

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 9

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 9

WARSZAWA, grudzień 2011

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH
ZESZYT NR 9

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)
Anna Packo (Krajowa Izba Odwoławcza)
Małgorzata Stręciwilk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Urszula Krynicka (Urząd Zamówień Publicznych)

Kierownictwo i redakcja

Małgorzata Stręciwilk

Opracowanie techniczne:

Urszula Krynicka
Małgorzata Stręciwilk

Wydawca:

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

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA
Centrum Usług Wspólnych
ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa
Zam. 3871/W/C/2011

Warszawa 2011 r.

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	11
Wykaz Skrótów	12
Art. 2 pkt 7	13
1. Sygn. akt: KIO 642/11, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r.	13
Art. 7 ust. 3	13
2. Sygn. akt: KIO 443/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	13
3. Sygn. akt: KIO 1052/11, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2011 r.	13
4. Sygn. akt: KIO 1231/11, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r.	13
Art. 8 ust. 3	14
5. Sygn. akt: KIO 322/11, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r.	14
6. Sygn. akt: KIO 1039/11, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r.	15
7. Sygn. akt: KIO 1144/11, Wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r.	16
8. Sygn. akt: KIO 1172/11, Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r.	16
9. Sygn. akt: KIO 1243/11, Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r.	17
Art. 9 ust. 2	17
10. Sygn. akt: KIO 1041/11, KIO 1043/11, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r.	17
Art. 17 ust. 3	19
11. Sygn. akt: KIO 1037/11, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r.	19
Art. 21 ust. 4	20
12. Sygn. akt: KIO 1126/11, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2011 r.	20
Art. 22.	20
13. Sygn. akt: KIO 605/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.	20
14. Sygn. akt: KIO 1288/11, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2011 r.	21
Art. 22 ust. 1	22
15. Sygn. akt: KIO 632/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.	22
Art. 22 ust. 1 pkt 2	23
16. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	23
17. Sygn. akt: KIO 499/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.	23
18. Sygn. akt: KIO 534/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.	24
19. Sygn. akt: KIO 604/11, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2011 r.	24
20. Sygn. akt: KIO 694/11, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.	25
21. Sygn. akt: KIO 801/11, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2011 r.	26
22. Sygn. akt: KIO 807/11, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2011 r.	26
23. Sygn. akt: KIO 1191/11, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r.	27
Art. 22 ust. 1 pkt 3	28
24. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	28

25. Sygn. akt: KIO 624/11, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.	29
26. Sygn. akt: KIO 677/11, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.	29
27. Sygn. akt: KIO 717/11, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2011 r.	30
28. Sygn. akt: KIO 706/11, Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r.	30
29. Sygn. akt: KIO 884/11, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2011 r.	30
Art. 22 ust. 1 pkt 4	31
30. Sygn. akt: KIO 1110/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.	31
31. Sygn. akt: KIO 1197/11, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r.	31
Art. 22 ust. 2 pkt 4	32
32. Sygn. akt: KIO 746/11, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r.	32
Art. 23 ust. 2	32
33. Sygn. akt: KIO 511/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	32
Art. 24 ust. 1 pkt 2	33
34. Sygn. akt: KIO 442/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	33
Art. 24 ust. 1 pkt 4–8	33
35. Sygn. akt: KIO 504/11, KIO 517/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.	33
36. Sygn. akt: KIO 514/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.	34
37. Sygn. akt: KIO 733/11, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r.	34
Art. 24 ust. 2 pkt 1	34
38. Sygn. akt: KIO 345/11, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r.	34
39. Sygn. akt: KIO 520/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.	35
Art. 24 ust. 2 pkt 2	36
40. Sygn. akt: KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.	36
41. Sygn. akt: KIO 536/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	37
Art. 24 ust. 2 pkt 3	37
42. Sygn. akt: KIO 534/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.	37
Art. 25 ust. 1 pkt 1	38
43. Sygn. akt: KIO 396/11, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2011 r.	38
44. Sygn. akt: KIO 700/11, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r.	39
45. Sygn. akt: KIO 1038/11, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2011 r.	39
46. Sygn. akt: KIO 1064/11, Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r.	39
47. Sygn. akt: KIO 1156/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.	40
Art. 25 ust. 1 pkt 2	41
48. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	41
49. Sygn. akt: KIO 483/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	41
50. Sygn. akt: KIO 638/11, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2011 r.	42
Art. 26 ust. 2b	42
51. Sygn. akt: KIO 467/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	42

52. Sygn. akt: KIO 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.	43
53. Sygn. akt: KIO 565/11, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2011 r.	43
54. Sygn. akt: KIO 636/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.	43
55. Sygn. akt: KIO 822/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.	44
56. Sygn. akt: KIO 1039/11, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r.	44
57. Sygn. akt: KIO 1106/11, KIO 1111/11, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r.	45
Art. 26 ust. 3	46
58. Sygn. akt: KIO/UZP 427/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.	46
59. Sygn. akt: KIO/UZP 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.	47
60. Sygn. akt: KIO/UZP 595/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.	47
61. Sygn. akt: KIO 624/11, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.	47
62. Sygn. akt: KIO 677/11, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.	48
Art. 26 ust. 4	48
63. Sygn. akt: KIO/UZP 954/11, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2011 r.	48
64. Sygn. akt: KIO 1064/11, Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r.	49
Art. 27 ust. 1	49
65. Sygn. akt: KIO 1191/11, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r.	49
Art. 29 ust. 1	50
66. Sygn. akt: KIO 461/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	50
67. Sygn. akt: KIO 505/11, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r.	50
68. Sygn. akt: KIO 634/11, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2011 r.	50
Art. 29 ust. 2	51
69. Sygn. akt: KIO 470/11, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2011 r.	51
70. Sygn. akt: KIO 475/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.	52
71. Sygn. akt: KIO 707/11, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2011 r.	52
72. Sygn. akt: KIO 821/11, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2011 r.	52
73. Sygn. akt: KIO 1152/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.	53
Art. 29 ust. 3	53
74. Sygn. akt: KIO 483/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	53
75. Sygn. akt: KIO 545/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.	54
76. Sygn. akt: KIO 821/11, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2011 r.	54
77. Sygn. akt: KIO 949/11, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2011 r.	55
Art. 36 ust. 1 pkt 16	55
78. Sygn. akt: KIO 298/11, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2011 r.	55
Art. 38 ust. 1	56
79. Sygn. akt: KIO 465/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.	56
80. Sygn. akt: KIO 580/11, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r.	57
Art. 38 ust. 6	57
81. Sygn. akt: KIO 741/11, Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r.	57
Art. 45	58
82. Sygn. akt: KIO 1101/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.	58
83. Sygn. akt: KIO 1110/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.	58

Art. 46 ust. 4a	59
84. Sygn. akt: KIO 465/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.	59
85. Sygn. akt: KIO 1134/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.	59
Art. 48 ust. 2 pkt 6	60
86. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	60
87. Sygn. akt: KIO 1099/11, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2011 r.	61
Art. 67 ust. 1 pkt 6	61
88. Sygn. akt: KIO 1295/11, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2011 r.	61
Art. 82 ust. 1	62
89. Sygn. akt: KIO 528/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.	62
Art. 83 ust. 2	62
90. Sygn. akt: KIO 1104/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.	62
Art. 87 ust. 1	63
91. Sygn. akt: KIO 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.	63
Art. 87 ust. 2 pkt 1	64
92. Sygn. akt: KIO 502/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	64
93. Sygn. akt: KIO 511/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	64
94. Sygn. akt: KIO 566/11, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2011 r.	64
95. Sygn. akt: KIO 294/11, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2011 r.	65
Art. 87 ust. 2 pkt 2	65
96. Sygn. akt: KIO 433/11, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r.	65
Art. 87 ust. 2 pkt 3	66
97. Sygn. akt: KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.	66
98. Sygn. akt: KIO 481/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.	66
99. Sygn. akt: KIO 554/11, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r.	67
100. Sygn. akt: KIO 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.	67
101. Sygn. akt: KIO 528/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.	68
102. Sygn. akt: KIO 822/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.	68
103. Sygn. akt: KIO 839/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.	68
104. Sygn. akt: KIO 1066/11, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2011 r.	69
105. Sygn. akt: KIO 1147/11, Wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r.	69
106. Sygn. akt: KIO 1252/11, Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2011 r.	69
Art. 89 ust. 1 pkt 2	70
107. Sygn. akt: KIO 374/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.	70
108. Sygn. akt: KIO 542/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.	70
109. Sygn. akt: KIO 545/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.	71
110. Sygn. akt: KIO 560/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.	71
111. Sygn. akt: KIO 642/11, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r.	72
112. Sygn. akt: KIO 636/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.	72
113. Sygn. akt: KIO 839/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.	72
114. Sygn. akt: KIO 864/11, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2011 r.	72
115. Sygn. akt: KIO 957/11, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2011 r.	73

116. Sygn. akt: KIO 1013/11, Wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r.	73
117. Sygn. akt: KIO 1105/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.	74
118. Sygn. akt: KIO 1125/11, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2011 r.	74
Art. 89 ust. 1 pkt 3	75
119. Sygn. akt: KIO 640/11, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r.	75
120. Sygn. akt: KIO 294/11, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2011 r.	76
Art. 89 ust. 1 pkt 4	76
121. Sygn. akt: KIO 415/11, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r.	76
122. Sygn. akt: KIO 471/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	77
123. Sygn. akt: KIO 476/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.	77
124. Sygn. akt: KIO 586/11, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r.	78
Art. 89 ust. 1 pkt 6	78
125. Sygn. akt: KIO 443/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	78
126. Sygn. akt: KIO 642/11, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r.	79
Art. 89 ust. 1 pkt 8	79
127. Sygn. akt: KIO 511/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	79
128. Sygn. akt: KIO 695/11, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.	80
Art. 90 ust. 1 i 2	80
129. Sygn. akt: KIO 318/11, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2011 r.	80
130. Sygn. akt: KIO 320/11, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2011 r.	81
131. Sygn. akt: KIO 358/11, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2011 r.	81
132. Sygn. akt: KIO 476/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.	82
133. Sygn. akt: KIO 504/11, KIO 517/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.	82
134. Sygn. akt: KIO 586/11, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r.	83
135. Sygn. akt: KIO 624/11, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.	83
136. Sygn. akt: KIO 1131/11, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2011 r.	84
137. Sygn. akt: KIO 1095/11, KIO 1109/11, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r.	84
138. Sygn. akt: KIO 1124/11, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2011 r.	85
Art. 90 ust. 3	86
139. Sygn. akt: KIO 476/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.	86
140. Sygn. akt: KIO 486/11, Wyrok KIO z 23 marca 2011 r.	87
141. Sygn. akt: KIO 657/11, Wyrok KIO z 11 kwietnia 2011 r.	88
Art. 91 ust. 2	88
142. Sygn. akt: KIO 660/11, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2011 r.	88
143. Sygn. akt: KIO 755/11, Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r.	88
Art. 91 c	89
144. Sygn. akt: KIO 1047/11, Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r.	89
Art. 92 ust. 1	90
145. Sygn. akt: KIO 1200/11, Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r.	90
Art. 93 ust. 1 pkt 4	90
146. Sygn. akt: KIO 1070/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.	90
147. Sygn. akt: KIO 1100/11, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r.	91

Art. 93 ust. 1 pkt 6	91
148. Sygn. akt: KIO 457/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	91
149. Sygn. akt: KIO 606/11, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r.	92
Art. 93 ust. 1 pkt 7	92
150. Sygn. akt: KIO 572/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.	92
151. Sygn. akt: KIO 582/11, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2011 r.	93
152. Sygn. akt: KIO 855/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.	94
153. Sygn. akt: KIO 1023/11, Wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r.	95
154. Sygn. akt: KIO 1033/11, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r.	95
155. Sygn. akt: KIO 1037/11, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r.	97
Art. 94 ust. 3	98
156. Sygn. akt: KIO 1285/11, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2011 r.	98
Art. 96 ust. 2	98
157. Sygn. akt: KIO 1279/11, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2011 r.	98
Art. 139 ust. 1	99
158. Sygn. akt: KIO 483/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	99
159. Sygn. akt: KIO 505/11, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r.	99
Art. 150 ust. 2	100
160. Sygn. akt: KIO 505/11, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r.	100
Art. 179 ust. 1	100
161. Sygn. akt: KIO 292/11, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2011 r.	100
162. Sygn. akt: KIO 365/11, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2011 r.	101
163. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	102
164. Sygn. akt: KIO 453/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	102
165. Sygn. akt: KIO 459/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	102
166. Sygn. akt: KIO 467/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	103
167. Sygn. akt: KIO 470/11, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2011 r.	103
168. Sygn. akt: KIO 533/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	103
169. Sygn. akt: KIO 588/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.	104
170. Sygn. akt: KIO 1038/11, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2011 r.	104
171. Sygn. akt: KIO 1067/11, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r.	104
172. Sygn. akt: KIO 1191/11, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r.	105
Art. 180 ust. 3	105
173. Sygn. akt: KIO 653/11, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2011 r.	105
174. Sygn. akt: KIO 925/11, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2011 r.	106
175. Sygn. akt: KIO 1039/11, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r.	106
Art. 185 ust. 2 i 3	106
176. Sygn. akt: KIO 489/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	106
177. Sygn. akt: KIO 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.	107
178. Sygn. akt: KIO 1099/11, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2011 r.	107
Art. 185 ust. 7	107
179. Sygn. akt: KIO 1145/11, Postanowienie KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.	107

Art. 186 ust. 2	108
180. Sygn. akt: KIO 1163/11, Postanowienie KIO z dnia 14 czerwca 2011 r.	108
181. Sygn. akt: KIO 1231/11, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r.	108
Art. 189 ust. 2	108
182. Sygn. akt: KIO 542/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.	108
Art. 189 ust. 2 ust. 2	109
183. Sygn. akt: KIO 1192/11, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r.	109
Art. 189 ust. 2 pkt 3	109
184. Sygn. akt: KIO 511/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.	109
Art. 189 ust. 2 pkt 4	110
185. Sygn. akt: KIO/UZP 562/11, Postanowienie KIO z dnia 23 marca 2011 r.	110
Art. 189 ust. 2 pkt 5	110
186. Sygn. akt: KIO 343/11, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2011 r.	110
187. Sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.	111
Art. 189 ust. 2 pkt 7	111
188. Sygn. akt: KIO 532/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.	111
Art. 190 ust. 1.	111
189. Sygn. akt: KIO 411/11, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2011 r.	111
190. Sygn. akt: KIO 632/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.	112
Art. 192 ust. 2	112
191. Sygn. akt: KIO 459/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.	112
192. Sygn. akt: KIO 657/11, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.	113
193. Sygn. akt: KIO 776/11, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r.	113
194. Sygn. akt: KIO 1134/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.	113
195. Sygn. akt: KIO 114711, Wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r.	113
Art. 192 ust. 7	114
196. Sygn. akt: KIO 380/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.	114
Indeks rzeczowy	115
Akty prawne przywołane w wyrokach	119

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Prezentowany Państwu Zeszyt Orzeczniczy stanowi dziewiątą już część wspólnej serii wydawniczej Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izby Odwoławczej. Swoim zakresem publikacja ta obejmuje blisko 200 tez orzeczniczych, które zostały wybrane z 870 orzeczeń Izby wydanych w okresie czterech miesięcy (marzec – czerwiec) 2011 r.

Zebrane na koniec 2011 r. orzecznictwo Izby wskazuje na pewne istotne kierunki orzecznicze, jak te dotyczące formy dokumentu, jaki składa wykonawca na potwierdzenie dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego (tezy od 51 do 57) czy też zidentyfikowania pojęcia ważnego z punktu widzenia postępowania odwoławczego, jak pojęcie zarzutu (tezy od 173 do 175).

Mam nadzieję, że pomimo mniejszej objętości zebranego do publikacji materiału orzeczniczego będą Państwo usatysfakcjonowani lekturą tego Zeszytu i znajdą w nim Państwo przynajmniej część odpowiedzi na pojawiające się w praktyce stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych pytania.

Małgorzata Stręciwilk



Redaktor zeszytów
Członek KIO

Warszawa, 21 grudnia 2011 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
BZP	– Biuletyn Zamówień Publicznych
CPV	– Wspólny Słownik Zamówień
Dz. U.	– Dziennik Urzędowy
Dz. U. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
FIDIC	– Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Warunki kontraktowe na roboty budowlane)
KC, Kc, kc lub k.c.	– Kodeks Cywilny
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.	– Kodeks postępowania cywilnego
KRK	– Krajowy Rejestr Krany
KRS	– Krajowy Rejestr Sądowy
KRUS	– Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
KSH lub ksh	– Kodeks Spółek Handlowych
lit.	– litera
NKW	– Nowa Księga Wieczysta
nr	– numer
Ustawa Pzp lub PZP	– ustawa Prawo zamówień publicznych
PKD	– Polska Klasyfikacja Działalności
pkt	– punkt
PKWiU	– Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług
poz.	– pozycja
przyp. red.	– przypis redakcyjny
RZ	– Rejestr Zastawów
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
SIWZ lub siwz	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
t.j.	– tekst jednolity
UE	– Unia Europejska
US	– Urząd Skarbowy
ust.	– ustęp
u.z.n.k.	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
VAT	– Podatek od towarów i usług
ZA	– Zespół Arbitrów
zd.	– zdanie
ze zm.	– ze zmianami
ZNKU lub znku	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
ZUS	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Art. 2 pkt 7

1. Sygn. akt: KIO 642/11, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r.

Wstępny opis do kalkulacji na str. 67 oferty wskazuje na pewne założenia, parametry urządzenia GSM przyjęte do wyliczeń, które nazwano „wariantem”. W tym miejscu należy przyznać rację Zamawiającemu, iż użycie tego wyrażenia nie czyni jeszcze oferty ofertą wariantową, który to rodzaj oferty został zdefiniowany w art. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym również ten zarzut się nie potwierdził.

Art. 7 ust. 3

2. Sygn. akt: KIO 443/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

Izba zwraca uwagę, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. W niniejszym postępowaniu nie ma wątpliwości co do tego, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza pod względem jedyne go kryterium oceny ofert, tj. kryterium ceny. Oferta ta – mimo bezpodstawnego doliczenia przez wykonawcę do ceny oferty podatku VAT, który obciążałby Zamawiającego – nie była obarczona niemożliwą do usunięcia wadą, a jej wyeliminowanie z postępowania nie miało oparcia w przepisach prawa i było przejawem nieuzasadnionego formalizmu, prowadzącego do wyboru oferty z wyższą ceną (tj. oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą), co jest sprzeczne z istotą i celem postępowań o udzielenie zamówień publicznych.

3. Sygn. akt: KIO 1052/11, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2011 r.

Odnosnie zarzutu odwołania dotyczącego wydania przez zamawiającego „sprostowania rozstrzygnięcia postępowania”, które prowadziło do merytorycznej zmiany treści rozstrzygnięcia przetargu zasadne jest spostrzeżenie odwołującego, że przepisy ustawy pzp przewidują możliwość zmiany przez zamawiającego decyzji o wyniku oceny ofert wskutek uwzględnienia zarzutów odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp. Okoliczność taka nie miała miejsca w rozpoznawanej sprawie. Należy jednak stwierdzić, że stosownie do przepisu art. 14 ustawy – Prawo zamówień publicznych w sprawach nieuregulowanych przez przepisy tej ustawy zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego. Niesporną między stronami okolicznością jest fakt wniesienia przez odwołującego należnego wadium zgodnie z wymogami ustalonymi przez zamawiającego, a tym samym nie zachodziły przesłanki wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. W niniejszej sprawie Zamawiający, zdaniem Izby, wypełnił normę przepisu art. 84 k.c., co oznacza, że przy podjęciu czynności obejmującej wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego działał pod wpływem błędu rozumianego jako niezgodność z obiektywną rzeczywistością. Był to błąd dotyczący treści czynności prawnej (podstawy wykluczenia wykonawcy), jak i błąd, o którym adresat tj. odwołujący się wykonawca wiedział. Tym samym, w niniejszej sprawie wypełniona została norma przepisu art. 84 k.c. W niniejszej sprawie oświadczenie o uchyleniu się od skutków prawnych pierwotnego oświadczenia o wyniku postępowania zostało nazwane sprostowaniem, co w ocenie Izby zawiera w sobie wolę Zamawiającego wyrażającą się w uchyleniu się od skutków prawnych złożonego oświadczenia woli i sformułowaniem rozstrzygnięcia o wyniku postępowania w zakresie oceny oferty odwołującego, nie obciążonym błędem.

4. Sygn. akt: KIO 1231/11, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r.

(...) zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne

okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Pogląd powyższy wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11. Podzielając wyrażony w tych orzeczeniach pogląd, przypomnienia wymaga, że zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo. Przepis art. 93 ust. 1 oraz 1 a ustawy przewiduje podstawy unieważnienia postępowania, zaś art. 146 ust. 1 i 6 wskazuje sytuacje, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu. Zamawiający zatem obowiązany jest przedsięwziąć odpowiednie czynności, by sanować popełnione przez siebie błędy, w tym unieważnić własne czynności, podjąć nowe czynności, jeśli tylko będzie służyło to wyeliminowaniu niedoskonałości postępowania i realizacji zasad i celów postępowania, w tym przede wszystkim, zawarciu ważnej, nie podlegającej unieważnieniu umowy.

Art. 8 ust. 3

5. Sygn. akt: KIO 322/11, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r.

(...) dla uznania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia niezbędne jest łączne spełnienie przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć też charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem. Zamawiający obowiązkowi temu nie uczynił zadość – poprzestał w zasadzie na braku zgody wykonawcy, co do wyłączenia jawności, co jest niewłaściwe. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się też na rozprawie o trafności uzasadnienia wskazanego przez przystępującego. Izba zważyła, że sam przystępujący zadeklarował na rozprawie wolę udostępnienia dotychczas zastrzeżonych informacji dotyczących wykazu sprzętu oraz licencji. Izba ocenia również, że objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz podmiotów prywatnych nie może być uznane *per se* za tajemnicę przedsiębiorstwa i podlegać ochronie. Izba uznała, że ogólność danych wynikających z dokumentów potwierdzających wykonanie umów na rzecz X oraz Y nie wskazuje na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony *know-how*, których uzy-

skanie przez innych wykonawców narażałoby interesy przystępującego na szwank. Rezultaty postępowania przed Izłą nie prowadzą do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenia ich kontroli przez konkurujących wykonawców. Przystępujący nie wskazał w tej mierze indywidualnych uwarunkowań godnych ochrony. Głoszony na rozprawie pogląd ma walor twierdzenia ogólnego. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji.

6. Sygn. akt: KIO 1039/11, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r.

Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, np. formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstw. Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Jednak podkreślić należy, że katalog dokumentów i informacji, które można utajnić nie jest zamknięty. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) to zamawiający ma obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie określonych informacji w ofercie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem. Z dokumentacji przedmiotowej sprawy wynika, iż zamawiający nie prowadził żadnego postępowania wyjaśniającego zmierzającego do ustalenia charakteru informacji zastrzeżonych w treści oferty Konsorcjum (...). W zasadzie poprzestał jedynie na zawartej w treści oferty informacji, że w stosunku do dokumentów zawartych na stronie 109–111 oferty należy wyłączyć jawność, co należy uznać za niepoprawne. Zdaniem Izby znajdujące się w części zastrzeżonej oferty przystępującego, tj. w promesie zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej udzielonej (...) nie mieszczą się w powyższej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób zgodzić się z bardzo ogólną argumentacją przystępującego, który podczas rozprawy podnosił, że zapisy zawarte w pkt 1 promesy wskazują, że określone podmioty będą podejmować współpracę, natomiast dalsze punkty są uszczegółowieniem zakresu i charakteru tej współpracy. Izba wskazuje, że fakt obecnej współpracy jednego z członków (...) z Wojewódzkim Szpitalem Dziecięcym w (...), a po połączeniu w dniu 8 listopada 2010 r. ze Szpitalem Zespolonym (...), nie posiada charakteru poufnego, bowiem obiekt kuchni głównej i mlecznej znajdującej się szpitalu jest obecnie wykorzystywany przez jednego z członków konsorcjum. Potwierdzeniem niniejszego jest zarówno pismo Zastępcy Dyrektora ww. Szpitala z dnia 22 kwietnia 2011 r., jak również, przekazana na wniosek odwołującego – dostępna publicznie – kopia umowy dzierżawy z dnia 19 października 2010 r., zawartej pomiędzy: (...) oraz Wojewódzkim Szpitalem Dziecięcym (...), której przedmiotem była dzierżawa pomieszczeń, maszyn i urządzeń kuchni głównej i mlecznej znajdującej się w budynku Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego (...). Przystępujący na rozprawie oświadczył, że dokument (promesa) został złożony w kancelarii tajnej, natomiast osoby, które miały z nim kontakt, złożyły oświadczenie o zachowaniu poufności. Izba wyjaśnienia te uznała za niewystarczające. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie gołosłownych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach na dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad

postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2011 r. o sygn. akt KIO 399/11). Konkludując, Izba stwierdziła, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 i 3 Pzp.

7. Sygn. akt: KIO 1144/11, Wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o braku możliwości zastrzeżenia uzupełnianego wykazu, o ile pierwotny, załączony do oferty wykaz nie został przez wykonawcę zastrzeżony. W ocenie Izby interpretacja przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie powinna uwzględniać okoliczność, iż wykonawca w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może przedłożyć całkowicie nowy wykaz obejmujący dostawy wykonane na rzecz innych podmiotów niż wskazane w wykazie załączonym do oferty. Nie jest zatem wykluczone, iż mogą być one wykonane na rzecz zupełnie innych podmiotów, które nie mają charakteru podmiotów publicznych, a tym samym informacje tam zawarte mogą posiadać walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Powyższej okoliczności nie sposób jednak przewidzieć w dacie składania oferty. Wykonawca nie może zastrzec tajemnicy na wypadek, gdyby zaistniała konieczność przedłożenia innych dokumentów niż załączone do oferty. Izba uznała, iż nie posiada wystarczających informacji, aby stwierdzić, czy zamawiający przeprowadził badanie skuteczności zastrzeżenia, czy też oparł się wyłącznie na twierdzeniu odwołującego o spóźnionym charakterze utajnienia. Nie można zatem wykluczyć, iż udostępnienie informacji odwołującemu nie było prawidłowe, a z uwagi na wąski krąg podmiotów, którym dane udostępniono (brak potwierdzenia, aby jakikolwiek inny podmiot poza odwołującym uzyskał do nich dostęp) informacje nie utraciły charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z poglądem wyrażanym w orzecznictwie oraz doktrynie tajemnica nie traci swojego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg podmiotów. Ponadto powyższe nie ogranicza uprawnień procesowych stron czy uczestnika postępowania, ponieważ przedmiotem badania i oceny Izby jest całokształt materiału dowodowego w niniejszej sprawie.

8. Sygn. akt: KIO 1172/11, Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r.

W opinii Izby brak waloru tajemnicy przedsiębiorstwa odnosić się może do wszystkich elementów Specyfikacji technicznej dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania dotyczących produktów standardowych i dostępnych na rynku, które zostały wskazane bez określenia, iż będą dostosowywane do szczególnych wymagań SIWZ. (...) Zdaniem Izby zamawiający nie dokonał także oceny, czy utrzymanie powyższego zastrzeżenia będzie możliwe w przyszłości, tj. w ramach podpisania umowy. Niewątpliwie bowiem zgodnie z treścią wzoru umowy Specyfikacja techniczna dostarczanych i instalowanych urządzeń oraz oprogramowania zgodna z ofertą wykonawcy stanowi Załącznik nr 2 do umowy, a ponadto we wzorze umowy wskazano, iż załącznik ten będzie obejmował także ceny jednostkowe. Tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru etapowego, tzn. nie może być tajemnicą tylko na etapie oceny ofert, a w momencie dołączenia jej do umowy stracić przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym ustalenie, iż brak jest możliwości utrzymania zastrzeżenia wobec osób trzecich, które byłyby zobowiązane do zachowania poufności, w istocie winno skutkować odtajnieniem informacji w takim zakresie, w jakim nie mogą one pozostać niejawne z uwagi na treść i wymagania umowy lub innych przepisów prawa. Natomiast w ocenie Izby sam jawny charakter umowy, na co wskazuje art. 139 ust. 3 ustawy Pzp nie oznacza całkowitego braku możliwości zastrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa wobec jej elementów. Podstawowe znaczenie w tym zakresie ma bowiem art. 8 ust. 3 (przewidujący jednoznacznie, że elementów oferty zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie ujawnia się) oraz art. 86 ust. 4 ustawy Pzp (określający enumeratywnie w jakim zakresie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstw jest niedopuszczalne). Należy podkreślić, iż art. 86

ust. 4 ustawy Pzp nie wyłącza z zakresu możliwego zastrzeżenia opisu przedmiotu zamówienia. Niewątpliwie jawność postępowania stanowi zasadę, zaś wyłączenie jawności z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa wyjątek od tej zasady, jednak jest to wyjątek w pełni dopuszczalny, a poza art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, brak jest przepisów jednoznacznie wyznaczających granicę dla jego zastosowania. Przepis art. 139 ust. 3 ustawy Pzp ustalający jawność umów w sprawie zamówienia publicznego, przewiduje udostępnienie umowy na zasadach przewidzianych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, a przepisy te respektują zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198)). Uwzględniając powyższe, należy także stwierdzić, iż brak jest wyraźnej podstawy prawnej dla stwierdzenia, iż nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa okoliczności podlegających ocenie w kryteriach oceny ofert, o ile nie są to okoliczności wskazane w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Taka dyrektywa może być wywodzona jedynie z prymatu zasady jawności postępowania i dopuszczalności weryfikacji oferty pod tym kątem przez innych wykonawców kosztem jednostkowego uprawnienia wykonawcy do ochrony jego interesów w formie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, choć ustawa Pzp przyznaje mu takie prawo. W ocenie Izby odtajnienie informacji prawidłowo zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa jedynie z uwagi na ich zwiążanie z kryterium oceny ofert, jeśli nie są to informacje nie podlegające zastrzeżeniu, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, nie znajduje jednoznacznego normatywnego uzasadnienia.

9. Sygn. akt: KIO 1243/11, Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r.

(...) odwołanie w art. 8 ust. 3 Pzp do regulacji, zawartej w przepisie art. 86 ust. 4 Pzp, oznacza, iż zastrzeżeniu nie podlegają: nazwy, adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Wskazany przepis posługuje się zwrotem „informacje dotyczące ceny”, którego zakres jest, co oczywiste, szerszy od pojęcia „ceny” jednakże, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej, choć stanowią informacje dotyczące ceny nie mogą być kwalifikowane do okoliczności wymienionych w hipotezie normy, o której mowa w przepisie art. 86 ust. 4 Pzp. Odwołujący bowiem w sposób nieuprawniony pomija, iż wskazany przepis odnosi się do etapu otarcia ofert i tym samym do informacji zawartych w ofertach. Izba podziela zatem stanowisko, iż wszelkie informacje dotyczące ceny zawarte w ofercie podlegają ujawnieniu, tym bardziej, jeśli jak wskazuje orzecznictwo, sposób kalkulacji ceny był ustanowiony w SIWZ.

Art. 9 ust. 2

10. Sygn. akt: KIO 1041/11, KIO 1043/11, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r.

Zgodnie z art. 9 ust. 2 Pzp postępowanie prowadzi się w języku polskim. Stosownie do brzmienia § 6 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Stosownie natomiast do § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 Pzp, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. W przypadku, gdy dokument jest sporządzony w ję-

zyku obcym, wykonawca ma obowiązek złożyć dokument wraz z jego tłumaczeniem na język polski. Złożenie jakiegokolwiek innego dokumentu, który w swojej treści potwierdza fakt niekaralności określonych osób, bez zachowania formy określonej w ww. przepisie rozporządzenia, nie może być uznane za potwierdzające brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający, a także wykonawcy mają obowiązek respektowania przepisów prawa, których przestrzeganie ma na celu zapewnienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zachowania w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Ze złożonego przez wykonawcę dokumentu musi jednoznacznie wynikać, że zarówno wymagania co do treści oświadczeń złożonych przez określone osoby, jak również co do wymaganej przepisem formy dokumentu, zostały spełnione. W związku z treścią art. 9 ust. 2 Pzp, w przypadku, gdy zamawiający nie wyraził zgody na sporządzenie wniosku w języku obcym, o której mowa w art. 9 ust. 3 Pzp, wykonawca przedkładający dokument sporządzony w języku obcym zobowiązany jest do złożenia tego dokumentu wraz z tłumaczeniem na język polski, co umożliwi zamawiającemu dokonanie prawidłowej oceny dokumentu, a innym wykonawcom – zapoznanie się z jego treścią. Zamawiający, prowadzący postępowanie w języku polskim, wyłącznie na podstawie tłumaczenia dokumentu może zatem stwierdzić, czy wymagania, wskazane w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, zostały przez wykonawcę spełnione. Wobec powyższego należy uznać, że tłumaczenie składanego dokumentu musi być pełne, tj. musi odzwierciedlać całą treść zawartą w dokumencie wraz z zamieszczonymi w nim oznaczeniami, pieczęciami i innymi elementami, które zostały w nim umieszczone. Nie sposób zatem przyjąć, że tłumaczenie treści noty podmiotu lub organu, przed którym oświadczenie zostało złożone, nie jest konieczne, albowiem nie wpływa na ocenę czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że z treści § 6 ust. 4 ww. rozporządzenia wynika, że tłumaczenie musi obejmować dokument, a zatem nie tylko treść złożonego oświadczenia, ale wobec tego – także notę organu, potwierdzającą fakt, że oświadczenie w danym dniu przez daną osobę przed tym organem zostało złożone. Stąd tłumaczenie dokumentu powinno obejmować całą treść dokumentu, a nie wyłącznie jego wybrane elementy. Zgodnie z art. 3 konwencji haskiej z 1961 r. o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz. U. z 2005 r. Nr 112, poz. 938), klauzula „*apostille*” może być wymagana wówczas, gdy ustawy, inne przepisy prawne lub praktyka obowiązująca w państwie, w którym dokument jest przedłożony, lub umowa pomiędzy dwoma lub większą liczbą umawiających się państw, zniosły lub uprościły legalizację lub zwolniły taki dokument z legalizacji. W myśl polskich przepisów o zamówieniach publicznych *apostille* nie jest poświadczeniem wymaganym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponieważ opatrzenie dokumentu poświadczeniem *apostille* może dotyczyć różnych dokumentów urzędowych, w tym m.in. aktu notarialnego, to umieszczenie *apostille* na oświadczeniu oznacza tylko, że poświadczony dokument jest dokumentem urzędowym, nie daje natomiast wiedzy, czy oświadczenie złożone jest w formie i okolicznościach wymaganych rozporządzeniem w sprawie dokumentów, tj. przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego. W związku z powyższym złożenie przez odwołującego niepełnego tłumaczenia dokumentów, które nie obejmują potwierdzenia spełnienia wymagań co do formy i okoliczności złożenia wymaganych oświadczeń, uniemożliwia *de facto* zamawiającemu dokonanie badania i oceny tego dokumentu w zakresie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zamawiający był zobowiązany uznać, że odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem decyzja o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp była uzasadniona.

Art. 17 ust. 3**11. Sygn. akt: KIO 1037/11, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r.**

Niewątpliwie dokonywanie przez komisję przetargową przy udziale Pana Grzegorza W. czynności poczynawszy od dnia, w którym powinien wyłączyć się z prac komisji narusza prawo i, co do czynności dokonanych przed otwarciem ofert, stanowi nieusuwalną wadę postępowania. Rozważyć zatem należy, czy naruszenie art. 17 ust. 3 Pzp, wobec braku możliwości powtórzenia czynności udzielenia odpowiedzi na wnioski wykonawców o wyjaśnienie postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zmianie postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji, w tym zmianie opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Podnieść trzeba, że z samego faktu, że ustawodawca w art. 17 ust. 3 Pzp nakazuje powtórzenie czynności dokonanych przez osobę podlegającą wyłączeniu nie oznacza *per se*, że każda z tych czynności ma lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. W przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, w związku z art. 17 ust. 3 Pzp, wpływ naruszeń przepisów ustawy, dokonania czynności w postępowaniu przy udziale osoby podlegającej wyłączeniu, na wynik postępowania nie może mieć czysto spekulatywnego charakteru, lecz musi prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych – wybór najkorzystniejszej oferty, a w postępowaniach wieloetapowych ustalenie kręgu wykonawców uprawnionych do wzięcia udziału w kolejnym etapie postępowania. Celem art. 17 Pzp jest bowiem zagwarantowanie równego traktowania wszystkich wykonawców i zapobieżenie sytuacji, w której osoba po stronie zamawiającego mogłaby być zainteresowana wynikiem postępowania i podejmować próby wpływania na jego wynik. Przedmiotem ochrony jest w szczególności bezstronność oraz wiarygodność ustaleń dokonywanych w postępowaniu przetargowym, zapewnienie trafności rozstrzygnięć zamawiającego. Ustawodawca przyjął, że dokonywanie czynności w postępowaniu przez osoby powiązane z wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia może prowadzić do preferowania tych podmiotów w toku postępowania, co uniemożliwia uczciwą konkurencję. W konsekwencji, dla uznania, że zaistniał wpływ czynności dokonanej przez tą osobę na wynik postępowania, niezbędny jest choćby hipotetyczny związek między działaniem osoby podlegającej wyłączeniu (niezależnie od tego czy działała samodzielnie, czy też w ramach komisji przetargowej) a możliwością uzyskania zamówienia przez wykonawcę, z którym osoba taka była powiązana w okolicznościach wskazanych w art. 17 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp. Ocenie winna podlegać treść oraz skutki czynności dokonanych przez osobę podlegającą wyłączeniu z punktu widzenia celu oraz zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przeciwnie szerokie rozumienie podstaw unieważnienia postępowania nie znajduje uzasadnienia w wykładni literalnej i celowościowej przepisów. Przenosząc powyższe rozważania na grunt okoliczności sporu stwierdzić należy, iż wpływ naruszenia art. 17 ust. 3 Pzp na wynik postępowania zaistniałby w sytuacji, gdyby czynności dokonane przy udziale Pana Grzegorza W.niosły skutek w postaci uznania oferty X S.A. za najkorzystniejszą lub zwiększały szanse tego wykonawcy na uzyskanie zamówienia. Ciężar udowodnienia tych okoliczności spoczywa na zamawiającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek w postaci unieważnienia postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp). Zamawiający nie wykazał jakoby czynności komisji podjęte przy udziale Pana Grzegorza W. przed otwarciem ofert godziły w zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu, zwiększały szanse wykonawcy na uzyskanie zamówienia. X S.A. złożył ofertę wespół z dwoma innymi wykonawcami a cena tej oferty plasowała się na 6 pozycji spośród 9 złożonych ofert oraz znacznie przekraczała kwotę podaną przez

zamawiającego zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp. Zmiana warunków udziału w postępowaniu nie otworzyła drogi temu wykonawcy do wzięcia udziału w postępowaniu. Z samego faktu, że czynność badania i oceny ofert nie została zakończona przez zamawiającego nie należy wywodzić skutku w postaci ewentualnej możliwości uzyskania zamówienia przez konsorcjum, w skład którego wchodzi X S.A., skoro dowody na uprawdopodobnienie tej tezy nie zostały wskazane. Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, aby skutek dokonania przez komisję przy udziale Pana Grzegorza W. czynności w postępowaniu, które na obecnym etapie nie mogą zostać powtórzone, zostały złamane zasady zawarte w art. 7 Pzp, możliwość uczciwego konkurowania o udzielenie zamówienia została zachwiana, a obiektywizm i trafność decyzji komisji budzą wątpliwości. Przyjęcie, że doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, udzielenie wyjaśnień treści specyfikacji oraz zmiana warunku udziału w postępowaniu, która rozszerzyła krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, a nie stworzyła preferencji na rzecz podmiotu, z powodu którego członek komisji przetargowej winien wyłączyć się z postępowania, stanowią przeszkodę dla zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie znajduje uzasadnienia. Co więcej, przyjęcie poglądu przeciwnego prowadzić może do wypaczenia celu regulacji ustawowej. Postrzeganie podstaw unieważnienia postępowania w kategoriach bezwzględnych, z odstąpieniem od badania ich *in casu*, skutkować by mogło możliwością wpływu osób podlegających wyłączeniu na losy postępowania. Osoby takie podejmując decyzję, czy i na jakim etapie postępowania ujawniać będą okoliczności uzasadniające ich wyłączenie, miałyby wpływ na wynik postępowania, co rażąco naruszałoby zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Art. 21 ust. 4

12. Sygn. akt: KIO 1126/11, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2011 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 20 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie powołania biegłego z zakresu badania pisma w celu zbadania dokumentów referencyjnych, Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że materię dotyczącą powołania biegłego reguluje art. 21 ust. 4 Pzp, który stanowi, że jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych. Istotnym jest, że redakcja powyższego przepisu, poprzez odwołanie się do określenia „może” wskazuje, że możliwość dokonania powyższej czynności jest uprawnieniem a nie obowiązkiem zamawiającego. Tym samym należy uznać za nieuprawnione twierdzenia odwołującego, który odwołując się do przepisów Pzp wskazywał na zaniechania zamawiającego w zakresie powyższej czynności. Jedynie na marginesie Izba podaje, że zamawiający podczas rozprawy oświadczył, że po dokonaniu badania oryginału referencji z dnia 20 grudnia 2010 r. nie miał żadnych wątpliwości co do jej prawdziwości. Wobec tego bezzasadnym, zarówno w ocenie zamawiającego, jak również Izby było powoływanie biegłego na wskazaną powyżej okoliczność.

Art. 22

13. Sygn. akt: KIO 605/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.

Zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.] żądanie dokumentów może dotyczyć tylko warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu dokonania oceny spełniania zama-

wiający zawarł w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Obecnie obowiązujące przepisy nakazują zatem zamawiającym uprzednie precyzyjne opisanie stawianego warunku, a dopiero na potwierdzenie tak opisanego warunku dopuszczalne jest żądanie określonych dokumentów. Powyższe było zresztą aktualne także na gruncie poprzednio obowiązujących regulacji (...) Oznacza to, iż prawo żądania dokumentów istnieje jedynie wówczas, gdy mają one potwierdzać jednoznacznie postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie możliwość konkretyzowania warunku w opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunku jest ograniczona rodzajem dokumentów, których może żądać zamawiający. Występuje zatem wzajemna korelacja pomiędzy warunkami udziału (opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunku) a dokumentami żądanymi na ich potwierdzenie, gdyż w przypadku braku warunków żądanie dokumentów nie jest dopuszczalne.

14. Sygn. akt: KIO 1288/11, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2011 r.

Art. 22 ustawy Pzp określa warunki, jakie musi spełnić każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca w myśl ww. przepisu musi m.in. posiadać „(...) niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (...)”, a o ich spełnieniu informuje Zamawiającego poprzez złożenie oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunków zawartych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, które – w przypadku przetargu ograniczonego – składa wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednak oprócz ustawowych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, które są doprecyzowaniem ogólnych warunków i wynikają ze specyfiki udzielanego zamówienia. W niniejszym postępowaniu – jak określił Zamawiający – wykonawcy mają się wykazać nie tylko wdrożeniem lub utrzymaniem i rozwojem określonego systemu, a więc systemu określonej klasy, tj. systemu klasy B2B, ale również winni się legitymować jego realizacją na rzecz określonej instytucji, instytucji bankowej lub finansowej, co jest związane z postawionym Zamawiającemu zadaniem, tj. koniecznością konsolidacji finansów państwa, jak i krótkim czasem jaki przewidziano na jego wprowadzenie. (...) W przedmiotowym postępowaniu – wbrew twierdzeniom Odwołującego – tak postawiony warunek spełnia co najmniej pięciu wykonawców. Jak wynika z okazanego Izbie protokołu postępowania wnioski złożyło już trzech wykonawców, mimo, iż termin ich składania upływa dopiero w dniu 4 lipca 2011 r. A ponadto dwóch wykonawców, tj. wykonawca X i wykonawca Y, przystąpiło do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, przyznając tym samym, iż warunek ten są w stanie spełnić i są to inni wykonawcy niż ci, którzy złożyli wnioski. Kwestionowany warunek – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie jest więc warunkiem nadmiernie wygórowanym. Natomiast fakt, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ze względu na brak wymaganego doświadczenia nie świadczy o tym, iż doszło do naruszenia uczciwej konkurencji. Art. 22 ustawy Pzp nie oznacza bowiem, iż do udziału w postępowaniu należy dopuścić wszystkich wykonawców, którzy ewentualnie mogliby wykonać przedmiot zamówienia bez sprawdzenia ich wiarygodności i zdolności należytego wykonania zamówienia. Postawiony warunek nie może być zmieniony tylko i wyłącznie z uwagi na to, że nie spełnia go Odwołujący. Warunek ów spełnia bowiem co najmniej kilku wykonawców, co wykazał Zamawiający i Przystępujący, jak również – co zgodnie podkreślały strony oraz uczestnicy postępowania – wielu nawet „małych wykonawców” realizujących tego rodzaju systemy nawet dla niewielkich podmiotów (banków i instytucji finansowych). Twierdzenia Odwołującego, iż warunek ten spełnia jedynie jeden wykonawca, tj. X Sp. z o.o., są gołosłowne wobec braku jakichkolwiek dowodów potwierdzających tę okoliczność, mimo iż ciężar dowodu – zgodnie z art. 6 k.c. – spoczywa na osobie, która z określonego faktu wywodzi skutki prawne. Fakt, iż kwestionowanego warunku nie spełnia Odwołujący nie uzasadnia twierdzenia, iż

doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy tak postawione wymagania, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, uzasadnione są potrzebami Zamawiającego. Dlatego też Izba uznała, iż nieuprawnionym jest wymaganie od Zamawiającego, aby zrezygnował on z własnych interesów w postaci rękojmi należytego wykonania zamówienia, obniżając postawione wykonawcom wymogi w celu umożliwienia ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wykonawcom nie posiadającym odpowiedniego doświadczenia. Zamawiający nie jest bowiem zobowiązany do takiego określenia warunków udziału w postępowaniu, aby w danym postępowaniu mogli wziąć udział wszyscy wykonawcy działający na rynku tego rodzaju.

