisów ustawy, odwołujący musi wskazać jak do tego naruszenia doszło, w przeciwnym wypadku jego twierdzenia pozostaną w sferze gołosłownej krytyki bez żadnego powiązania jej z konkretną sprawą.

Mając powyższe na uwadze, należy również zauważyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą co do zasady stawia naprzeciw siebie podmioty profesjonalne – zamawiających oraz przedsiębiorców realizujących zamówienia publiczne. W tym stanie od podmiotów tych należy oczekiwać należytej staranności w zakresie dbania o swój interes, które w zakresie istotnym dla rozpoznania niniejszej sprawy wyraża się w szczególności w pozyskaniu dowodów na okoliczności potencjalnych naruszeń prawa, a zwłaszcza zaistnienia czynności, w toku których te naruszenia miałyby nastąpić. Brak powyższego, siłą rzeczy, znacząco utrudnia, a może nawet uniemożliwić prawidłowe sformułowanie środka ochrony prawnej i wymierzenie go przeciw konkretnej czynności oraz konkretnym naruszeniom, które w jej toku zaistniały.

166. Sygn. akt KIO 17/18, Wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje – w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych, jak również Krajowej Izby Odwoławczej, wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez

nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej." Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie, które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”

Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sądu Najwyższego, to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną, zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

167. Sygn. akt KIO 148/18, Wyrok z dnia 7 lutego 2018 r.

Niejako na marginesie, odnosząc się do zawartego przez Odwołującego w petitum odwołania stwierdzenia, iż Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie „innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia”, podkreślić należy, iż to na Odwołu-

jącym, który jest profesjonalistą, ciąży obowiązek skonkretyzowania zarzutów na dwóch płaszczyznach – prawnej i faktycznej. Izba nie może wyręczać Odwołującego w prawidłowym sformułowaniu zarzutów, jak również domyślać się zarzutów, które chciałby podnieść Odwołujący (por. wyrok KIO z dnia 5.11.2015 r. sygn. akt: KIO 2935/15).

Art. 180 ust. 5

168. Sygn. akt IV Ca 1720/17, Postanowienie SO Warszawa Praga w Warszawie z dnia 9 listopada 2017 r.

KIO wydała zaskarżone postanowienie z naruszeniem art. 189 ust. 2 pkt. 7 Pzp. Brak jest podstaw do uznania, iż odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. To, że przesłany przez odwołującego zamawiającemu drogą elektroniczną skan dokumentu, zawierający treść odwołania, nie był opatrzony podpisem, nie oznacza, że odwołujący uchybił obowiązkowi określonymu w art. 180 ust. 5 Pzp. Obowiązek ten polega na umożliwieniu zamawiającemu zapoznania się z treścią odwołania, a nie na udostępnieniu zamawiającemu odpisu stanowiącego odwzorowanie odwołania. Odwołujący, co jest w sprawie bezsporne, przesłał zamawiającemu skan dokumentu odwołania, z wyjątkiem podpisu autora dokumentu – X (...). Przesłany drogą elektroniczną skan odwołania zawierał pełną treść odwołania.

Art. 182 ust. 3

169. Sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.

W ocenie Izby, w zaistniałym stanie faktycznym Odwołujący X już w chwili udostępnienia mu do wglądu niepełnej treści ofert Konsorcjum Y i Konsorcjum Z, tj. w dniu 26 września 2017 r., powinien był przy zachowaniu należytej staranności powziąć wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania, tj. o zaniechaniu odtajnienia dokumentów zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym dokumentów zawierających uzasadnienie dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum Y i Konsorcjum Z. W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak było podstaw do uznania, że w tej dacie Zamawiający nie zakończył jeszcze badania ofert pod kątem skuteczności zastrzeżenia określonych dokumentów załączonych do oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zwrócić należy uwagę, iż Zamawiający udostępniając dokumentację do wglądu nie poinformował Odwołującego X, że prowadzi jeszcze jakiegokolwiek czynności związane z badaniem ofert pod kątem skuteczności zastrzeżenia określonych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa ani, że odmowa udostępnienia pełnej treści oferty spowodowana jest tym, iż Zamawiający nie dokonał jeszcze oceny tego zastrzeżenia. Zamawiający nie poinformował Odwołującego także o tym, że odrębnym pismem powiadomi go o swojej decyzji w zakresie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, ani o tym kiedy to nastąpi. Wręcz przeciwnie – Zamawiający, udostępniając oferty do wglądu, wskazał, iż udostępni je w części nieobjętej tajemnicą przedsiębiorstwa, co pozwalało na powzięcie przez Odwołującego X wiedzy, że w pozostałym zakresie zostały one w sposób skuteczny tą tajemnicą objęte. Skoro więc, w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający po upływie stosunkowo długiego czasu od otwarcia ofert, posiadając wcześniej wiedzę o żądaniu udostępnienia całości oferty (a wiedzę taką Zamawiający powziął już w dniu 18 września 2017 r., czyli na ponad tydzień przed udostępnieniem Odwołującemu ofert do wglądu), nie udostępnił Odwołującemu części ofert Konsorcjum Y i Konsorcjum Z, to należało przyjąć, że respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak było bowiem zdaniem Izby podstaw do uznania, że na moment udostępnienia ofert Odwołującemu do wglądu Zamawiający nie byłby jeszcze w stanie ocenić

skuteczności dokonanych przez wykonawców zastrzeżeń w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym kontekście nie można tracić z oczu, iż wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to podmioty profesjonalne, w stosunku do których miernik należytej staranności jest podwyższony w odniesieniu do ogólnego miernika staranności dłużnika, albowiem określa się go z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności (art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ust. 1 Ustawy Pzp). Tak określona należyta staranność wymaga od wykonawcy, by w sytuacji, gdy po złożeniu wniosku o udostępnienie ofert do wglądu otrzyma on odpowiedź odmowną co do dokumentów zawierających zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje, a jednocześnie nie zostanie on przez Zamawiającego poinformowany, iż proces badania skuteczności takiego zastrzeżenia nie został jeszcze zakończony, przyjął on, iż Zamawiający uznał zastrzeżenie poufności informacji za zasadne oraz, że od tego momentu rozpoczyna się bieg terminu do wniesienia odwołania na zaniechanie ujawnienia przez Zamawiającego treści dokumentów stanowiących część oferty.

Z uwagi na powyższe, Izba pozostawiła omawiany zarzut bez rozpoznania, przepisy Ustawy Pzp nie przewidują bowiem instytucji częściowego odrzucenia odwołania. Wobec tego, iż spóźniony zarzut został zgłoszony obok innych zarzutów wniesionych w ustawowym terminie, nie może on skutkować odrzuceniem odwołania.

Art. 183 ust. 1

170. Sygn. akt KIO 268/18, Wyrok z dnia 5 marca 2018 r.

Podnieść, za zamawiającym (Odpowiedź na odwołanie, s. 7–9), należy, że art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, zwanych dalej „orzeczeniem” powoduje, że zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego „jedynie” do czasu rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą (abstrahując od możliwości uchylenia zakazu zawarcia umowy przez Izbę na wniosek zamawiającego).

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że brak jest analogicznego przepisu w Rozdz. 3 Skarga do sądu Działu VI Środki ochrony prawnej ustawy Pzp, nie zawierają go również przepisy o apelacji ustawy Kodeks postępowania cywilnego, do których odsyła art. 198a ust. 2 ustawy Pzp.

Dodatkowo, o możliwości zawarcia umowy o zamówienie publiczne po wydaniu wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą i pomimo wniesienia skargi na to orzeczenie, świadczy treść art. 192 ust. 3 pkt 2 i 3 w zw. z art. 198f ust. 2 zdanie trzecie Pzp, wskazującego na możliwe rozstrzygnięcia sądu okręgowego rozpoznającego skargę na orzeczenie KIO w przypadku, gdy umowa o zamówienie publiczne została zawarta.

Zgodnie zaś z zasadą wykładni przepisów prawa „*a maiori ad minus*”, uznać należy, że skoro zamawiającemu wolno, po wydaniu orzeczenia przez Izbę, zawrzeć umowę o zamówienie publiczne, to tym bardziej zamawiający może podjąć czynności mające na celu doprowadzenie do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, w tym wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp czy dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Art. 185 ust. 1 – 6

171. Sygn. akt KIO 2651/17, Wyrok z dnia 2 stycznia 2018 r.

Izba nie uwzględniła opozycji Zamawiającego, uznając, iż ww. wykonawca miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Zgodnie z ugruntowanym orzeczni-

ctwem Krajowej Izby Odwoławczej interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca przystępuje jest pojęciem szerszym niż interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp. Ponadto mieć należy na uwadze, iż Zamawiający prowadził postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 24aa Ustawy Pzp, a zatem oferta Odwołującego, która uzyskała więcej punktów niż oferta Przystępującego X, nie została ostatecznie zweryfikowana przez Zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, a do weryfikacji tej oferty może w ogóle nie dojść. Nie można zatem wymagać od Przystępującego X, tak jak wskazywał Zamawiający, aby na etapie zgłoszenia przystąpienia do niniejszego postępowania wykazał on, że będzie kwestionował ofertę Odwołującego.

172. Sygn. akt KIO 2732/17, Wyrok z dnia 12 stycznia 2018 r.

Z kolei zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę X z siedzibą w W. nastąpiło, w formie e-mail na adres „odwolania@uzp.gov.pl” w dacie 1 stycznia 2018 r., tym samym nastąpiło w formie niedopuszczonej przepisami obowiązującego prawa, co wynika z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z ww. przepisem, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Powyższe wskazuje, że zgłoszenie przystąpienia może zostać wniesione w jednej z dwóch ww. form, a forma e-mail nie należy do żadnej z nich. Zatem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w inny sposób niż określony w obowiązujących przepisach nie może wywołać skutku prawnego w zgłoszeniu przystąpienia. Tym samym Izba stwierdziła, że ww. wykonawca nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

173. Sygn. akt KIO 182/18, Postanowienie z dnia 12 lutego 2018 r.

Izba uznała, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę X z siedzibą w G. jest nieskuteczne z tego powodu, że zostało doręczone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z uchybieniem terminu wymaganego art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. (...)

Z ustaleń Izby wynika, że kopia odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego została przekazana wykonawcom w dniu 2 lutego 2018 r., natomiast wykonawca X zgłosił w formie pisemnej przedmiotowe przystąpienie dopiero w dniu 7 lutego 2018 r., to jest z przekroczeniem terminu do jego wniesienia, który upływał w dniu 5 lutego 2018 r. Oświadczenie, co prawda, zostało złożone w piśmie z dnia 5 lutego 2018 r., które to pismo zostało nadane na poczcie także w dniu 5 lutego 2018 r., jednakże jego doręczenie do Prezesa KIO nastąpiło dopiero w dniu 7 lutego 2018 r.

Wobec powyższych ustaleń wykonawca X z siedzibą w G. nie był uprawniony do wniesienia sprzeciwu, albowiem nie uzyskał statusu uczestnika postępowania odwoławczego.

Art. 186

174. Sygn. akt KIO 2679/17, Postanowienie z dnia 2 stycznia 2018 r.

Ponieważ przystępujący po stronie Zamawiającego nie stawił się na posiedzeniu, będąc poinformowany o terminie, Izba nie wzywała Wykonawcy do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu. Wykonawca miał możliwość złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu ustnie do protokołu posiedzenia, a jego nieobecność oznaczała rezygnację

z prawa do obrony swojego stanowiska prezentowanego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

175. Sygn. akt KIO 2719/17, Wyrok z dnia 10 stycznia 2018 r.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania X 20 listopada 2017 r. przez Zamawiającego i wobec braku przystępujących po jego stronie, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 pzp – postanowieniem umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2446/17.

Jednakże – wbrew odmiennemu pogładowi Odwoływającego – art. 186 ust. 2 pzp w żaden sposób nie zabezpiecza wykonawcy przed wykonaniem przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem utrzymania uznanego poprzednio odwołania. W ustawie pzp art. 186 ust. 2 pzp został skorelowany z art. 189 ust. 2 pkt 5 pzp, co przesądza jedynie o tym, że ponowne odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z żądaniem poprzedniego odwołania, którego zarzuty uznał.

W przeciwnej sytuacji jedynym skutkiem dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnie z żądaniem poprzednio uznanego odwołania jest brak podstaw do odrzucenia kolejnego odwołania od tej nowej czynności.

Istota instytucji uregulowanej w art. 186 ust. 2 pzp sprowadza się do tego, że następuje zakończenie postępowania odwoławczego bez rozpoznania przez Izbę zasadności zarzutów odwołania. Izba formalnie umarza postępowanie odwoławcze wobec złożonego przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości merytorycznych zarzutów odwołania. Izba nie ma przy tym możliwości badania, czy uwzględnienie zarzutów odwołania w całości jest niezgodne z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierza do obejścia prawa. Uwzględnienie w całości zarzutów przez zamawiającego wiąże bowiem Izbę niezależnie od treści zarzutów odwołania, których merytoryczna zasadność nie jest przez Izbę w ogóle badana, przy umorzeniu postępowania odwoławczego.

Stąd w razie wniesienia odwołania wobec powtórzonych przez zamawiającego czynności niezgodnie z art. 186 ust. 2 pzp, merytoryczne rozpoznanie nowego odwołania nie może sprowadzać się do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Choć uwzględnienie odwołania przez zamawiającego winno być czynnością przemyślaną i racjonalną, nie zawsze tak jest. Stosowanie tego przepisu nie może prowadzić do sankcjonowania żądań obejmujących czynności sprzeczne z prawem. Z tego względu zamawiający, dokonując czynności wbrew żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu, naraża się jedynie na zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 pzp, a tym samym na merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec dokonanych niezgodnie z tym przepisem czynności. Jeżeli okaże się, że czynności powtórzone, choć niezgodnie z żądaniami poprzedniego odwołania, są prawidłowe w świetle materialnych przepisów ustawy pzp, nowe odwołanie zostanie oddalone jako merytorycznie niezasadne. Innymi słowy naruszenie w toku postępowania przez zamawiającego art. 186 ust. 2 pzp nie przesądza o automatycznym uwzględnieniu kolejnego odwołania, lecz otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania przez Izbę ponownie podniesionych zarzutów

176. Sygn. akt KIO 544/18, Wyrok z dnia 4 kwietnia 2018 r.

W dniu 13 marca 2018 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ. Przywołane w odwołaniu brzmienie zaskarżonych postanowień SIWZ sprzed zmiany oraz po zmianie jest zgodne ze stanem faktycznym i bezsporne między stronami.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że odwołanie wniesione wobec zmienionych postanowień SIWZ ograniczało się do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Odwoływający nie sformułował żadnych innych zarzutów, odnoszących się merytorycznie do zgodności zaskarżonych postanowień SIWZ z przepisami ustawy, a jedynie skoncentrował się na

czysto formalnej stronie wprowadzonych zmian, wskazując na ich niezgodność z żądaniami odwołania uwzględnionego przez Zamawiającego.

Odnosząc się do tak sformułowanego odwołania stwierdzić należy, nie można skutecznie podnosić samoistnego zarzutu dotyczącego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, ewentualne naruszenie tego przepisu nie jest bowiem wystarczającą podstawą do uwzględnienia odwołania, bez poddania kontroli Izby merytorycznej prawidłowości zaskarżonych czynności, które zostały podjęte w wykonaniu żądań uwzględnionego odwołania. Pogląd taki został wielokrotnie wyrażony w orzecznictwie Izby, np. w wyrokach o sygn. akt: KIO 1124/16, KIO 2296/12, KIO 2804/12.

Nie ulega wątpliwości, że w przypadku dokonania czynności niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcom przysługuje prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (w przeciwieństwie do sytuacji, gdy czynności zamawiającego są zgodne ze zgłoszonymi żądaniami – wówczas odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). W takim przypadku kwestia prawidłowości tych czynności może podlegać ocenie Izby, ale pod kątem ich zgodności z przepisami prawa określającymi obowiązki zamawiającego odnoszące się do danych czynności (z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie), nie zaś z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Innymi słowy, wykonawca, który twierdzi, że zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego odwołania, ma prawo zaskarżyć nowe brzmienie SIWZ, które tych żądań nie realizuje, ale musi podnieść zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy ustawy odnoszące się do kształtowania treści SIWZ.

Przyjęcie stanowiska przeciwnego, zgodnie z którym odwołanie podlega uwzględnieniu w przypadku stwierdzenia – jedynie od strony formalnej, że zamawiający nie zrealizował żądań uwzględnionego przez siebie odwołania, mogłoby prowadzić do niedopuszczalnej sytuacji nakazywania egzekwowalnymi wyrokami Izby wykonywania czynności niezgodnych z przepisami prawa. Zamawiający może bowiem uwzględnić zarzuty odwołania, które są niezasadne (uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego nie podlega kontroli Izby) i zobowiązać się w ten sposób do realizacji żądań, których skutek będzie niezgodny z przepisami prawa. W takiej sytuacji Izba musiałaby uwzględnić odwołanie oparte o zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp i nakazać Zamawiającego wykonanie czynności niezgodnych z prawem. Ponieważ sytuacja taka jest nie do zaakceptowania, w orzecznictwie Izby zwraca się uwagę na konieczność takiej interpretacji ww. przepisu, która uwzględni cele procedury udzielania zamówień publicznych i zasady całego porządku prawnego. Interpretacja ta prowadzi do wniosku, że norma wynikająca z art. 186 ust. 2 ustawy wywołuje skutki procesowe w toku postępowania odwoławczego, nie stanowi jednak samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie mogłoby stanowić podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takie właśnie wynikające z orzecznictwa Izby wnioski, które skład orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela, zostały przedstawione w Załączniku nr 1 do Uchwały nr 3/2013 Zgromadzenia Ogólnego Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lipca 2013 r. Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r.