Art. 22 ust. 1

15. Sygn. akt: KIO 632/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.

(...) ustawodawca w art. 22 ust. 1 Pzp wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają określone w tym przepisie, warunki udziału w postępowaniu. Wśród nich został wymieniony ten dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp). W ustawie pzp brak jest wskazania miernika określania wystarczającego poziomu wiedzy i doświadczenia niezbędnego dla należytego wykonania zamówienia. W ślad za stanowiskiem doktryny i orzecznictwem wskazać należy, że określenie przywołanego warunku udziału w postępowaniu zależne jest od rodzaju prowadzonego postępowania, stopnia jego skomplikowania, zakresu wymaganych wiadomości, czy umiejętności specjalnych. Warunki udziału w postępowaniu są konkretyzowane w stosunku do danego postępowania i winny być formułowane w sposób odpowiadający uzasadnionym potrzebom Zamawiającego i obiektywnymi potrzebami zachowania konkurencyjności na danym rynku usług. Artykuł 22 ust. 4 p.z.p. – opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. nakazuje zamawiającemu przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców. Dlatego też Zamawiający winien w taki sposób dokonać opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby ich powiązanie i proporcje w odniesieniu do przedmiotu zamówienia nie uniemożliwiały wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do ich wykonania. Działanie przeciwne, nie tylko ogranicza konkurencję, ale pozostaje też w sprzeczności z oczywistym interesem zamawiającego. Większa konkurencja w postępowaniu daje zamawiającemu możliwość uzyskania korzystniejszej oferty, a tym samym na bardziej efektywne wydatkowanie publicznych środków finansowych, przeznaczonych na realizację danego zamówienia. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do rodzaju czy przebiegu ich dotychczasowej działalności /wyrok KIO 122/10/. Dlatego też zasadnym wydaje się stwierdzenie, że ustalenie progów w zakresie spełniania warunków udziału wykonawców w postępowaniu musi mieć bezpośrednie przełożenie na wartość, jego złożoność i mieć bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia danego postępowania. Żadne wymogi nie mogą być postawione tylko po to, aby ograniczyć dostęp do zamówienia większej liczbie odbiorców, lecz muszą zawsze wynikać z obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego zmierzających do umożliwienia mu wyboru wykonawcy, który najlepiej i najpewniej wykona zamówienie. Jednakże należy wskazać że ustawa pzp nie zawiera bezwzględnego zakazu ograniczenia konkurencji. Każdy opis warunków udziału w postępowaniu stanowi swoiste ograniczenie udziału wszystkich potencjalnych podmiotów w realizacji zamówienia, a umożliwia to tylko niektórym, ważne jest, aby te ograniczenia nie przekraczały uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Art. 22 ust. 1 pkt 2**16. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11,
Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.**

(...) Odnosząc się do zarzutu, iż wskazany w sekcji III.2.1) warunek wiedzy i doświadczenia określony jako wykonanie usługi polegającej na zaprojektowaniu, wykonaniu, dostawie, instalacji, uruchomieniu i wdrożeniu systemu informatycznego, wspierającego utrzymanie rejestrów państwowych w jednostkach administracji państwowej, a zatem przedmiotowe ograniczenie doświadczenia wyłącznie do rejestrów państwowych w znaczący sposób ogranicza krąg potencjalnych wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w realizacji usług związanych z systemami informatycznymi wspierającymi utrzymanie rejestrów publicznych, Izba uznała zarzut za zasadny. W ocenie Izby powyższe zawężenie zakresu przedmiotowego doświadczenia prowadzi do nadmiernego ograniczenia konkurencji poprzez wyłączenie podmiotów, które byłyby zdolne do wykonania zamówienia i posiadają doświadczenie zbieżne z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby zamawiający nie przedstawił przekonującego uzasadnienia dla tak postawionego wymogu. Zamawiający wskazywał, iż jego zamiarem było niedopuszczenie wykazywania się doświadczeniem w zakresie rejestrów tworzonych na potrzeby administracji samorządowej. Powoływał także, iż przedmiotem zamówienia są rejestry państwowe i to o szczególnym znaczeniu, ponieważ są to rejestry sądowe, gdzie walor uzyskiwanych na ich podstawie informacji korzysta z domniemania prawdziwości. Argumentacja ta, w ocenie Izby, budzi wątpliwości. Po pierwsze, warunek dotyczy rejestrów państwowych i nie ogranicza się wyłącznie do rejestrów sądowych. Po drugie, rejestry państwowe zawierają się w kategorii rejestrów publicznych, o których mowa w art. 3 pkt 5 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. Nr 64, poz. 565, z późn. zm.). Ustawa ta, podobnie zresztą jak ustanawiane przez nią wymagania względem rejestrów publicznych oraz systemów teleinformatycznych wykorzystywanych przez podmioty publiczne wykonujące zadania publiczne, odnosi się na równi do administracji państwowej, jak i jednostek samorządu terytorialnego, które takie rejestry publiczne prowadzą. W takim samym zakresie i wedle tych samych zasad podlegają one także czynnościom kontrolnym. Brak jest zatem przekonującego uzasadnienia dla powoływanej przez zamawiającego tak znaczącej odrębności rejestrów publicznych prowadzonych przez te jednostki, aby ograniczyć warunek jedynie do rejestrów państwowych w jednostkach administracji państwowej. Zamawiający nie zdołał wykazać, iż rzeczywiście takie znaczące odrębności istnieją, np. w zakresie poziomu bezpieczeństwa czy wymagań systemowych, które powyższe przedmiotowe ograniczenie czyniłoby uzasadnionym. (...) W ocenie Izby, wbrew twierdzeniu odwołującego, samo zobowiązanie wykonawcy do przestrzegania przy realizacji zamówienia określonych norm bez równoczesnego postawienia wymogu znajomości tych norm i jego weryfikacji, jest z punktu widzenia należytego zabezpieczenia interesu zamawiającego wątpliwe.

17. Sygn. akt: KIO 499/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.

Z przedstawionego wykazu oraz uzupełnionych na wezwanie zamawiającego dokumentów w sposób nie budzący wątpliwości wykazano, że przystępujący wykonał minimum 3 usługi o wymaganej wartości dotyczące bielizny szpitalnej. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że wykonanie dwóch usług, tj. usługi wykonanej dla X w W. oraz usługi wykonanej dla Y w P. rozpoczęło się wcześniej niż ostatnie 3 lata przed upływem terminu składania ofert. O wykonaniu usługi możemy mówić dopiero w momencie jej zakończenia. Sformułowanie „wykonanie” jest bowiem formą dokonaną i dla oceny spełniania warunku istotny jest w tym przypadku termin zakończenia wykonywania usługi, a te zakończyły się – odpowiednio – 31 lipca 2008 roku i 30 listopada 2011 roku. Obie te daty mieszczą się w wymaganych

przez zamawiającego ostatnich trzech latach przed terminem składania ofert, ustalonym na dzień 25 lutego 2011 roku.

18. Sygn. akt: KIO 534/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.

Odnosząc się do treści kwestionowanych referencji stwierdzić należy, iż referencje składane są tylko i wyłącznie na potwierdzenie należytego wykonania robót. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentów”, nie wymaga aby treść takiego dokumentu poza stwierdzeniem należytego wykonania robót zawierała jakiegokolwiek inne elementy. Dla ich ważności nie jest więc wymagane szczegółowe wskazanie zakresu objętych nimi prac, a co oznacza, iż nie muszą one wskazywać dokładanego zakresu, dat, wartości zamówienia itp., a jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia robót wskazanych w przedłożonym wykazie. Tak więc stawianie przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych wymagań co do treści tych dokumentów nie ma uzasadnienia w treści rozporządzenia. Natomiast zakres, o ile został w referencjach wskazany, nie może być rozbieżny z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę z wykazie, niemniej jednak ta rozbieżność, o ile by zaistniała, musiałaby wskazywać na tak znaczną różnicę zakresu, która uniemożliwiałaby ustalenie, czy dotyczy tych samych robót. (...) Z treści warunku postawionego przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, iż wykonawcy zobowiązani byli wykazać się wykonaniem „co najmniej dwóch zadań”. „Zadanie” – w ocenie Izby – należy więc rozumieć nie jako jedną konkretną umowę, ale „zadanie” jako całość realizowanego świadczenia dla danego Zamawiającego, niezależnie od liczby zawartych umów. Gdyby bowiem Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem umowy – zresztą jak słusznie podniósł Odwołujący – wówczas ów warunek miałby inne brzmienie. Przy takim brzmieniu warunku, jaki został postawiony w treści SIWZ – pkt 5.1.1.1., „zadanie” obejmuje zarówno wykonanie określonej, wymaganej roboty na podstawie jednej umowy, bądź też wykonanej na podstawie kilku umów. Tak więc wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia tak postawionego warunku mógł legitymować się wykonaniem „zadania” na podstawie kilku umów. To Zamawiający, błędnie utożsamia „zadanie” z „jedną umową”, zamiennie ich używając, np. w piśmie z dnia 9 marca 2011 r. Zamawiający po otwarciu ofert nie może stosować innej, bardziej rygorystycznej interpretacji postawionego warunku w stosunku do danej oferty, wbrew wyraźnemu i jednoznacznemu brzmieniu postawionego warunku. Postanowienia SIWZ wiążą bowiem nie tylko wykonawcę, ale i Zamawiającego dokonującego kwalifikacji wykonawców i badania ofert. (...) Zdaniem Izby, w niniejszym stanie faktycznym, możliwym jest zakwalifikowanie ww. umów jako „zadania” (jednego zadania), obejmującego dwie umowy, gdyż stanowią one jedną funkcjonalną całość. Istotnie nie były wykonywane idealnie w tym samym okresie. Niemniej jednak okres wykonywania umów był zbliżony (jedna umowa była wykonywana od 01.01.2007 r. do 31.12.2009 r.; druga zaś zawarta w dniu 09.07.2007 r., a więc w okresie realizacji pierwszej, wykonywana była w żądanym zakresie „w 2008 roku”. Były więc wykonywane niemal równolegle, a ich wykonanie w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania „zadania” na podstawie jednej umowy. Obszar wykonania ich był także tożsamy, obejmowały obszar miasta Wrocławia, a były zlecone przez tego samego Zamawiającego. Skoro więc celem żądania wykazania się doświadczeniem jest sprawdzenie, czy dany wykonawca wykonywał określone, wymagane przez Zamawiającego prace i czy prace te wykonał w sposób należyty, ograniczenie „zadania” (jednego zadania) wyłącznie do jednej umowy, przy określonym brzmieniu warunku 5.1.1.2 jest nieuprawnione.

19. Sygn. akt: KIO 604/11, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2011 r.

W przedmiotowej sprawie o ile za uprawnione i adekwatne do przedmiotu zamówienia należy uznać żądanie przez zamawiającego wykazania się doświadczeniem dostawy pojazdu

ratowniczo-gaśniczego wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym o tyle za niezasadne i naruszające ww. zasady należało uznać żądanie wykazania się doświadczeniem w dostawie, co najmniej dwóch takich pojazdów. Należy zauważyć, iż przy tak wyspecjalizowanym przedmiocie zamówienia, jego złożoności, zaawansowaniu technologicznym i potrzebnej do jego realizacji wiedzy wykonanie już jednego pojazdu (mając na uwadze, iż przedmiot zamówienia obejmuje dwa pojazdy) daje rękojmię wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłową realizację zamówienia. Jedyna przedstawiona przez zamawiającego na rozprawie argumentacja tak postawionego warunku, iż wykonawca, który dostarczył jeden pojazd ratowniczo-gaśniczego wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym nie nabył doświadczenia gdyż „co najwyżej uczył się” nie znajduje żadnego uzasadnienia przy tym specjalistycznym charakterze przedmiotu zamówienia. Izba podzieliła stanowisko odwołującego, iż postawienie warunku w sposób określony w pkt III.2.3.1 ogłoszenia o zamówieniu narusza stosunek poziomu doświadczenia do stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia, ale tylko, co do zakresu wymagania ilościowego. Za adekwatne należało natomiast uznać żądanie zamawiającego wykazania się doświadczeniem w dostawie lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych wraz z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż za wystarczające, adekwatne do przedmiotu zamówienia będzie wykazanie się doświadczeniem w dostawie lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych lub lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z działkiem na dachu. Izba wzięła pod uwagę przedłożoną przez zamawiającego na rozprawie opinię, która pozwala stwierdzić, iż doświadczenie w zakresie realizacji dostawy lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych nie będzie tożsame z doświadczeniem w realizacji dostawy lotniskowych pojazdów ratowniczo-gaśniczych z zespołem gaśniczym na wysięgniku teleskopowym przegubowym.

20. Sygn. akt: KIO 694/11, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Podkreślenia wymaga, że ani ustawa Prawo budowlane, ani jakakolwiek inna ustawa nie zawiera definicji rozbudowy. Dlatego też pojęcie rozbudowy powinno być rozumiane zgodnie z jego znaczeniem w języku potocznym. Zamawiający w SIWZ stawiając warunek w zakresie rozbudowy nie powoływał się bezpośrednio na przepisy prawa budowlanego, w szczególności nie odwoływał się w ramach poszczególnych wyrazów zawartych w warunkach SIWZ do pojęć z Prawa budowlanego. W trakcie rozprawy przedstawiciel Zamawiającego przyznał, iż nie zawęził pojęć w niniejszym postępowaniu, odnosząc je jedynie do prawa budowlanego. Co więcej, zwrócił uwagę, iż formułując warunek miał na uwadze szerokie rozumienie użytych pojęć i sformułowań oraz szerokie spektrum inwestycji. Zgodnie z rozumieniem potocznym, słowo „rozbudowa” to powiększenie istniejącego budynku, rozszerzenie budowli, dobudowanie nowych elementów, przy czym słowo to nie opisuje sposobu powiększenia budynku. Rozbudowa jest więc zmianą – powiększeniem parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, wysokość, długość, szerokość czy granice obiektu (zwiększenie powierzchni zabudowy). (...) Podobnie ocenić należy doświadczenie Przystępującego w zakresie rozbudowy Szkoły Podstawowej. Nowo wybudowana część szkoły posiada wspólne elementy techniczne, niezbędne dla funkcjonowania całego kompleksu szkoły. Rozbudowa łączyła się ze zwiększeniem kubatury budynku. W przypadku tego zadania, Izba nie ma również wątpliwości co do spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku. Jeśli bowiem, jak wskazano powyżej pojęcia rozbudowa mieści w sobie zmianę kubatury oraz powiększenie budynku o określone elementy, to z takim właśnie przypadkiem mamy do czynienia w odniesieniu zrealizowanego zadania rozbudowy szkoły podstawowej. Przystępujący poza modernizacją istniejącego budynku szkoły (dostosowaniem pełnym do istniejących obecnie wymogów budowlanych) zrealizował rozbudowę istniejącego budynku dydaktycznego o nową salę gimnastyczną, część dydaktyczno-szatniową oraz stołówkę. W ocenie Izby elementy, o które rozbudowano szkołę, są podstawowymi składnikami funkcjonalno-budow-

lanymi placówek szkolnych. Są elementami, które łącznie składają się na rozumienie znaczenia pojęcia szkoły, jej normalnego funkcjonowania i bezwzględnie stanowią jedną całość. Fakt, że dobudowana sala gimnastyczna posiada własne ściany i dach nie zmienia w żaden sposób oceny Izby, iż ten element został dobudowany do istniejącego budynku szkoły, co w zupełności mieści się w pojęciu rozbudowy. Pojęcie całości wzmacnia także i w tym przypadku istnienie wspólnych elementów technicznych i magazynów.

21. Sygn. akt: KIO 801/11, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Dostrzec należy, że § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*], pozwala na wykazanie się wyłącznie wykonanymi robotami budowlanymi. Inaczej stanowi odnoszący się do dostaw lub usług § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia pozwalający na wykazanie wymaganych wiedzy i doświadczenia na podstawie dostaw lub usług będących w trakcie realizacji z zastrzeżeniem, że mają one charakter okresowy lub ciągły. Art. 647 k.c. stanowi, że przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Zgodnie natomiast z wymaganiem wynikającym z art. 55 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego przed przystąpieniem do użytkowania wielokondygnacyjnych budynków mieszkalnych lub mieszkalno-usługowych należy uzyskać pozwolenie na użytkowanie. Zamawiający odpowiednio do powyższych przepisów i stosownie do ustalonego warunki udziału w postępowaniu wymagał w specyfikacji potwierdzenie wykonania budynku zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i w terminie umownym przez złożenie oświadczenia inwestora lub uprawnionego organu administracyjnego. Zamawiający jest uprawniony do tego, aby swoje wymagania w stosunku do wykonawców opisać w ten sposób, że wymaga wykazania części robót budowlanych wchodzących w skład wykonania obiektu budowlanego – budynku wielorodzinnego, jeśli uzna, że jest to wystarczające dla wyłonienia wykonawcy zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Winno to jednak wynikać wprost z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w okolicznościach sprawy nie miało miejsca. (...) Izba zważyła, że nie ma żadnych przeszkód ku temu, by wykonawcy wykazywali wymagane doświadczenie na podstawie kilku umów łączących ich z inwestorem i dotyczących realizacji jednej inwestycji. Odwołujący mógłby na podstawie kilku umów wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt V specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o ile składałyby się one na realizację budynku, o cechach i parametrach wymaganych przez zamawiającego, a który odwołujący wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

22. Sygn. akt: KIO 807/11, Wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2011 r.

Bezsporne pomiędzy Stronami jest, że wykazana przez Odwołującego w poz. 1 „budowa kompleksu szkolno-sportowego w (...)” wykonywana była na podstawie dwóch umów, z których pierwsza dotyczyła budowy szkoły i trwała od września 2001 r. do listopada lub grudnia 2003 r., a druga sali gimnastycznej i trwała od maja 2003 r. do sierpnia 2006 r., przy tym żadna z umów samodzielnie nie spełnia ww. warunku w zakresie wartości, pierwsza dodatkowo terminu wykonania robót, natomiast ujęte wspólnie ten warunek spełniają. Z przedstawionych powyżej stanowisk wynika, iż istota sporu dotyczy właśnie tej kwestii i sprowadza się

do znaczenia użytego przez Zamawiającego pojęcia „zamówienie /zadanie/ roboty budowlane” – czy należy je rozumieć jako konkretną umowę i tym samym każdą z umów traktować jako osobne zamówienie, czy też raczej jako zadanie do wykonania i za jedno zamówienie uznać cały kompleks szkolno-sportowy. Sporu tego nie rozwiązuje sama wykładnia językowa pojęcia „zamówienie”, „roboty budowlane” czy „zadanie”. Zgodnie bowiem ze słownikową definicją, odpowiednią do niniejszej sytuacji, „zamówienie” to „polecenie dostarczenia lub wykonania czegoś” (wg internetowego „Słownika języka polskiego PWN” www.sjp.pwn.pl), a zatem może odnosić się zarówno do zamówienia – dokumentu/umowy, jak i zamówienia – zadania (całości realizowanego przedmiotu). I w obu tych znaczeniach jest powszechnie używane. Podobnie „zadanie” to „to, co należy wykonać”. Sytuacji nie zmienia również odniesienie się do pojęcia „roboty budowlane”, gdyż używane jest ono, w zależności od potrzeb inwestora, zarówno w stosunku do kilku budynków lub budowli, jednego budynku lub budowli albo ich części, a definicja zawarta w art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nawet znacznie szersza niż definicja zamówienia czy zadania. W przepisach prawa nie ma rozstrzygnięcia tej kwestii, co jest o tyle zrozumiałe, że ustawodawca pozostawił formułowanie warunków zamawiającym, a więc także rozstrzygnięcie, w jakim zakresie posiadane doświadczenie można sumować. Zatem pojawiają się warunki, w których zamawiający wymagają np. „wykonania min. 10 km kanalizacji”, niezależnie od tego, w ramach ilu umów to doświadczenie jest zdobyte, jak i wyraźnie zastrzeżenie w brzmieniu warunku, iż „jedna usługa to jedna umowa”. Rzeczywiście w praktyce najczęściej przyjmowane jest, że jedno zamówienie/dostawa/usługa/roboty budowlane to jedna umowa, jednak jest to wyłącznie pewna przyjęta konwencja, przy tym zdarzają się okoliczności, do których ta prosta zależność nie przystaje, gdyż inwestorzy, najczęściej ze względu na posiadane środki finansowe, zawierają bardziej skomplikowane umowy lub kilka umów. Takie przypadki należy rozpatrywać i klasyfikować jako jedno lub wiele zamówień indywidualnie, z uwzględnieniem ich charakteru i przebiegu realizacji. W przypadku wskazanych przez Odwołującego robót budowlanych za „realizację obiektu budowlanego” jak najbardziej można uznać budowę całego zaprojektowanego budynku szkoły wraz z salą gimnastyczną, gdyż:

1. oba budynki zostały zaprojektowane oraz uzyskały pozwolenie na budowę jako jeden projekt budowlany na „budowę budynku gimnazjum, szkoły podstawowej, sali gimnastycznej (...) wraz z przyłączem wod.-kan.”,
2. oba budynki wraz z infrastrukturą towarzyszącą stanowią jedną funkcjonalną całość, są połączone łącznikiem i mają wspólne przyłącza, parkingi, drogi dojazdowe itp.,
3. oba budynki zostały wykonane częściowo równocześnie lub bezpośrednio jeden po drugim, a wykonawca wykonywał je w jednym ciągu, nie opuszczając terenu budowy,
4. rozbitcie budowy obu budynków na dwie umowy wynikało z powodów finansowych, a rozbitcie to było wyłącznie formalne i „sztuczne” w odniesieniu do zamierzonego celu. Tak więc oba budynki wykonywane były jako jedno przedsięwzięcie stanowiące pewną całość, które, co najważniejsze, było realizowane z zachowaniem jednolitości i ciągłości miejsca i czasu, samo wykonanie spornego zadania w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania zamówienia, które zostałoby zawarte na podstawie jednej umowy, a przy tym żadna z umów nie oddaje całości wykonanej budowy. Zatem w sytuacji tej ograniczenie jednego zadania/zamówienia/robót budowlanych do jednej umowy nie wydaje się właściwe – skoro celem żądania wykazania się doświadczeniem jest chęć sprawdzenia, co wykonawca wykonywał i w jaki sposób sobie z powierzonymi pracami poradził.

23. Sygn. akt: KIO 1191/11, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r.

Jeśli chodzi o kwestionowane przez Odwołującego dostawy wykonywane na rzecz (...) Izba stwierdziła, że w oparciu o przedłożone Zamawiającemu w ofercie Przystępującego

referencje od tego podmiotu brak było podstaw do ich kwestionowania tylko dlatego, że w treści referencji wpisano jako podmiot realizujący to zamówienie firmę (...), bez wskazania iż chodzi o spółkę z o.o. Przekonujące dla Izby było stanowisko w tym zakresie zaprezentowane przez Przystępującego w toku rozprawy oraz przedłożony przez niego dowód w postaci aneksu nr 1 z dnia 23 lutego 2010 r. do umowy z dnia 19 listopada 2009 r. (nr 149/2008/T-13/9/39/2008). Aneksiem tym zmieniono podmiot świadczący dostawy na rzecz (...) z osoby prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą X na X Sp. z o.o., czyli podmiotu składającego ofertę w niniejszym postępowaniu. Niezależnie jednak od tego, w jaki sposób doszło do przekształcenia, czy też zbycia przedsiębiorstwa X, istotne w tej sprawie było, iż przedmiotowe zamówienie było realizowane wprost przez Przystępującego w wartości – według złożonego przez tego wykonawcę w toku rozprawy oświadczenia, które w żaden sposób nie zostało podważone przez Odwołującego – wystarczającej na weryfikację warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w SIWZ. Referencje (...) zostały wystawione po dacie podpisania aneksu z X Sp. z o.o. w związku z tym brak było podstaw do twierdzenia, że nie dotyczyły wykonawcy, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu (X Sp. z o.o.).

Art. 22 ust. 1 pkt 3

24. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

(...) Analiza wymogów postawionych Ekspertowi ds. Bezpieczeństwa Technologii Informatycznych prowadzi do wniosku, iż w zakresie kwalifikacji o charakterze technicznym stawiane mu są wymagania na tym samym poziomie, co Architektowi Systemu, który w zakresie projektowania systemu pełni rolę kluczową. Izba nie uznała za przekonujące uzasadnienie wskazywane przez zamawiającego, iż są to wymagania na poziomie podstawowym – z treści sekcji III.2.1. pkt 3 ppkt 4 lit e–g wynika bowiem jednoznacznie, iż od Eksperta ds. Bezpieczeństwa Technologii Informatycznych wymaga się kwalifikacji zawodowych potwierdzonych odpowiednimi certyfikatami z zakresu systemów operacyjnych, baz danych oraz architektury systemów SOA. Równocześnie takiej wiedzy nie wymaga się od Architekta bezpieczeństwa, chociaż zamawiający w swoich argumentach podkreślał, iż od osoby pełniącej funkcję architekta oczekuje się, iż będzie on ekspertem co najmniej w dwóch domenach (zgodnie ze standardem TOGAF). Z kolei od Eksperta ds. Bezpieczeństwa/Audytora wewnętrznego nie wymaga się kwalifikacji audytorskich wymaganych od Architekta Bezpieczeństwa/Audytora wewnętrznego oraz Architekta Systemu, a jedynie kwalifikacji zawodowych potwierdzonych certyfikatem CISSP lub CISA oraz GIAC lub CEH. Świadczy to, w opinii Izby, o pewnej przypadkowości stawianych wymogów, niejako w oderwaniu od ról przypisywanych tym osobom w projekcie. Zamawiający nie wykazał, jakie przesłanki przemawiają za tym, iż stawia w odniesieniu do Eksperta ds. Bezpieczeństwa Technologii Informatycznych wymagania w zakresie kwalifikacji technicznych na poziomie odpowiadającym wymaganiom dla Architekta Systemu. Nie powołał się na żaden zakres zadań w projekcie przypisanych tej osobie, które uzasadniałyby tak postawione wymagania. Tym samym w ocenie Izby są one nieproporcjonalne i wygórowane, zatem sformułowane zostały z naruszeniem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. (...) Wymagania dotyczące wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego mogą w istotny sposób decydować o kręgu podmiotów składających wnioski Izba nie podzieliła w tej mierze argumentacji zamawiającego, iż tego typu zarzuty nie mogą mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, ponieważ wykonawcy, którzy samodzielnie nie spełniają warunku mogą wystąpić wspólnie o udzielenie zamówienia lub skorzystać z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W ocenie Izby możliwości te pozostają bez związku z oceną zgodności opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które wyraźnie wskazują ramy ustawowe swobody zamawiającego. Przyjmując

rozumowanie zamawiającego, jedynie postawienie całkowicie nierealistycznych warunków, których nie da się spełnić w żadnej konfiguracji podmiotowej uzasadniałoby uwzględnienie odwołania. Z taką konstatacją nie sposób się zgodzić.

25. Sygn. akt: KIO 624/11, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.

W ocenie Izby, z treści warunku dookreślonego w pkt 9.1.3.a SIWZ wynika, iż Wykonawca jest zobowiązany wskazać osobę, która legitymuje się co najmniej pięcioletnim doświadczeniem zawodowym. Zwrot co najmniej oznacza niezbitcie, iż wykazywany okres doświadczenia zawodowego musi być przynajmniej równy okresowi pięciu lat, a na pewno nie może być od niego krótszy. Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie powołanego warunku przez Odwołującego. Zasadnie również przyjął, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjmowania ciągłości okresu doświadczenia, bez odliczania przerw między realizacją poszczególnych zadań, a także, iż brak jest podstaw do wliczania po wielokroć tego samego okresu czasu w przypadku, gdy osoba ta pełniła obowiązki objęte warunkiem u różnych pracodawców. Okresu doświadczenia zawodowego, podobnie jak stażu pracy, nie można bowiem liczyć poprzez dodawanie do siebie nakładających się na siebie okresów jego nabywania. W kontekście zapisów SIWZ, istotny w ocenie Izby w rozpatrywanym przypadku jest rzeczywisty, kalendarzowy czas nabywania doświadczenia zawodowego.

26. Sygn. akt: KIO 677/11, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Zgodnie z treścią warunku niezbędne było wykazanie się pełnieniem funkcji kierownika budowy, a funkcję tę pełnić można wyłącznie po uzyskaniu stosownych uprawnień (art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.) („Prawo budowlane”). Zgodnie z art. 14 ust. 3 pkt 3 Prawa budowlanego uzyskanie uprawnień budowlanych w specjalnościach, o których mowa w ust. 1 tego przepisu wymaga do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń ukończenia studiów magisterskich w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym na kierunku odpowiednim dla danej specjalności i odbycia dwuletniej praktyki na budowie. Z kolei art. 14 ust. 4 Prawa budowlanego przewiduje, że warunkiem zaliczenia praktyki zawodowej jest praca polegająca na bezpośrednim uczestnictwie w pracach projektowych albo na pełnieniu funkcji technicznej na budowie pod kierownictwem osoby posiadającej odpowiednie uprawnienia budowlane, a w przypadku odbywania praktyki za granicą pod kierunkiem osoby posiadającej uprawnienia odpowiednie w danym kraju. Oznacza to zatem, iż odbycie dwuletniej praktyki zawodowej poprzedzającej uzyskanie uprawnień w żadnym razie nie może być utożsamiane z wypełnieniem warunku posiadania stażu zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy (lub inspektora nadzoru). Ponadto elementem warunku było, aby pełnienie funkcji kierownika budowy (lub inspektora nadzoru) dotyczyło wyłącznie realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. W ocenie Izby z treści uzupełnionego wykazu nie można wywieść potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołuje się on bowiem do nazw określonych projektów czy programów ze wskazaniem okresu ich trwania (Program Ograniczenia Niskiej Emisji Bojszowy 2004–2008, Program Ograniczenia Niskiej Emisji Łędziny 2008–2009, SOW Ignaców 2008, DDP Olszowiec 2009, Caritas Katowice 2009, ZOZ Łędziny 2010), co, jak wynika z treści odwołania, nie jest tożsame ani z terminami prowadzenia prac budowlanych ani pełnienia funkcji kierownika budowy. Tym samym wykazano co najwyżej okoliczność, iż Pani Anna S. wskazana na stanowisko kierownika budowy pełniła tę funkcję w ramach przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. Natomiast do wykazania spełnienia warunku postawionego przez zamawiającego konieczne było także wykazanie, że dana osoba pełniła funkcję kierownika budowy (lub inspektora nadzoru) przez wymagany okres. Niezbędne było zatem takie wskazanie inwestycji, w ramach których osoba ta taką funkcję wykonywała, aby możliwa była weryfikacja wymogu

dwuletniego stażu zawodowego. Takiej informacji nie sposób wywieść z treści uzupełnionego wykazu. Oznacza to, że konieczne byłoby *de facto* uzupełnienie treści wykazu o informacje, które nie były w nim zawarte, a które są niezbędne do wykazania spełnienia warunku, czego nie można czynić w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Doszłoby zatem do ponownego uzupełnienia wykazu w tym samym zakresie, do uzupełnienia którego wykonawca był już wzywany, co naruszałoby art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

27. Sygn. akt: KIO 717/11, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2011 r.

Zamawiający, opisując warunek udziału w postępowaniu winien dołożyć należytej staranności wyrażającej się brakiem wątpliwości po stronie wykonawców, co do przedmiotu oceny dokonywanej przez Zamawiającego. Chodzi mianowicie o dokładne opisanie wymogu w zakresie maksymalnego czasu dostawy mieszanki. W ocenie Izby, nie stało na przeszkodzie opisanie przedmiotowego warunku w sposób pozwalający na jednoznaczne przyjęcie kryteriów dokonywania tejże oceny, wyrażające się choćby przyjęciem średniej prędkości pojazdu dostarczającego masę asfaltową, czy też wskazanie warunków drogowych z uwzględnieniem wszelkich niedogodności, jak remonty, objazdy, tereny zabudowane, ograniczenia prędkości, itp. Nie byłoby też błędem, zdaniem Izby, wskazanie na walory jakościowe dostarczanej masy asfaltowej, bez konieczności zakreslenia ram czasowych jej dostawy, gdyż kierownik budowy wraz z inspektorem nadzoru są w stanie określić jej jakość przy dostawie, wskazując ewentualne zastrzeżenia na etapie realizacji dostaw mieszanki.

28. Sygn. akt: KIO 706/11, Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r.

Wymagania zamawiającego ustalone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określają próg minimalny, wykonawca jest uprawniony do tego, aby wskazać na dane stanowisko więcej osób będących w jego dyspozycji, a posiadających wymagane przez zamawiającego kwalifikacje i doświadczenie. Zamawiający nie jest jednak zobowiązany do tego, aby weryfikując spełnianie warunku dysponowania osobami przewidzianymi do pełnienia danej funkcji, samodzielnie badał, czy warunkom stawianym kandydatom na dane stanowisko odpowiadają osoby wskazane przez wykonawcę na inne stanowiska. Obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy, a wskazanie osób przewidzianych na dane stanowisko stanowi jego oświadczenie wiedzy. Dokonując oceny na podstawie złożonego wykazu zamawiający działa w granicach zakreślonych oświadczeniem wykonawcy – weryfikuje spełnianie ustalonych przez siebie wymagań ściśle w odniesieniu do osób wskazanych przez wykonawcę na dane stanowisko, chyba, że co innego wynika z treści wykazu.

29. Sygn. akt: KIO 884/11, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2011 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący, pismem z dnia 12 kwietnia 2011 roku wyjaśnił, iż z literalnego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że osoba na stanowisko Kierownika Budowy ma się legitymować doświadczeniem w kierowaniu robotami budowlanymi i warunek ten spełnia Dyrektor Kontraktu, jako najważniejsza osoba z ramienia wykonawcy oraz najwyższa funkcja pełniona na kontrakcie. Odwołujący wyjaśnił, że Dyrektor Kontraktu będący przełożonym Kierownika Budowy jest także osobą, która kieruje robotami budowlanymi i daje w pełni ręką należytego kierowania tego typu pracami, a co za tym idzie jest osobą zdolną do wykonania przedmiotowego zamówienia. (...) Odwołujący nie udowodnił, iż osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy posiada stosowne doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi, dlatego też wezwanie Zamawiającego uznać należy za prawidłowe. W ocenie Izby, funkcja Dyrektora Kontraktu nie wypełnia żądania Zamawiającego posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierowania robotami budowlanymi. Dyrektor Kontraktu to, zdaniem Izby funkcja administracyjno-logistyczna, której

czynności sprowadzają się do reprezentowania wykonawcy na kontrakcie w celu kontrolowania przebiegu procesu inwestycyjnego.

Art. 22 ust. 1 pkt 4

30. Sygn. akt: KIO 1110/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.

Izba uznała za słuszne stanowisko Odwołującego odnoszące się do oceny poprawności złożonej przez niego opinii bankowej. Zgodnie z doktryną zdolność kredytowa to prognoza granicząca z pewnością, że kredytobiorca w całym okresie, na jaki umowa kredytu została zawarta, będzie w stanie sprostać obowiązkowi dokonywania spłat, a z upływem tego okresu będzie mógł zwrócić kredyt i uregulować należności uboczne. Konieczność spełnienia dodatkowych wymagań związanych m.in. z zabezpieczeniem kredytu jest natomiast wymaganiem na etapie podejmowania przez bank konkretnej decyzji o udzieleniu kredytu, oczywiście po spełnieniu również wielu innych formalności. W oparciu o powyższe przekonanie Izba zważyła, iż Zamawiający nie wykazał, że przedstawiona przez Odwołującego opinia bankowa nie potwierdza spełnienia warunku opisanego w pkt 5.10. Zgodnie bowiem z treścią tej opinii Odwołujący posiada zdolność kredytową do kwoty 4 000 000 zł, która to kwota wielokrotnie przewyższa określony przez Zamawiającego próg minimalny, tj. kwotę 200 000 zł. Dlatego też Izba uznała podnoszone przez Odwołującego zarzuty w tym zakresie za słuszne.

31. Sygn. akt: KIO 1197/11, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r.

Zgodnie z częścią VII pkt 4 siwz wykonawcy powinni wykazać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na łączną kwotę 1.400.000 zł (dla cz. II i VI), potwierdzoną informacją banku, w którym wykonawca posiada rachunek. Złożone w dniu 23 maja 2011 r. przez Konsorcjum X pismo z (...) Bank zatytułowane „Potwierdzenie sald”, wskazuje stan środków na dzień 10 marca 2011 r. na rachunku bieżącym wykonawcy oraz na rachunkach depozytowych. Z pisma tego wynika, iż saldo na dzień 10 marca 2011 r. na rachunku bieżącym należącym do członka Konsorcjum X–Y. Sp. z o.o. wynosiło 5.000 zł oraz że spółka posiadała 6 depozytów na rachunkach depozytowych, łącznie na kwotę 2 392.488,48 zł. Z powyższego wynika, iż Konsorcjum X złożyło w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wymagany dokument potwierdzający, iż w okresie wymaganym (nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert) dysponowało kwotą 1.400.000 zł, co wypełnia wymóg siwz dotyczący sytuacji finansowej wykonawcy. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp określa jednoznacznie termin, do którego wykonawcy mogą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. „nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż treść złożonych w trybie uzupełnienia dokumentów musi potwierdzać stan faktyczny (prawny) istniejący w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Przesłankę „nie później niż w dniu [...]” spełnia bowiem każdy termin wcześniejszy od terminu składania ofert, mieszczący się zarazem w okresie 3 miesięcy przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Ponadto, zgodnie z przepisem § 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), wykonawca składa informację banku (lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej), w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Potwierdzenie sald na dany dzień wyczerpuje charakter dokumentu określonego w ww. przepisach oraz w postanowieniu części VII ust. 2 pkt 11 siwz – jako informacja banku. Nie ma przy tym istotnego znaczenia w jaki sposób

dokument ten został zatytułowany. Zauważyć należy na marginesie, że stosownie do art. 26 ust. 2c Pzp w uzasadnionych okolicznościach wykonawca może zamiast dokumentów wymaganych przez zamawiającego dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej przedstawić inny dokument, który w sposób wystarczający potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. Wskazać należy ponadto, że ww. przepis rozporządzenia nie zakreśla także wymogu, aby informacja banku dotyczyła wyłącznie rachunku bieżącego wykonawcy. Rachunki depozytowe stanowią niewątpliwie rachunki w rozumieniu tego przepisu, a środki finansowe pozostające na tych rachunkach mogą być wykazywane w celu potwierdzenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Z faktu, iż lokaty wygasają przed terminem składania ofert nie można wywodzić, że warunek w zakresie sytuacji finansowej nie został przez wykonawcę spełniony.

Art. 22 ust. 2 pkt 4

32. Sygn. akt: KIO 746/11, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r.

(...) w ramach warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców wykonania co najmniej dwóch przedsięwzięć, polegających na budowie, przebudowie lub remoncie dróg, o zakresie porównywalnym z zakresem przedmiotu zamówienia i wartości nie mniejszej niż 180 000 PLN brutto każde (...). Formułując opis warunku udziału w postępowaniu zamawiający jest zobowiązany precyzyjnie w jego treści wskazać zakres czy cechy wymaganego doświadczenia, tak aby w oparciu o samą treść warunku możliwe było zakwalifikowanie doświadczenia wykonawcy jako odpowiadającego lub nieodpowiadającego wymaganiom zamawiającego. Niedopuszczalne jest opisywanie powyższego przy pomocy nieprecyzyjnych określeń czy odesłań do przedmiotu zamówienia, typu: „odpowiadające”, „porównywalne z”, „podobne do”. Tego typu postanowienia siwz właściwie nie nadają się do egzekwowania w trakcie oceny ofert. W takich sytuacjach zawsze będzie rodzić się pytanie, co do znaczenia wyrażenia „zakresowa porównywalność z przedmiotem zamówienia”.

Art. 23 ust. 2

33. Sygn. akt: KIO 511/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

Treść przedstawionych pełnomocnictw podpisanych przez osoby uprawnione do działania w imieniu wszystkich uczestników konsorcjum, dowodzi skutecznego udzielenia go liderowi wraz z określeniem zakresu umocowania do reprezentowania wszystkich trzech uczestników konsorcjum (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako wykonawców występujących wspólnie. Brak podstaw do twierdzeń, iż przedmiotowa oferta została złożona nie przez wykonawców występujących wspólnie, a przez dwa, a nawet trzy podmioty, które działają samodzielnie. Za poprawne i oczywiste należało przyjąć stanowisko zamawiającego, że konsorcjum nie ma odrębnego bytu prawnego – jest zaledwie uzgodnioną umownie formą współdziałania podmiotów, zatem przy wyznaczeniu pełnomocnika może być jedynie reprezentowane przez przedstawicieli uczestników konsorcjum. Akt taki – udzielenie pełnomocnictwa, może zostać objęty jednym dokumentem lub odrębnymi dokumentami, co nie wpływa na jego ważność i skuteczność. Treść kwestionowanych przez odwołującego pełnomocnictw oraz sposób ich sporządzenia, w ocenie Izby dowodzi, iż zgodnie z art. 65 § 1 K.c. taki był właśnie zamiar uczestników konsorcjum (...), aby złożyć wspólnie ofertę w przedmiotowym postępowaniu, natomiast pełnomocnikiem konsorcjum ustanowić Firmę X sp. z o.o. Brak podstaw do przypisania zamawiającemu zaniechania odrzucenia oferty (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż przedstawione pełnomocnictwa konsorcjalne nie potwierdzają zarzutu niezgodności tej oferty z ustawą, tj. z art. 23 ust. 2 ustawy Pzp.

Art. 24 ust. 1 pkt 2**34. Sygn. akt: KIO 442/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.**

Izba zauważa, że kwalifikacja podmiotowa wykonawców może być dokonana wyłącznie w oparciu o postawione w ogłoszeniu i SIWZ wymagania oraz dokonywana wyłącznie na podstawie żądanych dokumentów z zachowaniem zasady równości i uczciwej konkurencji. Zatem niewystarczająca jest również argumentacja Odwołującego, że „skoro mamy do czynienia z nowopowstałym podmiotem, to naturalnym jest i oczywistym, że informacja o likwidacji lub upadłości nie może być w rejestrze”. Izba przypomina, nie kwestionując powyższych twierdzeń, iż w świetle dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy to wykonawca zobowiązany jest wykazać (z uwzględnieniem zasady pisemności postępowania), brak podstaw do wykluczenia z postępowania, Zamawiający zaś nie może kwalifikacji podmiotowej wykonawców opierać na zaufaniu i intencjach wykonawcy, a spełnianie warunków udziału (w tym także warunków negatywnych) może być oceniane wyłącznie w oparciu o wymagane specyfikacją dokumenty, dlatego nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że powyższe wymaganie podlega modyfikacji w zaistniałym stanie faktycznym. W opinii Izby, inne rozumienie Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (dopuszczającego w niniejszym stanie faktycznym złożenie postanowienia o wpisie do rejestru zamiast odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego) byłoby sprzeczne z literalnym jego brzmieniem i mogłoby w rezultacie prowadzić do nieuzasadnionego rozróżniania sytuacji wykonawców, którzy złożyli wymagane dokumenty wraz z ofertą i poprzez złożenie wymaganego dokumentu potwierdzili brak istnienia przesłanek uzasadniających wykluczenie z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podczas gdy inni wykonawcy mogliby poprzestać na złożeniu innego dokumentu, nie potwierdzającego ww. okoliczności), co w rezultacie stałoby również w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Art. 24 ust. 1 pkt 4–8**35. Sygn. akt: KIO 504/11, KIO 517/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.**

W ocenie Izby przedłożone przez Konsorcjum X dokumenty z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzają, że Pan D. nie był karany z tytułu przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy Pzp, w tym także co do przestępstw przeciwko środowisku. Przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty mają charakter dokumentów urzędowych, stąd też brak jest podstaw do ich kwestionowania przez Izbę. W informacji z Kartoteki Karnej wynika, że wskazana osoba nie figuruje w prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości rejestrze. W tym to rejestrze z punktu widzenia informacji niezbędnych z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą znajdować się informacje odnośnie osoby Pana D. Skoro właściwy organ państwowy potwierdził, że w tym rejestrze nie ma żadnych informacji o karalności danej osoby nie ma też podstaw do podważania tego dokumentu. Odwołujący też nie uprawdopodobnił w żaden inny sposób, że wskazana osoba mogłaby jednak być karana. Dokument wystawiony z datą 4 listopada 2010 r. z punktu widzenia wymogów ustawy Pzp i aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie jest aktualna, a Odwołujący nie uprawdopodobnił, że pomiędzy datą wystawienia tego dokumentu, a otwarciem ofert sytuacja co do karalności wskazanej osoby zmieniałaby się. (...) Jeśli w tym zakresie w Rejestrze znajdowałyby się informacje co do karalności w zakresie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy Pzp powyższe podlegałoby ujawnieniu w tym rejestrze. Jeśli dana osoba w ogóle nie figuruje w Kartotece Karnej oznacza to nic innego jak odniesienie się do wszystkich tam ujawnianych przestępstw, w tym także tych, o których mowa we wskazanych przepisach ustawy Pzp. Zwrócić ponadto należy uwagę to, że w samym dokumencie Informacja o osobie z Krajowego Rejestru Karnego wskazano na Dziennik Ustaw odnoszący się do ustawy Pzp z 2007 r., a nie aktualny

z 2010 r., jednak z przypisem „z późn. zm.”, co oznacza, że uwzględniono tak także zmiany przepisów ustawy Pzp następujące po roku 2007 do chwili wystawienia owego dokumentu.

36. Sygn. akt: KIO 514/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego informacji o niekaralności dotyczącej Pana A. Izba stoi na stanowisku, że w świetle obowiązujących przepisów prawa, w sytuacji, kiedy urzędujący członek organu zarządzającego osoby prawnej ma miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ale w kraju tym wydaje się zaświadczenia w przedmiocie karalności, wystarczającym jest złożenie zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania tej osoby w celu wykazania braku podstawy do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia ustanowionej w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Nie jest przy tym wymagane, aby zakres takiego zaświadczenia był identyczny z zaświadczeniami wydawanymi z polskiego Krajowego Rejestru Karnego. (...) Rozpoznając przedmiotowy zarzut należy jednak zwrócić uwagę na dyspozycję § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [*Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*], gdzie ustawodawca przewidział możliwość złożenia oświadczenia przed trzema grupami podmiotów:

- notariuszem,
- właściwym organem sądowym, administracyjnym, albo
- organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania osoby.

Wykładnia literalna ww. przepisu nie pozwala przyjąć, że wymóg „właściwości” czy „miejsca zamieszkania” dotyczy również notariusza. Powyższe jest zasadne tym bardziej, że brak jest przepisów regulujących właściwość czy miejscowy zakres działania notariusza. Tym bardziej w świetle brzmienia § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nieuzasadnione i pozbawione podstawy prawnej jest stanowisko Odwołującego wyrażone na rozprawie, kiedy Odwołujący stwierdził, że § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia mówi o notariuszu kraju miejsca zamieszkania.

37. Sygn. akt: KIO 733/11, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2011 r.

(...) w skład organu zarządzającego partnera wykonawcy wybranego wchodzi Jean-Claude D., Felix E. oraz Peter M. Jedynie Felix E. złożył oświadczenie, że nie był skazany za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy zgodnie z prawem szwajcarskim. Pozostali członkowie zarządu nie złożyli, ani oświadczeń, ani dokumentów potwierdzających, że za takie przestępstwa nie byli skazani wedle prawa ich miejsca zamieszkania, czyli odpowiednio we Francji, czy w USA w stanie California. Nie można uznać za spełniające wymogi ustawy, złożenie oświadczenia przez jednego z członków organu zarządzającego o braku podstaw wykluczenia u innego członka. Zwłaszcza, że pan Felix E. złożył takie oświadczenie, ale co do swojego stanu wiedzy i w ramach przestępstw według prawa szwajcarskiego, które nie jest prawem miejsca zamieszkania żadnego z pozostałych członków organu zarządzającego.