Art. 187 ust. 8

177. Sygn. akt KIO 238/18, Postanowienie z dnia 22 lutego 2018 r.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o nieobciążanie go kosztami postępowania na podstawie art. 102 Kodeksu postępowania cywilnego, ewentualnie o zwrot wpisu, jak w przypadku cofnięcia odwołania przed rozprawą, uznając wniosek za nieuzasadniony.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie zastosowanie ma przepis art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, który stanowi, iż strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego

wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6, dotyczącego sytuacji związanych z uwzględnieniem przez zamawiającego w całości lub w części zarzutów odwołania, co w przedmiotowej sprawie nie wystąpiło. Przepis art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy Pzp przewiduje zwrot odwołującemu 90% wpłaconego przez niego wpisu jedynie w sytuacji, gdy cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, co oznacza, że w przypadku cofnięcia odwołania na rozprawie, taki zwrot nie przysługuje.

Art. 189 ust. 2 pkt 1

178. Sygn. akt KIO 2697/17, Postanowienie z dnia 4 stycznia 2018 r.

Dokonując analizy treści przywołanych przepisów ustawy Pzp wnioskować należy, że art. 138o ustawy Pzp stanowi odrębną podstawę udzielania zamówienia na usługi społeczne poniżej progów, o których mowa w art. 138g ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego Zamawiającego w żaden sposób nie wiążą przepisy ustawy – w tym również przepisy odnoszące się do środków ochrony prawnej – a Zamawiający ma swobodę w określaniu szczegółowych rozwiązań w ramach prowadzonej procedury. Zauważenia również wymaga, że procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp, tworzona jest przez samego Zamawiającego, tym samym nie jest procedurą opartą na ustawie Prawo zamówień publicznych, choć Zamawiający uprawniony jest do zastosowania instytucji przewidzianych w ustawie, jednak owa procedura stosowana przez Zamawiającego nie będzie procedurą określoną ustawą – a jedynie procedurą własną Zamawiającego.

Pamiętać należy, że Krajowa Izba Odwoławcza może rozstrzygać spory pomiędzy stronami wyłącznie w granicach art. 180 ust. 1 ustawy, to jest dokonując oceny czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, zatem Izba nie posiada kognicji w zakresie czynności czy zaniechań Zamawiającego w sytuacji, gdy te czynności nie mają oparcia w ustawie. Tym samym Izba nie może rozpoznawać odwołań opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez Zamawiającego (nawet stosującym rozwiązania oparte na instytucjach ustawowych).

Ponadto istotnym argumentem mającym znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego problemu jest również to, że przepis art. 138o ustawy Pzp nie zawiera odesłania do stosowania przepisów działu VI ustawy Pzp – a odnoszących się do środków ochrony prawnej. Gdyby Ustawodawca przewidział możliwość stosowania środków ochrony prawnej dla zamówień na usługi społeczne o wartości nieprzekraczającej progów, powyższe przewidziałby w sposób wyraźny w przepisach ustawy Pzp – analogicznie jak w przypadku zamówień na usługi społeczne powyżej progów, co wynika z art. 138l w zw. z art. 138g ustawy Pzp. (...)

Nie może również umknąć uwadze Izby to, że dział VI odnoszący się do środków ochrony prawnej zawiera nie tylko przepisy umożliwiające odwołującemu wniesienie środka ochrony prawnej, ale również przepisy nakładające na zamawiającego szereg obowiązków w związku z wniesionym przez wykonawcę odwołaniem. Zatem wobec braku wyraźnej regulacji Ustawodawcy nieuprawnionym byłoby nakładanie na Zamawiającego obowiązków, które nie zostały wprost przewidziane w ustawie.

Nadmienić również należy, że przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r., nr 41, poz. 238) nie regulują wysokości wpisu od odwołania w postępowaniu na usługi społeczne o wartości poniżej progów, co potwierdza intencje Ustawodawcy, że w takich przypadkach odwołanie nie przysługuje.

W konsekwencji jeszcze raz podkreślenia wymaga to, że Zamawiającego w przypadku postępowań prowadzonych w oparciu o art. 138o ustawy Pzp, wiążą bezwzględnie przepisy

ustawy Pzp, tylko w zakresie reguł wskazanych w ust. 2–4 powyższego artykułu i tym samym w przypadku tego postępowania, wykonawca, wobec zakresu wyznaczonego przez Zamawiającego, nie ma możliwości skorzystania ze środków odwoławczych określonych w dziale VI ustawy Pzp. Wobec powyższego przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi iż w niniejszej sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

179. Sygn. akt KIO 48/18, Postanowienie z dnia 18 stycznia 2018 r.

Art. 138g ust. 2 ustawy stanowi, że przepisów rozdziału 6 „Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi” nie stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa. Klasyfikacja kodem CPV ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy i jakie przepisy ustawy mają zastosowanie do danego przedmiotu zamówienia. Nieprawidłowości w tej kwalifikacji mogą skutkować błędami w stosowaniu przepisów ustawy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ustalił kod obrazujący jego przedmiot zamówienia jako usługi szkolenia specjalistycznego, przy czym nie podał podstaw takiego ustalenia innych niż wieloletnia praktyka. Niewątpliwie zamówienie ma służyć szkoleniu teoretycznemu i symulatorowemu żołnierzy jednostek wojskowych – pilotów i techników na wielozadaniowych śmigłowcach wykorzystywanych w jednostkach wojskowych, tym samym przedmiot zamówienia kwalifikuje się wprost pod kod 80650000-4, a nie jak zakwalifikował to zamawiający do kodu CPV 80510000-2.

Z ustaleń Izby wynika, że przedmiotowe zamówienie jest usługą priorytetową w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 131a ust. 3a ustawy, jeżeli zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa obejmuje usługi określone na podstawie art. 131b ust. 2 ustawy oraz inne usługi albo usługi i dostawy, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tych dostaw lub usług, których wartość szacowana jest większa.

Zgodnie z art. 131b ust. 2 ustawy Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, wykaz usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym, z uwzględnieniem postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 20009/81/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 zmieniającej dyrektywy 2004/17WE i 2004/18/WE. Takie rozporządzenie zostało wydane i, jak Izba ustaliła, przedmiotowe zamówienie należy zaliczyć do usług priorytetowych.

Zgodnie z art. 131b ustawy – ustawy nie stosuje się do udzielenia zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Jak Izba ustaliła, w przypadku zamówień na usługi w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa kwotą stanowiącą barierę stosowania ustawy jest 443 000 euro. Izba ustaliła, że przedmiotowe zamówienie tej bariery nie osiąga i wynosi 345 730,92 euro. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu nie stosuje się ustawy. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Zatem zaistniały stan faktyczny i prawny nadaje się do subsumpcji pod normę prawną art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy i Izba zobligowana jest przepis ten w stosunku do spornego odwołania zastosować i odwołanie odrzucić.

180. Sygn. akt KIO 168/18, Postanowienie z dnia 5 lutego 2018 r.

Izba stwierdziła, że niniejsze odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, bowiem w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Izba zauważa, że uregulowania dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi zostały wyodrębnione w ustawie pzp w dziale III rozdziale 6 ustawy. Przed-

miotem zamówienia na usługi społeczne są usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE, zgodnie z dyspozycją art. 138h ustawy pzp. W ramach tego rodzaju zamówień Ustawodawca przewidział niejako dwie procedury, w zależności od wartości udzielanego zamówienia.

Mianowicie, przepisy rozdziału 6 ustawy stosuje się do zamówień na usługi społeczne, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: 1) 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, 2) 1 000 000 euro – w przypadkach zamówień sektorowych. Zgodnie z art. 138l ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone z zastosowaniem przepisów działu I rozdział 2a, działu 2a, działu II rozdziału 5, działu V rozdziału 3 oraz działu VI, a przepisy art. 22–22d, art. 24, art. 29–30b oraz art. 32–35 stosuje się odpowiednio.

Jednocześnie, w przypadku gdy wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza od wymienionych wyżej kwot, Zamawiający może udzielić zamówienia stosując przepisy art. 138o ust. 2–4 ustawy pzp. W takim przypadku Zamawiający jest zobowiązany udzielić zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (art. 138o ust. 2 ustawy pzp). Ponadto, zamieszcza na swojej stronie Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia w szczególności: 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia, 3) kryteria oceny ofert (ust. 3 art. 138o ustawy pzp). Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia Zamawiający jest zobligowany zamieścić na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia Zamawiający niezwłocznie zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, informację o nieudzieleniu zamówienia (ust. 4 art. 138o ustawy pzp).

W ocenie Izby uregulowania zawarte w art. 138o ustawy pzp stanowią odrębną procedurę udzielania zamówienia na usługi społeczne, na co wskazuje analiza treści oraz chronologia przywołanych przepisów. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego ustalenia i opisanie szczegółowej procedury, w ramach której udzieli zamówienia na usługi społeczne o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 ustawy pzp, mając na względzie minimalne wymagania opisane w art. 138o ust. 2–4 ustawy pzp. Tym samym Zamawiającego nie wiążą przepisy ustawy, w tym również przepisy odnoszące się do środków ochrony prawnej. Zauważenia wymaga, że Ustawodawca nie odsyła w tym artykule do stosowania przepisów działu VI ustawy pzp, tak jak ma to miejsce w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych (w tych przypadkach odwołanie przysługuje, zgodnie z art. 138l ustawy pzp).

Odnosząc wskazane rozważania do niniejszego zamówienia, Zamawiający poinformował w ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Informacji Publicznej, że prowadzi postępowanie w trybie procedury określonej w art. 138o ustawy pzp, bowiem jest to zamówienie o wartości mniejszej niż wskazana w art. 138g ust. 1 ustawy pzp. W konsekwencji wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie, o którym mowa w art. 138o ustawy pzp, nie przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 1 ustawy pzp Izba rozstrzyga spory dokonując oceny czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, nie zaś

w oparciu o postanowienia ogłoszenia stanowiącego uregulowania własne Zamawiającego, nawet jeśli stanowią pośrednio odzwierciedlenie instytucji przewidzianych ustawą.

Izba podkreśla również, że przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r., nr 41, poz. 238 ze zm.), nie regulują wysokości wpisu od odwołania w postępowaniu na usługi społeczne o wartości poniżej progów, co potwierdza intencje Ustawodawcy, że w takich przypadkach odwołanie nie przysługuje.

181. Sygn. akt KIO 169/18, Postanowienie z dnia 5 lutego 2018 r.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepis ustawy. Izba ustaliła bowiem, że przedmiotem zamówienia są usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro. (...)

Zgodnie z art. 138g ust. 1 ustawy Pzp, przepisy działu III rozdział 6 ustawy stosuje się do zamówień na usługi społeczne, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: 1) 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa; 2) 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych. Wśród przepisów tego rozdziału, stosowanych do zamówień o wartości przekraczającej ww. progi, jest przepis art. 138l ustawy, stanowiący, że postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne jest prowadzone m.in. z zastosowaniem przepisów działu VI ustawy (Środki ochrony prawnej). Przepisy ustawy Pzp, w tym dotyczące środków ochrony prawnej, nie znajdują natomiast zastosowania do postępowań dotyczących zamówień o wartości nieprzekraczającej tych progów. Gdyby ustawodawca przewidział możliwość stosowania środków ochrony prawnej dla zamówień na usługi społeczne o wartości nieprzekraczającej progów, powyższe przewidziałby w sposób wyraźny w przepisach ustawy Pzp, analogicznie jak w przypadku zamówień na usługi społeczne powyżej progów (art. 138l w zw. z art. 138g ustawy Pzp).

W odniesieniu do udzielania zamówień na usługi społeczne o wartości poniżej progów jedynie art. 138o ustawy Pzp określa obowiązki zamawiającego. Zgodnie ust. 1 tego artykułu zamawiający udzielający zamówienia na usługi społeczne o wartości poniżej progów określonych w art. 138g ustawy Pzp ma możliwość udzielenia zamówienia zgodnie z określoną przez siebie procedurą, spełniającą minimalne wymogi określone w art. 138o ust. 2–4 ustawy Pzp. Tym samym charakter i przebieg procedury udzielenia zamówienia na takie usługi jest określany przez zamawiającego samodzielnie, przy uwzględnieniu specyfiki usługi, okoliczności towarzyszących jej udzieleniu oraz własnych potrzeb i preferencji. Przepisy art. 138o ust. 2–4 ustawy Pzp nakazują zamawiającemu jedynie prowadzenie postępowania w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący (ust. 2), sposób publikacji i minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu (ust. 3) oraz obowiązki w zakresie publikacji informacji o udzieleniu zamówienia (ust. 4). Zauważenia wymaga, że procedura udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne w oparciu o art. 138o ustawy Pzp tworzona jest przez samego Zamawiającego, nie jest zaś procedurą regulowaną ustawowo.

W ocenie Izby, brak obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp nie pozwala na wypełnienie norm regulujących zasady udzielania zamówień treścią pozwalającą na ocenę działań podmiotu zamawiającego. Zgodnie bowiem z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z powyższej regulacji wynika, że w stosunku do działań zamawiającego istnieć muszą ściśle zdefiniowane obowiązki w postaci nakazów lub zakazów określonego postępowania. Brak obowiązku stosowania

w podprogowych zamówieniach na usługi społeczne ściśle określonych regulacji powoduje, że nie możemy mówić o istnieniu dookreślonych norm i zasad postępowania dla wybranej przez podmiot zamawiający procedury udzielenia zamówienia. Izba zatem nie posiada kognicji w zakresie czynności czy zaniechań zamawiającego w sytuacji, gdy te czynności nie mają oparcia w ustawie, nie może bowiem rozpoznawać odwołań opartych na wzorcu stworzonym wyłącznie przez Zamawiającego (nawet stosującym rozwiązania oparte na instytucjach ustawowych). W ocenie Izby, nawet jeżeli zamawiający prowadzi postępowanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp, to taka czynność nie może kreować po stronie wykonawcy prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż prawo to nie zostało mu przyznane mocą przepisu prawnego.

Tym samym analiza przepisów Rozdziału 6 zawartego w Dziale III ustawy Pzp zatytułowanego „Przepisy szczególne” wraz z przepisami odnoszącymi się do środków ochrony prawnej pozwala na przyjęcie, że w postępowaniach dotyczących usług społecznych o wartości mniejszej niż kwoty wskazane w treści art. 138g ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp wykonawcom nie przysługują środki ochrony prawnej.

Art. 189 ust. 2 pkt 3

182. Sygn. akt KIO 86/18, Postanowienie z dnia 29 stycznia 2018 r.

W postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego termin na wniesienie odwołania na zaniechanie wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie przez niego warunków podmiotowych określonych w ogłoszeniu o zamówieniu należy liczyć od daty poinformowania przez Zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W rozpatrywanym stanie faktycznym czynność ta miała miejsce dnia 29 grudnia 2016 r., kiedy to Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz z listą wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu postępowania, jakim jest dialog. Odwołujący potwierdził w toku posiedzenia przed Izbą, że w dniu 29 grudnia 2016 r. otrzymał od Zamawiającego informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i zaproszeniu do dialogu, zawierającą stwierdzenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum X. Zatem tego dnia Odwołujący powziął informację o zakończeniu weryfikacji podmiotowej wykonawców, zaproszeniu konsorcjum X do dalszego etapu postępowania. Wskazać należy, że w procedurze dwustopniowej, jaką jest dialog konkurencyjny, zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniach powyżej progów określonych w art. 11 ust. 8 Pzp w oparciu o oświadczenia wykonawców zawarte w dokumentach JEDZ. Okoliczność, iż Zamawiający w terminie późniejszym, tj. w zaproszeniu do dialogu, żądał od wykonawców złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie zmienia oceny prawnej dokonanej przez Izbę, bowiem informacje dotyczące potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, będące podstawą aktualnie podnoszonych w odwołaniu zarzutów, Odwołujący mógł powziąć z treści oświadczenia JEDZ, złożonego przez konsorcjum X. W oświadczeniu tym konsorcjum wskazało na zakres i wartość doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

183. Sygn. akt KIO 278/18, Postanowienie z dnia 20 lutego 2018 r.

W tej sprawie wypełniona została przesłanka odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie pzp. (...)