Art. 24 ust. 2 pkt 1

38. Sygn. akt: KIO 345/11, Wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związa-

ne z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. A zatem, aby zaistniała podstawa wykluczenia, muszą łącznie być spełnione dwie przesłanki: wykonywanie bezpośrednie czynności z przygotowaniem postępowania i wpływ udziału wykonawcy w postępowaniu na utrudnienie uczciwej konkurencji. Oczywiście, podmiot przygotowujący prowadzone postępowanie ma (do pewnego stopnia) naturalną przewagę nad innymi uczestnikami postępowania, jednak przewaga ta jest niwelowana przez ujawnienie wszelkich niezbędnych dokumentów mogących mieć wpływ na postępowanie, i umożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznanie się z nimi. Dlatego uczestnictwo w przygotowaniu postępowania nie jest bezwzględną przesłanką wykluczenia, a aktualizuje się dopiero w wypadku, kiedy zostanie wykazane, że udział ten utrudnił uczciwą konkurencję. W niniejszym postępowaniu Odwołujący prognozował wartość zamówienia, i Zamawiający podał kwotę identyczną, jak podana przez Odwołującego, jako wartość, „bez VAT” w treści ogłoszenia. Zatem wszyscy potencjalni uczestnicy postępowania w momencie zapoznania się z ogłoszeniem zapoznali się z wartością ustaloną przez Odwołującego – tym samym jego ewentualna przewaga nad innymi uczestnikami została zniwelowana. Zamawiający ani w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania, ani w odpowiedzi na odwołanie nie wskazał jakiegokolwiek innej przewagi Odwołującego. Jak słusznie zauważył Odwołujący w odwołaniu, w takich okolicznościach, z dniem ukazania się ogłoszenia, wszyscy Wykonawcy byli w posiadaniu tych samych informacji. Wiedza o szacunkowej wartości zamówienia przed dniem ogłoszenia postępowania w żaden sposób nie wpłynęła na możliwość przygotowania korzystniejszej oferty przez Odwołującego. Argumentacja Zamawiającego mogłaby mieć zastosowanie jedynie w przypadku, gdyby wartość ta znana była tylko i wyłącznie Odwołującemu. Zatem Odwołujący nie został usytuowany w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych Wykonawców. Sam Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia postępowania nie wskazuje, w jaki sposób wiedza posiadana przez Odwołującego wpłynęła na jego rzekomo lepszą sytuację w stosunku do innych Wykonawców. Stwierdzenie Zamawiającego, iż okoliczność posiadania informacji o wartości szacunkowej zamówienia w sposób oczywisty faworyzowała Odwołującego nie udowadnia zaistnienia niezbędnej przesłanki do zastosowania ww. przepisów.

39. Sygn. akt: KIO 520/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.

W piśmiennictwie i orzecznictwie podnosi się, że celem ww. przepisu [art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – *przyp. red.*] jest wyeliminowanie z postępowania podmiotów, które nabyły w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może je w stawiać lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Izba ustaliła, że w dniu 15 lutego 2010 roku odwołujący zawarł umowę z (...), reprezentowanym na podstawie pełnomocnictwa przez Prezesa X. W oparciu o ww. umowę w okresie od 15 lutego 2010 roku do 30 czerwca 2010 roku odwołujący przygotowywał dla zamawiającego dokumentację dotyczącą projektu „Program gospodarki odpadami komunalnymi w (...)”. Zakres obowiązków odwołującego obejmował sporządzenie programu funkcjonalno-użytkowego, opracowanie koncepcji programowo-przestrzennej, opracowanie wniosku o ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego, opracowanie dokumentacji przetargowej dla kontraktów realizowanych w ramach przedsięwzięcia. (...) Jednakże zasadniczym obszarem, na którym może dojść do zaburzenia uczciwej konkurencji jest wycena usługi. Izba wzięła pod uwagę, że przedmiotem postępowania jest świadczenie pomocy technicznej dla zamawiającego w zakresie realizacji projektu „Program gospodarki odpadami komunalnymi w (...)”. Wsparcie zarządzania realizacją projektu polegać będzie w szczególności na przygotowaniu zamawiającego do realizacji projektu, doradztwie dla zamawiającego w zakresie technicznym, prawnym i ekonomicznym, prowadzeniu szkoleń dla zamawiającego oraz przygotowywaniu projektów wymaganych raportów. Izba podziela zatem stanowisko zamawiającego, że realizacja ww. ele-

mentów wiąże się ze ścisłą współpracą z pracownikami zamawiającego. Oczywistym jest, że sposób tej współpracy w dużej mierze wpłynie na zakres czynności wykonywanych przez wykonawcę i będzie miał wpływ na ilość pracy, jaką wykonawca będzie musiał włożyć w wykonanie niniejszego zamówienia. Istotnym jest, że zgodnie z opisem przedmiotem zamówienia wykonawca wykonywał będzie w miarę pojawiających się potrzeb zamawiającego opinie, oceny, analizy w zakresie prawnym, finansowo-księgowym i technicznym. Ilość ww. opracowań nie jest możliwa do oszacowania na etapie opisu przedmiotu zamówienia, a więc zamawiający nie może przewagi konkurencyjnej odwołującego zniwelować poprzez określenie nakładu pracy. Nakład pracy jaki poniesie wykonawca stanowi jego ryzyko, które musi w kalkulować w cenę oferty. Ryzyko to jest tym większe, im mniejsza wiedza, kompetencje, rzeczywiste zaangażowanie pracowników zamawiającego, albo niewłaściwe działanie kanałów informacyjnych i procedur funkcjonujących u zamawiającego. A zatem powzięte na etapie przygotowania postępowania informacje na temat posiadanej przez pracowników zamawiającego faktycznej wiedzy i kompetencji, faktycznego zaangażowania tych osób w wykonywanie poszczególnych zadań, wykorzystywanych dokumentów, kanałów komunikacji itp. odnoszą się w analizowanym postępowaniu bezpośrednio do przedmiotu zamówienia. Jak słusznie zauważył zamawiający informacje te pozwalają na bardziej realne oszacowanie pracochłonności, a w konsekwencji właściwą wycenę niezbędnych do wykonania usług. Informacje te nie są i nie będą dostępne innym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Podnieść należy, że zamawiający nie ma możliwości zrównoważenia uprzywilejowania odwołującego. Niemożliwym jest bowiem, pomimo zachowania należytej staranności i wypełniając dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, opisanie faktycznych kompetencji i wiedzy pracowników zamawiającego, ich skrupulatności i zaangażowania. Pozycja konkurencyjna odwołującego w postępowaniu – z uwagi na opracowanie dokumentacji – jest i będzie korzystniejsza od innych wykonawców w nim uczestniczących, którzy informacje o nim czerpać będą jedynie z SIWZ, a nie z informacji powziętych na etapie przygotowania postępowania. Argument odwołującego, że inni wykonawca będą mieli możliwość pozyskać niezbędne informacje na temat procedur i struktur, kompetencji pracowników zamawiającego w trakcie pierwszego miesiąca realizacji umowy nie jest przekonujący. Istotnym jest bowiem to, że kalkulacja ryzyka odbywa się w momencie szacowania ceny oferty. Uwzględnienie w cenie oferty informacji, które pozyskane zostaną dopiero w trakcie realizacji usługi, nie będzie więc możliwe. Trudno też przypuszczać, aby w trakcie świadczenia usługi nastąpiła wymiana wszystkich merytorycznych pracowników Zamawiającego zaangażowanych w realizację projektu.

Art. 24 ust. 2 pkt 2

40. Sygn. akt: KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 85 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum X z postępowania, wobec braku jednoczesnego przedłużenia ważności wadium wraz z przedłużeniem terminu związania ofertą. Konsorcjum X wniosło wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która pierwotnie obejmowała okres od 17 listopada 2010 r. do 15 lutego 2011 r. Pismem z dnia 9 lutego 2011 r. wykonawca przedłożył zamawiającemu aneks nr 1, na mocy którego przedłużono okres obowiązywania ww. gwarancji do dnia 26 lutego 2011 r. Pismem z dnia 17 lutego 2011 r. Konsorcjum X przedłużyło termin związania ofertą do dnia 31 marca 2011 r. i zobowiązało się, iż do dnia 26 lutego 2011 r., tj. do upływu okresu ważności wadium, przedłoży kolejny aneks do przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej. Stosowny aneks do złożonej gwarancji ubezpieczeniowej, przedłużający okres tej gwarancji, został złożony w dniu 21 lutego 2011 r., tj. przed upływem okresu obowiązywania złożonej gwarancji. Powyższy stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami.

Spór dotyczył wyłącznie kwestii, czy obie czynności, w świetle art. 85 ust. 4 Pzp powinny być dokonane łącznie. Zgoda wykonawcy na dalsze związanie ofertą w postępowaniu, co do zasady, może rodzić skutki prawne tylko wówczas, gdy wraz z jej wyrażeniem wykonawca przedłuży okres ważności wadium lub wnosi nowe wadium na przedłużony okres. Zgodnie z art. 85 ust. 4 Pzp przedłużenie okresu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium, albo jeśli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przepis powyższy nakłada na wykonawcę obowiązek przedłużenia (złożenia) wadium wówczas, gdy wykonawca przedłuży termin związania ofertą. W ocenie Izby, dla wypełnienia wymogu „jednoczesności” obu czynności, o których mowa w tym przepisie, wystarczające jest jeśli obie czynności zostaną dokonane przed upływem terminu związania ofertą, tak aby zachowana była ciągłość zabezpieczenia oferty wadium w całym okresie związania wykonawcy złożoną ofertą. Czynności nie muszą być zatem dokonane w jednym czasie (łącznie), ale w takim czasie, aby wymogi: związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty ważnym wadium były spełnione jednocześnie i w sposób nieprzerwany. W ustalonym stanie faktycznym bezspornie jest, iż Konsorcjum X zachowało ciągłość związania ofertą oraz zabezpieczenia oferty wadium, co spełnia przesłankę jednoczesności, określoną w art. 85 ust. 4 Pzp.

41. Sygn. akt: KIO 536/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

W myśl art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 albo nie zgodzili się na przedłużenie terminu związania ofertą. W ocenie Izby dyspozycja tegoż artykułu obejmuje również sytuację, kiedy wykonawca przedłużył wprawdzie wadium, lecz nie objęło ono całego terminu związania ofertą. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający pierwotny termin związania ofertą kończył się w dniu 4 lutego 2011 roku, ale ze względu na wniesione odwołanie został zawieszony i w konsekwencji upływał w dniu 20 lutego 2011 roku. Wyrażając zgodę na przedłużenie związania ofertą o kolejne 60 dni wykonawca zobowiązany był zabezpieczyć ofertę od dnia 21 lutego 2011 roku do dnia 20 kwietnia 2011 roku. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji wadium. Pod pojęciem tym jednakże rozumie się określoną sumę pieniędzy lub odpowiednie zabezpieczenie zapłaty tej sumy, od których wniesienia zamawiający uzależnia dopuszczenie wykonawcy do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium jest zabezpieczeniem zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne przez cały okres związania ofertą. Obowiązek wnoszenia wadium na cały okres związania ofertą można wywieść z wielu przepisów ustawy Pzp. (...) Powyższe uzasadnia także treść art. 85 ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W ocenie Izby ustawodawca ustanowił obowiązek wniesienia wadium na cały okres związania ofertą w sytuacji, gdy dochodzi do jego przedłużenia. W tej sytuacji przyjąć należy, iż obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy nie tylko tych wykonawców, którzy nie przedłużyli w ogóle wadium pomimo przedłużenia terminu związania ofertą, ale też tych, którzy co prawda wadium przedłużyli, ale okres ważności wadium nie objął całego okresu związania ofertą.

Art. 24 ust. 2 pkt 3

42. Sygn. akt: KIO 534/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ma miejsce wówczas, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik

postępowania. Powyższe wymaga więc ustalenia w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż istotnie dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i niezgodność ta nie budzi żadnych wątpliwości. Tymczasem Zamawiający nie wykazał, aby Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje. Podkreślił jedynie, iż „treść referencji i wyjaśnień do referencji nie współgra z treścią przedłożonej umowy FPU/ER/231/153/2007 wraz z kosztorysem ofertowym oraz umowy FPU/ER/71/56/2006 wraz z kosztorysami ofertowym” (...) Okoliczność tę wywodził więc z istnienia określonych zapisów i braku innych, jego zadaniem, niezbędnym celem potwierdzenia wykonania robót w wymaganej przez niego technologii. W świetle powyższego Izba stwierdziła, iż Zamawiający za pomocą niejako „poszlak” uznał, iż Odwołujący nie zrealizował robót polegających na wykonaniu oznakowania cienkowarstwowego bez użycia mikrokul i z zastosowaniem materiałów o podwyższonej szorstkości, przyjmując z góry określoną tezę i próbując znaleźć dla niej potwierdzenie, a wręcz uzasadnienie w treści złożonych dokumentów. Tymczasem złożone wyciągi z umów, jak i referencje, a także „uzupełnienia referencji” złożone pismem z dnia 18 lutego 2011 r. w sposób jednoznaczny potwierdzają, iż w ramach umów nr FPU/ER/231/153/2007 i FPU/ER/71/56/2006 tego rodzaju roboty (wykonanie oznakowania cienkowarstwowego bez użycia mikrokul i z zastosowaniem materiałów o podwyższonej szorstkości) były wykonywane.

Art. 25 ust. 1 pkt 1

43. Sygn. akt: KIO 396/11, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2011 r.

Zgodnie z treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 1 pkt 10) w celu potwierdzenia spełnienia warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia zamawiający może żądać „opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Polisa jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczeniowej, który jest wystawiony przez zakład ubezpieczeń. Certyfikat ubezpieczeniowy, podobnie jak polisa, jest także dokumentem czy też zaświadczeniem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia, wystawionym również przez zakład ubezpieczeń. Certyfikat jest więc „innym dokumentem” w rozumieniu rozporządzenia w sprawie dokumentów, potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. A ponieważ certyfikat nie określa wysokości, ani terminów płatności składki ubezpieczeniowej oznacza to, iż istotnie – jak podnosił Przystępujący (...) – ma on charakter bezwarunkowy. Nadto należy zauważyć, iż literalne brzmienie powołanego przepisu wskazuje na możliwość żądania przez Zamawiającego przedłożenia przez wykonawców „opłaconej polisy” lub „innego dokumentu”, nie dopuszczając jednocześnie możliwości żądania dodatkowych dokumentów, potwierdzających okoliczność opłacenia składki. Niemniej jednak rozporządzenie w sprawie dokumentów, wskazując na konieczność żądania złożenia „opłaconej polisy” nie stawia takiego żądania w stosunku do „innych dokumentów”. Ten „inny dokument” ma więc potwierdzać fakt posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, a co stanowi wyłącznie dowód spełnienia znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia. Tak więc, ten „inny dokument”, w niniejszym stanie faktycznym, niewątpliwie potwierdza fakt posiadania przez wykonawcę ubezpieczenia związanego z prowadzoną przez niego działalnością i posiadania mienia wykorzystywanego w tej działalności.

44. Sygn. akt: KIO 700/11, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Przyjmuje się, iż oświadczenie składane przez wykonawcę (w formie wykazu) może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji. Wszelkie dodatkowe informacje potwierdzające oświadczenie wykonawcy w wykazie usług są przez zamawiających mile widziane, jednakże nie są one obowiązkowe, a zadaniem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania umowy. Dodatkowo, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że dokument referencji nie musi zawierać w sobie ściśle określonych sformułowań, czy wyrażeń o pozytywnym zabarwieniu. Dokument potwierdzający wykonanie usługi jest niejako dopełnieniem informacji zawartych w wykazie i nie musi dokładnie odzwierciedlać wszystkich informacji zawartych tamże – o ile bowiem i zamawiający i wykonawca biorący udział w postępowaniu mają wpływ na szczegółowość i zakres danych podanych w wykazie, to dokument potwierdzający wykonanie prac ujętych w wykazie pochodzący od osoby trzeciej jest trudny do ukształtowania pod kątem konkretnego postępowania (skonkretyzowanych wymagań zamawiającego) (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1158/09). Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy a dokumentem referencji, co sugerowałoby, iż informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym, zamawiający mógłby kwestionować referencje lub złożone oświadczenie.

45. Sygn. akt: KIO 1038/11, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2011 r.

Wbrew twierdzeniom zaprezentowanym w odwołaniu, zgodnie z którymi „referencje Konsorcjum firm są wadliwe, ponieważ referencje wystawili sobie członkowie konsorcjum nawzajem, tzn. Pełnomocnik dla Uczestnika. Konsorcjum jako jeden wykonawca w rozumieniu przepisów art. 23 ustawy, winien przedstawić referencje podmiotów trzecich względem siebie, tj.; np. z kopalni”, okoliczność, że wystawca referencji (X w K.) oraz podmiot na rzecz którego je wystawiono (Y w J.) w tym postępowaniu występują jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w rozumieniu art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie oznacza, że w okresach gdy dostawy miały miejsce (01.01.2008–31.12.2008; 01.01.2009–31.12.2009; 01.01.2010–31.12.2010) oba podmioty w takiej relacji pozostawały. Także treść spornych referencji z dnia 29 grudnia 2010 r. zdaje się wskazywać, iż w ramach opisanych w nich dostaw, oba podmioty pozostawały raczej w stosunkach gospodarczych kontraktowych, aniżeli jako członkowie konsorcjum, skoro zawarto w nich stwierdzenia: „(...) firma Y z siedzibą w J. przy ul. (...) dostarczała za naszym pośrednictwem (...)”; Y prezentuje postawę rzetelnego, solidnego i kompetentnego kontrahenta wypełniającego postanowienia zawartych umów”. Odwołujący także – upatrując niedoskonałości wskazanych referencji w fakcie pozostawania ich wystawcy oraz podmiotu, na rzecz którego je wystawiono w ramach konsorcjum – nie odnosi swej argumentacji do stosunków łączących obu wykonawców w datach, kiedy wykonywano opisane w referencjach dostawy.

46. Sygn. akt: KIO 1064/11, Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r.

Na wstępie rozważań należy zauważyć, iż przedkładane przez wykonawców wraz z ofertą referencje w przypadku dostaw stanowić mają dokument potwierdzający, iż wskazane w wykazie dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Treść tychże dokumentów nie musi jednak powielać informacji zawartych w oświadczeniu wykonawcy, jakim jest wykaz. Może być ona jedynie pomocna w ocenie ich wiarygodności. Całkowicie bowiem odmienny jest cel i znaczenie powyższych dokumentów, jak również całkowicie odrębne podmioty są ich wystawcą. Nie ulega wątpliwości, iż dokumenty referencyjne składane wraz z wykazem są dokumentami abstrakcyjnymi, będącymi oświadczeniami wiedzy niezwiązanymi z konkretnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego. Nie muszą one tym samym wiernie odzwierciedlać wymagań Zamawiającego sformułowanych w treści ogłoszenia o za-

mówieniu oraz SIWZ, a mają one jedynie wykazać fakt wykonania danych dostaw w sposób należyty. Wskazać także należy, że z obowiązujących przepisów prawa nie sposób wywieść, że wymagane jest użycie zwrotu „należyte wykonanie” w dokumencie potwierdzającym realizację zadania. Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 19 sierpnia 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1016/09), iż „brak jest definicji ustawowej dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia publicznego. Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia publicznego)”. (...) Odnosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, zauważyć należy, że złożone przez wykonawcę (...) „Zaświadczenie” (karty 10–11 oferty) nie zawierało wszystkich niezbędnych danych do uznania go za potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. Wynikało z niego jaki był zakres dostaw objęty zamówieniem (balony uwalniające lek), w jakim czasie wykonywane były dostawy (nieprzerwanie od 2008 roku), nie znajdowała się tam natomiast żadna informacja na temat poprawności realizacji dostaw. Izba nie znalazła podstaw, które pozwoliłyby uznać, że wykonawca udowodnił należyte wykonanie zamówienia. Fakt dostarczenia określonego asortymentu, nawet w sposób nieprzerwany, nie potwierdza jeszcze, że dostawy te wykonywane są w sposób poprawny, terminowy, bez opóźnień, czyli innymi słowy w sposób należyty. To rolę wykonawcy biorącego udział w postępowaniu jest wykazanie przed Izbą, a przede wszystkim przed Zamawiającym, że wykonawca zrealizował zamówienie, albo, że zrealizowane zamówienie obejmuje swoim zakresem określone elementy wymagane przez Zamawiającego jako niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób należyty. Również następne dokumenty znajdujące się w ofercie wybranego wykonawcy, tj. „Potwierdzenie” (karty 13–16 oferty) załączone na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SIWZ nie potwierdzają należytego wykonania lub wykonywania zamówienia. „Poświadczenie” to zawiera podobne informacje do opisanego wyżej „Zaświadczenia”. Wynika z niego, że od roku 2008 wykonawca dostarczał balony uwalniające lek.

47. Sygn. akt: KIO 1156/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.

W ocenie Izby, jakość wykonanej usługi, a o takiej mówi przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.], można ocenić po jej całkowitym zakończeniu, a nie w trakcie realizacji. Przytaczany wyżej opis zamówienia, świadczy, iż każdorazowo usługa nadzoru inwestycyjnego, niezależnie od podmiotu, na rzecz którego jest świadczona, obejmuje ciąg czynności związanych nierozzerwalnie z fazą realizacji nadzorowanej inwestycji, które to czynności nie mają charakteru *stricte* powtarzalnego. Jedynie w stosunku do usług ciągłych, powtarzalnych, o tym samym charakterze można by wywieść, że skoro były one świadczone z pozytywnym skutkiem przez wykonawcę w wymaganym okresie, oznacza to, że nabył on niezbędną wiedzę praktyczną oraz doświadczenie – biegłość w ich wykonywaniu. W niniejszym przypadku, inwestor potwierdził należyte wykonywanie nadzoru w odniesieniu do bliżej nieoznaczonego etapu nie zakończonej inwestycji. Nie obejmującej swym zasięgiem co najmniej nadzorowania: zagospodarowania terenu, odbiorów, przeglądów czy rozliczenia kosztów budowy. Końcowy etap nadzoru, prawidłowego przejęcia inwestycji od wykonawcy i jej rozliczenia jest szczególnie istotny z punktu widzenia prawidłowego zabezpieczenia interesów inwestora. Przedstawiona przez odwołującego decyzja z dnia 29.09.2010 r. Nr 538/10 zezwalająca na użytkowanie obiektu przy ul. (...) w P., odnosi się do zakończenia etapu robót budowlanych, pozwalających na użytkowanie obiektu w rozumieniu postanowień art. 59 i 59 a ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118). Właściwy organ

może wydać pozwolenie na użytkowanie pomimo niewykonania części robót związanych z obiektem. Z treści wymienionej decyzji wynika, że obejmuje ona tylko część zadania, ujętego w decyzji pozwolenia na budowę, odnoszącego się do części wspólnej budynku biurowo-usługowego, tj. klatek schodowych, korytarzy zapleczy socjalnych oraz podziemnego garażu. Na użytkowanie całości obiektu inwestor zobowiązany był uzyskać odrębną decyzję. Stąd, Izba za trafne przyjęła stanowisko zamawiającego, że dokument pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego odnosi się do wykonania robót budowlanych i nie stanowi bezpośredniego potwierdzenia należytego wykonania usługi nadzoru budowlanego.

Art. 25 ust. 1 pkt 2

48. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

Nieprawidłowe jest zatem takie formułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w którym od wykonawców oczekuje się potwierdzenia kwalifikacji tylko za pomocą ściśle określonych certyfikatów, jeśli na rynku istnieją także inne certyfikaty, które potwierdzają żądane umiejętności na nie niższym poziomie i w oczekiwanym przez zamawiającego zakresie. W celu umożliwienia wykonawcom weryfikacji żądanych kwalifikacji zamawiający powinien jednoznacznie określić przede wszystkim rodzaj i zakres wymaganych przez siebie kwalifikacji, na potwierdzenie których wykonawcy mieliby składać stosowne certyfikaty. Pozwoliłoby to ocenić wykonawcy, czy spełnia wymóg w zakresie kwalifikacji, jak również czy dany certyfikat ma charakter unikatowy, czy też wiedzę wymaganą przez zamawiającego można potwierdzić także w inny sposób. Powyższe oznacza, iż zamawiający wszędzie tam, gdzie jest to obiektywnie możliwe, winien dopuścić równoważny sposób wykazywania kwalifikacji. Ograniczenie się do skonkretyzowanych certyfikatów, o ile nie ma to merytorycznego uzasadnienia i możliwe jest w równym stopniu przedstawienie dokumentów równoważnych, co skutkuje ograniczeniem kręgu podmiotów, które byłby zdolne do wykonania zamówienia, ale nie mogą wykazać się ściśle określonymi certyfikatami, należy kwalifikować jako ustanawianie wymagania nadmiernego, nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia, co narusza zarówno art. 7 ust. 1, jak i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp. (...) W ocenie Izby ustalenie takiego sposobu [*wykazywanie certyfikatów równoważnych – przyp. red.*] winno należeć do zamawiającego, który w tym zakresie może posłużyć się w celu doprecyzowania warunku nazwami konkretnych certyfikatów, które uznaje za równoważne, w szczególności gdy wymaga kompetencji na tyle specjalistycznych, że istnieje ograniczona liczba certyfikatów, które potwierdzają ich spełnienie w równym lub wyższym stopniu. Taki sposób określenia równoważności oczywiście również podlega kontroli z punktu widzenia jego zgodności z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, tj. zamawiający nie może ustalić zakresu żądanych uprawnień zbyt wąsko, pomijając istniejące na rynku certyfikaty powszechnie uznawane za dające równoważne kwalifikacje. Może także opisać równoważność w sposób ogólny, posiłkując się sformułowanie „lub równoważny” ze wskazaniem szczegółowym zasad równoważności. Należy zwrócić uwagę na konieczność precyzyjnego opisywania zasad równoważności, aby uniknąć na etapie oceny wniosku czy oferty sporów o zakres dopuszczalnej równoważności kwalifikacji. Wskazywała na to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2287/10 KIO 2307/10).

49. Sygn. akt: KIO 483/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

Ustosunkowując się do żądania zamawiającego, dotyczącego wymogu dostarczenia certyfikatu EPEAT na poziomie Bronze, Izba stwierdziła, że wymagany dokument nie jest dokumentem, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonaw-

cy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). (...) Tymczasem EPEAT nie jest ani normą ani certyfikatem. EPEAT to amerykański program wspierania zakupu technologii informatycznych przyjaznych środowisku, będący projektem GEC (Green Electronics Council z siedzibą Portland w stanie Oregon w USA) powstałym w odpowiedzi i na bazie europejskich uregulowań prawnych w dziedzinie ekologii, ochrony środowiska oraz obrotu odpadami elektronicznymi. Co prawda cytowany wyżej przepis § 5 rozporządzenia nie wyczerpuje katalogu dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu potwierdzenia postawionych wymagań, niemniej jednak charakter żądań musi być uzasadniony i nie może być dyskryminujący wobec niektórych wykonawców. W ocenie Izby żądanie dostarczenia dokumentu, który otrzymują firmy amerykańskie lub takie, które mają zarejestrowane oddziały w USA stanowi rażące naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równego traktowania wykonawców. Niezależnie od powyższego Izba skonstatowała, że postawienie przez zamawiającego warunku dostarczenia certyfikatu EPEAT potwierdza zarzuty preferowania wykonawcy DELL, który takim certyfikatem się legitymuje.

50. Sygn. akt: KIO 638/11, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2011 r.

Izba stwierdziła, że Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia przykładowych jadłospisów, co jednoznacznie wynika z pkt 3.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdzie Zamawiający wskazał m.in.: „Razem proszę przedstawić do oferty 60 jadłospisów zawierających: minimalne wymogi gramowe, podane wyżej wymogi dotyczące składników poszczególnych posiłków z uwzględnieniem sezonowości warzyw i owoców, kaloryczności, zawartości węglowodanów, białek, tłuszczu, wymienników.”. Ww. wymagania, w tym minimalne wymogi gramowe i skład posiłków Zamawiający opisał szczegółowo w pkt 3.5 i 3.6 Specyfikacji. Nie ulega wątpliwości, w ocenie Izby, że jadłospisy, których przygotowania wymagał Zamawiający, stanowią treść oferty wykonawców i jako takie powinny być w pełni zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Powyższe potwierdził sam Zamawiający w pkt 6.1 Specyfikacji stwierdzając, że „na ofertę składają się” m.in. zestawy proponowanych jadłospisów (pkt 6.1 ppkt 6 Specyfikacji). Sporne jadłospisy w żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, i które zostały przykładowo wskazane w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania, opisujące sposób jego wykonania, stanowiące ponadto przedmiot oceny w ramach ustanowionych kryteriów, stanowią oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia i jako takie są częścią oferty.

Art. 26 ust. 2b

51. Sygn. akt: KIO 467/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

Obowiązek posiadania uprawnień jest przypisany wyłącznie wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia, a uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu nie dotyczy tego warunku (warunku posiadania uprawnień). Tymczasem Odwołujący, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów nie przedłożył decyzji i licencji na transport, opierając się na decyzjach i licencjach podwykonawców. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, pozwalający na możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do

wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, nie obejmuje warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a więc posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają taki obowiązek.

52. Sygn. akt: KIO 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.

W ocenie Izby bez wątplenia pierwotna treść oferty jednoznacznie wskazywała na zamiar samodzielnego wykonania zamówienia (bez udziału podwykonawców), jak również na okoliczność, iż wykonawca samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca w formularzu ofertowym w pkt 9 wyraźnie oświadczył brak zamiaru powierzenia wykonania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcom, jak również załączył wykaz dotyczący zakresu podwykonawstwa zgodny z załącznikiem 7 do IDW SIWZ z adnotacją „nie dotyczy”. Wskazanie Pani Aleksandry W. zatrudnianej przez inny podmiot, który zgodnie z oświadczeniem, pozostaje w stałej współpracy z X, nie wpływa na tę ocenę i nie potwierdza, iż już w dacie oferty była ona udostępnionym w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zasobem kadrowym, ponieważ, jak sam stwierdził wykonawca X, osoba ta, pomimo faktu zatrudnienia w spółce Y sp. z o.o., ma możliwość zawierania samodzielnie umów na wykonanie prac projektowych. Mogła być zatem wykazywana jako zasób kadrowy znajdujący się w bezpośredniej dyspozycji wykonawcy składającego ofertę.

53. Sygn. akt: KIO 565/11, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2011 r.

Z treści złożonego przez odwołującego we wniosku „zobowiązania” p. Waldemara S. oraz następnie oświadczenia w formie załącznika nr 3 wraz pismem z dnia 31 stycznia 2011 r. wyraźnie wynika, że mamy tu do czynienia z przypadkiem bezpośredniego dysponowania przez wykonawcę osobą p. Waldemara S., który w ramach ewentualnej realizacji zamówienia przez odwołującego będzie wykonywał czynności na rzecz tego wykonawcy, na podstawie stosunku prawnego łączącego go bezpośrednio z wykonawcą, a nie za pośrednictwem podmiotu trzeciego. Nie jest zatem sytuacją, o której mowa w art. 26 ust. 2b Pzp.

54. Sygn. akt: KIO 636/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.

Ustawodawca, w celu udowodnienia przez wykonawcę Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w przypadku korzystania z podmiotów trzecich, przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich – formę pisemnego zobowiązania. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia pisemności. Dlatego też posiłkując się przepisem art. 14 ustawy – Prawo zamówień publicznych, koniecznym jest odniesienie się do przepisów kodeksu cywilnego. Przepis art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.) Kodeks cywilny stanowi, iż: „Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...). § 2 Oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej.” Tym samym kwestie interpretacyjne obowiązku pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostają rozstrzygnięte w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego. Skoro więc ustawodawca, dla formy składania zobowiązania podmiotów trzecich, zastrzegł formę pisemną, to tym samym stanowisko Zamawiającego [*przyjęcie kopii zobowiązania podmiotu trzeciego – przyp. red.*] w powyższej kwestii uznać należy za chybione. Jeżeli zaś chodzi o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), to przepis § 6 ust. 1 jasno wskazuje, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Powyższe zastrzeżenie odnosi się jednak do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego. Niedopuszczalna jest bowiem interpretacja dokonana przez Zamawiającego, że przepis rangi rozporządzenia, dalej również specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogą zmieniać przepisy rangi ustawy, która w hierarchii aktów prawnych stoi wyżej niż ww. akty prawne. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) nie wymienia „pisemnych zobowiązań” podmiotów udostępniających zasoby wykonawcom, a w związku z tym wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy ww. rozporządzenia, które odnoszą się do formy zupełnie innych dokumentów. Z treści przywołanych wyżej przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych i kodeksu cywilnego jednoznacznie wynika, że wykonawca, który chce skutecznie udowodnić Zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania.

55. Sygn. akt: KIO 822/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.

Jak ustalono, wykonawca złożył wraz z ofertą dokument zatytułowany „Zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia zawodowego” wystawiony przez firmę X S.A. w S. w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem (s. 26 oferty). Jak słusznie zauważa odwołujący ustawodawca zastrzegł dla zobowiązania składanego przez podmiot trzeci w wykonaniu dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy, formę pisemną. (...) Z przytoczonego przepisu wynika zatem, że w sytuacji, gdy dowodem dysponowania zasobami podmiotów trzecich, wybranym przez wykonawcę, jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, musi ono przybrać formę pisemną i nie jest dopuszczalna inna forma, w tym kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem przewidziana w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) w § 6 ust. 1 wskazujące, iż dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę odnoszą się jedynie do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego, dokonanego bezpośrednio w przepisach ustawy.

56. Sygn. akt: KIO 1039/11, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r.

W przedmiotowym stanie faktycznym złożona wraz z ofertą przez Konsorcjum (...) promesa jest zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia swego potencjału i stanowi dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania składany na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba dokonała analizy ww. dokument pod kątem spełnienia wymogów zawartych w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp. Zobowiązanie winno posiadać formę pisemną a jego treść powinna stanowić wiążące oświadczenie woli, dotyczyć okresu wykonywania zamówienia, natomiast jego przedmiot ma stanowić oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolności finansowych. W ocenie Izby promesa udzielona przez (...) w T. co prawda została złożona w wymaganej formie jednak jej treść nie wypełnia w wy-

magany sposób dyspozycji ww. przepisu, bowiem oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy, w tym przypadku kuchni nie zostało sformułowane w sposób bezwarunkowy. Podmiot udzielający promesy w pkt 5 ww. dokumentu jasno wskazał, że przesłankami łącznymi zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej są: a) ustalenie trwającego nieprzerwanie stosunku pomiędzy X w T. i Wnioskodawcą, obejmującego najem powierzchni użytkowej z przeznaczeniem na usługi cateringowe, b) brak po stronie X w T. przeszkody formalno-prawnej, c) brak po stronie X w T. przeszkody natury faktycznej, w szczególności odnoszącej się do sfery polityki organizacyjnej X w T. w zakresie planowanych bądź realizowanych przedsięwzięć. Kolejne zapisy promesy, tj. pkt 6, tj. „w przypadku niespełnienia którejkolwiek ze wskazanych wyżej przesłanek wystąpienia w stosunek najmu niniejsza Promesa przestaje wiązać X w T. i staje się bezskuteczna”, przesądzają o warunkowości, a tym samym niewłaściwości niniejszego zobowiązania.

57. Sygn. akt: KIO 1106/11, KIO 1111/11, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Oznacza to więc, iż wykonawca celem udowodnienia Zamawiającemu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji danego zamówienia, o ile korzysta z doświadczenia podmiotów trzecich, zobowiązany jest do przedłożenia stosownego oświadczenia w formie pisemnego zobowiązania. Dla zachowania pisemnej formy czynności prawnej – zgodnie z art. 78 § 1 k.c. – wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...). Wymóg formy pisemnej zobowiązania, określonej w art. 26 ust. 2b Pzp, będzie więc spełniony w przypadku złożenia oryginału dokumentu zawierającego pod treścią oświadczenia podpis osoby je składającej. Odwołujący X nie zachował zatem wymaganej ustawą formy pisemnej zobowiązania, gdyż złożył kopie oświadczeń podmiotu trzeciego potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Odwołującego. Sam Odwołujący przyznał także na rozprawie, iż złożone przez niego zobowiązania to co najmniej kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem. Niemniej jednak wykonawca, który chce skutecznie udowodnić Zamawiającemu, że może podlegać na zasobach innych podmiotów zobowiązany jest to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopią zobowiązania. Potwierdzeniem tej interpretacji językowej jest interpretacją funkcjonalną przepisów ustawy Pzp. Zamawiający nie może bowiem udzielić zamówienia publicznej wykonawcy, który sam nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ani też nie uwiarygodni, w sposób dostateczny, że podmioty, na których polega, prawnie skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia. Tak więc należy stwierdzić, iż Zamawiający prawidłowo uznał, że powyższe zobowiązania nie zostały złożone w wymaganej formie pisemnej. Zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów, złożone w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Odwołującego X nie spełniają wymogu formy pisemnej, określonej w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Forma pisemna dla tego dokumentu (zobowiązania) zastrzeżona jest bowiem na mocy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a do którego to nie mają zastosowania przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów. Rozporządzenie w sprawie dokumentów (§ 6 ust. 1) [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – przyp. red.*] stanowi bowiem, iż „dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych

dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu". Niemniej jednak powyższe odnosi się jedynie do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wymienionych wyłącznie w tym rozporządzeniu. Przedmiotowe rozporządzenie nie wymienia bowiem „pisemnych zobowiązań” podmiotów. Tym samym nie odnosi się do zobowiązania podmiotu trzeciego, dla którego ustawa zastrzegła formę pisemną, zwłaszcza, że ustawa jest aktem prawnym wyższego rzędu niż rozporządzenie, a tym bardziej postanowienia SIWZ. Oznacza to, iż wykonawcę wiąże nakaz odnoszący się do formy, w jakiej ma być złożone zobowiązanie, wynikający z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie przepisy ww. rozporządzenia, które odnoszą się do formy zupełnie innych dokumentów. Nadto Izba uznała, iż treść wezwania do uzupełnienia dokumentów była jednoznaczna. Wynikało z niej bowiem, że złożone dokumenty „nie mają charakteru pisemnego”, jak również, że należy przedstawić „odpowiednie pisemne zobowiązanie”.

Art. 26 ust. 3

58. Sygn. akt: KIO/UZP 427/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.

(...) czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełnienia warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Izba podkreśla, że niezależnie czy wykonawca jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz czy posiada wymagane ogłoszeniem dokumenty wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość ich uzupełnienia, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, potwierdzić, spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź nie. Zamawiający nie jest zwolniony z zastosowania procedury wzywania do uzupełnienia, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też nawet jeśli z przedłożonych wraz z wnioskiem dokumentów wynika, że wykonawca nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku, nie można wykluczyć, że wykonawca jest w posiadaniu innych niż przedłożone wraz z wnioskiem dokumentów, które potwierdzają spełnienie postawionego warunku. Taki zakres uzupełnienia został przewidziany w ustawie i nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wskazać również należy, że ustawa Pzp nie daje Zamawiającemu żadnych podstaw prawnych do wnioskowania, że wykonawca wnoszący protest [*aktualnie instytucja protestu nie funkcjonuje została zastąpiona odwołaniem – przyp. red.*] na postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie będzie w stanie wykazać się spełnieniem postawionego warunku w toku postępowania. Izba zauważa, że wnoszenie środków ochrony prawnej należy do uprawnień wykonawcy, a Zamawiający z samego faktu, jego złożenia nie może wyciągać negatywnych konsekwencji w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Ponadto przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie uzależnia obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów, od szans wykonawcy w postępowaniu oraz prawdopodobieństwa uzyskania przez niego zamówienia. Kwalifikacja wykonawców powinna być dokonana wyłącznie w oparciu o postawione w ogłoszeniu wymagania z zachowaniem zasady równości i uczciwej konkurencji. Podkreślić przy tym należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu, w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Ponadto należy również jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów

zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

59. Sygn. akt: KIO/UZP 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r

Ponadto należy jednoznacznie stwierdzić, iż oświadczenie dotyczące podwykonawstwa nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie jest oświadczeniem wymienionym w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowi ono element oferty (wskazuje na to zarówno treść art. 36 ust. 4 ustawy Pzp – zamawiający żąda podania w ofercie części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom), jak i treść SIWZ w niniejszej sprawie – oświadczenie zostało zamieszczone w formularzu ofertowym, a także wymagany był wykaz odnoszący się do zakresu podwykonawstwa wraz podaniem wartości robót powierzanych podwykonawcom. Jego zamieszczenie w ofercie ma wymiar merytoryczny – dotyczy bowiem sposobu wykonania zamówienia. Braki w odniesieniu do tego oświadczenia nie mogą podlegać uzupełnieniu.

60. Sygn. akt: KIO/UZP 595/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.

Zamawiający jest zwolniony z zywiania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Konieczność unieważnienia postępowania nie zaistniała, również oferta Odwołującego – wbrew argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego – nie podlega odrzuceniu. Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego z powodu braku deklaracji zgodności, odwołującej się do normy PN-EN 12566-3+A1:2009, ponieważ z góry przesądził, iż taka deklaracja [w tym dopełniająca ją raporty z badań, będących podstawą jej wystawienia] nie zostanie uzupełniona, a to z uwagi na to, iż laboratoria dokonujące badań nie posiadają akredytacji w zakresie normy PN-EN 12566-3+A1:2009. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż nie można antycypować, że dokument załączony do oferty, na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom, o którym mowa w pkt VI.10 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ramach ewentualnego wezwania do uzupełnienia nie zostanie uzupełniony w zakresie wymaganym treścią specyfikacji.

61. Sygn. akt: KIO 624/11, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.

W uznaniu Izby nie może znaleźć uznania argumentacja Odwołującego odnosząca się do kwestii prawidłowości wezwania tegoż Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Izba uznała bowiem, iż treść wezwania nie powinna rodzić wątpliwości po stronie profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. W zakresie powołanego warunku odnosiło się ono do trzech, wskazanych przez Odwołującego w dokumentach złożonych wraz ofertą, osób i w przypadku każdej z tych trzech osób, Zamawiający wskazywał, iż złożony przez Odwołującego wykaz nie potwierdza, że osoba ta nie spełnia, odpowiadającego zakresowi jej odpowiedzialności i obowiązków, warunku. W odniesieniu do każdej z tych trzech osób Zamawiający zastosował taką samą konstrukcję – stwierdził, iż nie wykazano, że osoby te posiadają wymagane przywoływanymi postanowieniami SIWZ odpowiednie doświadczenie zawodowe. Odwołujący czyni z tego zarzut Zamawiającemu, jednak skrzętnie pomija w odwołaniu fakt, iż w odniesieniu do dwóch z tych trzech osób uzupełnił żądane dokumenty prawidłowo. Na ocenę treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, w ocenie Izby nie może mieć wpływu zamieszczony w przypadku pierwszej z osób, do których do wezwania się odnosi, dopisek w nawiasie. Zasadnie, w ocenie Izby, wskazuje Zamawiający, iż z treści zdania „w załączonym wykazie nie podano przy tym długości nadzorowanych sieci”, jak i sposobu jego ujęcia w wezwaniu – zamknięcie w nawiasie, tuż po treści, określającej stwierdzone w złożonych dokumentach od-

noszących się do tej osoby braki, wynika jednoznacznie, iż jest to uwaga dodatkowa, poczyniona na marginesie. Izba uznała, iż z przywołanej treści oraz formy wynika, iż Zamawiający chciał zasygnalizować Wykonawcy, że nie wystarczy samo wykazanie się odpowiednim okresem doświadczenia zawodowego, o ile dokumenty odnoszące się do tej osoby nie zostaną uzupełnione przy tym o dodatkowe informacje o długości nadzorowanych przez tę osobę sieci. Jeśli jednak, jak twierdził Odwołujący w toku rozprawy, zrodziła się po jego stronie niepewność, co do rzeczywistej treści wezwania, powinien był on zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści wezwania lub też skorzystać ze środków ochrony prawnej celem podważenia prawidłowości wezwania, którego treść była dla niego niezrozumiała.

62. Sygn. akt: KIO 677/11, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.

Odwołujący podnosił natomiast, że wezwanie do uzupełnienia nie określało w sposób precyzyjny zakresu żądanych informacji. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Zamawiający w wezwaniu kierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, żądając uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, przytoczył treść warunku wynikającego z SIWZ oraz podkreślił konieczność wykazania się w odniesieniu do kierownika budowy 2-letnim stażem zawodowym polegającym na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru podczas realizacji przedsięwzięć związanych z wykonywaniem instalacji solarnych. Wskazał w treści wezwania, iż z treści złożonego przez odwołującego wykazu nie wynika, aby osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadała wymagane doświadczenie zawodowe, a zatem złożony dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie zatem określił, iż przedmiotem uzupełnienia powinno być wykazanie wymaganego doświadczenia zawodowego, zarówno w relacji do pełnienia wskazanej tam funkcji, jak i wymaganego czasu jej pełnienia.

Art. 26 ust. 4

63. Sygn. akt: KIO/UZP 954/11, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2011 r.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że co do zasady nie jest niedopuszczalne samodzielne, bez angażowania zainteresowanego wykonawcy podejmowanie przez zamawiającego czynności mających na celu wyjaśnienie, czy w złożonej ofercie nie występują braki, szczególnie wtedy, gdy celem tych czynności jest rozwianie wątpliwości co do oferty i składających się na nią dokumentów. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyłącza bowiem tego rodzaju działań, a nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób bezstronny i obiektywny. Za dopuszczalne należy zatem uznać uwzględnienie przy tej ocenie ofert okoliczności wynikających z zebranych samodzielnie przez zamawiającego materiałów i informacji dotyczących spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu i na tej podstawie dokonanie oceny, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu. W sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony do zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dostrzec trzeba jednak w tym miejscu, że każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji. (...) Podstawą oceny winny być bowiem dokumenty zebrane w toku postępowania, co do których zainteresowany wykonawca miał możliwość wypowie-

dzenia się, zaś wnioski płynące z tej oceny winny być pozbawione przypuszczeń i elementów natury spekulacyjnej. Wezwanie do złożenia wyjaśnień wystosowane przez zamawiającego powinno bowiem nawiązywać do podstaw wątpliwości zamawiającego oraz ich źródeł, by dać wykonawcy szansę „obronienia” swojej oferty w kontekście tych właśnie wątpliwości. W tej sytuacji należy wykonawcy zaprezentować informacje pozostające w dyspozycji zamawiającego i wątpliwości jakie na ich tle powstały, celem umożliwienia mu definitywnego wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

64. Sygn. akt: KIO 1064/11, Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r.

Odnosnie naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, to słusznie zauważył Odwołujący w odwołaniu, iż przepis ten daje możliwość wyjaśniania dokumentów lub oświadczeń dotyczących warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. W trybie tegoż przepisu nie wyjaśnia się wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty. Prawdą jest również, iż Zamawiający posiadał powyższą wiedzę dokonując czynności ponownego badania i oceny ofert w prowadzonym postępowaniu w związku z sygnalizowaniem powyższego przez Odwołującego się obecnie wykonawcę w toku poprzednio toczącego się postępowania odwoławczego. Skład orzekający pragnie zauważyć, iż to nie podstawa prawna decyduje o prawidłowości złożenia wyjaśnień. Nawet jeżeli podstawa prawna wezwania do wyjaśnień jest nieprawidłowa (a niewątpliwie taka była w prowadzonym postępowaniu), to wykonawca, który zastosował się do wystosowanego wezwania, nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania w dobrej wierze zgodnie z zaleceniami Zamawiającego.