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 180 ust. 4 pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej, podpisane bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub równoważnego środka, spełniającego wymagania dla tego rodzaju podpisu. (...) aktualnie obowiązujący art. 180 ust. 4 pzp nie przewiduje, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem odwołania. Ustawodawca przesądził w ten sposób o utożsamieniu wniesienia odwołania z jego doręczeniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Musiała być to świadoma i celowa decyzja ustawodawcy, skoro jednocześnie w ustawie pzp wprost zapisano, że złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego {od 1 stycznia 2013 r. operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe} jest równoznaczne z jej wniesieniem (art. 198b ust. 2 zd. 2 pzp). Tym samym nie ma – w obowiązującym już od wielu lat stanie prawnym – podstaw prawnych do uznania, że z chwilą nadania odwołania listem poleconym 12 lutego 2018 r. nastąpiło wniesienie odwołania do Prezesa Izby, gdyż faktycznie nastąpiło to dopiero z chwilą dotarcia tej korespondencji do adresata, 14 lutego 2018 r.

Zbieżne stanowisko w zbliżonych stanach faktycznych – odnośnie braku domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby – było i jest konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie Izby, w szczególności wskazać tu można na postanowienia wydane: 1 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1279/11), 9 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1382/10), 20 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO 1424/10), 11 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1598/10), 17 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2201/11), 2 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1588/12), 4 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 667/13), 9 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 731/13), czy 8 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1562/13), jak również w orzecznictwie sądów powszechnych, por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 16 września 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 302/10) oraz Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 16 listopada 2010 r. (sygn. akt X Ga 254/10)

Ponadto prawidłowość takiego stanowiska została potwierdzona przez Sąd Najwyższy, który 7 lutego 2014 r. (sygn. akt III CZP 90/13) podjął następującą uchwałę: Do zachowania przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p. terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z 2012 r. Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej.

Sąd Najwyższy zwrócił m.in. uwagę, że spośród dyrektyw preferencji metod wykładni pierwszeństwo ma wykładnia językowa, a stosownie do treści art. 180 ust. 4 pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby, co według słownika języka polskiego oznacza przedstawienie, przedłożenie komuś coś do rozpatrzenia, załatwienia, chodzi zatem o dotarcie odwołania do jego adresata. Z tego samego przepisu nie wynika, aby dla zachowania terminu do wniesienia odwołania miało jakiegokolwiek znaczenie oddanie odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, czy też stosownie do zmiany wprowadzonej do art. 165 § 2 kpc ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2013 r. nr 880) w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Ten rezultat wykładni językowej wzmacniają także argumenty właściwe dla wykładni systemowej, celowościowej i historycznej. W najważniejszych ustawach proceduralnych (por. poza art. 165 § 2 kpc, art. 124 kpk, art. 57 § 5 pkt 2 kpa) przyjmuje się wprawdzie jako regułę, że nadanie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do organu, jednak w każdym z tych postępowań domniemanie to wynika wprost z treści przepisów. Tak też w ustawie regulującej zamówienia publiczne i to tylko w odniesieniu do jednego ze środków ochrony prawnej, a mianowicie do skargi na

orzeczenie Izby, którą wnosi się do sądu, w art. 198b ust. 2 zdanie drugie pzp przewidziano, że wniesienie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem.

Odnosnie zmiany w stosunku do poprzedniego stanu prawnego Sąd Najwyższy wskazał, że metodą regulacji negatywnej ustawodawca wyłączył stosowanie tego domniemania również w drodze analogii (czy to *legis* czy *iuris*) do wniesienia odwołania. Ten zamiar ustawodawcy potwierdza uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 9 grudnia 2009 r. (druk sejmowy Sejm RP VI nr 2310). W uzasadnieniu celu tak radykalnej zmiany w systemie środków odwoławczych przewidzianych w ustawie regulującej zamówienia publiczne uwzględniono konsekwencje polegające na wydłużeniu procesu udzielania zamówień publicznych. Celem nowelizacji było zaproponowanie rozwiązań, które ograniczają ten negatywny skutek działania systemu środków ochrony prawnej.

Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę, że dokonana 2 grudnia 2009 r. nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych jest wyrazem wdrożenia dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz.UE L nr 335 s. 31). W dyrektywie 2007/66/WE uporządkowano przesłanki i terminy wnoszenia środków odwoławczych, podkreślając jednocześnie, że podstawowymi jej założeniami są powszechność, szybkość i skuteczność środków odwoławczych, nakierowanych na wzmocnienie zasad równości, konkurencyjności, przejrzystości oraz efektywności zamówień publicznych.

Sąd Najwyższy podniósł również, że w dobie współczesnych środków komunikacji społecznej, powszechności urzędzeń do przekazywania informacji, dopuszczenie w art. 180 ust. 4 pzp wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym zdefiniowanym w ustawie z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. z 2013 r. poz. 262) niweluje ewentualne niedogodności związane z wniesieniem równoważnego odwołania w formie pisemnej do Prezesa Izby.

184. Sygn. akt KIO 484/18, Wyrok z dnia 6 kwietnia 2018 r.

Izba stwierdziła, że odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp. Na zachowanie terminu do wniesienia nie wpływa w żaden sposób fakt, że wykonawca złożył do Zamawiającego pytania do treści SIWZ, na które Zamawiający nie udzielił jeszcze odpowiedzi. W szczególności nie można z tych okoliczności wywodzić, że zarzuty zostały podniesione przedwcześnie. Termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia biegnie od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, i nie jest uzależniony od jakichkolwiek innych przesłanek, w tym związanych ze złożeniem przez wykonawcę zapytań do zamawiającego dotyczących treści SIWZ.

185. Sygn. akt KIO 586/18, KIO 591/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Izba uznała za bezzasadne stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że zarzuty odwołania X dotyczące zawyżenia punktacji oferty Y należy uznać za spóźnione, gdyż zostały już podniesione w poprzednim odwołaniu, wniesionym przez X od pierwotnego wyboru najkorzystniejszej oferty, które zostało następnie wycofane. Zamawiający dodał, że nie uwzględnił tego odwołania, natomiast unieważnił ten wybór z uwagi na konieczność wezwania Z do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp.

Izba zważyła, że unieważniając z własnej inicjatywy dokonany wybór najkorzystniejszej oferty, Zamawiający cofnął postępowanie do fazy badania i oceny ofert, a złożone odwołanie stało się bezprzedmiotowe, gdyż nie istniała już czynność, która legła u podstaw jego wniesienia. Zamawiający ma prawo prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia po wniesieniu odwołania, jednakże nie może to prowadzić do zmuszania wykonawców do podtrzymywania odwołań, które nie mają szans na uwzględnienie, gdyż co najmniej zarzucane naruszenie przepisów pzp na dzień orzekania nie ma już wpływu na wynik prowadzonego postępowania. Innymi słowy, czynności podejmowane w prowadzonym postępowaniu przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania nie mogą ograniczać prawa wykonawców do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej.

Art. 190 ust. 1 – 7

186. Sygn. akt KIO 2740/17, Wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r.

Izba w pierwszej kolejności, mając na uwadze stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie, co do rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym wskazuje, iż ustawa Pzp w zakresie postępowania odwoławczego, w ramach którego podniesiono zarzuty związane z rażąco niską ceną, w sposób odmienny reguluje kwestie związane z procesem dowodzenia faktów. Otóż zgodnie z treścią art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Tym samym, gdy wykonawca, którego oferta objęta została zarzutami, jest uczestnikiem postępowania odwoławczego – to na tym podmiocie spoczywa ciężar udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dodatkowo należy wskazać w tym miejscu, iż ze względu na specyfikę postępowania odwoławczego, którego celem jest swoista „kontrola” czynności przedsięwziętych przez podmiot zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotem tej kontroli jest przebieg tego postępowania, zaś Izba w ramach tej kontroli ocenia okoliczności faktyczne oraz prawne, które legły u podstaw działań zamawiającego w toku prowadzonego przez niego postępowania (*vide* art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym, odnosząc powyższe do normy prawnej uregulowanej w treści art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność przez pryzmat informacji, które podmiot zamawiający uzyskał w toku prowadzonego postępowania, analizując *de facto* jedynie wyjaśnienia i dowody złożone temu podmiotowi przez wykonawcę na wezwanie oparte o art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Mówiąc krótko, Izba w ramach rozpoznawanego środka ochrony prawnej, ocenia, czy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę stanowiły podstawę do uznania przez podmiot zamawiający, że oferta podlega lub nie podlega odrzuceniu ze względu na rażąco niską cenę. Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, który na rozprawie wskazał, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar dowodu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Takie są bowiem proceduralne konsekwencje przywołanych wyżej regulacji ustawy Pzp.

187. Sygn. akt KIO 9/18, Wyrok z dnia 18 stycznia 2018 r.

Podkreślenia wymaga fakt, że postępowanie przed Izłą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W myśl zaś art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten 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. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16). Ponadto, jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08), w postępowaniu odwoławczym przed KIO, to strony postępowania, a nie Izba, winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony, na której spoczywa ciężar dowodu, jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest Stroną ofensywną i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności Zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

188. Sygn. akt KIO 2474/17, KIO 2487/17, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.

Przed przystąpieniem do omówienia kwestii uwzględnienia wskazywanych przez Odwołującego elementów kosztotwórczych w treści wyjaśnień Konsorcjum X w ocenie należy jeszcze zauważyć, iż jakkolwiek obowiązek dowodzenia, że cena przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska, został nałożony na wykonawcę, którego oferty zarzut dotyczy, to jednak – z uwagi na kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego – obowiązuje w nim podstawowa zasada, że każdy uczestnik sporu zawisłego przed Izbą, ma obowiązek, w celu poparcia swoich twierdzeń, bądź też odparcia twierdzeń strony przeciwnej, przedstawiać dowody. Biorąc pod uwagę treść art. 190 ust. 1 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp i dokonując ich literalnej wykładni, Izba w pełni podziela wyrażone w orzecznictwie przekonanie, że odwołujący, który stawia zarzuty zamawiającemu, w zakresie czynności oceny oferty, tj. czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zobowiązany jest na mocy przepisu art. 190 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego, przedstawiać dowody na okoliczność, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę (dowód negatywny). Uczestnik postępowania odwoławczego zaś, na etapie postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 Ustawy Pzp, ma obowiązek przedstawić dowody na odparcie twierdzeń odwołującego (dowód pozytywny). Dopiero zestawienie dowodów przedstawionych przez strony i ich prawidłowa ocena, może służyć za podstawę rozstrzygnięcia w sprawie (por. wyrok KIO z 11 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1651/15). W ocenie Izby odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia Odwołującego z obowiązku wykazania podstaw faktycznych zarzutu oraz następnie przedstawienia dowodów przeciwnych wobec tych, które przedstawił wykonawca, którego zaoferowana cena jest kwestionowana jako rażąco niska (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 5 grudnia 2016 r., sygn. akt XIII Ga 1094/16). Przyjęcie innego spojrzenia mogłoby prowadzić do sytuacji, w której strona odwołująca mogłaby poprzestać na ogólnym twierdzeniu, że cena konkurenta jest rażąco

niska, w sytuacji gdy uczestnik postępowania musiałby udowodnić każdy element ceny (por. wyrok KIO z 13 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 447/16).

189. Sygn. akt KIO 2717/17, Wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r.

Kwestia ciężaru dowodu odnoszącego się do rażąco niskiej ceny oferty kontynuowana jest w przepisie art. 190 ust. 1a Pzp, zgodnie z którym spoczywa on na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Wydawać mogłoby się, że – biorąc dodatkowo pod uwagę wynikającą z art. 190 ust. 1 zdanie drugie Pzp możliwość przedstawiania dowodów do zamknięcia rozprawy – postępowanie odwoławcze służy ustaleniu, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca – uczestnik postępowania, którego zarzut dotyczy może, niezależnie od wcześniejszej aktywności w postępowaniu wyjaśniającym (bądź jej braku), w sposób nieskrępowany przedstawiać dowody przemawiające za poprawnością skalkulowania ceny oferty. Rozumowanie takie jest jednak błędne, jako że – po pierwsze – ocena wyjaśnień rażąco niskiej ceny i składanych na ich poparcie dowodów należy do zamawiającego i dokonywana powinna być w ramach postępowania wyjaśniającego. Po drugie – przy takiej interpretacji przepisu art. 190 ust. 1a w zw. z ust. 1 zdanie drugie Pzp wspomniany wcześniej przepis art. 90 ust. 2 Pzp pozbawiony byłby praktycznego znaczenia, a sam wykonawca, którego oferty zarzut rażąco niskiej ceny dotyczy, otrzymywałby kolejną szansę na jego odparcie, warunkowaną posiadaniem statusu strony albo uczestnika postępowania odwoławczego. Przyjąć zatem należy, że możliwość przedstawienia dowodów na odparcie zarzutu rażąco niskiej ceny odnosi się do sytuacji, w której dotyczą one okoliczności niebędących przedmiotem wezwań kierowanych do wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wreszcie, po trzecie, postępowanie odwoławcze w którym rozstrzygany jest zarzut rażąco niskiej ceny, ma na celu ustalenie, czy zamawiający, dysponując określonymi informacjami zawartymi w wyjaśnieniach wykonawcy (złożonych w odpowiednim momencie, o czym poniżej), podjął właściwą decyzję w zakresie ich oceny.

190. Sygn. akt KIO 343/18, Wyrok z dnia 9 marca 2018 r.

Ponadto zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Izby, wprowadzenie przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeśli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, nie zwalania strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów. W sytuacji, gdy to odwołujący twierdzi o zaistnieniu wątpliwości, co do ceny oferty konkurenta oraz gdy twierdzi, że cena konkurenta jest rażąco niska (nawet bez zbadania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp) i domaga się wykonania czynności, które wywodzi z powyższych twierdzeń – to odwołujący jest stroną obowiązującą do udowodnienia swoich racji, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodowego

191. Sygn. akt KIO 584/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o przesłuchanie świadków. Okoliczności wymienione w sformułowanej tezie dowodowej wynikały bowiem z dokumentów, a to umowy najmu pojazdu, czy dowodów O1-O3. Także ustalenie okoliczności, w jakich uzupełniony został dokument zobowiązania wydaje się zbędne w świetle treści wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp – Odwołujący chciał bowiem sprostać oczekiwaniom Zamawiającego, których niespełnienie zagrożone było sankcją wykluczenia z Postępowania.

192. Sygn. akt KIO 595/18, Wyrok z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wy-

kazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi: Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy, spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obciążenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07).

193. Sygn. akt XXIII Ga 728/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 4 lipca 2017 r.

Zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy PZP, Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron (art. 190 ust. 3 ustawy PZP).

KIO dokonuje oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. W konsekwencji Izba ocenia wyniki postępowania dowodowego według własnego przekonania opartego na zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Zasada ta dotyczy wszystkich środków ujawnionych w postępowaniu dowodowym, które podlegają wszechstronnej ocenie, bez względu na ich znaczenie dla wyniku sprawy. Dokonana ocena powinna nastąpić na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału. W konsekwencji Izba ma szerokie uprawnienia w zakresie oceny materiału dowodowego, nie będąc w tym względzie związana żadnymi regułami, z wyjątkiem jak wskazano podstawowych zasad logiki oraz doświadczenia życiowego czy zawodowego oraz zasadą rozkładu dowodu (ciężar dowodzenia).

194. Sygn. akt XXIII Ga 904/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 września 2017 r.

Za niezasadny należy uznać również zarzut naruszenia art. 190 ust. 7 ustawy Pzp. Zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów wyrażoną w powyższym przepisie KIO ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie „wszechstronnego rozważenia zebranego materiału”, analogicznie do regulacji zawartej w art. 233 § 1 k.p.c, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności [tak też: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1966 r., II CR 423/66, OSNPG 1967/5-6/21; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1999 r., I PKN 632/98, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 382; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z 11 lipca 2002 r., IV CKN 1218/00, (...); uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 2002 r., IV CKN 1256/00, (...)]. Moc dowodowa oznacza siłę przekonania uzyskaną przez sąd wskutek przeprowadzenia określonych środków dowodowych na potwierdzenie prawdziwości lub nieprawdziwości twierdzeń na

temat okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, zaś wiarygodność decyduje o tym, czy określony środek dowodowy, ze względu na jego indywidualne cechy i obiektywne okoliczności, zasługuje na wiarę. Przyjmuje się jednocześnie, że ramy swobodnej oceny dowodów muszą być określone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność odnosi je do pozostałego materiału dowodowego [vide: uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980/ 10/200; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, OSNAPIUS 2000/17/655; uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2000 r., III CKN 1049/99, (...); uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 r., IV CKN 1097/00, (...); uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2000 r., V CKN 94/00, (...); uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1383/00, (...); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2001 r., II UKN 423/00, OSNP 2003, nr 5, poz. 137; uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 859/00, (...); uzasadnienie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2002 r., IV CKN 1050/00, (...); uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00, (...); uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00, (...)]. Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. [I ACa 180/08, (...)], jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne. Dla skuteczności zarzutu naruszenia wyżej wymienionego przepisu nie wystarcza zatem stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu Skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając. Zwalczanie swobodnej oceny dowodów nie może więc polegać tylko na przedstawieniu własnej, korzystnej dla skarżącego wersji zdarzeń, czy oceny zaistniałych okoliczności faktycznych, lecz konieczne jest – za pomocą wyłącznie argumentów jurystycznych – wykazanie, że wskazane w art. 233 § 1 k.p.c. kryteria oceny wiarygodności i mocy dowodów zostały naruszone, co miało wpływ na wyrok sprawy (analogicznie Sąd Apelacyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 lipca 2008 r. VI ACa 306/08).