Art. 27 ust. 1

65. Sygn. akt: KIO 1191/11, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r.

Izba stwierdziła, że Zamawiający, biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne w sprawie, nie miał uprawnień do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, stanowiące o podtrzymaniu przez wykonawcę swojej woli złożenia oferty w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest oświadczeniem wykonawcy składnym w ofercie, a w przypadku przedłużania się procedury udzielenia zamówienia publicznego oświadczeniem, które należy złożyć Zamawiającemu przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą. Niewątpliwie oświadczenie to jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, co do którego także Zamawiający w SIWZ określił dwie możliwe formy przekazu: pisemnie lub faksem. Skoro zatem w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie ograniczył formy kontaktów z wykonawcami w toku postępowania wyłącznie do formy pisemnej, dopuszczając także formę faksową, należy przyjąć, że także osobiście złożona u Zamawiającego kserokopia oświadczenia Odwołującego została złożona prawidłowo. W tych dwóch sytuacjach mamy bowiem do czynienia z identycznym skutkiem – czy to w przypadku przesłania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą drogą faksową, czy też w przypadku przekazania osobiście Zamawiającemu kserokopii tego oświadczenia, w dyspozycji Zamawiającego pozostaje oświadczenie w formie kopii. Gdyby Zamawiający w postępowaniu ograniczył formę kontaktów z wykonawcami wyłącznie do formy pisemnej rozumianej *sensu stricte* (dokument opatrzony własnoręcznym podpisem) kserokopii oświadczenia złożonego u Zamawiającego nie można byłoby uznać za właściwą formę oświadczenia. Skoro jednak Zamawiający dopuścił także formę kontaktów faksową, ze względu na identyczny skutek i charakter co do formy przekazanego Zamawiającemu dokumentu należało uznać, że oświadczenie złożone w kserokopii osobiście u Zamawiającego jest prawidłowe. Stanowisko Zamawiającego, iż skoro oświadczenie nie zostało przesłane faksem, a złożone w kopii osobiście u Zamawiającego to

w związku z tym jest nieprawidłowe i prowadzi do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania, Izba uznała za daleko idące i nazbyt formalistyczne.

Art. 29 ust. 1

66. Sygn. akt: KIO 461/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

Wskazanie zakresu ilościowego jako szacunkowego i określenie minimalnej gwarantowanej wielkości realizacji umowy nie wpływa na sposób przygotowania oferty, którą należy skalkulować na podstawie załącznika nr 1 do SIWZ określającego zakres ilościowy przedmiotu zamówienia. Usunięcie kwestionowanego postanowienia zapisów siwz, mogłoby w konsekwencji na etapie realizacji umowy doprowadzić do konieczności ponoszenia przez Zamawiającego kosztów w wysokości wyższej od rzeczywistej wielkości świadczenia niepieniężnego Wykonawcy. (...) Wskazanego wyżej przepisu ustawy pzp nie narusza również zastrzeżenie w przewidywanych postanowieniach umowy (§ 3 pkt 15), iż w przypadku opóźnień w płatnościach kwestia regulowania ewentualnych odsetek będzie przedmiotem odrębnych negocjacji. Istotne dla rozstrzygnięcia w tym zakresie jest oświadczenie zamawiającego złożone na rozprawie, że sformułowanie we wzorze umowy dotyczy negocjacji w zakresie metody regulowania odsetek, nie zaś należnego prawa do żądania odsetek, w tym ich wysokości wynikającej z przepisów prawa, w braku uprzedniego jej określenia przez strony. Należy przy tym zauważyć, że uprawnienie do żądania odsetek z powodu opóźnienia ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, stosownie do treści art. 481 kc, przysługuje chociażby wierzyciel nie poniósł żadnej szkody. Przepis ten wskazuje również na uprawnienie do żądania odsetek ustawowych, o ile stopa odsetek nie została z góry oznaczona. Z powyższego wynika, że stanowisko odwołania o ewentualnej konieczności prowadzenia postępowania dowodowego poprzedzającego roszczenie o odsetki, nie znajduje potwierdzenia.

67. Sygn. akt: KIO 505/11, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r.

Nieuprawnionym jest także zarzut Odwołującego, iż sporządzona przez Zamawiającego dokumentacja projektowa jest niekompletna. To Zamawiający przygotowuje dokumentację projektową i ponosi za nią odpowiedzialność. Nie zwalnia to jednak wykonawcy od dołożenia należytej staranności przy realizacji umowy, w tym także od obowiązku weryfikowania prawidłowości sporządzonej dokumentacji. To wykonawca jest zobowiązany – w myśl przepisów k.c. (art. 651 k.c.) – do niezwłocznego informowania Zamawiającego (inwestora) o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja inwestycji na podstawie otrzymanego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego, przy czym w tym drugim wypadku „chodzi wyłącznie o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania” (wyrok SN z dnia 27 marca 2000 r., sygn. akt III CKN 629/98). Zobowiązany jest więc do poinformowania Zamawiającego o tych okolicznościach, a dołożenie należytej staranności w tym względzie zwalnia go od współodpowiedzialności za wady robót budowlanych wynikające z wadliwości projektu. Kwestionowane postanowienia warunków umowy, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie nakładają na wykonawcę obowiązku badania dokumentacji celem wykrycia wszelkich jej błędów na etapie przygotowywania oferty. Natomiast odnoszą się w istocie do przewidywanego w umowie podziału ryzyk i odpowiedzialności stron umowy. Tak więc kwestionowane przez Odwołującego zapisy subklauzul (1.8; 8.9; 17.3; 4.7) nie stanowią potwierdzenia na to, iż dokumentacja projektowa jest niepełna.

68. Sygn. akt: KIO 634/11, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2011 r.

Zamawiający ustanowił w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji, że wykonawcą będą obciążać wszystkie koszty, opłaty, należności, wynagrodzenia czy odszkodowania dla potrzeb

realizacji przedmiotu zamówienia związanych z lokalizacją projektowanej Linii. Zamawiający doprecyzował również, że wykonawcy nie będzie przysługiwać prawo regresu w stosunku do zamawiającego tych wydatków. W związku z tak postawionym wymogiem to wykonawcę obciążać będzie ryzyko właściwego skalkulowania wszelkich należności i wypłaty ich w imieniu zamawiającego i wcześniejszego zawarcia tych sum w ryczałtowej cenie ofertowej. Odwołujący zarzucił tak postawionym wymogom przez zamawiającego naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Pzp. Jednak z materiałów udostępnianych przez zamawiającego wykonawca może określić tereny przez jakie będzie przebiegać Linia oraz maksymalną długość tej Linii. Ponadto zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia jeden wariant przebiegu Linii (z 6 przewidywanych – str. 36 tomu I specyfikacji) wraz z informacją o wprowadzeniu lub potrzebie zmian w dokumentach planistycznych poszczególnych gmin. Zamawiający podał także informacje o stanie przygotowania raportu oddziaływania na środowisko. W związku z tym wykonawca może oszacować długość Linii i tereny jej przebiegu. Wobec tego wykonawca jest w stanie szacunkowo wycenić koszt należności związanych przede wszystkim z pozyskaniem praw do nieruchomości. Oczywiście szacunek taki jest obciążony mniejszą lub większą dozą błędu, a więc ryzyka, jednak może ta doza być minimalizowana doświadczeniem wykonawcy w pozyskiwaniu praw do nieruchomości, a wykazanie pewnego poziomu tego doświadczenia stanowi jeden z warunków udziału w postępowaniu. Również materiały udostępnione przez zamawiającego sprzyjają, aby wykonawca wybrał optymalny, jego zdaniem, wariantu przebiegu trasy. Jest to obciążone ryzykiem, które wykonawca może wykluczyć wybierając wariant trasy najmniej korzystny dla zamawiającego, ale taka lokalizacja, bezpieczna z punktu widzenia wykonawcy, może okazać się mało konkurencyjną w stosunku do ofert innych wykonawców. A konkurencyjność ofert i postępowań stanowi istotę postępowań w sprawach zamówień publicznych.

Art. 29 ust. 2

69. Sygn. akt: KIO 470/11, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2011 r.

Uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji, które obciąża odwołującego na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy nie oznacza, uchylenia ciężącego, co do zasady na odwołującym obowiązkowi dowodowego. Odwołujący na gruncie art. 29 ust. 2 ustawy nie ma obowiązku wykazania, a więc udowodnienia ponad wszelką wątpliwość, że opis przedmiotu zamówienia sporządzony przez zamawiającego utrudnia uczciwą konkurencję. Taki bowiem dowód mógłby być albo bardzo trudny do przeprowadzenia, albo wręcz niemożliwy. Udowodnienie utrudniania uczciwej konkurencji musiałoby się bowiem sprowadzać, do przedstawienia oferty rynkowej wszystkich producentów i dostawców, co najmniej z obszaru Unii Europejskiej i wykazania za pomocą dokumentacji technicznej, że wskazane w opisie przedmiotu zamówienia parametry czy wymagania techniczne nie spełnia żaden z potencjalnych wykonawców, poza jednym lub kilkoma wybranymi i preferowanymi przez zamawiającego. W tej sytuacji ustawodawca przewidział, że wystarczające będzie uprawdopodobnienie przez wykonawcę powołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy, że czynności zamawiającego utrudniają uczciwą konkurencję. To uprawdopodobnienie sprowadza się do wykazania (a więc udowodnienia), jedynie tego, że to odwołujący nie może złożyć oferty na warunkach uczciwej konkurencji w skutek dokonanego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia. Obowiązek dowodowy obciążający odwołującego została zatem w tym przypadku znacznie zawężony i ograniczony jedynie do dowodów, które są odwołującemu znane i dla niego bez trudności dostępne. Dopiero takie uprawdopodobnienie otwiera drogę do przeniesienia na zamawiającego ciężaru dowodu przeciwnego, że nie utrudnił uczciwej konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia, gdyż ofertę jest w stanie złożyć więcej niż jeden lub kilku wykonawców, których odwołujący wskazuje jako preferowanych, albo, że wprawdzie

zamawiający preferuje określone rozwiązania techniczne czy technologiczne, ale ta preferencja znajduje usprawiedliwienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego.

70. Sygn. akt: KIO 475/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.

Izba ustaliła, iż stoły użytkowane będą w 4 salach operacyjnych i sali wybudzeniowej. Sale operacyjne mają kształt prostokąta w proporcji około 3:2, zajmują powierzchnię około 35 m², tj. prostokąt o wymiarach około 5x7 m. Dwie z tych sal posiadają drzwi na ścianie dłuższej, dwie pozostałe na ścianie krótszej. Sale wybudzeniowe znajdują się naprzeciwko dwóch sal o poziomym ułożeniu, przy czym część wjazdu na salę jest zabudowana ścianą w części centralnej, wjazd jest od strony boków poprzez drzwi przesuwne. Wskazywał na to rysunek rzutu parteru zespołu operacyjnego zawarty jako załącznik w SIWZ. Zamawiający oświadczył, iż rozwiązanie oferowane przez Odwołującego, tj. z najazdem pod kątem 45 stopni mogłoby się sprawdzić w 2 salach, w których drzwi znajdują się na krótszej ścianie, natomiast komfort użytkowania byłby mniejszy w salach operacyjnych, w których drzwi znajdują się na dłuższej ścianie, jak również w sali wybudzeniowej. Oświadczył jednak, że stoły z rozwiązaniem oferowanym przez Odwołującego mogą być użytkowane we wszystkich salach, choć w niektórych z mniejszym komfortem. Ta okoliczność w powiązaniu z faktem, że stoły z najazdem bocznym oferuje tylko jeden wykonawca, prowadzi do wniosku, iż pozostawienie kwestionowanego postanowienia SIWZ doprowadziłoby do sytuacji, w której uprzywilejowanie danego wykonawcy osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję, zaś wymóg Zamawiającego nie jest wymogiem niezbędnym z punktu widzenia jego potrzeb. (...) Izba nie znalazła w potrzebach Zamawiającego uzasadnienia dla wymaganego przez niego rozwiązania konstrukcyjnego lampy polegającego na posiadaniu kopuły głównej o maksimum 95 źródłach LED i kopuły satelitarnej o maksimum 65 źródłach LED, podzielonych na min. 5 sekcji. Izba ustaliła, że podział na sekcje rzeczywiście ma znaczenie z punktu widzenia głębokości oświetlenia, jednakże istnieje pewna granica dzielenia na sekcje, powyżej której efekt ten nie następuje. Podział na 3 sekcje, tj. rozwiązanie, które występuje w lampie oferowanej przez Odwołującego jest wystarczający, przy założeniu że lampa ta posiada z kolei znacznie większą ilość diod, co w połączeniu z podziałem na 3 sekcje spełnia wymagania funkcjonalne dotyczące głębokości oświetlenia. Wymaganą przez Zamawiającego funkcjonalność dotyczącą głębokości oświetlenia mogą spełnić lampy o innym, niż dopuszczone w SIWZ, rozwiązaniu konstrukcyjnym. Zamawiający powinien zmodyfikować kwestionowane postanowienie SIWZ poprzez wykreślenie postanowienia określającego ilość sekcji oraz ilość diod w czaszy.

71. Sygn. akt: KIO 707/11, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2011 r.

Ponadto Izba wskazuje, że wykonawcy powinni nadążać za postępem technicznym tak, aby ich wyroby spełniały coraz wyższe wymagania Zamawiających. (...) Fakt, że globalna normalizacja produktów często nie nadąża za postępem technicznym, wcale nie oznacza, że Zamawiający wydając środki publiczne nie mają prawa oczekiwać najnowocześniejszego sprzętu, indywidualnie certyfikowanego.

72. Sygn. akt: KIO 821/11, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2011 r.

Zatem podnoszony przez odwołującego brak możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, nie jest wystarczający dla uznania, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji. Określenie wymogów dotyczących przedmiotu zamówienia wysokich, lecz możliwych do spełnienia przez wykonawców, pozostających w związku z celem, jaki zamierza osiągnąć zamawiający, nie niweczy zasad uczciwej konkurencji. Celem opisu przedmiotu zamówienia jest bowiem umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku.

73. Sygn. akt: KIO 1152/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.

Wskazać należy, że szczegółowe opisanie przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem i jednocześnie uprawnieniem zamawiającego, który zachowując zasady określone w przepisach ustawy Pzp, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby. Za utrwalony w orzecznictwie KIO należy uznać pogląd, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, który uzasadnia jego racjonalne i obiektywne potrzeby, przy czym nie muszą być, to potrzeby określone na poziomie minimalnym. Tym samym za oczywisty należy uznać fakt, iż niektórym wykonawcom łatwiej jest spełnić wymagania zamawiającego niż innym, a część wykonawców w ogóle nie może wziąć udziału w postępowaniu. Fakt ten nie zawsze jest zatem wyrazem naruszenia w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji. Izba uznała za wiarygodną i spójną argumentację zamawiającego, iż z uwagi na przewidywane korzyści ekonomiczne oraz eksploatacyjne drukarek i materiałów eksploatacyjnych do drukarek o technologii rozdzielnej bębna wobec tonera, zamawiający mógł dokonać opisu przedmiotu zamówienia, wskazując na określone w tym zakresie oczekiwania. Podkreślić należy, że stosowanie przepisów ustawy Pzp prowadzące do narzucenia zamawiającemu zakupów, które nie odpowiadają jego potrzebom i ograniczają jego swobodę w podejmowaniu decyzji, związanych z prowadzoną działalnością, nie da się pogodzić z celem tej regulacji, jakim jest zapewnienie dokonywania przez zamawiających racjonalnych i celowych zakupów. Nieuprawnione i bezpodstawne są twierdzenia odwołującego w przedmiocie potrzeb zamawiającego, w szczególności zarzut, że zamierza kupić bębny do drukarek o zbyt dużej żywotności w stosunku do ilości kupowanych tonerów oraz do jego rzeczywistych potrzeb. To zamawiający dysponuje dostateczną wiedzą w zakresie eksploatacji urządzeń drukujących w jego jednostkach i potrzeb z tym związanych, które zaspokoić ma przedmiot zamówienia, o opisanych przez zamawiającego wymaganiach. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż określona przez zamawiającego w siwz żywotność bębna wskazuje na konkretne modele drukarek (...). Zauważyć należy, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zawarł jednoznaczny wymóg i wskazanie zarazem, że zawarte tam parametry techniczno-użytkowe stanowią wymagania minimalne lub też maksymalne. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia pkt 1.3 ppkt 21, zamawiający umożliwił zaoferowanie większej (odpowiedniej) ilości bębnow w komplecie z drukarką, która zapewni wydrukowanie 300 000 stron w przypadku drukarki DL4. Taki sam zapis został powtórzony przy opisie pozostałych drukarek (pkt 1.4, pkt 1.5, pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia – Załącznik nr 1 do siwz). Odwołujący nie wykazał, iż rzeczywiście jest tylko jeden podmiot – firma (...), której produkty spełniają wymagania określone w siwz. Przeciwnie do swojego twierdzenia wielokrotnie wskazywał w odwołaniu i również na rozprawie, że: „Inny producent niż X chcąc spełnić rozbieżne wymagania zamawiającego w zakresie ilości tonerów i ilości bębnow dla takiej drukarki musiałby dostarczyć bębnow potrzebnych do wydrukowania tylko 5 000 kopii stron czarno-białych, co znacznie podnosi oczywiście cenę jego oferty za takie urządzenie wraz materiałami eksploatacyjnymi do wydrukowania ilości stron wskazanych przez zamawiającego.”

Art. 29 ust. 3**74. Sygn. akt: KIO 483/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.**

W doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż dopuszczając produkt równoważny zamawiający powinien określić kryteria równoważności, w celu umożliwienia wykonawcom złożenia ważnej oferty oraz zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie określił parametrów, na podstawie których zamierzał ocenić równoważność. Istotne jest to, że w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, korzystając z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy p.z.p., winien

sprecyzować zakres minimalnych parametrów równoważności produktów, w oparciu o które dokona oceny spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Wymogi co do równoważności produktów winny być podane w sposób dokładny, przejrzysty i jasny tak, aby z jednej strony zamawiający, dokonując oceny ofert, mógł w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności zaproponowanych produktów, z drugiej zaś strony aby wykonawcy, przystępujący do udziału mieli pewność co do oczekiwań zamawiającego w zakresie właściwości i istotnych cech charakteryzujących przedmiot zamówienia. Precyzyjne określenie wymogów co do równoważności produktów pozwala prawidłowo ocenić i porównać złożone oferty. Brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i równego dostępu do zamówienia publicznego i może zniechęcać do udziału w postępowaniu podmioty zamierzające zaoferować produkty inne, niż wskazane jako referencyjne w SIWZ.

75. Sygn. akt: KIO 545/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.

Izba uznała, że podane przez zamawiającego w rozdziale VII siwz równoważności są kryteriami wieloznacznymi i nieprecyzyjnymi. Zwrot „co najmniej równe” wcale nie wskazuje czy dotyczy całości instalacji kolektora czy samego kolektora, czy może konkretnego jego elementu, a jeśli nie są równe to dopuszczalne w jakich granicach. Zatem ocena, czy produkt spełnia wymagania zamawiającego, jest uznaniowa. (...) Należy wskazać, że art. 29 ust. 3 ustawy pzp wprowadzający możliwość dopuszczenia składania ofert równoważnych ma charakter wyjątkowy i dlatego może być stosowany w wyjątkowych sytuacjach i winien być interpretowany ściśle. Zamawiający powinien określić w niezbędnym dla danego przedmiotu zamówienia jakie konkretne rozwiązania czy materiały będzie uważał za równoważne, jakie są dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów przedmiotu referencyjnego, ponieważ ta wielkość odstępstw ma istotny wpływ na sporządzenie oferty. Kryteria równoważności produktów winny być określone poprzez sformułowanie katalogu zamkniętego. Zamawiający winien opisać przedmiot zamówienia lub jego elementy, do których zamawiający dopuszcza zamienniki równoważne w taki sposób, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości o jakich parametrach oraz na jakich warunkach mogą zaoferować konkretny produkt, aby spełniał on wymagania siwz. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia Zamawiającemu bezstronną ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty.

76. Sygn. akt: KIO 821/11, Wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2011 r.

Domaganie się przez odwołującego, aby zamawiający dopisał w specyfikacji słowa „lub równoważne” po wskazaniach posiadanych przez siebie bazy danych oraz oprogramowania przekracza, w okolicznościach sporu, granice prawnej ochrony sfery uprawnień wykonawcy. Wykonawca może bowiem domagać się opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, aby był on zgodny z przepisami ustawy i dążyć w ten sposób do zapewnienia sobie możliwości wzięcia udziału w postępowaniu. Nieuprawnione jest jednak dopuszczenie możliwości ingerencji wykonawcy w opis już posiadanych przez zamawiającego rozwiązań – stanowiących daną w postępowaniu okoliczność faktyczną, którą należy uwzględnić przy konstruowaniu oferty. Brak jest podstaw prawnych oraz racjonalnego uzasadnienia do nałożenia na zamawiającego obowiązku dokonywania opisu wykorzystywanych już rozwiązań z zastosowaniem klauzuli „lub równoważne”. Zamawiający jest uprawniony do tego, aby w treści dokumentów postępowania wskazać posiadane przez siebie rozwiązania i licencje, w tym również określić je za pomocą znaku towarowego lub firmy producenta. Wskazanie takie nie narusza dyrektywy neutralnego opisu przedmiotu zamówienia. Podkreślić też należy, że

podanie danych umożliwiających wykonawcom przygotowanie oferty jest obowiązkiem zamawiającego – brak podania danych co do rozwiązań, z którym ma być zintegrowany przedmiot zamówienia powodowałby brak pewności po stronie wykonawców, co do prawidłowości składanych przez nich ofert.

77. Sygn. akt: KIO 949/11, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2011 r.

Niewątpliwym jest, iż oferta równoważna to taka oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zamieszczone w SIWZ. Istotne jest przy tym to, aby to rozwiązanie (produkt) równoważne było rozwiązaniem, które nie jest identyczne ani też tożsame z rozwiązaniem referencyjnym, ale aby posiadało pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które zostały przez Zamawiającego określone w treści SIWZ. Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne rozwiązanie, konkretne urządzenia i materiały, a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to rozwiązanie, urządzenia i materiały, a co niewątpliwie Zamawiający uczynił w niniejszym stanie faktycznym. Zamawiający zastrzegł bowiem równoważność parametrów technicznych zgodnych z urządzeniami i materiałami określonymi w dokumentacji projektowej i Specyfikacji technicznej, dotyczącej technologii oczyszczalni ścieków, jak również określił stawiane – w takim przypadku – wymogi, wskazując m.in. na istotność parametrów, dotyczących ilości, składu ścieków surowych i oczyszczonych z zapewnieniem redukcji zanieczyszczeń, zgodnie z obowiązującym w tym zakresie rozporządzeniem a także podkreślając, iż przewidziane rozwiązanie technologii i budynku powinno umożliwiać przyszłą rozbudowę i podwojenie przepustowości oczyszczalni ścieków oraz nie wymagać stałej obsługi. Nadto podniósł (w treści załącznika nr 2 do SIWZ), iż przedmiotem zamówienia jest oczyszczalnia pracująca w oparciu o technologię niskoobciążonego osadu czynnego, szczegółowo opisując zastosowaną metodę działania oczyszczalni i następnie, zastrzegając zachowanie wskazane projektu technologicznego.

Art. 36 ust. 1 pkt 16

78. Sygn. akt: KIO 298/11, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2011 r.

Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353¹ k.c. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż sformułowanie tej zasady oznacza, że: istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, istnieje możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w sposób dowolny, forma umowy w zasadzie zależy od woli stron. Zakres kompetencji stron do kształtowania treści stosunków zobowiązaniowych ustawodawca wyznaczył na dwa sposoby. Po pierwsze, w sposób pozytywny stanowiąc, że strony mogą „ułożyć stosunek prawny”. Po drugie, komentowany przepis określa zakres kompetencji stron także w sposób negatywny, wskazując granice, poza które ich działalność normotwórcza nie może wykraczać. Chodzi tu o zakaz kształtowania stosunku zobowiązaniowego w sposób sprzeczny z właściwością (naturą) stosunku, ustawą i zasadami współżycia społecznego. Redakcja powołanego przepisu wyraźnie wskazuje, iż nie jest możliwe ukształtowanie treści umowy w sposób, który prowadziłby do naruszenia przepisów ustawy. Nie ulega wątpliwości, że chodzi jedynie o przepisy o charakterze *iuris cogentis* i to zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw. Oznacza to, że zasada swobody doznaje ograniczeń w takim zakresie, jaki wynika z innych przepisów rzędu ustawowego. Przejawem ograniczenia tej zasady są regulacje wynikające z ustawy Pzp. Wystarczy chociażby wskazać na brak możliwości swobodnego wyboru kontra-

henta (art. 91 ustawy Pzp), istnienie, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty (art. 144 ustawy Pzp), wprowadzenie ograniczeń co do terminu obowiązywania umowy (art. 142 ustawy Pzp), brak możliwości wyboru formy zawieranej umowy (art. 139 ust. 2 ustawy Pzp). Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współzycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współzycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi także badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalanie, czy równomiernie obciążone są obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedniości uprawnień (rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień) oraz proporcjonalności uprawnień (to jest dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego). Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współzycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polegająca na konieczności uwzględnienia również postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest w tych tylko przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. (...) Zgodnie z § 5 ust. 2 projektu umowy „Zamawiający zastrzega sobie prawo ograniczenia zakresu przedmiotu umowy lub wartości umowy ze względu na aktualne potrzeby lub posiadane środki finansowe bez konsekwencji prawnych i finansowych.” Jak słusznie wskazuje Odwołujący, taki sposób określenia przedmiotu umowy nie pozwala w sposób właściwy na skalkulowanie ceny oferty. W istocie bowiem nie wiadomo, w jaki sposób określić wielkość czynników cenotwórczych. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż ilość osób związanych z obsługą kontraktu jest różna, w zależności od rozmiarów kontraktu, a w konsekwencji odmiennie kształtuje się ilość czasu pracy, niezbędnego do realizacji zamówienia i wartość wynagrodzenia. Izba stoi na stanowisku, iż zaproponowane przez Zamawiającego ograniczenie zakresu lub wartości umowy na poziomie 50% jest na tyle duże, iż dalej nie umożliwia wykonawcy prawidłowego skalkulowania ceny oferty. W ocenie Izby, Zamawiający dysponuje danymi historycznymi i wiedzą, co do możliwości wprowadzenia nowych technologii, które dają podstawy do określenia zakresu zamówienia według rzeczywistych potrzeb. Stąd też, ustalenie spornego ograniczenia na poziomie 20% jest jak najbardziej możliwe i pożądane. Nadto, należy zwrócić uwagę Zamawiającego, iż ma on również możliwość skorzystania z instytucji „zamówień uzupełniających”, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bez obawy, iż wskazany poziom 20% nie zabezpiecza interesów Zamawiającego. Powyższe uzasadnia dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ (...).

Art. 38 ust. 1

79. Sygn. akt: KIO 465/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.

Reasumując stwierdzić należy, iż już w treści SIWZ, a załącznik nr 10 niewątpliwie stanowi integralną część SIWZ, został jednoznacznie sformułowany obowiązek złożenia spornego dokumentu. Natomiast odpowiedź udzielona na pytanie nr 83 nie stanowi, jak słusznie pod-

niósł Zamawiający, modyfikacji treści SIWZ, a jedynie jej wyjaśnienie. Zamawiający potwierdził w niej bowiem, iż z wymogu określonego w punkcie 9 załącznika nr 10, a więc już wcześniej sformułowanego, nie rezygnuje. Istotnie wyjaśnienia udzielane w trybie odpowiedzi na zapytania wykonawców mogą stanowić modyfikację treści SIWZ. Niemniej jednak decyduje o tym merytoryczna zawartość pisma, a więc treść udzielonej odpowiedzi. Wyjaśnienia udzielane w zakresie odnoszącym się do SIWZ – jak wynika z literatury i doktryny przedmiotu – stanowi rodzaj wykładni autentycznej wiążącej zamawiającego i uczestników przetargu, stanowiąc także rodzaj zmiany, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego modyfikowania treści SIWZ. W niniejszym stanie faktycznym potrzeby modyfikacji SIWZ niewątpliwie nie było. Odpowiedź potwierdziła jedynie już wcześniej wskazany obowiązek złożenia spornego dokumentu i dokument ten, dotyczący oferowanego sprzętu medycznego.

80. Sygn. akt: KIO 580/11, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r.

(...) wykonawca sporządzając ofertę musi brać pod uwagę pełną treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnień treści specyfikacji. Wykonawca nie może zawęzić się do posługiwania się tylko wybranymi stwierdzeniami zawartymi w dokumentach opracowanych przez zamawiającego. Natomiast wykonawca musi brać pod uwagę wyjaśnienia specyfikacji łącznie z pytaniami, gdyż wyjaśnienia są udzielane do konkretnego zagadnienia. Obowiązek przekazywania przez zamawiającego treści zapytań wraz z wyjaśnieniami wynika z art. 38 ust. 2 Pzp. Nie można ze stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach wysnuwać uogólnień. Wyjaśnienia, czyli eksplikacje są nowymi konstrukcjami znaczenia wyjaśnianego pojęcia, precyzyjnie określające już istniejące znaczenie danego określenia, przy czym jego zakres nie zmienia się, a wyjaśnienie jedynie doprecyzowuje znaczenie pojęcia. Podobnie str. 61 „Logika dla prawników” Sławomir Lewandowski, Andrzej Malinowski i Jacek Petzel, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2004 r. Dlatego wyjaśnienia należy interpretować wraz z pytaniami w sposób zawężający, analogicznie do interpretowania wyjątków, zgodnie z paremią: *exceptiones non sunt extendendae* – wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco, a w przypadku wyjaśnień ta reguła powinna brzmieć: *explicationes non sunt extendendae* – wyjaśnień nie należy interpretować rozszerzająco.

Art. 38 ust. 6

81. Sygn. akt: KIO 741/11, Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2011 r.

Jednak, zdaniem Izby, najważniejszym zarzutem niniejszego odwołania jest fakt, że Zamawiający na dzień przed upływem terminu składania ofert zmienił specyfikację istotnych warunków zamówienia w zakresie mającym znaczący wpływ na sporządzenie oferty, a wyznaczenie nowego terminu składania ofert naruszało dyspozycję art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego nie doszło do naruszenia art. 12a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wprowadzone przez niego zmiany nie odnosiły się do treści ogłoszenia o zamówieniu. Rzeczywiście, z samej swojej istoty ogłoszenie o zamówieniu nie będzie obejmowało całej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwłaszcza w zakresie opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umownych. W takim wypadku zastosowanie będzie miał art. 38 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który w przeciwieństwie do art. 12a ust. 2, nie wyznacza konkretnych minimalnych terminów składania ofert po dokonanej zmianie, nie wskazuje nawet, jak w wielu przepisach kodeksu cywilnego, *expressis verbis*, że termin ten ma być „odpowiedni”, pozostawiając to uznaniu zamawiającego, włącznie ze stwierdzeniem, że jeśli zmiana jest dokonana w wystarczającym odstępie czasu od terminu składania ofert, nie musi on w ogóle tego terminu zmieniać. Nie oznacza to jednak, że zamawiającemu pozostawiono zupełną swobodę określenia tego terminu. Przepis ten stanowi bowiem, iż jeśli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warun-

ków zamówienia niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert – tym samym czas, o jaki zamawiający musi przedłużyć wyznaczony termin, ma umożliwić wykonawcom wprowadzenie zmian w ofertach, czyli można uznać go za odpowiednik kodeksowego terminu „odpowiedni” dla wprowadzenia zmian. W niniejszym stanie faktycznym Izba uznała, że wyznaczony przez Zamawiającego termin nie był „odpowiedni” – czy też, jak stanowi ustawa Prawo zamówień publicznych – nie spełniał wymogu „czasu niezbędnego na wprowadzenie zmian w ofertach”, a sama sytuacja zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie mającym wpływ na sporządzenie ofert na dzień przed upływem terminu ich składania, z przedłużeniem tego terminu jedynie o jeden dzień, nie powinna była mieć miejsca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem w wyraźny i bezzasadny sposób utrudnia, jeśli nie uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert (biorąc choćby pod uwagę samą konieczność ich dostarczenia do siedziby Zamawiającego – zwłaszcza przez podmioty mające siedziby poza B.) i to ofert poprawnych zarówno z punktu widzenia zgodności z wymaganiami Zamawiającego, jak i rzetelnie wycenionych.

Art. 45

82. Sygn. akt: KIO 1101/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.

Także zarzut odnoszący się do wadliwego wniesienia wadium, nie jest zasadny. Tak jak podnosi się w orzecznictwie, na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych brak jest podstaw do formułowania pod adresem wykonawców, którzy decydują się na złożenie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, żądania załączenia do gwarancji [polisy] pełnomocnictwa osoby podpisującej gwarancję. Również w niniejszej sprawie postanowienie SIWZ nie nakładały na wykonawców wymogów, co do wykazywania umocowania osób podpisujących gwarancję ubezpieczeniową. Także Odwołujący nie uprawdopodobnił, że są uzasadnione wątpliwości wobec Agencji, co do umocowania występowania w imieniu gwaranta – X S.A. Ponadto Zamawiający – w toku rozprawy – na dowód prawidłowości kwestionowanej gwarancji przedstawił pismo z X wraz z pełnomocnictwem szczególnym dla Agenta – prowadzącemu działalność gospodarczą p.n. Y. z datą ważności tego pełnomocnictwa z dniem 9.04.2010 r. Przedstawiając ten dowód Zamawiający działał w zakresie upoważnienia wynikającego z przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie, z którym strony i uczestnicy postępowania dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki są obowiązani wskazywać dowody.

83. Sygn. akt: KIO 1110/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.

Izba stanęła na stanowisku, iż kwestionowane przez Zamawiającego zapisy przedstawionej przez Odwołującego gwarancji bankowej, nie konstytuują nowych warunków, jak chciałby tego Zamawiający. Tym samym, wobec wyraźnego zobowiązania banku, iż zobowiązuje się on „nieodwołanie i bezwarunkowo do zapłacenia każdej kwoty do łącznej wysokości 20 000 PLN”, gwarancja ta posiada przymiot gwarancji bezwarunkowej wymaganej przez Zamawiającego w pkt 6 SIWZ. Skład orzekający Izby podzielił zatem pogląd wyrażony we wcześniejszych orzeczeniach Izby wydanych w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 859/09, KIO/UZP 1333/09, KIO/UZP 1545/09, KIO/UZP 1867/09 oraz KIO 191/11, jak również w wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 10 września 2009 r., sygn. akt II Ca 404/09. W ocenie Izby gwarancja jest bezwarunkowa wtedy, gdy Zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a Gwarant nie może badać podstaw, tj. zasadności takiego żądania – jest on zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie Zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką wypłatę. W rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający nie wskazał w treści gwarancji bankowej zapisów, które podważałyby bezwarunkowość tejże gwarancji. Wbrew jego twierdzeniom za takie, nie można uznać for-

malnych wymogów odnoszących się do sposobu przekazania Gwarantowi pisemnego żądania zapłaty. Zapisy te bowiem nie odnoszą się w żaden sposób do przesłanek zatrzymania wadium, a służyć mają jedynie potwierdzeniu tożsamości osób takie żądanie zapłaty podpisujących. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, iż złożona przez Odwołującego gwarancja pozbawia go prawa do skutecznego żądania zapłaty należności przez Gwaranta. Kwestionowane przez niego zapisy opisują jedynie formalności związane z wypłatą kwoty, na jaką opiewa gwarancja, nie mogą zatem zostać uznane za uzasadniające twierdzenie, iż wadium nie zostało wniesione.

Art. 46 ust. 4a

84. Sygn. akt: KIO 465/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.

Skoro zatem Odwołujący X złożył dokumenty na wezwanie Zamawiającego, które – w jego ocenie – potwierdzały spełnianie wymogu określonego w załączniku nr 10, pozycja 9 to zatrzymanie przez Zamawiającego wadium nie odpowiada przepisom ustawy Pzp. Odwołujący X przedłożył bowiem szereg dokumentów, które wymóg ten miały spełniać. Niemniej jednak niespełnienie tego wymogu nie oznacza jednocześnie, iż okoliczność ta powstała z „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Odwołujący X podjął bowiem działania mające na celu uzyskanie wymaganych dokumentów, zresztą pochodzących od podmiotu prywatnego i mimo, że tego konkretnego dokumentu nie uzyskał to jednak przedłożył dokumenty, które – jego zdaniem – miały potwierdzać spełnienie tego wymogu. Należy bowiem pamiętać, iż intencją ustawodawcy, a co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu dla wprowadzenia tego właśnie przepisu, nie było zatrzymywanie wadium w każdym przypadku, w którym wykonawca nie wywiązał się z wezwania do uzupełnienia dokumentów dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokumentu tego nie złożył. Celem wprowadzenia tego przepisu było tylko i wyłącznie zapobieżenie znowom wykonawców, którzy działając razem i w porozumieniu celowo nie załączali do oferty dokumentów podlegających uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a nie karanie wykonawców, którzy w sposób niezawiniony stawianego warunku, czy też wymogu nie spełnili. A ponieważ zatrzymanie wadium ma charakter niezwykle restrykcyjny instytucja ta powinna być bardzo ostrożnie stosowana. Zatrzymanie wadium nie może stanowić dodatkowego i łatwego źródła dochodów dla Zamawiających. Interpretacji tego przepisu należy bowiem dokonywać przy zastosowaniu zarówno wykładni literalnej, jak i celowościowej i „eliminować takie ustalenia interpretacyjne tekstów prawnych, przy których przyjęciu skutki stosowania odpowiedniego przepisu byłyby wadliwe, a w szczególności prowadziłyby do skutków niezamierzonych” (uchwała SN z dnia 21 grudnia 1999 roku sygn. I KZP 45/99). Tak więc decyzja taka (o zatrzymaniu wadium) winna być podjęta przez Zamawiającego dopiero po wnikliwej analizie czy zaistniała obiektywnie uzasadniona podstawa do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oraz wpływu braku uzupełnienia dokumentów wymienionych w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Konsekwencją nieprawidłowego i pochopnego zastosowania tego przepisu nie może być bowiem doprowadzenie do powstania negatywnych skutków w sferze ekonomicznej wykonawców w sytuacji, gdy dołożyli oni należytej staranności w uzyskaniu określonych dokumentów, złożyli je i mimo to dokumenty te nie potwierdzają spełnienia postawionego przez Zamawiającego wymogu.

85. Sygn. akt: KIO 1134/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, mimo braku formalnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, dwukrotnie w dniach 8 kwietnia 2011 i 15 kwietnia 2011 r. uzupełnił dokumenty w celu wykazania spełniania warunku. Art. 46 ust. 4a ustawy nie stanowi sankcji za niespełnienie warunków udziału w po-

stępowaniu. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu skutkuje bowiem z mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy wykluczeniem wykonawcy. Art. 46 ust. 4a ustawy został wprowadzony w celu wyeliminowania nieprawidłowych praktyk wykonawców, którzy w celu wydłużenia postępowania celowo nie przedkładali dokumentów wraz z ofertami nie mając woli ich uzupełnienia na żadnym etapie postępowania, a składali ofertę w celu rozpoznania rynku, lub stworzenia korzystniejszej sytuacji dla powiązanego z wykonawcą podmiotu. Nie jest zatem celem tego przepisu karanie wykonawcy zatrzymaniem wadium, w sytuacji błędu, co do wymogu zamawiającego postawionego w ramach opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku. W ocenie Izby nie można przyjąć, że samo niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy stanowi podstawę zatrzymania wadium, bez oceny okoliczności, w jakich do niezłożenia tych dokumentów lub oświadczeń doszło. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że przepis art. 46 ust. 4a ustawy w sposób bezwzględny w każdej sytuacji nakazuje zatrzymanie wadium, gdy wykonawca nie złożył żądanych dokumentów. Przeczy temu stanowisku samo brzmienie art. 46 ust. 4a ustawy, które pozwala wykonawcy uniknąć zatrzymania wadium poprzez wykazanie, że nie złożył oświadczeń lub dokumentów z przyczyn nieleżących po jego stronie. Izba stoi na stanowisku, że złożenie dokumentów niepotwierdzających spełniania warunku, w przypadku działania w przekonaniu, że za ich pomocą wykazuje się spełnienie warunku, powinno być zbadane pod kątem okoliczności eksculpacyjnych. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie miał obowiązku składania jakichkolwiek dokumentów na wezwania zamawiającego z dnia 4 i 14 kwietnia 2011 r., mógł jedynie poprzestać na wyjaśnieniach, zaś życiorysy i oświadczenia przedłożyć dopiero na wezwanie zamawiającego z dnia 21 kwietnia 2011 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Wówczas skutek wykluczenia odwołującego z powodu nie wykazania spełniania warunku byłby taki sam, ale zamawiający nie miałby podstaw do zatrzymania wadium, gdyż przepis art. 46 ust. 4a ustawy zezwala na zatrzymanie wadium, jedynie w sytuacji niezłożenia żądanych dokumentów, a nie w sytuacji, gdy złożone dokumenty są dokumentami żądanymi przez zamawiającego, ale nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. W przedmiotowej Izba uważa, że do uzupełnienia dokumentów doszło, choć wykonawca uzupełnił je samodzielnie, bez wezwania. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 46 ust. 4 a ustawy poprzez jego zastosowanie.

Art. 48 ust. 2 pkt 6

86. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

W ocenie Izby zarzut ten znalazł potwierdzenie w części dotyczącej braku możliwości jednoznacznego ustalenia i stwierdzenia wykonania określonych zadań wymienionych w pkt a)-g) na podstawie wzorcowych dokumentów załączonych przez zamawiającego. W przypadku ich wypełnienia zgodnie z instrukcjami zawartymi w tych dokumentach wykonawca nie ma gwarancji, iż możliwa będzie weryfikacja wszystkich dodatkowo punktowanych wymagań. Wzór wykazu wykonanych usług (dostaw) – Załącznik nr 3 do przetargu ograniczonego nr BDG-II-3711-04/11, nie zawiera bowiem pozycji wymagających podania informacji o zadaniach określonych w pkt a)–g), a ponadto wskazuje na instrukcję jego wypełnienia, która, o ile zostanie literalnie zastosowana przez wykonawcę, będzie wystarczająca dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonym w sekcji III.2.1), pkt 2.1, jednak może nie być wystarczająca dla uzyskania dodatkowej punktacji. Wzór wykazu wykonanych usług (dostaw) – Załącznik nr 3 do przetargu ograniczonego nr BDG-II-3711-04/11, nie zawiera pozycji wymagających podania informacji o zadaniach określonych w pkt a)-g), a zamawiający oczekuje, iż wykaz będzie wypełniony według tego formularza (choć równocześnie wskazano, iż druk jest do ewentualnego wykorzystania). Ponadto zamawiający nie określił, w jaki

sposób należy zrealizować zalecenie oddzielenia części podlegającej ocenie od pozostałych elementów wniosku oraz przedstawienie informacji we wniosku zgodnie z przedstawionym podziałem na zadania: czy powinno to przyjąć formę oddzielnego wykazu czy też możliwe jest w ramach wykazu wzorcowego uzupełnienie go o opis zgodny ze wskazanym sposobem punktacji. Ponieważ opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu zawarty w sekcji III.2.1, pkt 2.1 odbiega od opisu zadań podlegających punktacji opisanie usługi zgodnie z zadaniami punktowanymi może nie pozwolić na ocenę, czy dana usługa spełnia warunek udziału w postępowaniu.

87. Sygn. akt: KIO 1099/11, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2011 r.

W przepisie art. 51 ust. 2 Pzp, ustawodawca posłużył się pojęciem „warunków udziału w postępowaniu” w rozumieniu art. 22 ust. 1 Pzp oraz pojęciem „najwyższej oceny spełniania tych warunków”. Zatem „najwyższa ocena” przyznana wykonawcy (dodatkowa punktacja) musi wynikać ze spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w stopniu przekraczającym minimalny zakres wymaganego w danym postępowaniu doświadczenia. Powyższe oznacza, że opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, określony przez zamawiającego w ogłoszeniu, stanowi podstawę zarówno oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak i oceny – w jakim stopniu wykonawca przewyższa wymagania minimalne.

Art. 67 ust. 1 pkt 6

88. Sygn. akt: KIO 1295/11, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2011 r.

Zamawiający nie ma obowiązku precyzowania okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, oraz zamieszczania specyfikacji technicznych związanych z planowanym zamówieniem uzupełniającym. Ustawa Pzp tak jak wskazano w art. 41 pkt 15 tej ustawy wymaga wyłącznie podania w Ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, wskazanych w powołanym art. 67 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podzieliła jednocześnie pogląd Zamawiającego, iż z faktu wydania przez Prezesa UKE dwóch odrębnych decyzji administracyjnych nie wynika obowiązek prowadzenia dwóch odrębnych postępowań o zamówienie publiczne w procedurze przetargowej, celem zawarcia dwóch odrębnych umów w sprawie zamówienia publicznego. Izba rozpatrując wskazany zarzut miała także na względzie powołany przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp – stwierdziła, że na potwierdzenie tego zarzutu Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów. Co prawda powoływał się w odwołaniu na „Projekt Planu Wdrożenia Telewizji Cyfrowej w Polsce”, jednakże taki dowód do czasu zamknięcia rozprawy nie został przedłożony Izbie. Izba zwraca także uwagę, że Odwołujący nie kwestionował – prezentowanego w toku rozprawy – stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że wobec wydania decyzji rezerwacyjnych z dnia 31 lipca 2009 r. [DZC-WTV-5157-2/09] oraz z dnia 30 września 2009 r. [DZC-WTV-5157-4/09] powyższy dokument stracił swój byt oraz, że i ten dokument ten nie będąc źródłem prawa nie rodził żadnych skutków prawnych. Izba jednocześnie zauważa, że powoływany przez Odwołującego art. 31 dyrektywy klasycznej [Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114)] przede wszystkim stanowi o możliwości powtarzania podobnych usług – nie tych samych – powierzonych wykonawcy, któremu ta sama instytucja zamawiająca udzieliła pierwotnego zamówienia. Odwołujący potwierdził w toku rozprawy, że usługa emisji programów TVP w ramach multipleksu MUX1 jest usługą tego samego rodzaju. Tym samym na gruncie wskazanej dyrektywy, kwestionowane zamówienie uzupełniające jest bezspornie usługą podobną do usługi objętej zamówieniem podstawowym. Wobec zatem niepodważonej przez Odwołującego w toku roz-

prawy argumentacji Zamawiającego, co do funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na jego specyfikę oraz wobec braku – jak wskazano powyżej – możliwości zamiennego posługiwania się pojęciami Multiplex Cyfrowy DVB-T i DVB-T/MUX3 TVP, zarzut dotyczący niezgodności zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym nie został uwzględniony. W tym przypadku Izba miała także na względzie Opinię techniczną Zakładu Kompatybilności Elektromagnetycznej Instytutu Łączności z Wrocławia. Zgodnie z tą opinią (...) Usługa transmisji i emisji MUX 3 i MUX 1 z technicznego punktu widzenia jest tożsama, gdyż obejmuje m.in. te same elementy składowe i (...) może być prowadzona z tych samych obiektów równolegle, wykorzystując te same (lub równoważne) łącza dosyłowe. Stąd też Izba uznała za nieudowodnione twierdzenie Odwołującego, że różne częstotliwości usługi operatora technicznego dla MUX 1 oraz dla MUX 3, a także wymóg użycia odmiennej infrastruktury technicznej potwierdzają brak zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego wymaganego przepisem art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Art. 82 ust. 1

89. Sygn. akt: KIO 528/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.

Jednocześnie złożenie egzemplarza oferty oraz jej kopii nie może być uznane za złożenie dwóch ofert, gdyż w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych kopia oferty nie może zostać uznana za ofertę. Przełożenie przez Zamawiającego przedmiaru z kopii oferty i dołączenie go do oferty wykonawcy Konsorcjum (...) było czynnością poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynność ta nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty, gdyż w żaden sposób nie wpływała na cenę zawartą w ofercie. Cena oferty w egzemplarzu oryginalnym i kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem była taka sama.