Art. 192 ust. 1

195. Sygn. akt VI Ga 78/17, Wyrok SO w Toruniu z dnia 29 maja 2017 r.

Artykuł 192 ust. 1 p.z.p. stanowi w zdaniu pierwszym, że w Wyroku Izba orzeka o oddaleniu odwołania lub o jego uwzględnieniu. W świetle art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodzić należy się ze skarżącym w kwestii wykładni tego unormowania, zgodnie z którą uwzględnienie odwołania występuje wówczas, gdy Izba uwzględni choćby jeden z zarzutów odwołania. Przemawia za nią brzmienie art. 192 ust. 2 p.z.p. Rację ma w związku z tym skarżący w kwestii rozstrzygnięcia o tych zarzutach odwołania, które nie zostały przez Izbę uwzględnione. Tylko *prima facie* trafne wydaje się stanowisko Izby, choć w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie znalazło to odbicia, że w takim przypadku należy zamieścić w tenorze wyroku formułę stanowiącą o „oddaleniu odwo-

łania w pozostałym zakresie” (pkt 3 wyroku). W świetle art. 192 ust. 1 p.z.p. oddalenie odwołania wchodzi w rachubę tylko wówczas, gdy Izba nie uwzględni żadnego z zarzutów odwołania. Jeżeli natomiast Izba nie uwzględni części zarzutów odwołującego, to poprawnie sformułowany tenor sentencji wyroku powinien wskazywać na „uznanie ich (pozostałych zarzutów odwołania) za nieuzasadnione”. Wprawdzie argument skarżącego, że tylko takie sformułowania daje możliwość zaskarżenia rozstrzygnięcia nie jest do końca przekonujący, ale przeważają racje wiązane z treścią art. 192 ust. 1 p.z.p.

Art. 192 ust. 7

196. Sygn. akt KIO 2736/17, Wyrok z dnia 15 stycznia 2018 r.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, co wydaje się szczególnie istotne na kanwie rozpoznawania niniejszego odwołania, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter skargowy – wyrazem zakresu skargowości jest generalny zakaz, o charakterze absolutnym, orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą co do zarzutów niezawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 p.z.p.). Zakaz ten w niniejszej sprawie jest szczególnie istotny z uwagi na treść art. 180 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym „Odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”, art. 180 ust. 3 p.z.p., zgodnie z którym „Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.” oraz art. 190 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.”

Zestawienie ze sobą przywołanych przepisów oznacza, że dla prawidłowego sformułowania zarzutu przez odwołującego, konieczne jest precyzyjne wskazanie czynności zamawiającego (działania lub zaniechania), którą odwołujący kwestionuje, a także wskazanie okoliczności faktycznych, na których odwołujący opiera swój pogląd o niezgodności z przepisami ustawy tejże czynności, oraz przedstawienie Izbie dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Należy przy tym zauważyć, że ciężar braków w tym zakresie poniesie – w braku regulacji szczególnych zmieniających w danym przypadku rozkład ciężaru dowodu – odwołujący, zgodnie z przyjętą zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* – tj. ciężar dowodu spoczywa na tym, kto twierdzi, a nie na tym, kto zaprzecza. Mając jednak na uwadze, że identycznie ciężar dowodu uregulowany został w procesie cywilnym, wypada podkreślić, że powielenie tej regulacji przez ustawodawcę ma istotne znaczenie nie tylko informacyjne, ale również systemowe – rozkład ciężaru dowodu jest w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą szczególnie istotny z uwagi na fakt, że, w przeciwieństwie do postępowania cywilnego, postępowanie po pierwotnym zakreszeniu jego ram nie może zostać w żaden sposób rozszerzone – przepisy ustawy p.z.p. nie przewidują możliwości zgłoszenia nowych zarzutów w toku postępowania.

Powyższe stanowi również, obok odwołania z art. 185 ust. 7 p.z.p. do przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, podstawę zasady kontradiktoryjności procesu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zasada ta, doprecyzowana w art. 190 p.z.p., co do zasady nie doznaje wyjątków – możliwe jest co prawda wyjątkowo dopuszczenie przez Izbę dowodu niewskazanego przez stronę (art. 190 ust. 2 p.z.p.), natomiast nie wzrusza to faktu, że reguły procesowe sprecyzowane w ustawie p.z.p. w sposób wyraźny stawiają Krajową Izbę Odwo-

ławczą w roli organu rozstrzygającego, związanego treścią środka ochrony prawnej inicjującego postępowanie, w tym nie tylko co do zakresu odwołania, ale również co do zarzutów, a więc wskazań odwołującego co do czynności, jaką skarży i okoliczności faktycznych, na których opiera swoje twierdzenie o jej niezgodności z przepisami ustawy, co jest substancją zarzutu.

197. Sygn. akt KIO 58/18, Wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r.

Na wstępie należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzuty muszą być skonkretyzowane już w dacie wniesienia odwołania. Na zarzut składają się podstawa prawna oraz okoliczności faktyczne uzasadniające naruszenie przepisów. Tym samym, skład orzekający nie może orzekać co do okoliczności faktycznych, do których nie odwoływały się zarzuty podniesione w odwołaniu. Poza treścią odwołania nie ma możliwości doprecyzowywania zarzutów przez wskazywanie na określone okoliczności faktyczne, nieprzedstawione w odwołaniu, nawet gdyby wyczerpywały one dyspozycję tego samego przepisu, który wykonawca wskazuje jako naruszony przez zamawiającego. Rozszerzenie zarzutów podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowiłoby obejście przepisów dotyczących terminów na wniesienie odwołania, a także prowadziłoby do zachwiania równości stron kontradiktoryjnego postępowania odwoławczego. Mając na uwadze powyższe, Izba rozpoznaniu poddała zarzuty w brzmieniu określonym w odwołaniu.

198. Sygn. akt KIO 171/18, Wyrok z dnia 1 marca 2018 r.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 7 Pzp, pominęła przy wyrokowaniu dalsze zarzuty odwołującego, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący w swych pismach procesowych i w trakcie rozprawy podniósł dodatkowo, że usługi wykazane przez przystępującego nie mogły być wzięte pod uwagę, gdyż były świadczone przez X nie na rzecz zamawiającego (armatora), ale na rzecz wykonawcy. Ponadto odwołujący zarzucił, że udział przystępującego przy nadzorze nad budową ORP (...) sprowadzał się do pełnienia funkcji klasyfikatora w rozumieniu ustawy o Polskim Rejestrze Statków [ustawa z dnia 6 marca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 646 ze zm.) – *przyp. red.*].

Izba stwierdziła, że zarzuty te odwołujący sformułował po raz pierwszy w swym piśmie procesowym z 13 lutego 2018 r. i próżno było ich szukać w treści samego odwołania. Jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych sprawujących nadzór instancyjny nad orzeczeniami Izby, za zarzut uznaje się przywołanie okoliczności faktycznych i towarzyszącej im argumentacji prawnej świadczących o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przywołanie nowych okoliczności faktycznych, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu stanowi nowy zarzut.

199. Sygn. akt KIO 433/18, KIO 436/18, Wyrok z dnia 16 kwietnia 2018 r.

W tym miejscu wskazać należy, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Norma wyrażona w powyższym przepisie wyznacza zakres rozstrzygnięcia Izby, który z kolei determinowany jest treścią odwołania, tj. kwestionowaną w nim czynnością oraz jasnymi i skonkretyzowanymi, przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zarzutami składającymi się z dwóch warstw – prawnej oraz faktycznej. Tym samym, to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Je-

żeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu.