Art. 83 ust. 2

90. Sygn. akt: KIO 1104/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.

Postępowanie, w którym wniesiono odwołanie, było prowadzone z możliwością składania ofert częściowych dla trzech części przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 2 pkt 7 Prawa zamówień publicznych [chodzi o art. 2 pkt 6 ustawy Pzp – przyp. red.], oferta częściowa to oferta przewidująca, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego. Ustawa dopuszcza również udzielenie zamówienia w częściach (art. 6a Prawa zamówień publicznych) – wówczas dla każdej części postępowania prowadzone są odrębne postępowania (art. 32 ust. 4 Prawa zamówień publicznych), a „suma” przedmiotów zamówienia odrębnych postępowań stanowi jedno zamówienie. Zatem w przypadku udzielenia zamówienia, którego przedmiot jest podzielny, Zamawiający może wybrać dwa sposoby postępowania: albo przeprowadzić jedno postępowanie z możliwością składania ofert częściowych (jak w przypadku postępowania, w którym wniesiono odwołanie), albo przeprowadzić kilka odrębnych postępowań w celu udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. W niniejszym uzasadnieniu, ilekroć mowa o „części zamówienia”, „części postępowania”, a nie zaznaczono inaczej, odnosi się to do udzielenia zamówienia z możliwością składania oferty częściowej. Według art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący wywodził, że skoro w przepisie tym określenie „postępowanie” jest użyte w liczbie pojedynczej, to w przypadku postępowania z możliwością składania ofert częściowych, jeżeli nieprawdziwe informacje zostały złożone w przynajmniej jednej części postępowania, to wykonawca powinien być wykluczony z wszystkich

części postępowania, bowiem nie ma instytucji „wykluczenia częściowego”. Rzeczywiście brak w Prawie zamówień publicznych, w odniesieniu do wykluczenia, przepisu będącego odpowiednikiem przepisu art. 93 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w którym przewidziano, że „jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio” (pozwalający na unieważnienie postępowania w określonej części). Niemniej jednak ustawodawca przewidział wykluczenie tylko w niektórych częściach zamówienia – jeżeli wykonawca nie wniesie wadium w jednej z części, to podlega wykluczeniu właśnie w tej części. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby warunki udziału w postępowaniu ustalić odrębnie dla każdej części postępowania, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych – w takim wypadku również należy wykluczyć wykonawcę z powodu niespełnienia warunków tylko w określonej części. Powyższe przykłady wskazują, że postępowanie z możliwością składania ofert częściowych charakteryzuje się autonomicznością każdej części, tak samo, jak odrębne (autonomiczne) byłyby postępowania prowadzone osobno dla poszczególnych części zamówienia. Zamawiający na rozprawie wskazywał, że konsekwencje dla wykonawcy wynikające z określonego czynu nie powinny się różnić tylko dlatego, że Zamawiający wybrał określony sposób udzielenia zamówienia: gdyby postępowanie nie było prowadzone z możliwością składania ofert częściowych, a według alternatywnego sposobu – prowadzono by postępowanie odrębne dla każdej części – wówczas nie wnioskowano by o wykluczenie wykonawcy ze wszystkich postępowań, jeżeli nieprawdziwe informacje wykonawca złożyłby w jednym z nich. Pogląd ten Izba podziela, dodatkowo wskazując, że wykluczenie wykonawcy z postępowania ma charakter sankcyjny i powinno być stosowane możliwie wąsko, zatem jeżeli skutkujące wykluczeniem uchybienie wykonawcy nastąpiło w jednej części postępowania, wykluczenie powinno nastąpić w tej właśnie części. Oczywiście podanie nieprawdziwych informacji jest naganne, niemniej jednak charakter przesłanki wykluczenia nie może przesądzać o możliwości zastosowania tej samej przesłanki wykluczenia w innych częściach postępowania. Ponieważ Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż ustalenie, czy informacje zawarte w dokumentach przedmiotowych dla drugiej i trzeciej części postępowania są nieprawdziwe, nie ma znaczenia dla ustalenia przesłanek wykluczenia w części pierwszej postępowania, Izba, jako że odwołanie dotyczyło tylko pierwszej części zamówienia, odstąpiła od badania, czy dokumenty przedmiotowe złożone w części drugiej i trzeciej postępowanie zawierały nieprawdziwe informacje. Reasumując, jeżeli doszłoby do złożenia dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje odnoszące się w jakikolwiek sposób do wszystkich części postępowania (bez względu na charakter dokumentów – czy byłyby to dokumenty przedmiotowe czy podmiotowe), to wykonawca podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych ze wszystkich części postępowania, natomiast jeżeli dokumenty będące podstawą wykluczenia zostały złożone tylko w ramach jednej części postępowania i były to specyficzne dokumenty wymagane wyłącznie dla tej części, nie można wykonawcy wykluczyć z innych części postępowania.

Art. 87 ust. 1

91. Sygn. akt: KIO 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.

Przepis ten w zdaniu drugim wyraźnie przewiduje natomiast, iż w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 2 tego przepisu, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Oznacza to zatem, iż wyjaśnienia co do zasady nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni. Korekta treści oferty możliwa jest tylko w oparciu o art. 87 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp. Zakazu negocjacji nie należy jednak utożsamiać z niedopuszczalnością posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi

w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jako źródłem wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 1

92. Sygn. akt: KIO 502/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

Niesporny w sprawie jest, że w załączniku 1a pn. „Oferta cenowa” zamawiający wymagał m. in. podania ceny najmu za 1 m² pomieszczeń przewidzianych na cele biurowo-magazynowe wykonawcy, wskazując jako minimalną cenę netto 40 zł za 1 m². Wbrew twierdzeniom odwołującego oświadczenie wykonawcy w tym zakresie jest w ocenie Izby częścią oferty. Z woli zamawiającego jest to podmiotowo istotny składnik treści czynności prawnej, jakkolwiek nie dotyczy wprost istoty przedmiotu zamówienia [*przedmiotem zamówienia była usługa utrzymania czystości – przyp. red.*]. Spełniając wymóg podania ceny najmu za 1 m² odwołujący podał kwotę 5 946 435,12 zł (netto) + podatek VAT i cenę 6 285 847,32 (brutto). Bezsporne jest spostrzeżenie, że wskazane wielkości są tożsame i w istocie stanowią powielenie ceny oferty za przedmiot zamówienia podanej na tej samej stronie oferty cenowej. Oczywiście jest również stwierdzenie, iż absurdem byłoby uznanie wskazanej kwoty jako jednostkowej ceny najmu pomieszczenia. Zrozumiałe jest zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia tej okoliczności. Podanie wyżej wskazanej wielkości należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską wynikłą ze skopiowania i ponownego wpisania w omawianym miejscu ceny oferty zamiast ceny najmu za 1 m². W konsekwencji popełniona omyłka podlega obligatoryjnemu poprawieniu przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy poprzez wpisanie wymaganej wielkości w wysokości 40 zł netto.

93. Sygn. akt: KIO 511/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

Również zarzut odwołującego zaniechania przez zamawiającego odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty konsorcjum (...), jako niezgodnej z treścią SIWZ, ze względu na nieścisłości formalne w załączniku A do formularza oferty, należało uznać za nietrafny. Nawet jeżeli w wymienionej tabeli załącznika A do oferty uległa przesunięciu środkowa kolumna, skutkiem czego w polach opisu dwóch nadzorowanych przetargów uległa zakryciu cyfra 1, co jak zamawiający przyznało miało miejsce, nie tylko w przypadku oferty konsorcjum (...), nie świadczy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Oferowany nadzór nad zakresem opracowań projektowych i robót realizacyjnych opisany został, oprócz wymienienia ich oznaczenia liczbowego także słownie w pełnych nazwach odcinków („odcinek (...) od km 16,000 do 76,200” oraz „odcinek (...) km 16,200 do 39,000) w taki sposób, że nie ma możliwości uznania, że przedmiotem nadzoru mają być inne odcinki tej samej linii. Tym samym, bezpodstawne jest twierdzenie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Merytoryczna treść oferty konsorcjum (...) pozostała właściwa, natomiast stwierdzone zniekształcenie ma charakter formalny, a ponadto nie zostało ono wywołane przez konsorcjum (...). Zamawiający potwierdził, że sam dokument – załącznik A do formularza oferty, udostępniony wykonawcom na stronie internetowej w formie edytowalnej, nie był przystosowany do rozmiarów standardowych. Wymieniona nieścisłość, zdaniem Izby, kwalifikuje się do poprawy jako oczywista omyłka pisarska w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie stoi temu na przeszkodzie postanowienie SIWZ-IDW punkt 12.6, że zamawiający nie dopuszcza dokonywania w treści załączonych dokumentów jakichkolwiek zmian ich treści (skrótów, opuszczeń, skreśleń, poprawek lub dopisków).

94. Sygn. akt: KIO 566/11, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2011 r.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędów w kosztorysie ofertowym Izba stwierdziła, iż wszystkie wskazane błędy nadają się do korekty w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamów-

wień publicznych, której to Zamawiający dokonał, o czym świadczy pismo do X S.A. z 4 marca 2011 r. Sam sposób dokonania korekty Izba uznała za logiczny i ogólnie poprawny – do jednostki m (metr) dopisano brakujące ² lub ³ (kwadratowy/sześcienne), a zaokrąglone do dwóch miejsc po przecinku obmiary skorygowano do istniejących w przedmiarze, przy czym rzeczywiście nie było potrzeby zmieniać obliczeń, gdyż wykonawca dokonał wyliczenia wartości pozycji według wartości podanych w przedmiarze, a nie wskazanych w kosztorysie ilości „zaokrąglonych”. Izba podziela również stanowisko Zamawiającego, że w poz. 22 d.1. kosztorysu „przebudowa sieci ciepłowniczej” znalazł się zapis „mm”, tj. dwa razy „m” ze spacją między nimi, a nie mm, czyli milimetr. Jednak niezależnie od tego, czy byłby to dwa razy wpisany metr, czy też milimetr, poprawienie go na metr jest nie tylko zgodne z jednostką przyjętą w KNR, lecz także logiczne, gdyż absurdalne jest stwierdzenie, że Zamawiający zamawiałby lub wykonawca chciał zaoferować i wycenić usługi odnoszące się do 70 milimetrów rurociągu. Poza tym wielkość tę niewątpliwie należy odnieść do pozostałej części dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych itd. Zatem korekta polegająca na zmianie jednostki miary, a nie przeliczaniu ceny jednostkowej razy 1000 jest działaniem racjonalnym. W odniesieniu do pominiętych w opisach pozycji krotności Izba stwierdziła, iż nie ma przeszkód, by wskazane pozycje zostały poprawione w sposób, w jaki zrobił to Zamawiający, co do zasady bowiem poprawki powinny być dokonywane tak, by jak najmniej ingerować w treść oferty. Jeśli więc Zamawiający uznał braki za brak w opisie pozycji, a nie jej wycenie, a nie prowadzi to do wyceny, którą można uznać za nierealną, to nie można mu zarzucić naruszenia przepisów ustawy. Jedyna korekta wartości pozycji powinna nastąpić w poz. 97.d.6, w której wyceniono 213,40 zamiast 218,40 m³. Jednak różnica w cenie tej pozycji wyniesie jedynie 214,35 zł, zatem nie ma wpływu na ranking ofert.

95. Sygn. akt: KIO 294/11, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2011 r.

W odniesieniu do zarzutu zmiany treści oferty w zakresie ilości portów USB, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się, a zmiana układu portów $3+4+2=10$ na $3+4+3=10$ nosi raczej znamiona omyłki pisarskiej lub rachunkowej, którą, jeśli Zamawiający nie był pewny, w jaki sposób ma ją poprawić, można było wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 87 ust. 2 pkt 2

96. Sygn. akt: KIO 433/11, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r.

Zamawiający bezpodstawnie zmienił treść oferty Odwołującego w zakresie określenia jej ceny, błędnie wskazując, iż znajduje to oparcie w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp dotyczącym poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych. Zamawiający 21 lutego 2011 r. poinformował przy tym Odwołującego, iż na podstawie tego przepisu poprawił omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny oferty, nie wskazując, iż ma ona przymiot omyłki oczywistej, natomiast nazwanie obniżenia ceny całkowitej z 2.310.885,00 zł na 1.924.068,00 zł „korektą”, należy uznać za eufemizm. Zamiast poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej doszło w ten sposób do dokonania istotnej zmiany treści oferty Odwołującego. Przede wszystkim jednak Zamawiający w sposób zupełnie nieuzasadniony przyjął, iż sposób wypełnienia tabeli cenowej formularza ofertowego przez Odwołującego ma charakter omyłki, i to oczywistej. Jest to zupełnie niezrozumiałe i sprzeczne z argumentacją podniesioną w odpowiedzi na odwołanie, w której Zamawiający sam wskazał, iż z istoty „oczywistej omyłki” rachunkowej wynika, iż jest nią niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, polegający na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Tymczasem Odwołujący konsekwentnie i niezmiennie prezentował stanowisko, iż zaoferowanie za wykonanie przedmiotu zamówienia ceny w wysokości 2.310.885,00 zł, obliczonej przez zsumowanie cen za poszczególne

moduły, których cena nie stanowi zsumowania cen za poszczególne usługi, jest rezultatem jego świadomej i celowej decyzji. Zatem nawet gdyby okazało się, że taki sposób postępowania nie mieści się w określonym przez Zamawiającego sposobie obliczenia ceny, to niemożliwe byłoby poprawienie takiego błędu w obliczeniu ceny w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 pzp. Nawet jeżeli Zamawiający pozostawał w błędzie co do jednoznaczności postanowień § 12 s.i.w.z., to z pewnością przed wniesieniem odwołania mógł i powinien mieć świadomość, iż sposób obliczenia ceny oferty (...) nie jest rezultatem oczywistej omyłki rachunkowej. W odpowiedzi na przesłane jednocześnie z zawiadomieniem o poprawieniu „omyłek rachunkowych” wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 pzp, Odwołujący złożył 2 marca 2011 r. takie wyjaśnienia, zastrzegając wyraźnie, iż dotyczą one ceny oferty w wysokości 2.310.885,00 zł. Na marginesie Izba zauważa swoisty paradoks postępowania Zamawiającego, który arbitralnie dokonał „korekty” ceny oferty, zobowiązując jednocześnie Odwołującego do wykazania, że po dokonanych w ten sposób znaczącym obniżeniu ceny, nie ma ona znamion ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeżeli Zamawiający mimo tych wyjaśnień miał jeszcze jakiegokolwiek wątpliwości, to mógł i powinien skorzystać dodatkowo z instytucji wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty w zakresie sposobu obliczenia ceny.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

97. Sygn. akt: KIO 385/11, KIO 386/11, KIO 393/11, KIO 406/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.

Izba nie podzieliła zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na nieuwzględnienie przez zamawiającego, iż w ofercie Konsorcjum X wskazano „okres zgłaszania wad” – 1 rok, gdy wymagania siwz przewidywały 3-letni okres zgłaszania wad, co stanowi oczywistą sprzeczność treści oferty Konsorcjum X z treścią siwz. Izba zważyła, że zamawiający wprowadził zmieniony okres zgłaszania wad w wyniku wyjaśnień treści siwz, przy czym nie dokonał w tym zakresie zmiany formularza oferty. Jednocześnie w postępowaniu obowiązywał zakaz dokonywania przez wykonawców samodzielnie zmian w treści ww. formularza. Wobec powyższego należało uznać, że niezgodność treści oferty z siwz w powyższym zakresie była wynikiem sprzeczności postanowień zawartych w specyfikacji. W takim przypadku wykonawca w żadnym razie nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędnych działań zamawiającego. Uwzględniając istotne znaczenie popełnionych przez siebie błędów, zamawiający słusznie wyjaśnił ten element oferty i dokonał poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

98. Sygn. akt: KIO 481/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.

Odwołujący (...), co jest bezsporne, zaoferował półki o szerokości 45 cm. Wynika to nie tylko z treści jego oferty. Fakt ten przyznał także w odwołaniu, jak również na rozprawie, twierdząc iż istotnie wskazał jako oferowaną szerokość półki 45 cm, jednak szerokość ta (45 cm) była liczona od brzegów półki, co jednak nie zostało wyartykułowane w treści jego oferty. Wskazał tam bowiem, wbrew wcześniejszym twierdzeniom, iż szerokość 45 cm dotyczy wymiarów powierzchni roboczej półek po stronie aparaturowej, a nie odległości od jej brzegów. Odwołujący (...) przyznał także, iż faktycznie wskazana szerokość półki jest nieprawidłowa i jest ona konsekwencją omyłki jego pracownika. Natomiast Zamawiający winien tę kwestię wyjaśnić. Niewątpliwym jest, iż Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, jednakże takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Jednak należy pamiętać, że obowiązek żądania wyjaśnień ma miejsce tylko wtedy, gdy treść oferty budzi wątpliwości, jak również zawiera sprzeczne i niejasne sformułowania. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym okoliczność taka nie

występuje. Treść oferty, w kwestionowanej części, nie budzi żadnych wątpliwości. Odwołujący (...) jednoznacznie bowiem wskazał szerokość oferowanej półki (45 cm), jak i to, że kwestionowany przez Zamawiającego wymiar dotyczy wymiarów powierzchni roboczej półki. Parametr ten nie może być również poprawiony, w ramach art. 87 ustawy Pzp, gdyż jego zmiana wymagałaby wskazania prawidłowej szerokości zaoferowanej przez Odwołującego (...) półki, a nie byłoby to możliwe bez konsultacji z tym wykonawcą. Jako prawidłowy parametr należałoby bowiem wpisać jeden z kilku możliwych wariantów szerokości. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

99. Sygn. akt: KIO 554/11, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r.

Wobec tego, iż jednocześnie z treści całej oferty wynika, iż zamiarem Odwołującego było złożenie oferty na wykonanie całego przedmiotu zamówienia obejmującego rozbudowę i przebudowę budynku świetlicy wiejskiej w K., opisanego nie tylko w przedmiarach robót, ale również projekcie budowlanym i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, to uznać należy, iż brak przeredagowania standardowego opisu pozycji KNNR5 0303-02 na występujący w poz. 24 przedmiarów robót elektrycznych załączonych do s.i.w.z. ma charakter pomyłki popełnionej przy sporządzaniu kosztorysu w programie komputerowym z wykorzystaniem jego standardowych ustawień. Nawet jeżeli nie można tej pomyłce przypisać cechy oczywistości, uznając, iż nie jest to oczywista pomyłka pisarska, to nie sposób nie uznać, iż nie mieści się w kategorii tzw. innych omyłek. Jednocześnie w ocenie Izby, do stwierdzenia tej omyłki w kosztorysie ofertowym Odwołującego, nie były konieczne żadne wyjaśnienia z jego strony, lecz wystarczyło porównanie tego kosztorysu z przedmiarem, co *de facto* przeprowadził Zamawiający, bezbłędnie identyfikując rozbieżność opisu w poz. 24 robót elektrycznych. (...) Brakowi cechy istotności dokonanej zmiany nie stoi również na przeszkodzie przyjęta dla rozliczenia wykonanych robót zasada wynagrodzenia kosztorysowego. Nie można bowiem stwierdzić, iż co do zasady wynagrodzenie kosztorysowe wyłącza możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp do omyłek popełnionych w kosztorysach ofertowych stanowiących treść oferty. W niniejszej sprawie nie ma natomiast z pewnością żadnych przeszkód do poprawienia pomyłki, która dotyczy wyłącznie opisu poz. 24, która wyrażona jest w jednostce miary „sztuka”, a ilość jednostek przewidywanych przez Zamawiającego i wycenionych przez Odwołującego jest zgodna i wynosi „1”.

100. Sygn. akt: KIO 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.

Zamawiający ma obowiązek dokonania poprawek w ofercie, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a realizacja tego obowiązku może być poprzedzona wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem czy zmianą treści oferty (...). Tryb przewidziany w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp może być tym samym w indywidualnych przypadkach wykorzystywany przy ustaleniu, czy zaistniała przesłanka z art. 87 ust. 2, w szczególności art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak było to już wskazane, jego wykorzystanie może dotyczyć wyłącznie uzyskania od wykonawcy wykładni złożonego przez niego oświadczenia woli. Uzgadnianie treści oferty w oparciu o ten przepis objęte jest zakazem ustawowym (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1324/09). (...) W przedmiotowym stanie faktycznym nawet gdyby uznać, iż tego typu błąd wykonawcy mógłby zostać zakwalifikowany jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z treścią SIWZ, brak jest możliwości jego poprawienia, ponieważ zmiana w tym zakresie winna być oceniana jako powodująca istotną zmianę treści oferty. Wprowadzenie podwykonawcy w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia oznacza bowiem zmianę zadeklarowanego sposobu wykonania zamówienia. Istotność tej zmiany potwierdza również fakt, że związana jest z potwierdzeniem spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podziela poglądu, iż o braku takiej istotności świadczy okoliczność, że podwykonawstwo było dopuszczone w pełnym zakresie oraz

że Pani Aleksandra W. była już wskazana w treści oferty jako projektant instalacji sanitarnych i że to ona właśnie będzie sporządzała projekt, bez znaczenia natomiast pozostaje, czy będzie to czyniła na podstawie umowy z wykonawcą X czy też X zawrze stosowną umowę z jej pracodawcą. W ocenie Izby teza ta podważa zarówno sens art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, jak i innych przepisów dotyczących niezmienności oferty i związania wykonawcy ofertą rozumianego jako wypełnienie wszystkich zapisów wynikających z jej treści. Obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, co wskazuje na istotny charakter oświadczenia w tym zakresie.

101. Sygn. akt: KIO 528/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.

W ocenie Izby Wykonawca – Konsorcjum X sp. z o.o. oraz (...) – uprawdopodobnił wystąpienie omyłki w złożonej ofercie. Na okoliczność tę wskazuje fakt jednoczesnego złożenia przez tego Wykonawcę kopii oferty, zawierającej prawidłowe załączniki. Oryginał oferty oraz jej kopia różnią się wyłącznie tym, iż do oryginału oferty zamiast dwóch różnych przedmiarów załączono dwa egzemplarze tego samego przedmiaru i nie załączono przedmiaru dotyczącego „Instalacje elektryczne – zasilanie pompowni”. Kopia oferty nie zawiera tego błędu. Kopia oferty z definicji zawiera te same dane, co oryginał danego dokumentu. Co więcej, w niniejszej sprawie Wykonawca Konsorcjum X sp. z o.o. oraz (...) poświadczył kopię oferty za zgodność z oryginałem. Dlatego w niniejszej sprawie, z okoliczności faktycznych przedstawionych powyżej, w szczególności takiej samej ceny zaoferowanej za realizację całości zamówienia, jaką zawiera oferta i jej kopia, wynika, że wykonawca zamierzał złożyć ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Omyłka w niniejszej sprawie winna być rozumiana jako błąd techniczny, do którego doszło na etapie spięcia dokumentów. Brak jednego z przedmiarów i dwukrotne załączenie innego, zdaniem Izby, mogą zostać uznane za inną omyłkę, w rozumieniu artykułu 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wbrew twierdzeniu Odwołującego nie mamy w niniejszej sprawie do czynienia z ingerencją Zamawiającego w treść oferty, czy też negocjacjami pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, gdyż kopia oferty została złożona równocześnie z oryginałem oferty. Zatem nie zaistniała sytuacja, w której Wykonawca uzupełnił treść oferty o nowe elementy. Z jednocześnie złożonej kopii można było poznać wiadomość o popełnieniu omyłki przez Wykonawcę polegającej na niewłaściwym spięciu dokumentów. W treści kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem wszystkie przedmiary zostały załączone prawidłowo, zgadzała się także cena łączna za całość zamówienia. W treści egzemplarza oryginału cena łączna nie odpowiadała sumie poszczególnych kosztorysów.

102. Sygn. akt: KIO 822/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.

W tym miejscu Izba zaznacza, że stanowisko odwołującego, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie może prowadzić do zmiany ceny, gdyż zmiany takie są dopuszczalne jedynie w razie poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, nie jest uzasadnione. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną. W konsekwencji stwierdzić należy, że również przyjęcie w postępowaniu kosztorysowej formy wynagrodzenia nie stanowi przeszkody do zastosowania procedur poprawiania omyłek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy.

103. Sygn. akt: KIO 839/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.

Nie ma również przeszkód prawnych, które generalnie wyłączałyby możliwość poprawienia w harmonogramie omyłek polegających na niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Jednakże

w przypadku zaistniałej w ofercie Odwołującego niezgodności pomiędzy kwotą zaplanowaną w harmonogramie jako kwota do zapłaty, różniącą się od kwoty oferty o prawie 2 miliony złotych, czyli ponad 20% ceny oferty netto, Zamawiający nie mógłby zastosować prostego poprawienia zaistniałej „omyłki”. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego harmonogram finansowy nie mógł zawierać dowolnego podziału płatności, lecz miał odnosić się do wartości i rodzaju wykonywanych prac w poszczególnych miesiącach, tym samym Zamawiający musiałby na podstawie kosztorysu, harmonogramu rzeczowego, poprawianego harmonogramu finansowego (przy czym informacje w obu sporządzonych przez Odwołującego harmonogramach są dość skąpe), projektu, SWTiORB i innych dostępnych mu dokumentów, dokonać analizy kolejności i kosztów planowanych przez Odwołującego prac, a następnie sporządzić nowy harmonogram, co stanowczo wykracza poza dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

104. Sygn. akt: KIO 1066/11, Wyrok KIO z dnia 30 maja 2011 r.

W ocenie Izby nie sposób podzielić stanowiska zamawiającego, że każda omyłka w obliczeniu ceny inna niż oczywista omyłka rachunkowa jest błędem w obliczeniu ceny, który skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. Zamieszczone w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcia lub pomylenia określonych wyrażen czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty z SIWZ. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. O tym, że również omyłki dotyczące sposobu obliczenia ceny inne niż oczywiste omyłki rachunkowe powinny podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, świadczy choćby uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 września 2008 r. (Dz.U. Nr 171, poz. 1058), która wprowadziła art. 87 ust. 2 ustawy w aktualnym brzmieniu.

105. Sygn. akt: KIO 1147/11, Wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r.

W ocenie Izby brak określonej informacji w ofercie, który może być uzupełniony na podstawie innych danych w niej zawartych, mieści się w pojęciu „omyłka” ujętym w przepisach art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

106. Sygn. akt: KIO 1252/11, Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2011 r.

Izba przyznała rację zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym odwołującego znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Prawdą jest, że możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie na podstawie ww., w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. Jeśli obowiązek poprawy wymaga samodzielnego działania zamawiającego, a do tego sprowadza się przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, możliwość poprawienia błędu musi być jasna, oczywista, nie budząca jakichkolwiek wątpliwości, a ponadto musi wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełniania. W ocenie Izby, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych wyżej częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści, chociażby ze względu na zmianę zakresu rzeczowego robót i zmianę rodzaju materiałów. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że jedyną przesłankę stosowania normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi „niewielka” różnica cenowa ewentualnej dokonanej korekty, której odwołujący nawet nie wyliczył. Należało zważyć, że odwołujący nie zaferował całego zakresu rzeczowego. Sam fakt, iż w punkcie 17.2 SIWZ

zamawiający zapowiedział możliwość dokonania poprawy w kosztorysach ofertowych w granicach 5% ceny oferty nie świadczył, iż postanowienie to mogło znaleźć zastosowanie w każdej sytuacji. Przede wszystkim oferta musiałaby kwalifikować się do poprawy w oparciu o jej pierwotną zawartość, bez składania przez wykonawcę jakichkolwiek nowych oświadczeń woli (poza wyjaśnieniami), ingerujących w treść złożonej oferty. Nie można też mówić o tym, że oznaczony procent zmiany ceny, w stosunku do ceny ofertowej, stanowi sam przez się o możliwości dokonania korekty, gdyż wówczas kwota taka pozostawałaby relatywnie uzależniona od wartości ofert składanych w danym postępowaniu.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

107. Sygn. akt: KIO 374/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.

Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie w SIWZ w rozdziale IV wymagał w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego m.in. poprzez opis oferowanego przedmiotu zamówienia (prospekt, katalog, instrukcja obsługi, karta, formularz danych technicznych) potwierdzający wymagania techniczno-eksploatacyjne zawarte w Załączniku nr 2 do SIWZ. Ponadto w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 5 stycznia 2011 r. w odpowiedzi na pytania wykonawców – pytanie nr 13 zamawiający na potwierdzenie spełnienia parametrów ujętych w Załączniku nr 2 do SIWZ dopuścił oświadczenie wykonawcy wraz z informacją od producenta sprzętu przetłumaczoną na język polski. Oznacza to zatem, iż każdy parametr wskazany w Załączniku nr 2 winien być potwierdzony w sposób przyjęty przez zamawiającego. Nie było uzasadnione ani dopuszczalne wartościowanie, które z parametrów nie podlegają weryfikacji w sposób określony w SIWZ z uwagi na własne doświadczenia zamawiającego, ani to, aby parametr „ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT” oferowany na poziomie minimalnym nie podlegał wykazaniu przez wykonawcę. Nie było zatem zasadne zaniechanie żądania potwierdzenia minimalnych parametrów skanowania jako że, jak wywieść można ze stanowiska zamawiającego, ich spełnienie było oczywiste. Okoliczność, iż nie były one punktowane, pozostaje bowiem bez znaczenia dla oceny, czy oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a w takim celu składane są dokumenty na potwierdzenie spełniania przez dostawy warunków postawionych przez zamawiającego. Skoro zamawiający postawił wymóg „ilość projekcji skanu topograficznego min. AP, PA, LAT” i nie wskazał, iż podlega on weryfikacji wyłącznie na poziomie wyższym niż minimalny (punktowanym), nie był uprawniony do zmiany stanowiska na etapie badania i oceny ofert z uwagi na okoliczność, iż dany oferowane urządzenie jest mu znane w praktyce. Oznaczałoby to bowiem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdzie zakres weryfikacji oferty byłby uzależniony od tego, czy wykonawca oferuje sprzęt, który jest znany czy też nie jest znany zamawiającemu.

108. Sygn. akt: KIO 542/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.

Izba uznaje, że treść wymaganych specyfikacji technicznych oferowanego sprzętu stanowi merytoryczną treść oferty poprzez wskazanie nazw, symboli i szczegółowej konfiguracji parametrów technicznych konkretnego zaoferowanego sprzętu. Brak powyższych informacji uniemożliwia ustalenie, jaki sprzęt jest zaoferowany przez wykonawcę, a w konsekwencji rzeczywiste badanie zgodności treści oferty z treścią siwz w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Należy stwierdzić, że są to informacje określające wprost przedmiot oferty i składające się na jej treść, natomiast nie są to oświadczenia lub dokumenty mające potwierdzić, że oferowany sprzęt spełnia wymogi postawione przez zamawiającego. W szczególności Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że jedynie informacje określone w art. 86 ust. 4 ustawy składają się na treść oferty. Należy zauważyć, że powołany przepis wskazuje jedynie na zakres informacji podlegających ogłoszeniu podczas sesji otwarcia ofert i w istocie nie re-

guluje kwestii zawartości merytorycznej oferty. Pogląd odmienny prowadziłby w konsekwencji do stwierdzenia dopuszczalności złożenia oferty bez wskazania zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Zważywszy, że przedmiotowe informacje stanowią treść oferty, objęte są one regulacjami art. 87 ust. 1 ustawy, zatem zasadne jest uznanie, że nie ma do nich zastosowania przepis art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 ustawy, a tym samym zarzut zaniechania ich zastosowania jest nieuprawniony. Izba zauważa przy tym, że wymóg opisanie, poprzez specyfikacje techniczne, oferowanego przedmiotu dostaw wynika wprost z postanowień siwz, a ustalenia tego nie zmienia fakt, iż został on sformułowany nie w formularzu oferty, lecz załączniku do niej oraz w instrukcji dla wykonawców w części mającej określać opis warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów. Wobec powyższego, Izba uznaje, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w częściach, w których została złożona, jest uzasadniona przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

109. Sygn. akt: KIO 545/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.

Stanowisku projektanta w tej sprawie Zamawiający nadaje rolę decydującą, to projektant decyduje którą ofertę uznać za spełniającą wymogi równoważności/ wg tylko sobie wiadomych zasad, a brak uzgodnienia z projektantem powoduje jak w przypadku ofert o nr 2;3;5; ich odrzucenie, bez merytorycznej ich oceny przez Zamawiającego, co stanowi kolejne pogwałcenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Każda złożona oferta musi być oceniona przez Zamawiającego. Zakres tej oceny w zależności od stwierdzonych wstępnie uchybień może być różny, ale musi to być decyzją Zamawiającego, a nie może to być powielenie stanowiska podmiotu nie przewidzianego przez prawo zamówień publicznych – projektanta. W przedmiotowej sprawie nie było żadnych przeszkód, aby projektant był członkiem komisji przetargowej, podlegał rygorom przewidzianym w art. 17 ustawy pzp, a jego opinia indywidualna znalazła, bądź nie, odzwierciedlenie w stanowisku Komisji, a ostatecznie Zamawiającego.

110. Sygn. akt: KIO 560/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.

Nie było sporne, że wynagrodzenie przewidziane przez Zamawiającego za wykonanie zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Obie strony w swoich wypowiedziach ustnych i pisemnych przytaczały odpowiednie fragmenty SIWZ i załączonego do niej wzoru umowy. O ile określając zakres przedmiotu zamówienia, Zamawiający odwoływał się do przedmiarów, to nie zawarł żadnego odwołania do kosztorysu ofertowego. Oczywiście jest, że kosztorys ofertowy, jeżeli jest załączony do oferty, powinien odpowiadać przedmiarom – jednak, o ile w SIWZ nie zostanie mu nadana szczególna ranga, to przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy nie wpływa na zakres zobowiązania. Zasadą jest, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie prace konieczne do wykonania zamówienia – zasady tej Zamawiający w SIWZ w żaden sposób nie wyłączył, przeciwnie, podkreślił ją w sformułowanych przez siebie założeniach, w SIWZ na str. 3, w pkt. 2.2), wprowadzając wymóg przeprowadzenia „wizji lokalnej, zapoznania się z przedmiotem zamówienia oraz zawarcia w cenie oferty wszystkich kosztów za roboty niezbędne do prawidłowego ich wykonania”. Oznacza to, że Zamawiający brał pod uwagę, że mogą wystąpić roboty nieobjęte przedmiarami, ryzyko wykonania których przerzuca na wykonawcę, co jest typowe przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Czynnikiem ostatecznie rozstrzygającym o zakresie zamówienia przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest dokumentacja projektowa. Jedyne uzasadnienie, jakie Zamawiający podawał, wskazując na konieczność „prawidłowości” kosztorysów załączonych do oferty, to potrzeba wyodrębnienia kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych dla rozliczeń z Urzędem Marszałkowskim. Taki wymóg w ocenie Izby w żaden sposób nie wynikał z SIWZ (samo przywołanie w SIWZ umowy o współfinansowaniu nie może decydować o nadaniu kosztorysowi ofertowemu w postępowaniu szczególnej rangi).

111. Sygn. akt: KIO 642/11, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r.

Ze względu na to, że ustalenie wysokości ceny oferty i jej poszczególnych elementów należy do wykonawcy, mógł on w stosunku do wszystkich czy niektórych pozycji udzielić rabatu, co zresztą nie było kwestionowane, a było przewidziane w punkcie 11.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezależnie od udzielonego rabatu cena oferty, która została wpisana w § 3 ust. 1 umowy i będzie ceną do zapłaty, jest czytelna, jako cena ryczałtowa w wysokości 0,01 zł. Odwołujący wskazywał na konieczność dokonywania płatności częściowych zgodnie z zasadą wskazaną w § 8 ust. 2 i 3 wzoru umowy, biorąc jednak pod uwagę, że jest to wzór matematyczny, przy zastosowaniu zasad arytmetyki takich obliczeń można dokonać w sposób matematycznie poprawny. Zatem to postanowienie umowne nie stanowi przeszkody w zaakceptowaniu oferty w istniejącym kształcie.

112. Sygn. akt: KIO 636/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.

W ocenie Izby niedopuszczalnym jest dokonywanie oceny złożonej oferty jedynie w oparciu o oświadczenia znajdujące się w kolumnie Nr 4 załącznika E do s.i.w.z. Oferta, jako całość oświadczeń i dokumentów mających odpowiednio potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu zarówno tych podmiotowych, jak i przedmiotowych, winna podlegać ocenie całościowo. Powyższe oznacza, iż nie jest istotnym, w którym miejscu oferty wykonawca zawarł odpowiednie sformułowania mające potwierdzać spełnianie wymogów Zamawiającego, ważne jest, aby z treści oferty Zamawiający mógł powziąć informacje istotne dla niego, mające wpływ na ocenę dokonywaną przez niego. Przystępujący, część informacji potwierdzających spełnienie wymogów, co do przedmiotu zamówienia zawarł w załączniku E do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast pozostałą część informacji zawarł w opisie oferowane urządzenia, który to opis został zastrzeżony tajemnicą przedsiębiorstwa. Takie działanie Przystępującego nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie stanowi błąd oferty, co do jej formy. Wadliwość oferty pod kątem formy jej złożenia nie stanowi prawa do uznania jej za niezgodnej z s.i.w.z. Elementem istotnie ważnym, a więc rozstrzygającym jest konieczność stwierdzenia, czy oferta Przystępującego nie spełnia wymogów Zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia pod kątem merytorycznym, a więc niezbędnym do uznania, czy przedmiot oferty jest zgodny z opisem poczynionym przez Zamawiającego.

113. Sygn. akt: KIO 839/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.

Odwołujący dołączył harmonogram rzeczowy i finansowy w postaci dwóch osobnych dokumentów, przy czym spór dotyczy harmonogramu finansowego, w którym suma płatności została wskazana na kwotę 7.851.373 zł (wg wyjaśnień Odwołującego – netto), podczas gdy cena netto oferty to 9.828.000 zł, a brutto 12.088.440 zł. Izba podziela pogląd Zamawiającego, że nawet w braku takiego wyraźnego zastrzeżenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kwota płatności zawarta w harmonogramie finansowym powinna odpowiadać cenie oferty, co jest oczywiste z tego względu, że Zamawiający zobowiązany będzie do dokonania płatności właśnie w takiej kwocie (z zastrzeżeniem oczywiście ewentualnych różnic wynikających z wynagrodzenia kosztorysowego, wykonywania prac zamiennych, odstąpienia od umowy itp. okoliczności), przy tym dla Zamawiającego istotnym czynnikiem może być zaplanowanie i zabezpieczenie wydatkowania środków finansowych w taki sposób, by był on się w stanie ze swoich zobowiązań płatniczych wywiązać.

114. Sygn. akt: KIO 864/11, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2011 r.

Badając powyższy zarzut, Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że z uwagi zarówno na postanowienia SIWZ, jak i z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, projekt dokumentacji technicznej nie może być uznany za treść oferty, ale – o ile nie ma charakteru wyłączanie in-

formacyjnego – może być uznany za dokumenty, potwierdzające, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego, tj. za dokument uzupełniany na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Ponieważ przedmiot zamówienia jest na tyle skomplikowany, że jego dokumentacja techniczna będzie w sposób kompletny sporządzany dopiero po udzieleniu zamówienia, nie można było oczekiwać, że wykonawcy do oferty załączą pełny i kompletny projekt (w rozumieniu dokumentacji projektowej). To w ocenie Izby przesądza, że projekt dokumentacji technicznej, żądany przez Zamawiającego jako załącznik do oferty) nie może być uznany za treść oferty. Zamawiający nabywa urządzenie o skomplikowanym charakterze, nieistniejące w chwili składania oferty, a jego projektowanie wchodzi w zakres realizacji umowy.

115. Sygn. akt: KIO 957/11, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2011 r.

W ocenie Izby, samo przekopiowanie opisu przedmiotu zamówienia, w którym określono wymagane parametry sprzętu nie mogło zastępować szczegółowej konfiguracji urządzenia ze wskazaniem konkretnych podzespołów, pozwalających na osiągnięcie wymaganych parametrów. Wykonawca na podstawie opisu przedmiotu zamówienia miał przedstawić zamawiającemu konkretne urządzenie o konfiguracji odpowiadającej jego wymaganiom. Opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał na konkretny produkt, zawierał jedynie opis wymaganych podzespołów o podanych parametrach technicznych. Potwierdzenie, że parametry te spełnia oferowane urządzenie nie miało być dokonane samym oświadczeniem, ale wskazaniem na konkretne podzespoły (konfigurację sprzętu). Jak potwierdza oferta odwołującego, określenie modelu serwera nie było wystarczające dla potwierdzenia, że jest on zgodny pod względem parametrów technicznych. Odwołujący podał bowiem w formularzu oferty dla dwóch różnych zadań (o odmiennych konfiguracjach), ten sam model serwera. Doprecyzowanie ich konfiguracji miało być zawarte w załączniku do formularza nr 5 (oświadczenia dot. oferowanego sprzętu). Wskazuje to zatem, iż nie dany typ serwera, ale zastosowane przy jego konfiguracji podzespoły pozwalały na ocenę, czy oferowane urządzenie spełnia wymagania zamawiającego. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do przekopiowania treści specyfikacji, która faktycznie stanowiła wytyczną według której wykonawcy mieli zaoferować konkretne urządzenie w konfiguracji spełniającej parametry opisu przedmiotu zamówienia. Izba uznała, iż wymaganie podania nazwy poszczególnych podzespołów nie mogło być interpretowane w sposób, w jak czynił to odwołujący, tj. przez przyjęcie, że podanie nazwy wyczerpywało wskazanie na „serwer”, czy też „płyta główna” lub „procesor”. Obowiązkiem wykonawcy było wskazanie nazwy „własnej” podzespołu, rozumianej jako oznaczenie indywidualizujące dany podzespół, wskazujące na jego pochodzenie od danego producenta oraz posiadane parametry techniczne, pozwalające na osiągnięcie efektu wymaganego przez zamawiającego. Odmienne rozumienie prowadziłoby do przekreślenia celowości żądania przedstawienia szczegółowej konfiguracji parametrów technicznych, gdyż wystarczającym byłoby złożenie samego oświadczenia o zgodności oferowanego urządzenia z opisem przedmiotu zamówienia.

116. Sygn. akt: KIO 1013/11, Wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r.

Uznano, że sporny w sprawie rysunek – szkic poglądowy, nie stanowi oferty w rozumieniu wyżej opisanym. Przemawiają za taką konstatacją poszczególne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opracowanej na użytek tego postępowania, niekategoryczna forma wymagania tego rysunku, wskazująca że ma to być „szkic poglądowy”; umiejscowienie go wśród wymaganych dokumentów niejako na marginesie, w ramach załącznika do „Specyfikacji technicznej na dostawę dwóch fabrycznie nowych kompletnych spagotadawerek tego samego typu wraz z niezbędnym wyposażeniem dla JSW SA KWK „Borynia-Zofiówka” Ruch Zofiówka”, i to załącznika, którego treści postawiono względnie ogólne wymagania i któremu nie przypisano wyraźnie znaczenia i skutku niezłożenia lub niedoskonałości w jego

zakresie. Określony przez zamawiającego „szkic” oraz nadanie mu charakteru jako „poglądowy” potwierdza intencję zamawiającego, którą zamawiający na rozprawie artykułował, że rysunek ten ma służyć w sposób poglądowy zobrazowaniu urządzenia; skoro wymagano szkicu poglądowego to chodziło raczej o obraz urządzenia jako ogólnie pojętego. Szkic bowiem z natury stanowi o potrzebie ogólnego i przybliżonego zaprezentowania obiektu, co do którego nie jest niezbędne podawanie dokładnych danych i proporcji a także szczegółowych elementów.

117. Sygn. akt: KIO 1105/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.

Chociaż Zamawiający w części „instrukcyjnej” specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał, że w ofercie należy podać producenta m.in. oferowanego oprogramowania, wynika to z treści formularzy, zgodnie z którymi należało przygotować ofertę – tabeli zawartej w formularzu cenowym. Odwołujący też tych producentów wskazał, z tym, że w poz. 22, jak następnie stwierdził w wyjaśnieniach – błędnie. Wbrew twierdzeniu Odwołującego wpis ten nie ma jedynie charakteru informacyjnego, lecz jest częścią oświadczenia określającego, nawet jeśli tylko częściowo, przedmiot oferty. Jest on również dla obu Stron obligatoryjny, gdyż Odwołujący nie mógłby dostarczyć, a Zamawiający odebrać oprogramowania wytworzonego przez innego producenta niż to wynika z treści oferty. Tymczasem, jak wynika z ustaleń, takie oprogramowanie nie istnieje i nie będzie przez pana N. wytworzone, zatem Odwołujący nie będzie w stanie zrealizować świadczenia w tym zakresie. (...) Z tego też powodu uznaje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, iż podany w ofercie producent i model oferowanego urządzenia albo wersja oprogramowania co do zasady (poza pewnymi wyjątkami, które w tym przypadku nie zachodzą) nie podlega poprawieniu ani jako omyłka pisarska, ani inna omyłka, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę, że w treści oferty nigdzie nie podano nazwy oprogramowania, która dałaby podstawę do weryfikacji producenta, a oprogramowanie może napisać każdy podmiot posiadający odpowiednie umiejętności, Odwołujący równie dobrze mógł rzeczywiście zaoferować program opracowany przez pana N. Fakt, że pan N. został wskazany jako podwykonawca nie ma znaczenia, gdyż oświadczenie to mogłoby dotyczyć zarówno sytuacji, gdy byłby on producentem, jak i dystrybutorem przedmiotowego oprogramowania. Zamawiający rzeczywiście powinien był odrzucić ofertę Odwołującego po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień, lecz nie ma to wpływu na ocenę obecnie dokonanej czynności.

118. Sygn. akt: KIO 1125/11, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2011 r.

Ustawa Prawo zamówień publicznych odróżnia pojęcie „treści oferty” od dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi, dostawy lub roboty budowlane wymagań zamawiającego, wskazanych przykładowo w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W praktyce rozróżnienie ustalenie charakteru prawnego danego oświadczenia wykonawcy, bądź jako treści oferty, bądź jako dokumentu o charakterze przedmiotowym rodzi istotne trudności. W okolicznościach sporu Izba uznała, że załącznik Nr 1 Formularz wymagań funkcjonalnych i niefunkcjonalnych systemu stanowi o treści oferty. Charakter prawny oświadczeń i dokumentów jest kategorią obiektywną, niezależną od wadliwej interpretacji dokonanej przez zamawiającego. Treść oferty podlega wyjaśnieniu zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp lub poprawieniu w razie stwierdzenia uchybień wskazanych w art. 87 ust. 2 Pzp, natomiast dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego podlegać mogą uzupełnieniu lub wyjaśnieniu na podstawie odpowiednio art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Dopuszczenie do ponownego złożenia załącznika Nr 1 zawierającego wymagany opis doprowadziłoby do określenia przedmiotu oferty, zgodnie z wymaganiami zama-

wiającego, po upływie terminu składania ofert. Powyższe stanowiłoby uprzywilejowanie odwołującego, przez umożliwienie mu przygotowanie oferty w dłuższym niż inni wykonawcy okresie czasu, co naruszałoby art. 7 ust. 1 Pzp.

Art. 89 ust. 1 pkt 3

119. Sygn. akt: KIO 640/11, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r.

(...) zamawiający podał kryteria, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, między innymi:

1. Cena – znaczenie 70%;
2. Upust za nieodpłatne korzystanie z pomieszczeń zamawiającego oraz mediów (prąd, woda, ścieki, ogrzewanie) – znaczenie 5%;

Okoliczność bezsporną stanowiło zatem, iż odwołujący X S.A. w złożonej ofercie proponował upust w wysokości 1 200 000,00 zł. w całym rocznym okresie trwania umowy, co stanowi 100 000,00 zł miesięcznie, wobec ceny finalnej (z uwzględnieniem upustu – 41 795,40 zł miesięcznie. Z powyższego wynika, iż udzielony upust był ponad dwukrotnie wyższy niż cena ostateczna oferty. Przy czym odwołujący, mając pełne rozeznanie jako dotychczasowy wykonawca przedmiotowej usługi, nie zaprzeczył twierdzeniom zamawiającego, że ponoszone faktyczne koszty związane z udostępnieniem wykonawcy przy realizacji zamówienia możliwości nieodpłatnego korzystania z podstawowych mediów: energii elektrycznej, wody i odprowadzania ścieków, kształtują się na znacznie niższym poziomie. Miesięczna wysokość opłat ponoszona przez zamawiającego za całość obiektów szpitalnych, to około 10 000,00 zł za energię elektryczną oraz 200,00 zł za wodę i ścieki. Oferowany z tego tytułu upustu w cenie oferty odwołującego, Izba uznała za nierealistyczny i niewspółmierny do stawianego do dyspozycji wykonawcy wzajemnego świadczenia ze strony zamawiającego. Odwołujący nie negocjował także faktów podanych przez zamawiającego, że przy zaoferowanej kwocie upustu, obejmującego korzystanie z pomieszczeń o łącznej powierzchni 76,5 m² dawałoby to kwotę za 1 m² znacznie przewyższającą 1 000,00 zł miesięcznie, co zważywszy na rodzaj lokalu, i miejsce, w których się znajdują (tj. 4 pomieszczenia: pralni mopów, magazynu, pomieszczenia sanitarnego i szatni), stanowiłoby świadczenie nieekwiwalentne do odnoszonych korzyści ekonomicznych przez wykonawcę. Izba miała na uwadze, iż wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu, tj. Y Sp. z o.o. zaoferował kwotę miesięcznego upustu w wysokości 1 230,00 zł, natomiast wykonawca Z Sp. z o.o. zaoferował kwotę upustu 2 460,00 zł. Zdaniem Izby, są to kwoty mieszczące się szerokich granicach ekwiwalentności do wartości nieodpłatnych świadczeń udostępnianych wykonawcy przez zamawiającego. Izba podzieliła poglądy zamawiającego, że w przedmiotowym stanie faktycznym, logicznie i racjonalnie można wytłumaczyć działanie odwołującego jedynie przypisując zamiar oraz działanie w celu takiego skonstruowania ceny oferty, aby wykorzystując kryterium „upustu” przez to samo, zdobyć przewagę konkurencyjną. Tak wysoka kwota upustu – oderwana od faktycznych kosztów zaoszczędzonych przez wykonawcę, stanowiła jedynie element kalkulacji czysto matematycznej, by uzyskać jak najwyższą ocenę punktową oferty w tym kryterium, tj. maksymalne 5 punktów. Natomiast pozostali wykonawcy, według niekwestionowanych wyliczeń zamawiającego, w przypadku uwzględnienia oferty odwołującego, otrzymaliby w tym kryterium: firma Z – 0,12 punktów, a firma Y 0,06 punktów. Izba zgodziła się również z argumentacją zamawiającego, że celem takiego działania nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę konkurencyjną, któremu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala przeciwdziałać także na gruncie ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty. (...) Istotne z punktu widzenia prawa konkurencji okoliczności przesądzające w ocenie Izby, o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powo-

łanej klauzuli dobrych obyczajów stanowiło nieuczciwe manipulowanie ceną oferty, aby otrzymać jak najwyższą punktację w kryterium „upust.” Przy czym działanie takie było szkodliwe, zagrażało bowiem interesom innych wykonawców, gdyż oznaczało, że inni przedsiębiorcy, którzy podobnej operacji rachunkowej jak odwołujący nie dokonali, a zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego zaoferowali realistyczny upust, wynikający z wartości świadczenia przy uwzględnieniu własnych możliwości finansowych, znaleźli się bez żadnych obiektywnych przyczyn w znacznie gorszej sytuacji, podczas dokonywania oceny ich ofert w wymienionym kryterium. Oczywiście jest więc, że działania odwołującego utrudniały im dostęp do rynku, mimo tego, że zaoferowali upust cenowy realny i współmierny do uzyskanych korzyści z tytułu nieodpłatnego udostępnienia środków służących do realizacji usługi. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy z.n.k. nawet nie wymaga, aby nastąpiło naruszenie interesu innego przedsiębiorcy, dla przyjęcia czynu nieuczciwej konkurencji. Wystarczy jedynie ustalenie zagrożenia interesu mającego wagę gospodarczą innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które jest wyrazem dokonanej przez Izbę oceny zaistniałej sytuacji i jej możliwych konsekwencji dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

120. Sygn. akt: KIO 294/11, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2011 r.

Złożone przez Przystępujących części oferty pod nazwą „Formularz oferty – zał. nr 2 do SIWZ” i „Opis oferowanego przedmiotu zamówienia – zał. nr 2A do SIWZ”, pomimo że liczą kilkadziesiąt stron, mają nie tylko identyczną treść, ale również są identycznie sporządzone pod względem technicznym, np. na str. 59 tabeli w ofercie konsorcjum (...) i str. 54 tabeli (...) wystąpiły takie same błędy formatowania tekstu: pkt 1. „płyta główna” – w obu ofertach wcięcie przed punktem 1), przy pozostałych punktach go brak, w punkcie 2. „BIOS” taki sam akapit przy numeracji, w wyniku którego po obu stronach numerów pozostało wolne miejsce, a w punkcie 1. i 2. użyto funkcji enter lub shift+enter i po słowie „jednostki” oraz „natomiast” powstały niedokończone wersy, z kolei w punkcie 3. „chipset” w obu ofertach pozostawiono wolną górną linijkę lub użyto funkcji wyrównania tekstu do dolnej linii tabeli – przy czym taki wygląd nie wynika z wyglądu tekstu w kolumnie zawierającej wymagania zamawiającego (zastosowano tam inne formatowanie). Nie budzi zatem wątpliwości, że formularze te sporządziła jedna osoba. Nawet gdyby przyjąć wyjaśnienia Przystępujących, że jest to skutkiem korzystania z tego samego poddostawcy, co byłoby do przyjęcia w przypadku „Formularza oferty – zał. nr 2 do SIWZ”, który zawiera nazwy oferowanych modeli, nie wyjaśnia to kwestii identyczności formularzy „Opis oferowanego przedmiotu zamówienia – zał. nr 2A do SIWZ” biorąc pod uwagę, że oferty są – a przynajmniej powinny być – sporządzane przez oferentów. Zdaniem Izby identyczność tych opisów wykracza to poza granice działania przypadku, a taki sposób sporządzania ofert przez wykonawców, którzy z założenia powinni ze sobą konkurować, narusza dobre obyczaje i interesy pozostałych wykonawców oraz zamawiającego, co wyczerpuje definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 89 ust. 1 pkt 4

121. Sygn. akt: KIO 415/11, Wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r.

W związku z faktem, że Odwołujący świadczy na rzecz Zamawiającego usługi, które są przedmiotem niniejszego zamówienia, od początku funkcjonowania systemu SIRE (w okresie 10 lat) uznał, iż posiada pełną wiedzę na temat pracochłonności prac, wchodzących w zakres zamówienia, oraz liczebności zasobów personalnych, niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Odwołujący stwierdził, że wykonanie zamówienia za cenę zaofferowaną przez X S.A. oznacza konieczność świadczenia przez tego Wykonawcę usług za cenę

niższą od poniesionych w tym celu kosztów. (...) Odwołujący przyjął, iż punktem odniesienia do oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, jest oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia, ceny innych ofert złożonych w danych postępowania oraz ceny rynkowe usług tożsamyh z oferowanymi. W niniejszym postępowaniu porównanie ceny oferowanej do szacunkowej wartości zamówienia nie jest miarodajne. Poprzednie postępowania, mające na celu wyłonienie wykonawcy realizującego zamówienie, odbywały się w trybie zamówienia z wolnej ręki, a więc w trybie, w którym nie występuje konkurencja wykonawców. Niniejszy przedmiot zamówienia po raz pierwszy został poddany weryfikacji przez rynek w zakresie jego wartości, wyceny dokonanej przez wykonawców. Przyjęta przez Zamawiającego metoda ustalenia wartości zamówienia w niniejszym postępowaniu powodowała, że wartość zamówienia nie była wskaźnikiem cen rynkowych, ale kwotą płaconą do tej pory wykonawcy za usługi serwisowe, których możliwość realizacji uzyskał w trybie niekonkurencyjnym. Izba zatem dała wiarę (przychyliła się) wyjaśnieniom Zamawiającego, iż po weryfikacji dokonanej przez siebie oszacowania wartości zamówienia, jak również po dokonaniu ustalenia, iż wycena, stawki zaoferowane przez Wykonawcę X sp. z o.o. nie odbiegają od cen rynkowych, mógł uznać, iż dokonywanie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny było zbędne. Punktem odniesienia do oceny, czy wystąpił przypadek zaoferowania rażąco niskiej ceny, nie mogą być także ceny zawarte w ofertach innych wykonawców, gdyż w niniejszym postępowaniu złożone zostały tylko dwie oferty, w tym oferta Odwołującego. Trudno zatem dokonać obiektywnej oceny cen zaproponowanych przez Wykonawców w niniejszym postępowaniu. Nie istnieje możliwość zweryfikowania lub porównania ich wysokości w odniesieniu do innych ofert.

122. Sygn. akt: KIO 471/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

Zamawiający, oceniając oferty pod względem rażąco niskiej ceny powinien brać pod uwagę nie tylko złożone wyjaśnienia wykonawców dotyczące zaoferowanych przez nich cen, ale całokształt okoliczności, do których należą:

- 1) wartość szacunkowa zamówienia ustalona z należytą starannością, czego nie można powiedzieć o dokonanych przez zamawiającego szacunkach, skoro tak znacząco odbiegają one od realiów rynkowych,
- 2) ceny rynkowe podobnych zamówień, realizowanych w aktualnym okresie, zamawiający zlecając realizację robót infrastruktury kolejowej i ich nadzorowanie ma odpowiednie rozeznanie, mógł zatem i powinien porównać oferowane ceny w tym postępowaniu z cenami innych podobnych zamówień, a takie dowody nie zostały przedstawione.
- 3) średni poziom cen ofert, złożonych w niniejszym postępowaniu, który bez uwzględnienia ceny oferty z najniższą i z najwyższą ceną, kształtuje się na poziomie średnim dosyć wyrównanym, około 30 000 000,00 zł.
- 4) możliwe jest także porównanie cen wykazanych podobnych usług referencyjnych, wykonanych z należytą starannością, dla wywiedzenia wniosków, że wykonawca jest zdolny prawidłowo wykonać zamówienie za podaną cenę. Jakkolwiek można porównywać ceny podobnych zamówień w zbliżonym okresie, to nie jest to miernik najbardziej dokładny z uwagi na odmienne warunki realizacji.

123. Sygn. akt: KIO 476/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.

Izba stoi na stanowisku, iż porównanie ceny oferty z wartością szacunkową zamówienia nie może prowadzić do uznania, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Podobnie, jak porównanie cen ofert innych wykonawców. Występujące dysproporcje, które zdają się zamawiającemu nieuzasadnione, mogą jedynie prowadzić do wdrożenia procedury wezwania do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Dopiero rzetelna analiza wyjaśnień pozwala na

ocenę, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe po ustaleniu, że na jej kształt nie miały wpływu obiektywne czynniki (zarówno co do rodzaju, jak i poziomu kosztu). Okoliczności te z kolei dają podstawy do wyciągnięcia wniosku, czy cena oferty jest ceną realną, za którą jest możliwe zrealizowanie zamówienia, czy też taką ceną nie jest.

124. Sygn. akt: KIO 586/11, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r.

(...) pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie wskazuje ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie [tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05]. Nie można także, co przeczyłoby zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu [tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/8 – „Fratelli Constanzo”]. Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania ceny w kategorii rażąco niskiej w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia. (...) Rażąco niską ceną będzie taka cena, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należyście i w sposób założony przez Zamawiającego, zaś przedsięwzięcie nie tylko zbilansuje się w znaczeniu rachunkowym ale przyniesie także pewien zysk wykonawcy. (...) Podzielono także – co do zasady – tezę Zamawiającego co do zastosowania różnych cen jednostkowych w ofercie Odwołującego. Uznano jednak, że zastosowanie dla takich samych robót realizowanych w porównywalnych warunkach bądź dla takich samych materiałów różnych cen jednostkowych w kosztorysie nie oznacza jeszcze nierealistycznej wyceny kosztów wykonania zamówienia, prowadzącej do uznania rażąco niskiej ceny.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

125. Sygn. akt: KIO 443/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

Jakkolwiek działanie wykonawcy było nieprawidłowe, wykonawca zagraniczny nie powinien bowiem doliczać do ceny swojej oferty podatku VAT (czynność ta – zgodnie z przepisem art. 91 ust. 3a ustawy Pzp została zastrzeżona dla Zamawiającego), to doliczenia tego podatku nie można uznać za błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty. Z formularza oferty Odwołującego oraz załączonego do niej oświadczenia Zamawiający miał wiedzę, dlaczego i w jakim celu podatek VAT w wysokości 22% został do ceny doliczony, a pominięcie tego oświadczenia, jako stanowiącego element oferty, byłoby nieprawidłowe. Między stronami nie ma sporu co to tego, że zastosowana przez Odwołującego stawka VAT 22% jest stawką właściwą, tj. taką, jaką doliczyłby sam Zamawiający na podstawie art. 91 ust. 3a ustawy Pzp. Zamawiający miał również wiedzę, że cena oferty Odwołującego została już powiększona o podatek VAT, który Zamawiający miałby obowiązek wpłacić i że brak jest podstaw do potraktowania jej jako ceny netto i doliczenia do niej kolejnych 22%. (...) Faktem jest, że cena bez podatku VAT nie została w ofercie wprost wyartykułowana, jednakże zawierała się w wartości przedstawionej w ofercie i była możliwa do określenia wprost, a Zamawiający miał wszelkie informacje umożliwiające jej jednoznaczne ustalenie za pomocą prostego działania matematycznego. Zdaniem Izby brak jest przeszkód do skorzystania – w celu wyeliminowania wątpliwości – z wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie popra-

wienie w ofercie omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3. Dokonanie poprawienia takiej omyłki doprowadzi do wyraźnego określenia ceny ofertowej bez podatku od towarów i usług, nie spowoduje natomiast istotnej zmiany treści oferty, bowiem nie doprowadzi do zmiany wyrażonego w niej zobowiązania wykonawcy.

126. Sygn. akt: KIO 642/11, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r.

Zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia kalkulacja ceny podłączenia do systemu obiektu msc powinna zawierać koszt doposażenia obiektu msc w dodatkowe urządzenia wraz z robocizną oraz koszt materiałów i skonfigurowania oraz uruchomienia obiektu msc w systemie. Przy czym takie postanowienie odczytywane jest jako konieczność ujęcia w wycenie wskazanych elementów, co nie musi oznaczać jednocześnie ich wyszczególnienia w postaci konkretnych pozycji wyliczeń, jeśli zamawiający wyraźnie tego nie nakazał. Samo ujęcie tych kosztów w obliczonej cenie nie było kwestionowane. Podobnie w punkcie 11.6. Zamawiający stwierdził, że w cenie sumarycznej ma być uwzględniony i wyszczególniony VAT, a inne koszty (dostawy, montażu, cła, ubezpieczenie, inne podatki, opłaty, rabaty, upusty) mają być uwzględnione, lecz nie muszą być wyszczególnione.

Art. 89 ust. 1 pkt 8

127. Sygn. akt: KIO 511/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

Izba nie podzieliła poglądów zamawiającego, że ze względu na udzielenie p. M. B. prokury łącznej, może ona działać jedynie łącznie z drugim prokurentem oraz, że dla prawidłowej reprezentacji spółki X sp. z o.o. koniecznym byłoby podpisanie oferty przez członka zarządu i dwóch prokurentów działających wspólnie w ramach udzielonej im prokury łącznej. Na podstawie art. 109¹ Kodeksu cywilnego prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę, podlegającym obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Prokura zgodnie z art. 109⁴ § 1 K. c. istotnie może być udzielona kilku osobom łącznie (prokura łączna) lub oddzielnie (prokura samoistna). Z wpisu do rejestru przedsiębiorców w KRS wynika, że ustanowiono dwóch prokurentów, w tym p. M. B., udzielając im prokury łącznej, co ogranicza prokurentów w przypadku, gdy działają razem. Jednocześnie zawarty wpis uprawnia również prokurenta do reprezentowania spółki, wskazując sposób realizacji poprzez reprezentację łącznie z członkiem zarządu. Taką reprezentację Izba uznała za prawidłową i spójną z treścią wpisu – sposób reprezentacji podmiotu przez zarząd, iż „spółkę może reprezentować członek zarządu działający łącznie z prokurentem.” Powyższy pogląd, jak wywodził odwołujący, znajduje potwierdzenie zarówno w orzecznictwie, jak i w piśmiennictwie. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r. sygn. akt III CZP 6/2001, dopuszczalne jest udzielenie prokury jednej osobie z zastrzeżeniem, że może ona działać tylko łącznie z członkiem zarządu spółki lub współnikiem (podobnie w orzeczeniu SN z dnia 18 lutego 1938 r. sygn. akt IC 170/37: „ustawa przewidując przy tzw. prokurze łącznej działanie prokurenta tylko przy współdziałaniu drugiej osoby, bynajmniej nie zabrania, aby tą drugą osobą był członek zarządu spółki”). Tego rodzaju prokurę określa się mianem „prokury łącznej nieprawidłowej” czy też „niewłaściwej” (por. A. Buchenfeld, Prokura łączna nieprawidłowa – wybrane zagadnienia, Palestra 2003, nr 5-6). Jeżeli w spółce ustanowiono prokurę łączną, to dla reprezentacji łącznej mieszanej wystarczy współdziałanie członka zarządu z jednym prokurentem. Tak również przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadając się w tej kwestii w wyrokach z dnia 3 marca 2009 r. (KIO/UZP 168/09, KIO/UZP 189/09 oraz z dnia 29 stycznia 2010 r. UZP/KIO 1929/09). Nie ma znaczenia, iż

w przypadku spółki z o.o. X zostało ustanowionych dwóch prokurentów, a nie jeden, jak było w stanie faktycznym omówionym w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r. sygn. akt III CZP 6/2001, co w ocenie zamawiającego, miało potwierdzać odmienną kwalifikację prawną.

128. Sygn. akt: KIO 695/11, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.

O oświadczeniu woli złożonym w formie pisemnej mówimy w przypadku złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym jego treść (art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego). Przeszkody w uznaniu złożonej oferty za ważną nie może stanowić fakt, iż podpis Pana M. na drugiej stronie formularza ofertowego nie składa się z pełnego imienia i nazwiska, a jedynie z nazwiska. W tym miejscu skład orzekający pragnie zauważyć, że Naczelnym Sądem Administracyjnym, że „podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym wywodzącym się z jego imienia i nazwiska, niebędący koniecznym pełnym imieniem i nazwiskiem oraz znakiem czytelnym, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła”. Nie ma także większego znaczenia miejsce, w którym taki znak graficzny, który uznać należałoby za podpis się znajduje. Bez względu czy jest to miejsce wyznaczone przez Zamawiającego na formularzu do złożenia podpisu, czy też jest to inne miejsce w obrębie tego formularza, złożenie znaku graficznego składającego się z nazwiska, bez pieczęci imiennej spełnia przesłanki dokonania czynności, tj. złożenia pisemnego oświadczenia woli. W przedmiotowej sprawie znaki złożone na poszczególnych, pozostałych kartach oferty bez wątplenia natomiast pozwalają na zidentyfikowanie osoby, która je złożyła, a zatem pozwalają ustalić mocodawcę składanego oświadczenia woli (podobne wnioski płyną z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2007 r., sygn. akt KIO/UZP 1442, 1443/07: „Uchybienie co do miejsca złożenia podpisu może być jedynie oceniane w kategorii uchybienia o charakterze formalnym a nie merytorycznym i nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty”). Ponadto Pan Krzysztof M. był jedyną osobą składającą podpisy na ofercie – jest osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, samodzielnie składał ofertę i nie upoważniał jakiegokolwiek innej osoby do podpisania oferty w jego imieniu.

Art. 90 ust. 1 i 2

129. Sygn. akt: KIO 318/11, Wyrok KIO z dnia 1 marca 2011 r.

Z samego arytmetycznego porównania kwoty oszacowania netto 3 198 000,00 zł z wymienionymi wyżej cenami netto ofert wykonawców poprzedzających odwołującego: 2 591 306,40 zł, 2 650 976,06 zł, 2 591 306,40 zł. nie wynika, iż ceny te są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należało zważyć, iż ceny trzech pierwszych ofert, tj.: konsorcjum X cena brutto 3 146 559,80 zł, konsorcjum Y cena brutto 3 156 000,00 zł, Z cena brutto 3 210 000,00 zł przedstawiają wyjątkowo wyrównany poziom. Różnica jaką zanotowano w tym postępowaniu pomiędzy wartością szacunkową, a ceną najkorzystniejszej oferty, a także pomiędzy wartością szacunkową a średnią ceną ofert na część IV zamówienia, nie pozwala na przypisanie zamawiającemu zaniechania czynności wszczęcia procedury wyjaśniającej, w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w kierunku potwierdzenia, czy też wykluczenia rażącej ceny w stosunku do oferty wybranej, jak również ofert złożonych przez wykonawców zajmujących drugą i trzecią pozycję. Do tego celu zmierzał bowiem odwołujący, w istocie żądając odrzucenia wszystkich ofert, poprzedzających go w ocenie, co otwierałoby odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest wdrożyć procedurę wyjaśnienia rażąco niskich cen ofert wykonawców, jedynie wówczas, gdy całokształt zaistniałych okoliczności: w tym znanych zamawiającemu cen rynkowych podobnych zamówień, ceny innych złożonych ofert oraz wartość oszacowania, wskazują, iż cena najkorzystniejszej oferty, odbiega na tyle od realiów rynkowych, że nie jest wręcz moż-

liwe i realne wykonanie całości przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę w sposób należyty oraz nieprzynoszący straty po stronie wykonawcy. Takich przesłanek Izba nie stwierdziła. Z przedstawionych względów Izba uznała zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, za pozbawiony uzasadnionych podstaw.

130. Sygn. akt: KIO 320/11, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2011 r.

Zarzutem podniesionym w odwołaniu było zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zarzut ten nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji z postępowania, z której jednoznacznie wynika, że procedura ta została przeprowadzona, a Odwołujący nie zakwestionował na rozprawie tego faktu, wskazując jedynie, że nie miał wiedzy o jej przeprowadzeniu. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający miał obowiązek zawiadomić wszystkich wykonawców o wezwaniu do złożenia wyjaśnień i ich złożeniu najpóźniej wraz z przekazaniem im informacji o wyniku postępowania – teza ta nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, Izba nie dostrzega również innych argumentów potwierdzających to stanowisko. Dokumentacja z postępowania o zamówienie publiczne jest jawna, a oferty – zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp podlegały udostępnieniu od dnia ich otwarcia, zatem Odwołujący miał możliwość zapoznania się z cenami ofertowymi (w tym ceną oferty wybranej), a następnie – po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty – możliwość wglądu do pełnej dokumentacji z postępowania w celu ustalenia, czy procedura wyjaśniająca była przeprowadzona. Tymczasem Odwołujący przed złożeniem odwołania w ogóle nie zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentacji, a zaniechanie procedury wyjaśniającej wywodził jedynie z faktu braku wzmianki o jej przeprowadzeniu w informacji o wyniku postępowania, co należy uznać za bezpodstawne. Izba podkreśla, że wykonawca, jako podmiot profesjonalny, uczestniczący w obrocie gospodarczym, powinien wykazać się odpowiednimi standardami postępowania i właściwą dbałością o swoją pozycję w postępowaniu. To w interesie Odwołującego leżało prawidłowe ustalenie stanu faktycznego i powinien on dołożyć należytej staranności w celu jego ustalenia, nie zaś oczekiwać od Zamawiającego informacji, do przekazania których nie był zobowiązany, a z jej braku wywodzić zaniechania Zamawiającego. Wystarczającą gwarancją dla wykonawców jest jawność dokumentacji z postępowania, co daje możliwość ustalenia jego przebiegu i w razie potrzeby odpowiedniego sformułowania zarzutów opartych na rzeczywistym stanie faktycznym. Odwołujący miał możliwość wglądu do dokumentacji i nie podjął żadnej inicjatywy w celu skorzystania z tej możliwości. Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego oceny wyjaśnień złożonych przez (...), jako że zarzut ten nie został zawarty w odwołaniu. Zarzutem podniesionym w odwołaniu (a opartym na błędnie ustalonym stanie faktycznym) było jedynie zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej. Cała argumentacja odwołania zmierzała do wykazania okoliczności, które obligowały Zamawiającego do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentacja ta wskazywała na bardzo niską cenę wybranej oferty, jednakże w kontekście potrzeby jej wyjaśnienia, nie zaś wykazania zaniechania odrzucenia oferty w wyniku błędnej oceny wyjaśnień.

131. Sygn. akt: KIO 358/11, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2011 r.

W odpowiedzi na wezwanie skierowane [w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp. – przyp. red.] odwołujący w dniu 2 lutego 2011 r. złożył pismo, w którym oświadczył „iż materiały i ceny w pozycjach są skalkulowane w sposób prawidłowy i w sposób podany w przedmiarze przez Inwestora, zaś materiały wprowadzone do cennika są materiałami równoważnymi do siwz z podanymi w Projekcie na ww. roboty.” Poinformował także, że w odniesieniu do przepomowni typu TSA (...) „przedstawiliśmy konkurencyjne ceny do producenta pomp z projektu, a także do wyposażenia, które producent zaproponował, a które to kupuje u dostawców

(podwykonawców ze swoimi narzutami) i ma droższe ceny niż nasze firmy, z którymi współpracujemy w dostawach urządzeń i podzespołów tego typu.” Odwołujący oświadczył ponadto, iż „złożona oferta jest w pełni konkurencyjna i spełnia oczekiwania Inwestora w w/w przetargu i nie zawiera żadnych błędów w obliczeniu cen niezbędnych urządzeń oraz wykonania w w/w zadania.” Powyższe pismo, pomimo iż stanowi odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień, faktycznie nie przedstawia żadnych konkretnych okoliczności uzasadniających przyjęty w kosztorysach poziom cen wykonania przepompowni. Odwołujący nie załączył do ww. pisma żadnych dowodów, które przedstawiałyby uzasadnienie do twierdzenia, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny, umożliwiający wykonanie zamówienia za cenę oferty. Pismo nie zawiera odpowiedzi na konkretne pytania zamawiającego przedstawione w wezwaniu, a zatem nie może być uznane za przedstawiające wyjaśnienia, że cena oferty skalkulowana w oparciu o tak niskie koszty istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie jest ceną rażąco niską.

132. Sygn. akt: KIO 476/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.

Ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie. Zatem, rolą zamawiającego jest ustalenie, czy w istocie wskazane w wyjaśnieniach czynniki mają charakter obiektywny i w jakim zakresie wpływają na cenę oferty. Jedynie stwierdzenie tych okoliczności może prowadzić do prawidłowej oceny oferty w aspekcie rażąco niskiej ceny. Zadanie to częstokroć nastęrcza wielu trudności. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać nie tylko w redakcji wyjaśnień, składanych przez wykonawców, ale również, a może przede wszystkim w ocenie, czy przedstawione czynniki mają charakter obiektywny. Zauważyć bowiem należy, iż niezmiernie rzadko wykonawcy wskazują na takie czynniki, jak wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, dostępne jedynie dla danego wykonawcy, czy też wpływ pomocy publicznej, którym obiektywizmu odmówić nie można. Powstaje zatem pytanie, w jaki sposób należy ocenić te czynniki, które w sposób oczywisty charakteru obiektywnego nie mają. W ocenie Izby, uwzględniając wykładnię gramatyczną tego pojęcia, obiektywne czynniki to takie, które odpowiadają rzeczywistości. W tych warunkach jawi się kolejne pytanie, jakie czynniki i w jakich okolicznościach należy w taki właśnie sposób zakwalifikować. W każdym wypadku konieczne jest odniesienie się do warunków konkretnego zamówienia, przy uwzględnieniu wiedzy, doświadczenia życiowego i zasad logicznego rozumowania. Oznacza to, iż zamawiający musi ustalić, czy dany czynnik ma w ogóle wpływ na cenę w określonym stanie faktycznym oraz, czy sposób kalkulacji tego czynnika (wartość) ma realne uzasadnienie. Praktyka pokazuje, iż jakkolwiek zazwyczaj nie budzi wątpliwości, czy podany przez wykonawcę czynnik (rodzaj) ma wpływ na cenę, bowiem determinowany jest on rodzajem zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane) i z tych przyczyn łatwo weryfikowalny. Znacznie większe problemy rodzi zaś jego kalkulacja i ocena jej w aspekcie obiektywizmu (realności). Pomocne w tym względzie jest odwołanie się do doświadczenia wykonawcy, warunków rynkowych, a przede wszystkim ofert (i wyjaśnień) innych wykonawców.

133. Sygn. akt: KIO 504/11, KIO 517/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.

Warto także zauważyć, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – jak wynika z pkt 1.6 SIWZ – przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego. Tym samym też – zgodnie z dyspozycją art. 32 ust. 3 ustawy Pzp – w ramach wartości szacunkowej przedmiotowego zamówienia uwzględnił także wartość zamówień uzupełniających. Stąd też ustalenie wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia na tak wysokim poziomie bez stosownego odliczenia od niej wartości zamó-

wień uzupełniających (-50% wartości zamówienia podstawowego) nie może stanowić podstawy oceny, czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, skoro oferty w przedmiotowym postępowaniu nie obejmują zamówień uzupełniających, które to zamówienia będą stanowiły ewentualnie w przyszłości przedmiot odrębnego postępowania i odrębnie negocjowanych warunków wysokości wynagrodzenia wykonawcy należnego z tytułu zleczanych mu odrębnie robót budowlanych. (...) Odniesienie się przez Odwołującego tylko do wartości podawanej na otwarciu ofert przez Zamawiającego w stosunku do wartości oferty Konsorcjum X (21%) jako wyznacznik ceny rażąco niskiej Izba uznała za niemiernodajny. Samodzielnie ten wyznacznik nie może stanowić o uprawdopodobnieniu okoliczności związanych z rażąco niską ceną, bowiem kwota podawana na otwarciu ofert nie stanowi wprost wartości zamówienia. Jest to kwota, w której mieszczą się możliwości finansowe Zamawiającego w odniesieniu do konkretnego zamówienia. Biorąc pod uwagę przepisy ustawy Pzp nie musi to być kwota oparta o szczegółowy szacunek danej konkretnej inwestycji, a więc wartości przedmiotu zamówienia, do której odnosi się norma zawarta w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

134. Sygn. akt: KIO 586/11, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r.

Kosztorys inwestorski to dokument określający szacunkową wartość przedmiotu zamówienia na podstawie cen rynkowych takiego samego lub podobnego składnika lub z wykorzystaniem publikowanych przez GUS lub inne podmioty dostępnych wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej, stanowiący podstawę do ustalenia potrzebnych środków na wykonanie zamówienia. Stanowi on zatem pewien, względnie miernodajny wyznacznik wartości prac, materiałów, sprzętu opracowany z uwzględnieniem statystycznie funkcjonujących cen oraz ilości zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, na podstawie kosztorysowych norm nakładów rzeczowych [KNNR] i katalogów nakładów rzeczowych [KNR], który jednak może odbiegać od cen rynkowych, choćby z uwagi na przyjęcie uśrednionych i założonych z uwzględnieniem tzw. ostrożnej wyceny wartości wyjściowych. Niezależnie od tego wskazane w kosztorysie inwestorskim ilości nakładów można traktować w pewnej mierze za miernodajne do przyjęcia przez wykonawców ilości odpowiednich nakładów do wykonania zamówienia, a to z uwagi na fakt, że w powyższym zakresie kosztorys inwestorski stanowi odzwierciedlenie przedmiotu zamówienia – jego zakresu oraz niezbędnych do jego realizacji jednostek sprzętu, materiałów czy pracy. Podkreślenia jednak wymaga, że wątpliwości Zamawiającego zasadnie winny mieć źródło także w analizie porównawczej złożonych w postępowaniu ofert, co na gruncie przedmiotowej sprawy ma miejsce: oferta Odwołującego jest znacząco tańszą od pozostałych. Powyższe czyniło zasadnym wniosek, iż Zamawiający właściwie zastosował regulację przewidzianą w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. (...) Zauważyć w tym miejscu należy, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Jednakże, z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powyższe domniemanie zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy.

135. Sygn. akt: KIO 624/11, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.

Izba podzieliła w tym zakresie pogląd wyrażony przez Zamawiającego, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji,

tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy, zobowiązany jest we właściwy sposób ocenić złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia. W rozpatrywanym przypadku Odwołujący nie przedstawił wyczerpująco sposobu zgodnie, z którym dokonano kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazać należy, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen. Jako profesjonalny podmiot, Odwołujący powinien posiadać wiedzę o tym, co powinny zawierać wyjaśnienia, aby Zamawiający mógł uznać je za prawidłowo sporządzone. Nie wykazał on jednak w sposób niebudzący wątpliwości, iż znajduje się on w jakiejś szczególnej sytuacji odróżniającej go w sposób wyraźny od innych występujących odpowiednio długo na rynku. Zasadnie wskazywał Zamawiający, iż na etapie wyjaśnień, Odwołujący nie wykazał szczególnie korzystnych cen oferowanych mu przez jego dostawców. Powołał się on na cenniki mu zaoferowane, nie przedłożył ich jednak Zamawiającemu. Składanie ich Izbie w toku rozprawy jest działaniem spóźnionym, stąd też nie mogą one zostać uwzględnione jako argument przemawiający za słusznością twierdzeń Odwołującego. Analogiczna ocena musi zostać dokonana przez Izbę w odniesieniu do wyjaśnień w zakresie cen sprzętu własnego – tu także nie przedstawiono żadnych wyliczeń, ograniczając się jedynie do stwierdzenia „wg cenników własnych Lidera i Członka Konsorcjum”. Odwołujący nie wykazał również w sposób niepozostawiający wątpliwości, jaki rzeczywisty wpływ na cenę miały przywoływane przez niego okoliczności zawarcia porozumienia z dostawcami piasku.

136. Sygn. akt: KIO 1131/11, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2011 r.

Izba ustaliła, że argumentacja odwołującego się opiera się na kalkulacji dokonanej na podstawie danych dotyczących pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Odwołujący się podnosił bowiem, że zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ oraz „Zasadami wykorzystania SUFO w systemie ochrony fizycznej wojsk lądowych” obiekty wojskowe muszą być chronione przez pracowników ochrony zatrudnionych przez SUFO na podstawie umowy o pracę oraz posiadających licencje i poświadczenie bezpieczeństwa. (...) Niemniej jednak Izba ustaliła, że przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz osób będących wykonywać przedmiot zamówienia, w którym wskazał umowę o pracę jako podstawę dysponowania wskazanymi osobami. W tej sytuacji bez znaczenia jest argument, że umowa o pracę jest (bądź nie jest) obowiązkową podstawą zatrudnienia pracownika ochrony. Skoro taka podstawa została przez przystępującego wskazana, zamawiający i przystępujący winni byli wykazać, że pomimo zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, cena zaoferowana przez przystępującego nie jest rażąco niska. Powinni byli zatem skupić się na zanegowaniu kalkulacji dokonanej przez odwołującego się bądź przedstawieniu innych czynników mających wpływ na obniżenie ceny ofertowej. Tymczasem zarówno zamawiający, jak i przystępujący na rozprawie skupili się na wykazywaniu, że umowa o pracę nie musi być podstawą zatrudnienia pracowników wykonawcy, natomiast w zakresie obalenia zarzutu rażąco niskiej ceny nie został przedstawiony ani jeden dowód. Argumenty przedstawione przez przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego mają natomiast ogólny charakter i w żaden sposób nie wyjaśniają wysokości zaoferowanej ceny.

137. Sygn. akt: KIO 1095/11, KIO 1109/11, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r.

Stwierdzić należy, że przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez zamawiającego „oceny” zaoferowanej ceny, zatem przesłanie jakiegokolwiek pisma o nazwie

„wyjaśnienia” nie jest wystarczające (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2499/10). Izba w wyroku z dnia 8 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1812/10 stwierdziła, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty powinno być udowodnione. W ocenie Izby Odwoławczej, pomimo wezwania Zamawiającego, nie pokazał wpływu okoliczności, na które się powołał, na kwotę zaofertowanej przez niego ceny. Z tego też powodu dokonane przez Zamawiającego odrzucenie oferty Odwoławczego było jedyną możliwą czynnością i zostało dokonane w całkowitej zgodności z ustawą Pzp. Reasumując stwierdzić należy, że w stanie faktycznym niniejszego postępowania uznanie oferty Odwoławczego za ofertę z rażąco niską ceną było w pełni uzasadnione. Z 17 ofert jakie wpłynęły do Zamawiającego w terminie składania ofert, 16 opiewało na kwoty powyżej 32 mln zł. Oferta Odwoławczego natomiast jedynie na 24,5 mln zł. Nie sposób natomiast uznać, iż inni wykonawcy na rynku, będący *de facto* wykonawcami powszechnie znanymi i realizującymi szereg inwestycji także w ramach zamówień publicznych, nie dysponują rabatami i upustami od dostawców czy hurtowników materiałów niezbędnych przy realizacji zamówienia. W głównej mierze to właśnie na tą okoliczność posiadania korzystnych rabatów powołuje się Odwoławczy tłumacząc wysokość zaproponowanej przez siebie ceny za realizację zamówienia. Jednakże poza gołosłownymi i ogólnymi twierdzeniami nie wykazał on w sposób mogący dać Zamawiającemu uzasadnione przypuszczenie, iż faktycznie za zaofertowaną cenę wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, a w szczególności, iż posiadane korzystne powiązania z dostawcami materiałów zapewniają mu możliwość zaofertowania ceny, co najmniej o około 35 % do 45 % tańszej od oferty od pozostałych wykonawców.

138. Sygn. akt: KIO 1124/11, Wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2011 r.

Izba wzięła pod uwagę, że posiadanie przez przystępującego niezbędnego doświadczenia w realizacji analogicznych kontraktów, posiadanie doświadczonej kadry, na które powoływał się w wyjaśnieniach, nie oznacza jeszcze, że prawidłowo skalkulowano cenę oferty. Na czynniki takie jak stopień zorganizowania i zasoby niezbędne do wykonania zamówienia może powołać się każdy ubiegający się o zamówienie wykonawca. Podzielono w tym zakresie stanowisko SO we Wrocławiu, który stwierdził, że dysponowanie kadrami wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych, nie stanowią w ocenie Sądu Okręgowego obiektywnych czynników, które z logicznego punktu widzenia mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Racjonalnie rzecz biorąc wymienione czynniki powinny uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy przystępującego do tego rodzaju przetargu. Trudno bowiem wyobrazić sobie, aby tak duże i kosztowne przedsięwzięcie jakim jest przedmiotowe zamówienie, w dzisiejszych warunkach było realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym (Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 08.11.2007 r., sygn. akt: X Ga 294/06). Również sama okoliczność przeprowadzenia analizy materiałów przetargowych i ich zweryfikowania poprzez dokonanie wizji lokalnej bez wskazania stopnia wpływu tej czynności na zaofertowaną cenę nie oznaczała jeszcze, że cenę oferty skalkulowano prawidłowo. Przystępujący nie wskazał, w jakim stopniu dokonana wizja lokalna przełożyła się przykładowo na przyjęcie mniejszego zakresu robót niż założono w SIWZ, czy na zastosowanie mniej kosztownych technologii. Brak wskazania ww. okoliczności nie pozwalał na zbadanie ewentualnego wpływu tego czynnika na zaofertowaną cenę. Ponadto na okoliczność przeprowadzenia wizji lokalnej powoływał się także odwoławczy, co do którego nie było kwestionowane, iż w ostatnim czasie wykonał

roboty budowlane na torze sąsiadującym z terenem robót, więc mógł on w nawet precyzyjniejszy sposób porównać zakres robót do wykonania wg Programu Funkcjonalno-Użytkowego z warunkami realizacji zamówienia, a jednak nie był w stanie zaoferować tak konkurencyjnej jak przystępujący ceny. Ponadto niektóre zasygnalizowane przez przystępującego w wyjaśnieniach okoliczności były niespójne. Z jednej strony wykonawca ten powoływał się na obniżenie kosztów dostaw materiałów wynikające z posiadania własnej bazy, zaś z drugiej strony podnosił, że ceny materiałów podane w rozbiciu cenowym są cenami loco budowa, czyli cenami materiałów bezpośrednio dostarczonych na teren robót. Nie wskazano również stopnia wpływu ww. okoliczności na zaoferowaną cenę. W ocenie Izby o niewielkim oddziaływaniu omawianych czynników na cenę mogła świadczyć okoliczność, iż wykonawca X sp. z o.o. we W., tj. firma mająca przewagę w odniesieniu do przystępującego w postaci posiadania własnej bazy logistycznej w odległości 17 km od lokalizacji robót bazy, (podczas gdy bazy przystępującego położone są pod Katowicami) nie była w stanie zaoferować tak konkurencyjnej ceny. W świetle powyższego podzielono stanowisko odwołującego przedstawił w odwołaniu dotyczące niezłożenia przez przystępującego wymaganych wyjaśnień. Za takim wnioskiem przemawiały lakoniczne, ogólne formuły wyjaśnienia, odwołujące się do nieskonkretyzowanych okoliczności a także fakt, że nie sposób na podstawie tak dokonanych wyjaśnień wywieść, w jaki sposób zasygnalizowane przez przystępującego w wyjaśnieniach okoliczności przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Powyższe świadczy o niezłożeniu przez przystępującego wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień i obliuguje zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Art. 90 ust. 3

139. Sygn. akt: KIO 476/11, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2011 r.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny, gdy zaś są na tyle skąpe, iż dokonanie rozstrzygnięcia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie jest możliwe, dają podstawy do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Wiedza, doświadczenie i zdrowy rozsądek zamawiającego stanowią podstawę weryfikacji tychże wyjaśnień. Jeśli więc wykonawca wskazuje na elementy cenotwórcze, określa ich koszt i podaje źródło tego kosztu, to tak wyspecyfikowane elementy można i należy ocenić w oparciu o przesłanki wskazywane wyżej, tj. czy są to elementy w sposób istotny wpływające na cenę oferty oraz, czy ich wycena jest realna, znajduje oparcie w warunkach rynkowych. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie wyjaśniające absolutnie nie może prowadzić, jak chciałby tego Odwołujący, do zaznajomienia Zamawiającego i Odwołującego ze strategią budowania ceny oferty. (...) Pozycji wykonawcy składającego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie można utożsamiać z pozycją strony w procesie cywilnym. Nie taki charakter nadał postępowaniu wyjaśniającemu ustawodawca, stąd też nie ma potrzeby, aby prawdziwość oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach była poparta dowodami. Za kuriozalne należy uznać twierdzenia Odwołującego, iż postępowaniem dowodowym należałoby objąć nie tylko wysokość wynagrodzenia poszczególnych pracowników, ale również fakt posiadania 3 zespołów dwuosobowych w zakresie geodezji. Z całą stanowczością należy podkreślić, że Zamawiający w postępowaniu wyjaśniającym nie pełni funkcji śledczego, a jedynie weryfikuje treść wyjaśnień przez pryzmat specyfiki danego zamówienia oraz warunków rynkowych, przy uwzględnieniu zasad logiki, zdrowego rozsądku i doświadczenia życiowego. Z tego punktu widzenia ocena dokonana przez zamawiającego ocena podlega weryfikacji przez innych wykonawców. (...) Konkludując rozważania w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, iż domniemanie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest obalić wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień. Zasada

ta ma zastosowanie na linii wykonawca-zamawiający, nie może być natomiast przenoszona na grunt postępowania odwoławczego. Jeśli zamawiający uzna, iż wykonawca to domniemanie obalił, to rolą odwołującego jest wskazanie przyczyn, dla których taka ocena była nieuprawniona i ich udowodnienie (art. 6 k.c.).