200. Sygn. akt XII Ga 739/17, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 6 listopada 2017 r.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy w ocenie Sądu Okręgowego Izba nie orzekła, co do zarzutu, który nie był zawarty w Odwołaniu. Zarzuty Przeciwników Skargi koncentrowały się wokół warunków i kryteriów selekcji wykonawców, doświadczenia Skarżącej, czy też treści Oferty Skarżącej w zakresie podwykonawstwa. Izba była uprawniona do uznania, iż uzasadnienie faktyczne tychże zarzutów, w tym opis wskazywanych naruszeń i zaniechań dotyczą naruszenia innych przepisów ustawy, aniżeli wskazanych przez Przeciwnika Skargi. Tym samym, w opinii Sądu Odwoławczego, Izba była władna – w ramach związania zarzutami – zmienić kwalifikację prawną owego czynu. Co innego, gdyby np. doszło do wskazania przepisu, jednakże brakowałoby wskazania konkretnych okoliczności faktycznych lub byłyby one na tyle ogólne, iż nie sposób byłoby zidentyfikować konkretnego błędu. Z taką sytuacją jednakże nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Przeciwnik Skargi obszernie przytoczył podstawę faktyczną, w oparciu o którą wnosił Odwołanie. Tym samym, to owa podstawa wyznaczyła granice odwołania, nie zaś wskazane przepisy. Izba uznając więc, iż wskazane przez Przeciwnika Skargi naruszenia i zaniechania stanowią w istocie naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, mogła dokonać zmiany kwalifikacji prawnej i dokonać rozważań właśnie w oparciu o ten przepis. Dlatego też Sąd Okręgowy nie podzielił trafności naruszenia przez Izbę art. 192 ust. 7 Pzp., skoro podstawą orzekania były okoliczności faktyczny zawarte w treści Odwołania.

Art. 196 ust. 4

201. Sygn. akt XI Ga 692/17, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 6 lutego 2018 r.

Zarzut naruszenia reguł sporządzania uzasadnienia orzeczenia może zostać uznany za skuteczny jedynie w wyjątkowych sytuacjach, w których treść uzasadnienia uniemożliwia dokonanie przez sąd drugoinstancyjny oceny, jakimi kryteriami kierował się sąd pierwszej instancji, wydając zaskarżone orzeczenie. Chodziłoby zatem o taką sytuację, gdy sfera motywacyjna orzeczenia w zakresie ustaleń faktycznych, oceny dowodów, czy też w końcu subsumcji materiału procesowego pod normy prawa materialnego jest nieznana. Taka sytuacja nie miała jednakże miejsca w niniejszej sprawie. Sporządzone w niniejszej sprawie uzasadnienie Krajowej Izby Odwoławczej jest szczegółowe, odnosi się wyczerpująco do wszystkich zagadnień szczegółowo podnoszonych przez strony w toku rozprawy, jak również podniesionych przez skarżących w odwołaniu.

Art. 198f ust. 2

202. Sygn. akt XXIII Ga 904/17, Wyrok SO w Warszawie z dnia 13 września 2017 r.

Oczywiście, Izba powinna wskazywać, jakie dowody przemawiały za ustaleniami faktycznymi przez nią poczynionymi i jakie są konsekwencje prawne takich ustaleń (art. 196 ust. 4 Pzp), jednakże naruszenie tych zasad nie wpływa w żaden sposób na treść rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego. Sąd odwoławczy w przypadku uchybień procesowych nie jest bowiem władny do stwierdzenia, że wyrok z uzasadnieniem nie poddaje się kontroli instancyjnej z uwagi na nierozpoznanie istoty sprawy (art. 386 § 4 kpc) i przekazanie sprawy do ponow-

nego rozpoznania. Takie bowiem uprawnienie zostało wyłączone przez przepisy Pzp (art. 198f ust. 2 Pzp). Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zakazują zatem uchylania orzeczeń KIO do ponownego rozpoznania. W postępowaniach ze skargi na orzeczenia KIO, w sytuacji nawet, gdy KIO nie wyjaśni w sposób wystarczający swoich motywów, Sąd Okręgowy ma obowiązek samodzielnego, merytorycznego rozpoznania sprawy i odniesienia się do zarzutów.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A

Aukcja elektroniczna – 93, 128, 143

B

Błąd w obliczeniu ceny – 84, 87, 92, 103, 104, 127

C

Cena:

- jednostkowa – 119
- rażąco niska – 93, 100, 101, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 118, 119, 121, 122, 131, 189, 190
- ryczałtowa – 127

Ciężar dowodowy – 110, 112, 113, 130, 165, 190

Czyn nieuczciwej konkurencji – 95

D

Dokumenty:

- przedmiotowe – 52, 61
- przedmiotowe – 50
- uzupełnianie – 20, 23, 47, 56, 57, 61

Dowody – 12, 22

F

Formularz ofertowy – 84, 127

G

Gwarancja – 18, 89, 87, 107

Grupa kapitałowa – 37, 46

I

Interes: we wniesieniu środka ochrony prawnej – 15, 42, 47, 63, 77, 89, 140, 141, 143, 145, 147, 148, 150

J

JEDZ (Jednolity Dokument Europejski) – 28, 35, 44, 45, 53, 54

K

Kary umowne – 138

Konkurs – 126

Konsorcjum – 5, 17

Koszty – 177

Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 42

Krajowy Rejestr Sądowy (KRS) – 5

Kryteria – 58, 124, 125, 126

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 77, 140, 150, 155

N

Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) – 2

Należyte wykonanie zamówienia – 38, 41

Nieprawdziwe informacje – 4, 20, 28, 31, 34, 35, 40

O

Odwołanie:

- cofnięcie – 177
- odrzucenie – 47, 48, 104, 108, 141, 154, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 168, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 185
- uwzględnienie przez zamawiającego – 175, 176
- wniesienie – 144, 154, 169

Oferta:

- badanie i ocena – 50
- treść – 86, 89, 90, 91
- wyjaśnienie treści – 70, 81, 92

Omyłka:

- inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 83, 85, 90, 92
- rachunkowa – 82

Oświadczenie:

- woli – 53

P

Pełnomocnictwo/Pełnomocnik – 2, 84, 103, 127

Podmiot trzeci – 44, 51, 61

Podpis – 172

Podwykonawca – 1, 73

Polisa – 16

Postępowanie podzielone na części – 37, 72

Potencjał:

- ekonomiczny (finansowy) – 5, 19
- kadrowy – 24

Procedura odwrócona – 46, 47, 104

Przedmiot zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) – 50, 62, 63, 64, 65, 66, 69, 70

Przystąpienie/Przystępujący – 171, 172, 173, 174

R

Referencje – 60

S

Sąd Apelacyjny (SA) – 194

Sąd Najwyższy (SN) – 5, 20, 31, 48, 71, 74, 90, 141, 166, 192, 194

Sąd Okręgowy (SO) – 2, 12, 13, 34, 35, 42, 54, 61, 74, 95, 98, 99, 104, 116, 133, 152, 153, 155, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 166, 169, 187, 188, 192, 193, 194, 196

Self cleaning – 45

Specyfikacja:

- treść – 75, 80
- zapytania i wyjaśnienia – 74, 95

Sprzeciw – 174, 175

Standstill – 133, 144

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 169

Termin:

- odwołanie – 182, 184
- składania ofert – 75

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) – 2, 5, 14, 140

U

Umowa:

- o pracę – 75
- rozwiązanie – 41

Uzasadnienie faktyczne i prawne – 132

W

Wadium – 87, 106, 107

Waloryzacja – 137

Warunki udziału w postępowaniu – 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 25, 26, 28, 31, 50, 51, 53, 60

Wybór oferty najkorzystniejszej – 130, 131

Wykluczenie wykonawcy – 26, 28, 36, 42, 43, 44, 129

Z

Zamówienia:

- na usługi społeczne – 178, 179, 180, 181
- sektorowe – 180, 181
- w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa – 134, 135

Zamówienie z wolnej ręki – 77

Zarzuty – 166, 167, 196, 197, 198, 199, 200

Zasady udzielania zamówień publicznych:

- proporcjonalności – 2, 14, 16, 17
- równego traktowania i uczciwej konkurencji – 66

Zdolność kredytowa – 5

Ż

Żądania – 164, 165, 166, 199

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

1. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) – 1, 2, 4, 10, 14, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 82, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 101, 105, 108, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 120, 121, 123, 124, 125, 127, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 141, 144, 146, 147, 149, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 197, 198, 199, 200, 202
2. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.) – 12, 19, 27, 71, 74, 78, 87, 90, 105, 114, 169, 170, 171, 183, 187, 188, 192, 196
3. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.) – 78, 170, 177, 183, 194, 196
4. Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 977 ze zm.) – 71, 194
5. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.) – 4, 5, 6, 7, 8, 93, 95, 96, 97, 98, 99
6. Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 2016) – 105
7. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1221 ze zm.) – 103, 127
8. Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie drogowym (Dz.U. z 2018 r., poz. 2016) – 17, 25
9. Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE) (Dz.Urz.UE 2006 C 321E) – 71
10. 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, s. 65 ze zm.) – 23, 38, 41, 44, 45, 49, 72, 73, 144, 180
11. Rozporządzenie Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz.Urz.UE L 184 z 26.6.2014, s. 1 ze zm.) – 71
12. Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) nr 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz.UE L 3 z 6.1.2016, str. 16) – 42
13. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 964) – 178, 180
14. 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 ze zm.) – 42, 49, 51, 52, 55, 60, 135