140. Sygn. akt: KIO 486/11, Wyrok KIO z 23 marca 2011 r.

W ocenie Izby Odwołujący, udzielając wskazanych wyjaśnień obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Przedłożone przez niego wyjaśnienia w wystarczający sposób uzasadniają, że Odwołujący za zaproponowaną cenę będzie w stanie zrealizować zamówienie, osiągając przy tym określony zysk. Nie można zatem mówić o rażąco niskiej cenie, jeśli elementy przedmiotu zamówienia mające wartościowo istotne znaczenie dla ustalenia ceny ofertowej na określonym poziomie zostały w udzielonych przez Odwołującego wyjaśnieniach wyspecyfikowane i ujęte wartościowo. Odwołujący wyspecyfikował Zamawiającemu najistotniejsze osobowe koszty zamówienia. Wskazał na wynagrodzenie wymaganych do realizacji zamówienia przez Zamawiającego 5 osób na poziomie odpowiadającym minimalnemu wynagrodzeniu za pracę, składki ZUS, składki na Fundusz Pracy i fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych. Wskazał też na koszty zastępstw urlopowych oraz koszty związane z użyciem do realizacji zamówienia określonych środków i sprzętu, czy też koszty wynikające z przepisów BHP. Z drugiej też strony Odwołujący wskazał na pozyskiwane przez siebie dotacje do wynagrodzeń osób niepełnosprawnych zatrudnionych do realizacji zadania, które pomniejszają koszty bezpośrednie zamówienia. Odwołujący wskazał też na swoje możliwości związane z nabywaniem środków higieny – myjących czyszczących itp. od określonych dwóch dostawców, którzy zaoferowali Odwołującemu określone korzystne upusty na zakup środków czystości. Odwołujący uwzględnił w swojej cenie należny podatek VAT przy zastosowaniu obowiązującej, zgodnie z przepisami podatkowymi, stawki 23% VAT. Przy tych wszystkich kosztach oraz korzystnych warunkach realizacji zamówienia Odwołujący także wykazał zysk związany z wykonaniem przedmiotowego zamówienia. Powyższe okoliczności wyraźnie wskazują, że nie mamy w tym przypadku do czynienia z rażąco niską ceną, która w doktrynie i orzecznictwie jest utożsamiana z sytuacją, w której wykonawca, kalkulując realizację przedmiotu zamówienia nie jest w stanie wykazać minimalnego zysku z tytułu wykonania zamówienia, a wprost przeciwnie może wykazywać wyłącznie straty. Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego stwierdzać należy, że podstawą do ustalenia, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną albo, że wykonawca nie przedłożył odpowiednich wyjaśnień uzasadniających swoją cenę ofertową, nie może być argument, że Odwołujący nie przygotował wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny ofertowej wprost zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w wezwaniu z dnia 21 lutego 2011 r. W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Zamawiający szczegółów dotyczących kalkulacji ceny ofertowej nie określił w treści SIWZ. Żądanie przez niego tak szczegółowych elementów kalkulacji i wyodrębnienie w niej takich elementów realizacji przedmiotu zamówienia, które nie są znaczące, a także ich wyodrębnienie, które może mieć jedynie charakter szacunkowy, a nawet sztuczny, było nieuzasadnione. Jeśli tego oczekiwał Zamawiający mógł być taki wymóg określić w SIWZ. Żądanie tak szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej po upływie terminu składania ofert dopiero na etapie badania i oceny ofert nie miało na celu *de facto* dokonanie oceny oferty wykonawcy pod kątem możliwości sfinansowania zamówienia, lecz pod kątem uściślenia sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę ponad wymogi SIWZ (np. jacy pracownicy będą oddelegowani do realizacji zamówienia, czy niepełnosprawni i w jakim stopniu, potwierdzenie, czy aby na pewno będą pracować przez 8 godzin w ciągu dnia, dokładnie jakie będzie zużycie środków czyszczących przy realizacji zamówienia w ciągu miesiąca i w ciągu roku, gdy w tym zakresie żadnych wymogów SIWZ nie określała itd.).

141. Sygn. akt: KIO 657/11, Wyrok KIO z 11 kwietnia 2011 r.

Samo zwrócenie się o złożenie wyjaśnień nie oznaczało, iż zamawiający dopełnił wszystkich obowiązków związanych z ustaleniem, czy oferty nie zawierały rażąco niskiej ceny. Obowiązkiem zamawiającego była rzetelna ocena treści wyjaśnień, która pozwalałaby na przyjęcie, iż ceny mogą być uznane za realne i pozwalają na wykonanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający w sposób niezasadny przyjął wyjaśnienia wybranego wykonawcy, z przyczyn wskazanych powyżej w uzasadnieniu. Należało przyjąć, iż wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, a różnica w stosunku do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu prowadzi do stwierdzenia, iż cena nie odpowiada cenom rynkowym za tego rodzaju usługę, a wykonawca nie wykazał, żadnych nadzwyczaj korzystnych okoliczności uzasadniających tak dużą dysproporcję w cenie.

Art. 91 ust. 2**142. Sygn. akt: KIO 660/11, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2011 r.**

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert, tj. cena 65% oraz koncepcja wykonania usługi – 35%. W zakresie drugiego z kryteriów Zamawiający opracował szereg podkryteriów, które określały poziom punktacji, jak i zakres odpowiadający danej funkcjonalności. Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Zamawiającego, co do generalnie ocenego i uznaniowego charakteru kryteriów oceny ofert odnoszących się do ich zawartości merytorycznej, tj. kryterium – koncepcja wykonania usługi, która to koncepcja stanowiła niejako pracę twórczą wykonawcy, stanowiącą podstawę do oceny przez komisję przetargową. Należy również podzielić stanowisko Przystępującego, iż komisja przetargowa złożona z wielu osób (10 członków), posiadających różne wykształcenie i doświadczenie życiowe może subiektywnie oceniać rozwiązania zaoferowane przez wykonawców i różnicować punktację za te rozwiązania. Istotnym jednakże jest stwierdzenie, aby ocena ta dokonywana była w zgodzie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w zakresie tam określonym. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż Zamawiający powinien tak dobrać skład komisji przetargowej, aby dokonywana ocena, przez każdego członka komisji była jednakowa. Pogląd taki prowadzić mógłby do wniosku, iż Zamawiający w ogóle nie musiałby powoływać komisji przetargowej, gdyż wystarczyłaby 1 osoba działająca niejako za 10 osób.

143. Sygn. akt: KIO 755/11, Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r.

Izba, dokonując analizy ww. zapisu kryterium, uznała za chybioną argumentację odwołującego, który wskazywał, że w zapisach siwz odnoszących się do kryteriów oceny zamawiający nie określił, że będzie oceniał dobór środków do mycia i dezynfekcji. W ocenie Izby z przywołanych zapisów specyfikacji w sposób nie kwestionowany wynika, że zamawiający wymagał od wykonawców opracowania autorskiej koncepcji, która zawierałaby kompleksowe podejście do realizacji przedmiotu zamówienia zgodne z wymogami siwz. W przedmiotowym stanie faktycznym bezspornie, jednym z czynników, które gwarantują najbardziej skuteczne i optymalne wykonanie określonych czynności jest zastosowanie odpowiednich i najlepszych środków, które są do ich wykonania przeznaczone. W ocenie Izby nie bez znaczenia jest również fakt, iż odwołujący nie skarżąc przedstawionego w specyfikacji dokonywania oceny ofert w zakresie podanych kryteriów oceny ofert, następnie składając ofertę w postępowaniu, zgodził się i zaakceptował wynikający z tych kryteriów subiektywny charakter oceny.

Art. 91 c**144. Sygn. akt: KIO 1047/11, Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r.**

Z ekspertyzy przedłożonej na rozprawie przez odwołującego – sporządzonej przez X, w dniu 30 maja 2011 r. wynika, że jej przedmiotem było sprawdzenie przez administratora sieci internetowej w budynku siedziby firmy (Y) jakości łącza internetowego w dniu 10.05.2011 r. W ekspertyzie jej wystawca nie stwierdził, by w dniu 10.05. 2011 r. w godzinach 9–14 wystąpiły przerwy w dostępie do usługi, jak również spadku jakości lub stabilności łącza internetowego. A więc ekspertyza potwierdziła dostęp i stabilność łącza internetowego odwołującego w dniu przeprowadzonej aukcji elektronicznej. Z kolei zamawiający przedłożył na rozprawie oficjalne stanowisko Marketplanet jako udostępniającego Platformę Aukcyjną, z dnia 25 maja 2011 r. w sprawie aukcji elektronicznej o numeryze – 4093 – Aukcja: Utrzymanie, urządzenie i pielęgnacja zieleni na terenach będących we władaniu m.st. W. – część I; aukcja z dnia 2011.05.10, w którym stwierdził, iż podczas przedmiotowej aukcji Platforma działała bez zarzutu. Dodał jeszcze, że czekanie ze złożeniem oferty, szczególnie przy użyciu podpisu elektronicznego do ostatnich sekund trwania aukcji może grozić niezapisaniem oferty przez Platformę za pomocą kwalifikowanego certyfikatu. (...) Z akt sprawy i stanowiska stron, w ocenie KIO, jednoznacznie wynika, że odwołujący złożył ofertę w ramach ostatniego ósmego, w kolejności zamawiającego, postąpienia, jednakże nie zdążył podpisać oferty bezpiecznym (kwalifikowanym) podpisem elektronicznym. Przyczyny braku możliwości złożenia podpisu nie zostały ustalone. Odwołujący jako wnoszący odwołanie, inspirujący spór, był zobowiązany do udowodnienia zarzutów, które sprowadzałyby się do wykazania błędu po stronie zamawiającego lub operatora platformy, na której przeprowadzano aukcję elektroniczną. Obowiązek dowodowy obciążający odwołującego wynika zarówno z art. 6 Kodeksu cywilnego, jak i art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ust. 3 tego artykułu określa, że dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron. Niewątpliwie więc na odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia błędu po stronie zamawiającego, nie zaś odwrotnie, co podniesiono na rozprawie, zamawiający nie miał obowiązku wykazać, że nie popełnił błędu przeprowadzając aukcję elektroniczną. W ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił nieprawidłowego działania platformy, na której prowadzona była kwestionowana aukcja elektroniczna, tj. platformy Marketplanet dzierżawionej przez zamawiającego. Argumenty podnoszone przez odwołującego oraz przedstawione dowody zmierzały do wykazania, że w toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 10 maja 2011 r. wszystkie formalności po stronie odwołującego były dopełnione, jak też wszystkie działania dokonywane były poprawnie, a mimo to odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia kolejnego postąpienia poprzez brak wymaganego podpisu. Okoliczności, że odwołujący wykorzystał do aukcji elektronicznej urządzenia informatyczne prawidłowo przygotowane i zabezpieczone, że nie było w danym dniu przerw w dostępie do usługi, jak również spadku jakości lub stabilności łącza internetowego, są dowodami potwierdzającymi dochowanie należytej staranności przez odwołującego. Nie wyczerpują one jednak pełnego katalogu sytuacji, przed którymi mógł i powinien był zabezpieczyć się w związku z prowadzoną aukcją elektroniczną, a które mogłyby z całą pewnością potwierdzać, że w toku prowadzonej aukcji elektronicznej nie zaistniały określone przyczyny wskazujące na błąd, czy innego rodzaju niepożądane działanie po stronie odwołującego, uniemożliwiające złożenie kolejnego postąpienia (okoliczności adekwatne do podnoszonych w wyżej wskazanym wyroku KIO).

Art. 92 ust. 1**145. Sygn. akt: KIO 1200/11, Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2011 r.**

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że w piśmie z dnia 26 maja 2011 r. w zakresie pkt IV lit. g, Zamawiający niewątpliwie podał okoliczności stanowiące uzasadnienie faktyczne i prawne dla wykluczenia Odwołującego z postępowania. W tym przypadku Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że brak powołania przepisu (jednostki redakcyjnej) w treści rozstrzygnięcia nie jest ani przesłanką nieważności postępowania w procedurze cywilnej, ani podstawą nieważności decyzji w procedurze administracyjnej. Także na gruncie przepisów ustawy Pzp nie można wywieść takiego wniosku. Tym samym, nawet przyjmując, że zarzut Odwołującego jest trafny, nie ma podstaw do uznania, że powyższe skutkuje wadliwością czynności oceny ofert i tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania na tej podstawie. Brak powołania podstawy prawnej decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie pozbawia takiej decyzji bytu prawnego, bowiem powołanie właściwego przepisu nie jest warunkiem zaistnienia wykluczenia konkretnego wykonawcy z postępowania, lecz służy co najwyżej ocenie prawidłowości dokonanego wykluczenia w znaczeniu formalnym. Izba stwierdza także, że brak wskazania w decyzji o wykluczeniu konkretnego właściwego przepisu nie stanowi również naruszenia przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania, jak również – co podnosił Zamawiający – nie stanowi wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy. Tym samym wobec brzmienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie może stanowić podstawy uwzględnienia odwołania. Na marginesie Izba zauważa, iż zgodnie ze wskazanym przepisem art. 92 ust. 1 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp zawiadomienie powinno zawierać uzasadnienie prawne, przy czym ustawodawca jednoznacznie nie rozstrzygnął, iż takie uzasadnienie ma być wyrażone poprzez wskazanie konkretnego przepisu prawnego.

Art. 93 ust. 1 pkt 4**146. Sygn. akt: KIO 1070/11, Wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.**

Nie podzielono argumentacji zamawiającego i przystępującego, iż skutkiem stwierdzenia podnoszonych przez odwołującego naruszeń i w konsekwencji wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej będzie konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty, lub cena oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Cena oferty odwołującego, tj. 484.065.669,97 zł brutto jest rzeczywiście znacząco wyższa od kwoty, którą zamawiający pierwotnie przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. 162.080.830 zł. Izba wzięła jednak pod uwagę, że przywoływany przepis nie obliguje zamawiającego do unieważnienia postępowania w każdym przypadku, gdy cena wybranej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na finansowanie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem ww. przepisu, zamawiający w takim przypadku ma bowiem możliwość przeanalizowania swego budżetu w celu stwierdzenia, czy istnieje możliwość zwiększenia kwoty finansowania do wartości umożliwiającej zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Zamawiający już raz skorzystał z tej możliwości, albowiem wybierając ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą zwiększył kwotę finansowania, gdyż również cena oferty przystępującego nie mieściła się w pierwotnym budżecie zamawiającego. Tak więc w przypadku wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego oferta odwołującego jako druga w kolejności może zostać wybrana jako najkorzystniejsza albowiem oferta ta nie została odrzucona. Konieczność unieważnienia postępowania będzie następstwem ewentualnego

ustalenia przez zamawiającego, że w danych okolicznościach nie będzie on już miał możliwości dalszego zwiększenia kwoty finansowania do wartości oferty odwołującego. Budżet zamawiającego w tym postępowaniu został już raz zwiększony, może się okazać, że w przypadku wyboru oferty odwołującego zostanie zwiększony po raz kolejny, a więc nie jest pewne czy po wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej postępowanie zostanie unieważnione. Ponadto zamawiający ani przystępujący nie złożyli żadnych dowodów, z których wynikałoby iż nie będzie możliwości zwiększenia kwoty finansowania zamówienia do wartości oferty odwołującego.

147. Sygn. akt: KIO 1100/11, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2011 r.

Zamawiający unieważnił postępowanie powołując się na przesłankę, iż cena zakupu rezonansu magnetycznego z oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji, gdy kwota ta jest wyższa od ceny najkorzystniejszej oferty (kwota podana bezpośrednio przed otwarciem ofert, to kwota 5 615 400 zł brutto, cena oferty odwołującego, to kwota 5 216 199,60 zł brutto), a więc nie zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (przepis ten stanowi o kwocie, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i o cenie najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną). Przepis ust. 93 ust. 2 tego artykułu stanowi podstawę unieważnienia postępowania w części, ale tylko w sytuacji dopuszczenia składania ofert na poszczególne części zamówienia. Z uwagi na zakaz składania ofert częściowych, przepis ten nie ma zastosowania w okolicznościach sprawy. Mimo stanowiska zamawiającego, w ocenie Izby, przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na restrykcyjny charakter stanowiący podstawę unieważnienia postępowania, nie może być interpretowany rozszerzająco, wbrew jego literalnej treści. Nie mogą być wzięte pod uwagę okoliczności podnoszone przez zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego związane z brakiem możliwości zmiany przeznaczenia środków finansowych na poszczególne zakresy zamówienia, bowiem cena oferty najkorzystniejszej w porównaniu z kwotą, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (a nie na poszczególne zakresy) nie uzasadnia zastosowania tej przesłanki. Na marginesie sprawy należy podnieść, że zamawiający, wbrew swemu stanowisku, nie wykazał braku możliwości zmiany środków finansowych na poszczególne zakresy zamówienia, wręcz potwierdził taką możliwość, chociażby ogłaszając nowe postępowanie o udzielenie zamówienia (ogłoszenie o zamówieniu – dostawy z dnia 26 maja 2011 r. nr 2011/S 101-165640), przy braku informacji dotyczącej zmiany planu inwestycyjnego na rok 2011.

Art. 93 ust. 1 pkt 6

148. Sygn. akt: KIO 457/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

Należy zauważyć, iż ustawodawca mówiąc o wpływie wystąpienia okoliczności na interes publiczny odnosi ją nie tylko do czynności zamawiającego w postępowaniu, ale również do wykonania zamówienia, czyli osiągnięcia jego celu. To w ocenie Izby przesądza o możliwości unieważnienia postępowania o zamówienie również po wyborze oferty najkorzystniejszej, czyli po zakończeniu czynności procedury przetargowej, zgodnie z nową definicją postępowania zawartą w art. 2 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając powyższe na uwadze, bez znaczenia dla ustalenia wypełnienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy, pozostaje zwłoka zamawiającego w zawarciu umowy z wybranym wykonawcą. Nie zmienia ona bowiem charakteru okoliczności, której wystąpienie skłoniło zamawiającego do unieważnienia postępowania. Izba uznała, iż uchwalenie nowego Programu Budowy Dróg Krajowych i Autostrad na lata 2011–2015, stanowiło istotną zmianę okoliczności, której wcześniej nie można było przewidzieć. (...) W ocenie Izby, nie ma żadnego uzasadnienia dla

twierdzenia odwołującego, iż wystąpienie tej okoliczności było możliwe do przewidzenia. Poza gołosłownym twierdzeniem, odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie tej tezy. Również czynności zamawiającego, który dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, wskazują na jego zamiar realizacji tego zadania. Także wskazywana przez odwołującego okoliczność ustalenia zasad współpracy z wykonawcą po wyborze oferty najkorzystniejszej, potwierdza przypuszczenie, iż zamawiający nie miał wiedzy o mającej nastąpić w przyszłości zmianie Programu, czy też o zakresie tych zmian. Decyzja o zmianie celów inwestycyjnych Ministerstwa (...) nie była podejmowana przez zamawiającego, który jedynie realizuje założenia przyjęte przez Radę Ministrów w uchwale i które są dla zamawiającego wiążące. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, iż zmiana okoliczności w postępowaniu nie była możliwa wcześniej do przewidzenia przez zamawiającego. Hipotetyczna możliwość zmiany polityki rządu zawsze istnieje, co jednak nie może prowadzić do wniosku o możliwości przewidzenia jej konkretnego kształtu. Dopiero wiążące decyzje, jaką w przedmiotowej sprawie była uchwała Rady Ministrów, pozwalają na stwierdzenie wystąpienia zmiany okoliczności. (...) Stwierdzenie istnienia lub braku spełnienia przesłanek do unieważnienia postępowania, wymaga każdorazowo odniesienia się do okoliczności, w jakich zamawiający dokonał unieważnienia postępowania. W przedmiotowej sprawie Izba uznała za logiczne i spójne stanowisko zamawiającego, który wskazywał na potrzebę szerszego spojrzenia na interes publiczny z uwzględnieniem sytuacji finansowej państwa i możliwości realizacji przedsięwzięć. Przyjęcie stanowiska odwołującego, prowadziłoby do zaprzeczenia istoty gospodarowania środkami publicznymi i realizacji założeń polityki rządu, który odpowiedzialny jest za bezpieczeństwo finansowe państwa. Korzyści, z jakimi wiązałoby się wykonanie przedmiotowej inwestycji w żaden sposób nie należy przedkładać nad interes publiczny, jakim jest zapewnienie stabilności finansowej państwa.

149. Sygn. akt: KIO 606/11, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2011 r.

Dla oceny ziszczenia się przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp bez znaczenia pozostają zarzuty dotyczące opieszałości zamawiającego w prowadzeniu procedury. Przywołany przepis opisuje zobiektywizowane podstawy unieważnienia i nie odwołuje się do winy zamawiającego, która mogłaby być badana w postępowaniu przed sądem powszechnym.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

150. Sygn. akt: KIO 572/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.

Niewątpliwie w pierwotnie i prawidłowo wskazanym terminie, tj. do dnia 7 marca 2011 r. nie wpłynęła żadna oferta. Gdyby więc przyjąć, iż nie było przedłużenia tego terminu wówczas należałoby stwierdzić, iż istotnie jedynym terminem złożenia ofert był 7 marca 2011 r. i na tej podstawie unieważnić postępowania o przedmiotowe zamówienie. Powstaje więc pytanie jak należy traktować pismo z dnia 7 marca 2011 r., w którym Zamawiający poinformował wykonawców o przedłużeniu terminu składania i otwarcia ofert, jednocześnie informując, iż „o nowych terminach Zamawiający informuje odrębnym pismem”. Zdaniem Izby brak wskazania terminu składania i otwarcia ofert w piśmie przedłużającym ten termin jest wadą postępowania. Z pisma z dnia 7 marca 2011 r. wynikało bowiem, iż termin składania i otwarcia ofert został przedłużony na bliżej nie określony czas. Tymczasem zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp przedłużenie terminu składania ofert może nastąpić tylko przed jego upływem. Skoro więc upływ terminu składania ofert miał miejsce w dniu 7 marca 2011 r. Zamawiający powinien był przed jego upływem wskazać nowy termin składania i otwarcia ofert. Brak tej informacji spowodował, iż termin ten w istocie upłynął w dniu 7 marca 2011 r. Obowiązku tego nie wypełnia bowiem przesunięcie terminu bez podania konkretnych dat. Informacja ta kierowana do potencjal-

nych wykonawców powinna bowiem ściśle określać nowe, tak istotne dla każdego postępowania terminy, terminy składania i otwarcia ofert. A ponieważ w przypadku wniesienia odwołania wobec treści SIWZ Zamawiający może przedłużyć terminy składania i otwarcia ofert pełna i rzetelna informacja powinna być przekazana wszystkim potencjalnym wykonawcom. Przesunięcie terminu uwarunkowane jest bowiem koniecznością zapewnienia wykonawcom dodatkowego czasu na przygotowanie oferty, a w niniejszym stanie faktycznym wniesione odwołanie (z dnia 4 marca 2011 r.) dotyczyło modyfikacji treści ogłoszenia i SIWZ. Powinno więc dawać potencjalnym wykonawcom pewność co do możliwości złożenia oferty w przewidywanym terminie, a nie bliżej nieokreślonym terminie. (...) Zamawiający popełnił więc błąd nie określając terminów składania i otwarcia ofert. Czynność ta niewątpliwie wywarła negatywne skutki na przebieg niniejszego postępowania, ale także w stosunku do potencjalnych wykonawców, którzy tak naprawdę nie wiedzieli jaki jest termin składania i otwarcia ofert. (...) Wada postępowania, która może być przyczyną unieważnienia umowy musi mieć bowiem charakter nieusuwalny i ta wada, która zaistniała w niniejszym stanie faktycznym, taki charakter ma. Każde naruszenie, niezależnie od etapu, na którym wystąpiło jest bowiem przeszkodą w zawarciu ważnej umowy, jeśli wywarło wpływ na wynik postępowania. W niniejszym stanie faktycznym informacja o przesunięciu terminu składania i otwarcia ofert bez podania konkretnej daty, niewątpliwie wywarła istotny wpływ na wynik postępowania była bowiem niepełna i niekonkretna. Okolicznością taką było także szereg kolejnych i następujących po sobie zmian tego terminu wzajemnie się wykluczających. Wprowadzało to bowiem wykonawców w błąd co do tego jaki jest faktycznie termin składania i otwarcia ofert.

151. Sygn. akt: KIO 582/11, Wyrok KIO z dnia 31 marca 2011 r.

Z aktualnego brzmienia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp wynika bowiem, iż zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania, jeżeli postępowanie obarczone jest wadą, która, po pierwsze – jest niemożliwa do usunięcia, po drugie – uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu. Wskazać przy tym należy, iż przywołana nowelizacja wprowadziła istotne *novum* w przepisach dotyczących umów w sprawie zamówień publicznych, polegającą na przyjęciu w miejsce instytucji bezwzględnej nieważności umowy, potwierdzanej jedynie deklaratoryjnym orzeczeniem sądu – instytucję względnej nieważności umowy, której skutki, choć co do zasady sięgają od momentu jej zawarcia, to mogą powstać dopiero z chwilą wydania konstytutywnego orzeczenia przez Izbę lub sąd powszechny. Kolejną istotną zmianą jest wprowadzone nowelizacją brzmienie przepisów art. 146 ust. 1 pzp, który w poprzednim stanie prawnym w pkt 5 i 6 określał przesłanki nieważności umowy o charakterze klauzul generalnych: gdy zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy (pkt 5) albo w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania (pkt 5). W aktualnie obowiązującym brzmieniu art. 146 ust. 1 pzp w pkt od 1 do 6 wskazano wyłącznie przyczyny wąsko i konkretnie sprecyzowane, dotyczące bezpodstawnego zastosowania niektórych trybów, braku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w odpowiednim publikatorze, zawarcia umowy lub umowy ramowej z naruszeniem terminów *standstill*, określone nieprawidłowości w dynamicznym systemie zakupów – niepoddające się wykładni rozszerzającej na inne działania lub zaniechania zamawiających. Mogłoby to prowadzić to wniosku, iż w aktualnym stanie prawnym zamawiający nie mogą unieważniać postępowania w przypadku stwierdzenia, z własnej inicjatywy, czy też na skutek wskazania przez inne podmioty, nawet bardzo poważnych uchybień, nieobjętych jednak dyspozycją żadnego z sześciu punktów art. 146 ust. 1 pzp, niezależnie od tego, czy mają one charakter nieusuwalny. W konsekwencji zamawiający musieliby dalej prowadzić wszczęte postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, która byłaby, wobec zmiany konstrukcji nieważności, ważna i skuteczna, przynajmniej do czasu

stwierdzenia jej nieważności stosownym orzeczeniem. Wniosek taki byłby o tyle uprawniony, że aktualnie obowiązujący art. 146 pzp zawiera w ust. 6 nowy przepis o charakterze klauzuli generalnej dotyczący unieważniania umowy – przewidujący jednak wyłączną kompetencję Prezesa UZP do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Poza ograniczeniem podmiotowym legitymacji czynnej do żądania unieważnienia umowy wyłącznie do Prezesa UZP, a więc z pominięciem zamawiających, zwraca uwagę szerszy przedmiotowo, w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 nawet łącznie rozważanych, zakres zastosowania nowego przepisu – aktualnie wystarczającym jest by wada postępowania mogła mieć, a nie tylko miała, wpływ na jego wynik. Można by zatem wysnuć dalszy wniosek, że zamawiający zawierający umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo świadomości przeprowadzenia postępowania obarczonego tego typu poważnymi wadami, skazani są na stan niepewności prawnej i oczekiwania na to, czy Prezes UZP wystąpi do sądu o stwierdzenie nieważności zawartej umowy. Stanowisko takie wydaje się trudne do zaakceptowania ze względów praktycznych, gdyż prowadziłoby do generalnego przyzwolenia na zawieranie umów, które mogłyby podlegać późniejszej eliminacji z obrotu prawnego, choć stwierdzenie okoliczności skutkujących unieważnieniem tych umów było możliwe jeszcze przed ich zawarciem. Skład orzekający Izby wyraża pogląd, iż zamawiający unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 pzp, są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy, określonych w art. 146 ust. 1 pzp, ale mogą i powinni brać również pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 146 ust. 6 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, iż jest ono obciążone takimi poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1–6 pzp.

152. Sygn. akt: KIO 855/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.

W piśmie z dnia 14 marca 2011 r., w którym udzielono wyjaśnień, przekazanych wykonawcom oraz zamieszczonym na stronie internetowej, poinformowano, że termin składania ofert upływa w dniu 6 kwietnia 2011 r. o godzinie 10.30, a otwarcie ofert nastąpi w tym samym dniu o godzinie 11.00. Natomiast, w ogłoszeniu Dodatkowych Informacji, przekazanych w tym samym dniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej oraz zamieszczonym na stronie internetowej Zamawiającego, podano, że termin składania ofert upływa w dniu 6 kwietnia 2011 r. o godzinie 10.00, a otwarcie nastąpi w tym samym dniu o godzinie 10.30 i w tym terminie, tj. o godzinie 10.30, w obecności Odwołującego, została dokonana czynność otwarcia dwóch złożonych w tym postępowaniu ofert. (...) Nie można bowiem powiedzieć, iż otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu nie miało charakteru jawnego. Zamawiający dokonał bowiem publicznego otwarcia ofert. Fakt, iż w otwarciu nie wzięły udziału jeden z wykonawców, który złożył ofertę, w ocenie Izby, nie stanowi o nieważności umowy. Dostrzec bowiem należy, iż wszyscy wykonawcy w niniejszym postępowaniu złożyli oferty w terminie. Z pewnością jest to okoliczność, która ma wpływ na wynik postępowania, a tym samym odnosi bezpośredni skutek w sferze czynności prawnych podejmowanych przez Zamawiającego. Jednocześnie z faktu, iż termin składania ofert został przez wszystkich wykonawców dotrzymany można wyprowadzić wniosek, że ocenie ofert podlegać będą wszystkie złożone oferty. Prawnie istotną okolicznością jest okoliczność złożenia ofert, bowiem determinuje dalsze czynności zamawiającego i decyduje o ich prawidłowości. Zaś, czynność faktyczna otwarcia ofert, w ocenie Izby, prawnie istotnego charakteru nie posiada, bowiem po-

zostaje bez wpływu na dalsze czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Z tych względów należy przyjąć, iż ograniczenie wykonawcy prawa do udziału w otwarciu ofert, na skutek rozbieżności występujących w dokumentach postępowania, jakkolwiek stanowi naruszenie przepisu art. 38 ust. 4 w zw. z ust. 4a ustawy Pzp, w niniejszym stanie faktycznym, nie daje podstaw do uznania umowy w sprawie zamówienia publicznego za nieważną, a tym samym nie może prowadzić do unieważnienia postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

153. Sygn. akt: KIO 1023/11, Wyrok KIO z dnia 27 maja 2011 r.

Również to, że wykonawca tańszy, być może przez przeoczenie, złożył ofertę niezgodną w tym zakresie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – i we własnym interesie popiera unieważnienie postępowania – nie jest dowodem na niekonkurencyjność postanowienia. Nie jest również podstawą unieważniania postępowania fakt, że Zamawiający, gdyby miał świadomość, że Przystępujący zaoferuje świadczenie gotówkowe, nie chcąc odrzucać tańszej oferty, inaczej sformułowałby postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taką argumentacją mógłby posłużyć się każdy z zamawiających zmuszonych do odrzucenia najtańszej oferty, jednak nie jest ona przewidziana przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy tym trzeba zwrócić uwagę, że po złożeniu ofert należy brać pod uwagę nie tylko możliwe utrudnienie uczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz także interesy wykonawców, którzy złożyli oferty, szczególnie potencjalnie najkorzystniejszą, aby przepis ten nie stanowił narzędzia do manipulowania wynikiem postępowania. Z ekonomicznego punktu widzenia zrozumiałe jest, że Zamawiający preferuje wybór tańszej oferty, nawet poprzez powtórzenie przetargu, jednak w wypadku zamówień publicznych zasadą jest – oprócz przypadków określonych w art. 93 ust. 1 oraz art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – że zamawiający nie może zakończyć postępowania bez wyboru oferty najkorzystniejszej (według definicji zawartej w art. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych) i musi wybrać taką ofertę spośród złożonych i niepodlegających odrzuceniu, nawet jeśli nie jest to oferta realnie najlepsza. W niniejszym przypadku Izba podziela zdanie Odwołującego, że Zamawiający wykorzystał wskazane postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby uchylić się od podpisania z nim umowy, której nie uważał dla siebie za korzystną.

154. Sygn. akt: KIO 1033/11, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r.

Izba podziela pogląd, iż dokonując oceny podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o wskazaną przesłankę ustawową [tj. art. 93 ust. 1 pkt 7 – *przyp. red.*], należy sięgnąć także do ust. 5 i 6 art. 146 ustawy Pzp, które to przepisy określają dodatkowe materialne przesłanki wskazujące na możliwość unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jedną z nich – wskazaną w ust. 6 i przywołaną przez zamawiającego – jest przesłanka wskazująca na czynności lub zaniechania zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Izba wyraża zatem pogląd, iż zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, są uprawnieni do brania pod uwagę nie tylko okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, ale mogą i powinni również uwzględniać okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy mieszczące się w dyspozycji przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zdaniem Izby przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie powinno ograniczać możliwości zamawiających niedopuszczenia do ich zawarcia przez unieważnienie postępowania, w razie stwierdzenia, iż jest ono obarczone poważnymi i nieusuwalnymi wadami, wpływającymi na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, choć wykraczającymi poza dyspozycje przepisów art. 146 ust. 1 pkt 1–6 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający miał

prawo uwzględnić okoliczności wskazane w art. 146 ust. 6 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przy ocenie, czy zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania z uwagi na nieusuwalną wadę postępowania, która stanowić może podstawę do unieważnienia umowy przez Prezesa UZP. Jest jednak zobowiązany taką wadę wykazać. Izba podziela stanowisko wyrażone w przywoływanym przez odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2011 r. sygn. akt KIO 582/11 iż, choć przepis art. 146 ust. 6 ustawy Pzp zawiera klauzulę generalną, nie oznacza to, iż zakres zastosowania tego przepisu można rozciągać na wszystkie stany faktyczne obejmujące wszelkie nieprawidłowości zamawiających w toku prowadzonych postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem, że wszczęte postępowanie ma doprowadzić do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, a nie zakończyć się unieważnieniem. Nie można także zupełnie pominąć okoliczności, iż w aktualnym stanie prawnym, wobec literalnej treści art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, możliwości unieważnienia postępowania z powołaniem się na wpływ tych nieprawidłowości na zawartą umowę zostały przez ustawodawcę dla zamawiających znacząco ograniczone, co wskazuje na konieczność daleko idącej ostrożności przy powoływaniu się przez nich na inne niż wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, podstawy podlegania umowy unieważnieniu. Tym bardziej zatem niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej przepisu art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, która pozwalałaby zamawiającym na unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiegokolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Mogłoby to bowiem wprost prowadzić do zagrożenia przestrzegania zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wad postępowania miało miejsce już po ujawnieniu listy wykonawców, którzy mogą uzyskać dane zamówienie (jak również – jak w niniejszym postępowaniu – w oparciu o analizę złożonych przez nich ofert), a zamawiający miał możliwość sanacji swoich nieprawidłowości w toku postępowania, lecz z przyczyn leżących po jego stronie tego zaniechał. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp, które skutkować mogłoby uruchomieniem przez Prezesa UZP procedury unieważnienia umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający argumentował, iż dopuścił się w postępowaniu nieprawidłowości polegającej na tym, że nie uwzględnił wniosków wykonawców o modyfikację SIWZ w zakresie specyfikacji technicznej, czym spowodował ograniczenie konkurencji. Zamawiający bowiem na podstawie analizy otrzymanych ofert doszedł do przekonania, iż gdyby dopuścił rozwiązania, o które wnioskowali niektórzy z wykonawców oferty, które ci wykonawcy złożyli, byłyby uznane za ważne i spełniające wymogi SIWZ, a zamawiający mógłby dokonać wyboru oferty spośród szerszego zakresu wykonawców. Zamawiający zatem niejako *a priori* uznał, iż wykonawcy ci w ogóle nie byli w stanie złożyć ofert prawidłowych na skutek błędów, których dopuścił się w postępowaniu. Przede wszystkim należy podkreślić, iż zapytania wykonawców składane w postępowaniu nie miały charakteru stanowczych żądań o zmianę SIWZ w zakresie objętym zapytaniem, lecz wykonawcy zwracali się o dopuszczenie rozwiązań innych niż określone w SIWZ. Wykonawcy nie odwoływali się również do okoliczności, iż opis przedmiotu zamówienia ma charakter dyskryminacyjny czy uniemożliwia im złożenie oferty. Izba zwraca uwagę, iż zamawiający nie ma ustawowego obowiązku uwzględniania postulatów wykonawców przedstawianych w zapytaniach do SIWZ. Oczywiście może to uczynić, kierując się oceną własnych potrzeb, jednak kreowanie treści SIWZ pozostaje w gestii zamawiającego. Zamawiający sam bowiem ocenia swoje potrzeby, w oparciu o które, z uwzględnieniem właściwych przepisów, opracowuje treść SIWZ i kształtuje wynikające z niej wymagania. Konsekwencje wynikające z ustalenia treści SIWZ obligują obie strony postępowania, tj. zamawiającego i wykonawców. Wykonawcy mają możliwość wpływu na treść SIWZ, korzystając z przewidzianych ustawą Pzp środków, w tym środków ochrony prawnej, jeżeli w ich opinii narusza ona ich interesy czy powoduje, iż nie mogą złożyć oferty w ogóle czy też oferty na warunkach, które w większym stopniu czynią ich ofertę korzystniejszą. Ustawa Pzp przewiduje w tym zakresie określony tryb oraz

ramy czasowe jego zastosowania. Konsekwencje nieskorzystania z nich obciążają obie strony postępowania – zamawiającego i wykonawców, którzy zaniechali wystarczającej dbałości o zabezpieczenie swojej pozycji w postępowaniu. Oczywiście nie oznacza to, iż nieskorzystanie ze środków ochrony prawnej czy innych dostępnych przewidzianych ustawą Pzp skazuje zamawiającego, gdy dopuścił się poważnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które skutkować mogłoby uruchomieniem przez Prezesa UZP procedury unieważnienia umowy, na zawarciu takiej umowy. Należy jednak podkreślić, iż w ocenie Izby wprawdzie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp obecnie zdaje się mieć szerszy charakter niż poprzednio obowiązujący art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6, to interpretacji tego przepisu w kontekście kształtowania opisu przedmiotu zamówienia należy dokonywać ostrożnie i z poszanowaniem praw wykonawców, którzy postanowienia SIWZ ustalone przez zamawiającego uznali za wiążące i złożyli oferty zgodne z ich brzmieniem. Nie jest bowiem dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający poprzez brak należytej staranności w formułowaniu SIWZ, którego konsekwencjom mógł zapobiec, mógłby z powołaniem się na art. 146 ust. 6 ustawy Pzp i ryzyko unieważnienia umowy pozbawiać wykonawców możliwości uzyskania zamówienia. Na taką wykładnię wskazuje także przywoływane orzeczenie Sądu Okręgowego Warszawa – Praga z dnia 30 sierpnia 2010 r. IV Ca 831/10, gdzie wyraźnie podkreślono, iż błędy zamawiającego wynikające z nienależytego rozpoznania własnych potrzeb i rozeznania na rynku nie mogą obciążać wykonawców.

155. Sygn. akt: KIO 1037/11, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r.

W doktrynie i orzecznictwie ukształtowanym pod rządami przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) konieczność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wiązana była z katalogiem podstaw bezwzględnej nieważności umowy wskazanych w art. 146 ust. 1 Pzp. *De lege lata* zaistnienie przesłanek zawartych w art. 146 ust. 1 Pzp (których katalog uległ radykalnej zmianie) skutkuje możliwością żądania unieważnienia umowy. Wobec dokonanych zmian przepisów, w piśmiennictwie i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się przeważający pogląd, zgodnie z którym podstawę do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi nie tylko zaistnienie przesłanek zawartych w art. 146 ust. 1 Pzp – kwalifikowanych wad (nieprawidłowości) postępowania. Przy ocenie, czy postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp należy uwzględnić również podstawy wskazane w art. 146 ust. 6 Pzp (vide: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 25 sierpnia 2010 r., sygn. KIO/UZP 1733/10, z 24 listopada 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 2480/10, z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 2789/10, z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 34/11). Zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W uzasadnieniu wyroku z dnia 15 lutego 2011 r. (sygn. akt: KIO 214/2011; KIO 215/2011) Krajowa Izba Odwoławcza wywiodła, iż mimo że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie odwołuje się bezpośrednio do art. 146, to wykładnia celowościowa art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że uwzględniając odpowiednio przepis art. 146 ust. 6, wszelkie niedające się usunąć wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, stanowią przesłankę jego unieważnienia. Izba ocenia, że decyzję o unieważnieniu postępowania z powodów wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp zamawiający może podjąć jedynie w sytuacji, gdy przesłanki unieważnienia postępowania zaistniały w sposób obiektywny – naruszenia przepisów ustawy godzą niewątpliwie w wynik postępowania. Unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od reguły, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego lub – przypadku wyboru

trybu z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy (*arg. z art. 2 pkt 11 Pzp*). Przesłanki dokonania tej czynności, z uwzględnieniem podstaw wynikających z art. 17 ust. 3 Pzp, nie mogą zatem podlegać wykładni rozszerzającej, lecz winny wynikać z okoliczności sprawy.

Art. 94 ust. 3

156. Sygn. akt: KIO 1285/11, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2011 r.

Zgodnie bowiem z aktualnym brzmieniem art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. W przeciwieństwie więc do pierwotnego brzmienia tego przepisu („zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą”), wybór kolejnej oferty nie jest już obowiązkiem zamawiającego, lecz zależy od jego woli, a tym samym wykonawcy nie mogą domagać się dokonania tej czynności i zarzucać zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru kolejnej oferty. Nowe brzmienie art. 94 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje także zaistnienie nowej sytuacji, w której dane postępowanie nie kończy się w żaden z dwóch dotychczasowych sposobów, a więc ani zawarciem umowy, ani jego unieważnieniem. Tym samym w niniejszym postępowaniu Zamawiający mógł zamknąć postępowanie nie dokonując czynności unieważnienia, a fakt, że się powołał na art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i to, czy zrobił to w sposób prawidłowy, nie ma wpływu na wynik postępowania – w tym znaczeniu, że w obu tych przypadkach i tak nie doszłoby do zawarcia umowy z żadnym z wykonawców.

Art. 96 ust. 2

157. Sygn. akt: KIO 1279/11, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2011 r.

Zgodnie z treścią art. 96 ust. 2 ustawy Pzp informacje składane przez wykonawców stanowią załączniki do protokołu, a te – zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp – udostępnia się wykonawcom po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Niewątpliwym jest, iż „informacjami” w rozumieniu powyższego przepisu są wyjaśnienia składane przez wykonawcę w toku postępowania. A ponieważ wszelkie załączniki do protokołu inne niż oferty wnioski Zamawiający ma obowiązek udostępnić wykonawcom dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie naruszył przepisów postępowania, odmawiając Odwołującemu udostępnienia żądanego dokumentu, tj. wyjaśnień wykonawcy X składanych w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. (...) Niewątpliwym jest, iż Zamawiający, bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta wynika z możliwości finansowych Zamawiającego, określonych w jego planie finansowym lub innym dokumencie pełniącym te funkcje, uwzględniającym możliwości korekt. Niemniej jednak – jak podniósł Zamawiający – nie dysponuje on samodzielnym dokumentem określanym jako „plan finansowy”. Jest to zespół pewnych dokumentów, który nie mógł być udostępniony Odwołującemu, gdyż przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem jest jednym z zadań objętych kontraktem (pozycja 5 Załącznika nr 3) współfinansowanym ze środków NFOŚiGW i jego udostępnienie pozwoliłoby wykonawcy zapoznać się z wielkością środków przeznaczonych na realizację innych zadań, na które postępowania będą prowadzone. Jednocześnie Zamawiający podkreślił, iż w ramach przedmiotowego kontraktu nie jest możliwe przenoszenie środków finansowych z jednego zadania (dla którego uzyskano kwotę niższą niż zaplanowana) na drugie (dla którego uzyskano kwotę wyższą), jednocześnie przedkładając wyciąg z „umowy o dofinansowanie projektu z dnia 2010-09-23”, tj. załącznik nr 3 – Harmonogram Realizacji

Projekt. Dokument ten – jak wynika z akt postępowania – nie stanowi załącznika do protokołu postępowania. Takim załącznikiem jest jedynie dokument, określający wartość szacunkową zamówienia, jak i kwotę, która ma zostać przeznaczona na realizację tego zamówienia i taki dokument, a nie plan finansowy podlega udostępnieniu na zasadach określonych w art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Art. 139 ust.1

158. Sygn. akt: KIO 483/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

W ocenie Izby zasadny jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 353¹ K.c. w związku z art. 139 ustawy Pzp poprzez uwarunkowanie rozpoczęcia przez zamawiającego procedury odbioru prac realizowanych przez wykonawcę od wcześniejszego przedłożenia dokumentów świadczących o całkowitym uregulowaniu zobowiązań wykonawcy względem podwykonawców (§ 9 ust. 3 ogólnych postanowień umowy – załącznik nr 2 do SIWZ). Zapis taki świadczy o nieuprawnionej ingerencji zamawiającego w treść stosunku zobowiązaniowego łączącego wykonawcę z podwykonawcą. Wzajemne rozliczenia pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami nie mają wpływu na sytuację prawną i faktyczną zamawiającego. Warunek taki byłby uzasadniony w przypadku zlecenia robót budowlanych, a to z uwagi na treść art. 647¹ § 5 K.c., zgodnie z którym zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Analogicznego przepisu nie ma natomiast w przypadku usług i dostaw, w związku z czym brak jest prawnego uzasadnienia do tego rodzaju żądania.

159. Sygn. akt: KIO 505/11, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r.

Art. 353¹ k.c. określa granice swobody umów, a skutkiem przekroczenia granicy swobody umów jest uznanie czynności prawnej za dokonaną poza zakresem ustawowej kompetencji, a więc nieważną w całości lub części. Dysproporcja pomiędzy określonymi w umowie wzajemnymi świadczeniami stron nie stanowi dostatecznej przesłanki do uznania umowy za sprzeczną z prawem. Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zbliżone w swym charakterze do umów adhezyjnych (wyroki KIO z dnia: 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09 oraz 26 listopada 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1547/09), a wynika to, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów adhezyjnych, ale z tego, iż to Zamawiający działa w interesie publicznym. Tak więc na gruncie ustawy Pzp mamy do czynienia ze swoistym ograniczeniem swobody umów, określonej w art. 353¹ k.c., które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. „Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego zamawiający może się starać przenieść odpowiedzialność na wykonawców, a nawet w ramach swobody umów wręcz narzucić pewne postanowienia umowy we wzorze umowy, a wykonawca może nie złożyć oferty na takich właśnie warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową” (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 67/08). Oznacza to więc, iż nie jest właściwym utożsamianie przez Odwołującego ryzyk związanych z realizacją umowy, w tym przede wszystkim ich podziału pomiędzy strony stosunku zobowiązaniowego z naruszeniem zasady równości stron danego stosunku zobowiązaniowego. To bowiem Odwołujący, sporządzając ofertę i kalkulując jej cenę, powinien w niej ująć także koszt dodatkowych ryzyk związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zaoferowana przez niego cena ofertowa powinna więc zabezpieczać jego interesy niezależnie od tego jak duże ryzyko zostanie mu przypisane. Tak więc, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353¹ k.c., powyż-

sze nie uchybia zasadzie swobody umów, gdyż to wykonawca, może nie złożyć oferty na ustalonych przez zamawiającego warunkach. A wystąpienia tych przesłanek, tj. zaistnienia sytuacji, w której treść i cel stosunku zobowiązaniowego, który ma powstać pomiędzy stronami, sprzeciwiałby się właściwości tego stosunku, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego Odwołujący nie wykazał. W swej argumentacji odwołał się niewątpliwie do najbardziej niejasnych – co podkreślane jest w literaturze przedmiotu – z przesłanek zawartych w art. 353¹ k.c., tj. sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, łącząc ją z naruszeniem 354 § 2 k.c. w zw. z art. 647 k.c. i stawiając akcent na obowiązek współdziałania stron danego zobowiązania. Niewątpliwym jest, iż przy wykonywaniu danego zobowiązania, a więc przy realizacji przedmiotu niniejszej umowy, strony (zamawiający i wykonawca) zobowiązane są współdziałać o ile takie współdziałanie jest potrzebne. Zamawiający zobowiązany jest do przekazania terenu budowy i teren ten – w myśl zapisów subklauzuli 2.1 [Prawo dostępu do placu budowy] – zostanie przekazany wykonawcy w określonym terminie „prawo i władanie Terenem Budowy w terminie 14 dni od podpisania Aktu Umowy”. Tak więc podnoszenie, w chwili obecnej, zarzutu nieterminowego przekazania Placu Budowy i akcentowanie rzekomych konsekwencji jakie z tego tytułu ma ponieść wykonawca, wobec jednoznacznych sformułowań warunków umowy jest nieuprawnione, zwłaszcza że Harmonogram, który ma stanowić rzekomą przeszkodę w udostępnieniu placu budowy, w istocie taką przeszkodą nie jest, ponieważ – wbrew twierdzeniom Odwołującego – treść klauzuli nie odnosi się do zatwierdzonego harmonogramu, a jedynie przedłożonego harmonogramu, nie wykluczając możliwości przekazania całego placu budowy. Obawy odwołującego, iż plac budowy, na skutek zaistnienia kwestionowanych zapisów, nie zostanie mu udostępniony są nieuzasadnione. Zamawiający wyłaniając wykonawcę w wyniku postępowania o zamówienie publiczne i zawierając z wybranym wykonawcą umowę jest przecież zainteresowany jej sprawnym i terminowym wykonaniem.

Art. 150 ust. 2

160. Sygn. akt: KIO 505/11, Wyrok KIO z dnia 24 marca 2011 r.

Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 150 ust. 2 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika z treści kwestionowanej subklauzuli (11.5) faktycznie nie dotyczy ona „zabezpieczenia należytego wykonania umowy” w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, a jedynie, jak podniósł Zamawiający na rozprawie, stanowi swoisty rodzaj kaucji wymaganej od wykonawcy w przypadku powstania sytuacji, w której nie jest możliwe usunięcie wady lub szkody na placu budowy i za zgodą zamawiającego dane urządzenie ma zostać z niego zabrane z jednoczesnym „zabezpieczeniem wykonania o pełny koszt wymiany tych egzemplarzy”. W tym miejsc należy odróżnić pojęcie „zabezpieczenia należytego wykonania umowy” w rozumieniu ustawy Pzp od pojęcia „zabezpieczenia wykonania” przewidzianej w treści kwestionowanej subklauzuli. „Zabezpieczenia wykonania” – jak wynika z treści subklauzuli – służy zabezpieczeniu wymiany egzemplarzy urządzeń, stanowiących już własność zamawiającego. Nie może być więc taktowane jako „zabezpieczenia należytego wykonania umowy”, którego wysokość oraz forma byłyby wprost ustalona w umowie. Inny jest także cel „zabezpieczenia należytego wykonania umowy”.

Art. 179 ust. 1

161. Sygn. akt: KIO 292/11, Wyrok KIO z dnia 24 lutego 2011 r.

Odnosnie tego zarzutu tj. zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum X z wnioskiem o wykluczenie wykonawcy z postępowania Izba uznaje, że jest on przedwczesny wobec ustalenia, że obecnym etapem postępowania o udzielenie zamówienia prowa-

dzionego przez zamawiającego są czynności badania i oceny wniosków. Ustalenie to nie może jednak prowadzić do wniosku o zajęciu przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy. W odróżnieniu od nieobowiązującego już stanu prawnego (dawny przepis art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy), wskazany przepis przewiduje odrzucenie odwołania z przyczyn wynikających z naruszenia terminu na wniesienie jedynie w sytuacji, gdy odwołanie zostało wniesione „po upływie terminu określonego w ustawie”. Wskazany wyżej etap postępowania kończy się, stosownie do postanowień art. 51 ust. 1a ustawy, zawiadomieniem wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, w chwili obecnej, brak jest podstaw do stwierdzenia, czy i którzy wykonawcy spełniają warunki udziału, a w konsekwencji, czy podlegają wykluczeniu z tego postępowania. Ponieważ, jak wyżej wskazano, zamawiający nie zakończył czynności ponownej oceny wniosków, brak jest podstaw do stwierdzenia o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy polegającego na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy. W konsekwencji stwierdzenia przedwcześnie zarzutu, podlega on oddaleniu. W ustalonym stanie faktycznym Krajowa Izba odwoławcza w składzie orzekającym wskazuje jako podstawę prawną oddalenia odwołania art. 179 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli nastąpiło naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, którego to naruszenia nie stwierdzono, a także art. 180 ust. 1 ustawy, wobec nie stwierdzenia, iż toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zaniechał czynności, do której był zobowiązany.

162. Sygn. akt: KIO 365/11, Wyrok KIO z dnia 10 marca 2011 r.

Względem wniosku o odrzucenie odwołania [*Zamawiający – przyp. red.*] podniósł, że Odwołujący nie jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, z uwagi na brak interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zamawiający zwrócił uwagę, iż w prowadzonym postępowaniu przed otwarciem ofert, na mocy dyspozycji art. 86 ust. 3 Pzp, podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Informując, iż jest to kwota 21.500.000,00 zł (brutto). Natomiast wartość brutto oferty złożonej przez Odwołującego to 21.908.849,00 zł. Podkreślił, iż kwota, którą zaoferował Odwołujący za wykonanie zamówienia przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamierzenia inwestycyjnego. Ponadto kwota zaproponowana przez Odwołującego w ofercie przekracza znacznie możliwości finansowe Zamawiającego, ponieważ nie ma on możliwości zwiększenia środków zaplanowanych na realizację ww. zamówienia. W związku z powyższym, nawet gdyby oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, oferta Odwołującego, podlegałaby odrzuceniu, Odwołujący nie uzyskałby przedmiotowego zamówienia, a jego oferta nie zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, z uwagi na konieczność unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp). (...) Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania popartego na posiedzeniu przez Przystępującego, Izba oddała niniejszy wniosek. Po pierwsze, z uwagi na fakt, że kwestia interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp ma charakter materialno-prawny i podlega rozpatrzeniu na rozprawie. Po drugie odnosząc się merytorycznie wskazuje, że Zamawiający nie wykazał (nie przedstawił żadnego dokumentu, np. wyciągu z budżetu, planu finansowego wniosku aplikacyjnego, czy też oświadczenia głównego księgowego) braku dysponowania dodatkowymi środkami finansowymi (tak podmiotów trzecich współfinansujących, jak i własnymi), które nie mogą być przeznaczone na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w wypadku wyboru oferty Przystępującego. Po trzecie, Izba wskazuje dodatkowo, że przedmiotowa kwestia odnosi się do ewentualnej czynności przyszłej, która jeszcze nie miała miejsca, a która mogłaby być przedmiotem odrębnego odwołania.

**163. Sygn. akt: KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11,
Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.**

W ocenie Izby rozumienie spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku odwołania wobec ogłoszenia o zamówieniu przedstawione przez zamawiającego, tj. iż tylko podmioty, które w ogóle nie spełniają warunku tak, jak został on postawiony w ogłoszeniu mają interes we wnoszeniu tego środka ochrony prawnej, jest zbyt rygorystyczny. Szkoda, na brak której powoływał się zamawiający, może mieć bowiem także wymiar potencjalny i sprowadzać się do ograniczenia zakresu możliwego do wykazywania doświadczenia na potwierdzenie spełnienia warunku, co skutkować może np. pozbawieniem możliwości uzyskania lepszej pozycji w rankingu. Ponadto spełnienie warunku udziału w postępowaniu, choćby był on postawiony z naruszeniem ustawy Pzp, nie sanuje niezgodności z przepisami ustawy Pzp samego warunku. (...) W ocenie Izby odwołujący ma prawo kwestionować warunek udziału (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku) sprzeczny z ustawą Pzp, o ile w sposób negatywny wpływa to jego możliwości udziału w postępowaniu.

164. Sygn. akt: KIO 453/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie postawił zarzutu w zakresie niezasadności odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego. Przyznał, iż jego oferta nie spełniła części wymagań postawionych przez zamawiającego. Można więc uznać, iż Odwołujący stracił szansę na uzyskanie przedmiotowego postępowania. Ponieważ utracił status Wykonawcy w niniejszym postępowaniu, nie ma interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Odwołujący zażądał wręcz unieważnienia niniejszego postępowania, upatrując swojego interesu we wzięciu udziału w kolejnym postępowaniu – jak podniósł w odwołaniu: „jedyną szansą na uzyskanie zamówienia jest doprowadzenie do sytuacji unieważnienia niniejszego postępowania”. W ocenie Izby unieważnienie postępowania nie prowadzi do uzyskania przez Odwołującego bezpośredniej korzyści. Unieważnienia postępowania w sposób ewidentny nie prowadzi do udzielenia zamówienia żadnemu podmiotowi, w tym Odwołującemu. Można zatem postawić tezę, iż żądając unieważnienia postępowania, Wykonawca pozbawia się szansy na uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu, co pozbawia go również legitymacji do wniesienia odwołania. (...) Odwołujący w treści odwołania podniósł, iż „... jeżeli hipotetycznie przyjmie się, iż oferta Wykonawcy X sp. z o.o. i Y sp. z o.o. jest zgodna z treścią SIWZ, to w takim razie oferta ta jest sprzeczna z ww. przepisami prawa autorskiego i jest efektem naruszenia praw autorskich przysługujących bądź to Odwołującemu, bądź to konsorcjum Z.” Zatem należy uznać, iż Odwołujący nie wykazał, aby to Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w taki sposób, aby Odwołujący poniósł szkodę (a zarzut takiego właśnie naruszenia warunkuje możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych). W szczególności Odwołujący nie wskazał, aby Zamawiający dokonał określonych uchybień przy wyborze oferty Przystępującego, w tym w szczególności dokonał wyboru tej oferty niezgodnie z zapisami SIWZ. Wybór oferty w postępowaniu odbywa się na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zapisów SIWZ. Szkodę zaś, jak wyżej wskazano, Odwołujący rozumie jak naruszenie przez Przystępującego praw autorskich majątkowych przysługujących Odwołującemu. Jakikolwiek roszczenie w zakresie praw autorskich majątkowych wynikają z innych ustaw niż Prawo zamówień publicznych. Nie powinny być kierowane do Zamawiającego, ale rozpatrywane przed sądami powszechnymi. Zatem nie została spełniona przesłanka możliwości wniesienia odwołania określona w art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

165. Sygn. akt: KIO 459/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu da-

nego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie przygotowywania postępowania, każdy wykonawca zainteresowany realizacją przedmiotowego zamówienia posiada interes w tym, aby zapewnić zgodne z przepisami powszechnie obowiązującymi zasady realizacji umowy. Postanowienia kontraktowe mogą mieć istotny wpływ na zakres świadczeń, jakie będzie zobowiązany ponieść wykonawca z tytułu realizacji umowy i mogą one prowadzić do uszczerbku w mieniu wykonawcy.

166. Sygn. akt: KIO 467/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

Izba uznała, iż Odwołujący, kwestionując zasadność wykluczenia go z postępowania wykazał interes we wniesieniu odwołania oraz szkodę jaką poniósłby, gdyby nie uzyskał przedmiotowego zamówienia, a zarzut ten został wniesiony w terminie. A ponadto stwierdzić należy, iż wykonawca zobowiązany jest wykazać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz szkodę, którą poniósł lub mógłby ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, w odniesieniu do wnoszonego środka ochrony prawnej, a nie każdego z podniesionych w odwołaniu zarzutów i okoliczności te Odwołujący niewątpliwie wykazał.

167. Sygn. akt: KIO 470/11, Wyrok KIO z dnia 21 marca 2011 r.

Izba uważa, że na etapie odwołania na treść siwz interes w uzyskaniu zamówienia powinien być analizowany przez pryzmat możliwych działań wykonawcy. Nie sposób bowiem odmówić wykonawcy interesu w uzyskaniu zamówienia, tylko z tego względu, że sam nie spełnia wymagań siwz, których odwołaniem nie kwestionuje. Dopóki nie zostanie złożona oferta, w rzeczywistości jest to okoliczność nie weryfikowalna, zwłaszcza wobec faktu, że wykonawca może wspólnie ubiegać się o zamówienie. Zatem potencjalnie w dacie wnoszenia odwołania może nie spełniać wszystkich wymagań, a spełniać je w chwili składania ofert, oferując np. swój rentgenowski tomograf komputerowy i rezonans magnetyczny innego producenta. Odmówienie zatem prawa do wniesienia odwołania i zakwestionowania warunków uniemożliwiających złożenie oferty na planowanych przez odwołującego zasadach, byłoby pozbawieniem odwołującego prawa do kontroli postępowania i sprzeciwiałoby się zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Mając to na względzie Izba uznała, że przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została przez odwołującego wypełniona.

168. Sygn. akt: KIO 533/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

W sytuacji faktycznej, która ma miejsce w niniejszym postępowaniu, wykluczenie Odwołującego z postępowania nie pozbawia go interesu prawnego do wniesienia odwołania. Wynika to z faktu, który został też wskazany w informacji o wykluczeniu, że Zamawiający, zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dokonywał czynności korygujących w postaci wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, ze względu na odrzucenie jego oferty. Natomiast czy wykonawca ten rzeczywiście podlegałby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych można byłoby ustalić dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, do którego Zamawiający byłby zobligowany, gdyby oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu. Tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania, w powyższym znaczeniu, nie jest wykluczeniem ostatecznym, a odwołanie w tym zakresie – jeśli Odwołujący nie zamierza kwestionować również samej konieczności wezwania go do uzupełnienia dokumentów – byłoby przedwczesne. Podniesione przez Odwołującego zarzuty nie są również spóźnione, gdyż nie dotyczą one czynności uzupełnienia próbkki, lecz odrzucenia oferty Odwołującego, które nastąpiło 4 marca 2011 r.

169. Sygn. akt: KIO 588/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż Odwołujący nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby, wskazanie na okoliczność, iż wykonawcy nie mają możliwości prawidłowego skalkulowania ceny oferty wobec braku informacji w przedmiocie wynagrodzenia za skorzystanie z praw do patentu oraz niemożność złożenia oferty przez wykonawców, którzy działają w segmencie rynku dostaw zestawów przeciwuderzeniowych stanowi wystarczającą podstawę do stwierdzenia, iż tego rodzaju ograniczenia uprawdopodobniają możliwość wystąpienia szkody po stronie Odwołującego. Przy czym dla oceny zaistnienia badanych przesłanek konieczne jest odniesienie się do treści odwołania, która pozwala na zrekonstruowanie całokształtu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii, a nie poprzestanie jedynie na fragmencie, który wprost tychże zagadnień dotyczy.

170. Sygn. akt: KIO 1038/11, Wyrok KIO z dnia 31 maja 2011 r.

Przed wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie – uwzględniając zasady doświadczenia życiowego – nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn.akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w wyczerpującym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia. W świetle powyższego, Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: X S.A. w K. oraz Y w J. oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy w zadaniach 8 i 9 wykazał co najwyżej szkodę ewentualną, która na gruncie postępowania o zamówienie publiczne, jest prawnie obojętna. Szkoda ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

171. Sygn. akt: KIO 1067/11, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2011 r.

Zarzuty w odwołaniu skierowane są wobec czynności odrzucenia w zadaniu nr 1 oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia postępowania, odrzucenie oferty odwołującego, która była jedyną ofertą złożoną na zadanie nr 1 i w konsekwencji unieważnienie w tej części postępowania o udzielenie zamówienia, prowadziło do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty, udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi liczył się odwołujący w związku z uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Odwo-

łujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż na skutek uwzględnienia odwołania, jego oferta mogłaby zostać wybrana, o co wnosi odwołujący.

172. Sygn. akt: KIO 1191/11, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r.

Izba ustaliła także, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące oferty uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zarzuty odnoszące się do czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Gdyby nie owe czynności Zamawiającego, zakwestionowane przez Odwołującego, wykonawca ten miałby realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, biorąc zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu. Tym samym przez Odwołującego, zdaniem Izby, został wykazany uszczerbek w jego interesie, polegający na uzyskaniu zamówienia i możliwość wyrządzenia w tym zakresie Odwołującemu szkody poprzez pozbawienie go szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w drodze określonych czynności Zamawiającego. Bez znaczenia w tym zakresie pozostaje okoliczność, na którą wskazywał Przystępujący, iż kwota na sfinansowanie zamówienia podana w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego przed otwarciem ofert jest niższa niż cena ofertowa Odwołującego. Przystępujący wskazywał, że nawet potwierdzenie się zarzutów odwołania i przywrócenie Odwołującego do postępowania nie pozwoli temu wykonawcy uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż postępowanie powinno być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Okoliczność, iż cena ofertowa Odwołującego przewyższa kwotę na sfinansowania zamówienia z otwarcia ofert, co miałyby być równoznaczne z koniecznością unieważnienia postępowania, nie jest okolicznością pewną. Zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem zwiększyć kwotę na sfinansowanie danego zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty, jeśli takimi środkami dysponuje i jeśli jest w takim zakresie po jego stronie taka wola. Ta kwestia będzie podlegała dopiero ocenie Zamawiającego w przypadku, gdy oferta Odwołującego będzie mogła być uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Art. 180 ust. 3

173. Sygn. akt: KIO 653/11, Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2011 r.

(...) ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności, bądź zaniechania. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Izba wskazuje, iż o istnieniu zarzutu decydują dwa czynniki – przepis, który w ocenie odwołującego został naruszony przez zamawiającego oraz sposób jego naruszenia, tj. czynność lub zaniechanie, które stanowi podstawę faktyczną zarzutu. Powyższe wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, iż odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (...). Powyższe wskazuje, iż zarzut zawarty w odwołaniu sformułowany jest wobec określonej czynności lub zaniechania czynności, które to działanie lub zaniechanie należy odnieść do konkretnego przepisu ustawy Pzp.

(...) adresatem normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp nie jest podmiot zamawiający, a więc nie można uznać, iż jakiegokolwiek czynności przedsięwzięte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego mogły doprowadzić do naruszenia powyższego przepisu. Adresatem normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie jest Krajowa Izba Odwoławcza w składzie rozpatrującym określone odwołanie. Powyższy przepis określa uprawnienia Izby w zakresie czynności, do dokonania których może ona zobowiązać zamawiającego w przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Po drugie wskazany przez Odwołującego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy szczególnego przypadku, tj. sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wobec powyższego w niniejszym stanie faktycznym brak jest podstaw do uznania, iż powyższa norma prawna może mieć zastosowania do czynności, bądź zaniechań Zamawiającego. Wszakże w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający uwzględnił odwołanie, jednakże skutek wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego, Izba jest zobligowana do rozpoznania odwołania, nie będąc sama związana żądaniami podniesionymi przez Odwołującego.

174. Sygn. akt: KIO 925/11, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2011 r.

Skład orzekający stoi bowiem na stanowisku, iż o istnieniu zarzutu nie przesądza, jak chciałby tego Odwołujący, samo powołanie przepisu ustawy Pzp. Dla uznania, iż zarzut został postawiony, a zatem o jego istnieniu, koniecznym jest, aby Odwołujący wskazał w odwołaniu okoliczności faktyczne stanowiące podstawę i uzasadnienie jego postawienia. Nie wystarczy jedynie, iż na etapie odwołania będzie się on opierał na odesłaniu do przepisu, którego naruszenie podnosi. Podniesienie zarzutu jest bowiem postawieniem tezy – Odwołujący, formułując ją, jest zobowiązany wskazać jakie, konkretne zachowanie Zamawiającego lub zaniechanie przez niego działania, do którego powzięcia był zobowiązany na mocy ustawy, stanowi naruszenie konkretnego przepisu ustawy. Jest zobowiązany wykazać związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem Zamawiającego lub jego brakiem, a obowiązującą normą prawną, sformułować tezę o naruszeniu tejże normy przez Zamawiającego. Tym samym formułowane przez Odwołującego zarzuty nie mogą mieć charakteru blankietowego – muszą być wypełnione „treścią” – muszą odnosić się do konkretnego działania lub jego zaniechania przez Zamawiającego.

175. Sygn. akt: KIO 1039/11, Wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2011 r.

Odnosząc się do powołanego w petitum odwołania naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ustawy należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuje się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony, tj. w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2011 r., o sygn. akt. KIO 858/11).

Art. 185 ust. 2 i 3

176. Sygn. akt: KIO 489/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.

Izba ustaliła, iż w dniu 16 marca 2011 r. Wykonawca: X Sp. z o.o. doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wobec faktu, iż Zamawiający informację o wniesionym odwołaniu wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dniu 10 marca 2011 r., Izba uznała, iż X Sp. z o.o. nie zachowała terminu przewidzianego na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, jak już wskazano, iż Wykonawca ten otrzymał powołaną kopię odwołania w dniu 10 marca 2011 r. Fakt ten potwierdza również data, jaką opatrzony jest dokument zawierający oświadczenie o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz data jego nadania

w placówce pocztowej operatora publicznego (stempel na kopercie). W świetle przepisów ustawy Pzp nadanie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest równoznaczne z jego doręczeniem Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Ustawa nie zawiera bowiem takiej regulacji, a stanowi jedynie o obowiązku doręczenia takiego zgłoszenia w ustawowo określonym terminie. X Sp. z o.o. nie zachowała tegoż terminu, dlatego też Izba uznała, iż Spółka ta nie doręczyła zgłoszenia przystąpienia do postępowania w sposób skuteczny, a tym samym nie uzyskała statusu uczestnika postępowania.

177. Sygn. akt: KIO 510/11, Wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r.

Izba uznała iż literalna interpretacja art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż 3-dniowy termin wyznaczony tym przepisem dotyczy zgłoszenia przystąpienia, które realizuje się poprzez doręczenie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenia przystąpienia w wymaganej ustawą Pzp formie. Brak jest natomiast wyraźnej regulacji (np. stanowiącej odpowiednik art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w przypadku odwołania), która nakazywałaby odnośnie 3-dniowego terminu również do przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia. Niewątpliwie przesłanie kopii przystąpienia nastąpiło, ponieważ ich otrzymanie potwierdził zarówno zamawiający, jak i odwołujący.

178. Sygn. akt: KIO 1099/11, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2011 r.

Izba uznała, że skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca X S.A. oraz wykonawca Y Sp. z o.o. Izba wzięła pod uwagę, iż w związku z wniesieniem dwóch odwołań w przedmiotowym postępowaniu (sygn. akt KIO 1097/11 oraz KIO 1099/11), w przypadku ich uwzględnienia, pozycja ww. przystępujących w postępowaniu może ulec zmianie, a w konsekwencji wykonawcy mogą nie zakwalifikować się do etapu składania ofert. W związku z zarzutem odwołującego co do braku uzasadnienia interesu przystępującego X S.A. w zgłoszeniu sprzeciwu w przedmiotowym postępowaniu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba wskazuje, że wykonawca wykazał interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, tj. w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, a zatem stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciwko przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania. Zgodnie z art. 186 ust. 3 i 4 Pzp, wykonawcy, będącemu uczestnikiem postępowania odwoławczego, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu, przysługuje prawo wniesienia sprzeciwu. Wskazać przy tym należy, że żaden przepis ustawy Pzp nie wymaga wykazania jakichkolwiek dodatkowych przesłanek do wniesienia sprzeciwu, w tym – nie wymaga wykazania interesu we wniesieniu sprzeciwu. Za uważać należy, że interes w przystąpieniu wykonawcy, po danej stronie postępowania odwoławczego, podlega badaniu na moment jego zgłoszenia.

Art. 185 ust. 7

179. Sygn. akt: KIO 1145/11, Postanowienie KIO z dnia 7 czerwca 2011 r.

Nie mógł być także uwzględniony wniosek zawarty w odwołaniu o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania – ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. Brak jest też podstaw do zastosowania posiłkowo przepisów kpc. W myśl bowiem art. 185 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Ustawodawca ograniczył zatem zastosowanie przepisów kodeksu postępowania cywilnego do części o sądzie polubownym (art. 1154–1217 kpc), wśród których nie mieszczą się ogólne instytucje regulowane tą ustawą, w tym przywrócenie terminu do dokonania czynności procesowej (art. 168 kpc).

Art. 186 ust. 2**180. Sygn. akt: KIO 1163/11, Postanowienie KIO z dnia 14 czerwca 2011 r.**

Wskazać również należy, że zarzuty i żądania stanowią dwie odrębne kategorie prawne, z mocy art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 6 i 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280). Izba przy rozpoznawaniu odwołania związana jest wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Analogicznie art. 186 ust. 2 zd. 1 Pzp wskazuje, że oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów, nie odnosi się do sposobu, w jaki zamawiający zamierza wykonać swoje zobowiązanie do wykonania czynności zgodnie z żądaniami odwołania.

181. Sygn. akt: KIO 1231/11, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r.

(...) zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględnienie dotyczy zarzutów a nie żądań odwołania, nie może zatem być rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do obowiązku wykonania żądań odwołania w oderwaniu od uzasadniających te żądania zarzutów. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania (zasadniczo: Krajowej Izby Odwoławczej, albo zamawiającego – jeśli ten zdecyduje się uwzględnić zarzuty, po myśli art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy) ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Obowiązek wykonania żądań odwołania musi zatem być postrzegany przez pryzmat podniesionych w konkretnym postępowaniu (danym odwołaniu) zarzutów – te bowiem wyrażają intencje odwołującego, dostrzeżone nieprawidłowości i zastrzeżenia wobec kwestionowanej czynności. Z przepisu art. 186 ust. 2 i 3 ustawy wynika zatem, że żądania są skorelowane z podniesionymi zarzutami, stanowią ich reasumpcję; taki sam wniosek płynie z analizy przepisów odnoszących się do zakresu orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, która – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy – jest związana w ramach orzekania zarzutami a nie żądaniami: nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przeciwnie rozumowanie oznaczałoby, że zamawiający uwzględniając zarzuty obowiązany jest wykonać żądania niezależnie od ich prawnej dopuszczalności, jak i tego, czy pozostają w jakimkolwiek związku z podniesionymi i uwzględnionymi zarzutami. W kontekście podniesionych w odwołaniu, a uwzględnionych przez Zamawiającego zarzutów, przeanalizowania wymaga treść uprzednio złożonego przez Odwołującego odwołania: zakwestionowane czynności lub zaniechania zamawiającego, podniesione wobec nich zarzuty i będące ich następstwem żądania.

Art. 189 ust. 2**182. Sygn. akt: KIO 542/11, Wyrok KIO z dnia 28 marca 2011 r.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania stwierdzając brak podstaw prawnych dla takiego rozstrzygnięcia. Podstawą do odrzucenia odwołania nie jest również wskazany przez zamawiającego brak interesu w uzyskaniu zamówienia wobec braku zaskarżenia czynności unieważnienia postępowania dla części drugiej zamówienia. Należy stwierdzić, że przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy, w tym interes w uzyskaniu zamówienia mają charakter materialno-prawny i nie mieszczą się w zamkniętym katalogu podstaw odrzucenia odwołania określonych w art. 189 ust. 2 ustawy. Przepisy ustawy nie przewidują przy tym możliwości odrzucenia odwołania w części.

Art. 189 ust. 2 ust. 2**183. Sygn. akt: KIO 1192/11, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r.**

Izba uznała, iż nie została wypełniona przesłanka odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, na co wskazywał Odwołujący. Podnosił on, iż pełnomocnictwo dla Artura J. wystawione przez członka konsorcjum w dniu 17 grudnia 2009 r. obejmowało m.in. upoważnienie do wnoszenia protestów [*instytucja protestu aktualnie nie obowiązuje – przyp. red.*] oraz składania zażaleń do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a także do występowania na rozprawach odwoławczych oraz w postępowaniu skargowym przed sądem powszechnym. Tym samym osoba ta, udzielając dalszych pełnomocnictw, na podstawie których zostało wniesione odwołanie w niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, przekroczyła zakres umocowania. Tym samym odwołanie powinno ulec odrzuceniu. W ocenie Izby przedstawione pełnomocnictwo zostało wystawione w treści odpowiadającej przepisom prawa obowiązującym w dniu ich wystawienia. Jednoznacznym jest, iż zamiarem mocodawcy było upoważnienie do korzystania w jego imieniu z wszystkich przewidzianych przepisami ustawy Pzp, w dniu wystawienia pełnomocnictwa, środków ochrony prawnej. Izba uznała, że z uwagi na fakt, iż obecnie materia środków ochrony prawnej w ustawie Pzp została uregulowana w sposób odmienny od stanu z dnia wystawienia umocowania (usunięto zapisy o proteście wnoszonym do Zamawiającego, odwołanie zaś wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej), a powołane pełnomocnictwo nie zostało wycofane, uznać należy, iż osoba działająca na jego podstawie upoważniona jest do wnoszenia w imieniu mocodawcy odwołań do Prezesa Izby. W ocenie Izby, zgodnie z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zdaniem Izby w rozpatrywanym przypadku nie ulega wątpliwości, iż zamiarem mocodawcy było upoważnienie do korzystania w jego imieniu z wszystkich środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy Pzp. Stąd też nie było podstaw ku temu, aby uznać, iż odwołanie wniósł podmiot nieuprawniony.

Art. 189 ust. 2 pkt 3**184. Sygn. akt: KIO 511/11, Wyrok KIO z dnia 23 marca 2011 r.**

Izba nie uwzględniła również wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego z uchybieniem terminu. Faktem jest, że zamawiający powiadomił wykonawców pismem z dnia 25 lutego 2011 r. o wynikach postępowania, jednakże pismem z dnia 2 marca 2011 r. ponowił tę czynność unieważniając poprzednie powiadomienie w całości. Działania zamawiającego nie mogą dezorientować wykonawców, czy wprowadzać ich w błąd, skutkując pozbawieniem możliwości efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej (wyrok ETS C-327/00 z dnia 27 lutego 2003 r. Santex SpA). Zatem zamawiający nie ma podstaw do stawiania zarzutów, iż odwołujący winien zachować termin na wniesienie odwołania liczony od pierwszego – unieważnionego powiadomienia z dnia 25 lutego 2011 r. Należało również zważyć, iż wymienione zawiadomienie z dnia 25 lutego 2011 r. zostało anulowane w całości, a nie tylko w tej części, gdzie zamawiający dokonał uzupełnień i korekt. Za całkowicie chybione Izba uznała stanowisko zamawiającego, jakoby odwołujący już od daty wezwania z dnia 16 lutego 2011 r. o wyjaśnienia sposobu reprezentacji i przedstawienia pełnomocnictwa był zobowiązany wnieść odwołanie, skoro podważał te czynności. Odwołujący bowiem, zgodnie z wezwaniem opartym o art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, złożył umotywowane wyjaśnienia w dniu 17 lutego 2011 r. i miał prawo oczekiwać, iż zostaną przyjęte, a jego oferta będzie podlegała merytorycznej ocenie.

Zatem termin na wniesienie odwołania biegł od daty skutecznego powiadomienia odwołującego o wynikach przetargu, w tym o odrzuceniu złożonej oferty.

Art. 189 ust. 2 pkt 4

185. Sygn. akt: KIO/UZP 562/11, Postanowienie KIO z dnia 23 marca 2011 r.

Wbrew stanowisku odwołującego Izba w tym wyroku dokonała oceny zarzutu Konsorcjum X, co do wadliwej czynności zamawiającego w zakresie pierwotnej oceny wniosku odwołującego i przyznania odwołującemu 23 punktów. Izba uznała, że na podstawie materiału dowodowego (dokumentacji postępowania), w tym oświadczeń samego odwołującego złożonych do wniosku, zamawiający wadliwie dokonał oceny i nie był uprawniony do przyznania tej ilości punktów, a mógł przyznać jedynie 14 punktów. Przy takim rozpoznaniu zarzutu zamawiający prawidłowo wykonując wyrok nie mógł dokonać oceny, dokonując odmiennych ustaleń niż przyjęte przez Izbę w wyroku. Odwołujący miał możliwość kwestionowania stanowiska Konsorcjum X i obrony swojego wniosku poprzez przystąpienie na etapie postępowania odwoławczego. Z tej możliwości nie skorzystał, nie może zatem z własnych zaniechań wywodzić obecnie korzystnych dla siebie skutków. Wbrew twierdzeniom odwołującego przedstawionym na posiedzeniu odwołujący miał interes prawny w przystąpieniu na etapie postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem X, gdyż tylko w ten sposób mógł chronić swoją pozycję, jako wykonawcy zakwalifikowanego, przed zarzutami innego wykonawcy, którego działania zmagają do pozbawiania odwołującego tego statusu.

Art. 189 ust. 2 pkt 5

186. Sygn. akt: KIO 343/11, Wyrok KIO z dnia 2 marca 2011 r.

W ocenie składu orzekającego, przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy nie może mieć zastosowania do odwołań wnoszonych wobec czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniach poniżej progów unijnych, na które wcześniejsze odwołanie nie przysługiwało. Wynika to przede wszystkim z zachowania spójności przepisów ustawy. Wydanie wyroku Izby, czy też sądu, stanowiące o merytorycznym rozstrzygnięciu zarzutów, w postępowaniach poniżej progów unijnych, zostało ograniczone do wymienionych enumeratywnie w art. 180 ust. 2 ustawy czynności zamawiającego. Skoro ustawodawca ograniczył w tych postępowaniach możliwość korzystania z środków ochrony prawnej do wskazanych czynności, to również uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego, mające wypełniać przesłankę do odrzucenia odwołania, może być odnoszone wyłącznie do zarzutów, które dotyczą czynności zamawiającego wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy. W przypadku czynności wykraczających poza wskazane w art. 180 ust. 2 ustawy, wykonawcom przysługuje wyłącznie możliwość skierowania do zamawiającego informacji o stwierdzonym naruszeniu przepisów, w trybie przewidzianym przepisami art. 181 ustawy, które nie stanowią odwołania i z którymi nie wiążą się skutki prawne przewidziane dla wniesienia odwołania. W sytuacji, kiedy odwołanie w części dotyczy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o wartości poniżej progów unijnych, wobec których nie mogło być skutecznie wniesione, w tym zakresie nie wywołuje ono skutków procesowych. Izba pozostawia odwołanie (zarzuty) w tym zakresie bez rozpoznania, a zatem również żądania zawarte w odwołaniu nie mogą mieć znaczenia dla stwierdzenia zgodności z nimi późniejszych czynności zamawiającego. Wobec powyższego, ustalenie, czy wypełniona została przesłanka do odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, jest możliwe wyłącznie w odniesieniu do zarzutów i żądań, które mogły wywoływać skutki prawne, a więc z uwzględnieniem ograniczenia wynikającego z przepisu art. 180 ust. 2 ustawy.

187. Sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2011 r.

Konsekwencją przyjętych przez Izbę ustaleń i ocen było stwierdzenie przez zamawiającego, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dokonanie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Czynność ta, aczkolwiek nie nakazana *expressis verbis* w sentencji orzeczenia z 18 marca 2011 r., stanowi wykonanie wyroku Izby. Wbrew twierdzeniom odwołującego, wyrok Izby unieważniający czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nakazujący jej powtórzenie, nie cofa sytuacji w postępowaniu do stanu istniejącego w dniu złożenia wniosków. Przeciwnie, wyrok Izby dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechań zamawiającego określonych granicami zarzutów odwołania i w tych granicach, z uwzględnieniem ocen zawartych w uzasadnieniu, podlega wykonaniu przez zamawiającego. Art. 192 ust. 7 Pzp stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem wyrok Izby uwzględniający odwołanie, nie ma charakteru kasatoryjnego w odniesieniu do czynności lub zaniechań zamawiającego, innych, niż wskazane w odwołaniu. Pozostałe czynności, nie kwestionowane w postępowaniu odwoławczym, lub te których zgodność z przepisami ustawy została przez Izbę potwierdzona, kontynuują swój byt w postępowaniu. Zamawiający obowiązany jest do uwzględnienia wynikających z nich konsekwencji przy wykonywaniu czynności w postępowaniu nakazanych orzeczeniem Izby.

Art. 189 ust. 2 pkt 7**188. Sygn. akt: KIO 532/11, Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r.**

W pierwszej kolejności KIO ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem wnoszący odwołanie wykonawca przesłał Zamawiającemu kopię odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Wskazany przepis wymaga przesłania kopii odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia w taki sposób, aby mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem tego terminu. Dalej przepis stanowi, że domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem wskazanego wyżej terminu, za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp. Przesłanie treści odwołania w formie dopuszczonej wskazanym przepisem, tj. mailem jest równoznaczne z tym, że taki dokument nie zawiera własnoręcznego podpisu wykonawcy lub też żadnego podpisu; Podobnie fax też nie spełni tego warunku. Tym samym brak podpisu na kopii odwołania przesłanej zamawiającemu nie może powodować sankcji określonej w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Art. 190 ust. 1**189. Sygn. akt: KIO 411/11, Wyrok KIO z dnia 15 marca 2011 r.**

Odwołujący swoje zarzuty opierał przede wszystkim na określonych stronach internetowych, na których znajdowały się informacje dotyczące sprzętu producenta HP, którego to sprzęt Przystępujący oferuje w niniejszym postępowaniu. Izba w tym zakresie uznała, że podstawy do uwzględnienia zarzutów odwołania skutkujących odrzuceniem jakiejś oferty w postępowaniu z powodu jej sprzeczności z wymogami SIWZ, nie mogą stanowić wydruki ze strony internetowej. Odwołujący wywodzi, że informacje producenta zamieszczone na stronach internetowych potwierdzają bądź nie, że określony sprzęt informatyczny oznaczony określonym modelem posiada jakąś funkcjonalność wymaganą w danym postępowaniu. W pierwszym rzędzie należy stwierdzić, że informacje zawarte na stronach internetowych mogą stanowić dowód co najwyżej na okoliczność, iż określone informacje o konkretnej treści zostały zamieszczone na danej

stronie internetowej. Nie mogą one natomiast stanowić podstawy do bezsprzecznego stwierdzenia, że określoną funkcjonalność urządzenie posiada bądź nie. Oczywiście w tym przypadku pewnym uwiarygodnieniem przedstawianych przez Odwołującego informacji jest to, że powołuje on się zasadniczo na strony internetowe producenta sprzętu, jednakowoż mimo to Izba uznała, że nawet uwiarygodnione w pewnym zakresie strony internetowe nie mogą stanowić wystarczającego dowodu na potwierdzenie, że dane urządzenie nie ma określonej, wymaganej funkcjonalności. Zwrócić także należy uwagę na okoliczność, że informacje na stronach internetowych, nawet producenta określonego urządzenia nie muszą być aktualne, biorąc pod uwagę dynamikę sektora informatycznego, mogą być także przedstawiane wybiórczo i nie uwzględniają wszystkich szczególnych sytuacji, w tym ofert producenta dedykowanych do konkretnych odbiorców. W drugiej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że Zamawiający w SIWZ nie oczekiwał dostarczenia przez wykonawców konkretnego sprzętu informatycznego już istniejącego („półkowego”). Jedyne wymóg, jaki w tym zakresie pojawił się w SIWZ, to wymóg, aby był to sprzęt nowy, nie użytkowany i nie regenerowany (rozdział IV pkt 1 część I ppkt 1) SIWZ). Zamawiający nie wprowadził zakazu konfigurowalności sprzętu istniejącego na rynku według określonych modeli. Doświadczenie życiowe i realizacja podobnych zamówień na rynku wskazują na realną możliwość dostosowania określonych parametrów sprzętu do konkretnych szczegółowych wymagań SIWZ, w szczególności biorąc pod uwagę zakres, wielkość i wartość zamówienia. Odwołujący w wystarczający sposób tej okoliczności także nie zaprzeczył. Nie przedstawił on także w niniejszym postępowaniu dowodu, który wskazywałby na okoliczność, w której wypełnienie określonej funkcjonalności z przyczyn obiektywnych i technicznych w ogóle nie byłoby możliwe. Słusznie wskazywał Przystępujący, że wiarygodnym w takiej sytuacji byłby dowód w postaci oświadczenia producenta sprzętu, że dany model urządzenia dostępny przy standardowym („normalnym”) zakupie urządzenia nie mógłby być odpowiednio skonfigurowany w taki sposób, aby spełniać określoną funkcjonalność.

190. Sygn. akt: KIO 632/11, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.

Odwołujący zgłaszając taki zarzut powinien przedstawić na okoliczność zachowania Zamawiającego sprzeczne z przepisami p.z.p. racjonalne dowody. Nie wystarczy, powoływanie się na przepis p.z.p. i wskazywanie w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający przytoczył wybrane fragmenty uzasadnień zawierające generalne tezy, z którymi na pewnym poziomie ogólności, w oderwaniu od konkretnych okoliczności faktycznych danego orzeczenia, nie sposób się nie zgodzić.

Art. 192 ust. 2

191. Sygn. akt: KIO 459/11, Wyrok KIO z dnia 18 marca 2011 r.

Przyznanie faktów przez zamawiającego dotyczyło postanowień wzoru umowy, do których w części odnosiły się zarzuty odwołującego. Zamawiający, dokonując modyfikacji treści postanowień wzoru umowy potwierdził słuszność odwołania w tej części. W ocenie Izby, taka sytuacja nie prowadziła jednak do uwzględnienia na tej podstawie odwołania. Mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Izba była zobowiązana ocenić wpływ stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Jedynie w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, Izba może uwzględnić odwołanie. W okolicznościach badanej sprawy, pomimo potwierdzenia w części zasadności zarzutów skierowanych względem postanowień § 9, § 2 ust. 3 lit. c, § 17 ust. 7 wzoru umowy, Izba nie stwierdziła, aby miały one istotny wpływ na wynik postępowania. Dokonując takiego rozstrzygnięcia, Izba była zobowiązana uwzględnić okoliczność, iż zamawiający dokonał modyfikacji treści spornych postanowień siwz, a zatem na moment orzekania, stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. Zamawiający uchylił zapisy,

które mogły prowadzić do naruszenia art. 140 ust. 1 ustawy Pzp. oraz innych wskazanych przez odwołującego. Zmodyfikowana treść wzoru umowy była zgodna z żądaniami odwołującego, a zatem w obecnym kształcie, zapisy siwz nie naruszały przepisów ustawy pzp. Tym samym ustalanie istnienia wpływu na wynik postępowania, postanowień wzoru umowy usuniętych w trybie modyfikacji siwz, było niemożliwe.

192. Sygn. akt: KIO 657/11, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.

Istotnym z punktu widzenia ustalenia wpływu na wynik postępowania miało stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę tej oferty. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływu lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Samo zaniechanie udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień wybranego wykonawcy pozostawało bez wpływu na ocenę prawidłowości oceny zamawiającego. Stwierdzenie, iż zamawiający nie był uprawniony do odmowy udostępnienia odwołującemu treści wyjaśnień pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, tj. na wybór oferty najkorzystniejszej. Zaniechanie to stanowiło utrudnienie dla odwołującego, na którym spoczywał ciężar dowodu okoliczności, z których wywodził konsekwencje prawne w postaci żądania odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Zatem dopiero potwierdzenie zasadności zarzutu dotyczącego wyboru oferty podlegające odrzuceniu miało znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

193. Sygn. akt: KIO 776/11, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2011 r.

Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych ma charakter bezwzględny i nie mogą na jego zastosowanie wpływać jakiegokolwiek względy słusznościowe. Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, że znowelizowany art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jako późniejszy wobec treści art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, deroguje przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca wprowadzając przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych musiał założyć możliwość zaistnienia sytuacji, że odwołanie może okazać się słuszne i zasadne, jednak jeżeli jego uwzględnienie pozostaje bez korelacji z wynikiem postępowania, należy je oddalić – priorytetem jest szybkość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych pozostaje bez związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a więc istnieniem bądź nie interesu w uzyskaniu zamówienia (czy złożenia odwołania).

194. Sygn. akt: KIO 1134/11, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.

Pomimo uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4 a ustawy, Izba z mocy art. 192 ust. 1 w związku z art. 192 ust. 2 oddaliła odwołanie, gdyż odwołujący kwestionuje jedynie czynność zatrzymania wadium, nie kwestionując jednocześnie czynności wykluczenia go z postępowania z powodu niespełnienia warunku. W wyniku zatem wydane go orzeczenia w przedmiotowej sprawie oferta odwołującego nie zostanie ponownie uwzględniona w rankingu ofert i nie zmieni się pozycja poszczególnych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. W tym sensie rozstrzygnięcie nie odniesienia żadnego skutku dla wyniku postępowania i nie zmieni czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność zatrzymania wadium jednemu z wykonawców nie ma zatem znaczenia dla zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

195. Sygn. akt: KIO 114711, Wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011 r.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć wpływ na wynik postępo-

wania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wyżej wskazano, zamawiający naruszył w toku postępowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu w stosunku do oferty odwołującego. Jednakże ewentualne nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego prowadzące w konsekwencji do przywrócenia go do kręgu wykonawców, nie miałyby wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec poprawności pozostałych, poza wskazanymi tu czynnościami zamawiającego, w toku badania i oceny ofert. Gdyby oferta Odwołującego podlegała ocenie z racji przyjętych w postępowaniu przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert w zakresie ceny, terminu wykonania i warunków płatności, nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. W hipotetycznym rankingu ofert uwzględniającym ofertę odwołującego, zajęłby on bowiem trzecie miejsce, a zatem nie miałby on możliwości uzyskania zamówienia w tym postępowaniu nawet w sytuacji przewidzianej w art. 94 ust. 3 ustawy pzp.

Art. 192 ust. 7

196. Sygn. akt: KIO 380/11, Wyrok KIO z dnia 11 marca 2011 r.

Izba nie dopatrzyła się podstaw odstąpienia od merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania, mimo, że odwołujący częściowo wadliwie podał podstawę prawną swego roszczenia. Błędne przywołanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi wady formalnej odwołania uniemożliwiającej jego rozpoznanie. Rozpoznaniu zarzutu odwołania nie sprzeciwia się art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jego istotą jest wskazanie, że postępowanie przed Izbą ma charakter w całości kontradiktoryjny – Izba bada zarzuty odwołania wyłącznie w granicach zakreślonych w odwołaniu. Działanie Izby z urzędu jest w tej mierze wyłączone. Art. 192 ust. 7 Pzp ma również zapobiegać rozszerzaniu zakresu rozpoznania odwołania na etapie rozprawy. Zarzut to zespół okoliczności faktycznych i prawnych – w postępowaniu o udzielenie zamówienia – czynność lub zaniechanie zamawiającego oraz ich uzasadnienie faktyczne i prawne. Odwołujący wskazał kwestionowaną czynność zamawiającego – wybór oferty przystępującego oraz powołał dla uzasadnienia swoich twierdzeń postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oświadczeń złożonych przez przystępującego wraz z ofertą. Uzasadnienie odwołania jest wystarczające dla ustalenia, że odwołujący zarzuca zamawiającemu, że przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału ustalonych w specyfikacji, a złożona przez niego oferta nie powinna podlegać ocenie. W takiej sytuacji wskazanie na niezgodność oferty przystępującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji żądanie odrzucenia oferty zamiast wykluczenia przystępującego z postępowania, nie ma istotnego znaczenia. Izba, jako organ stosujący prawo, zobowiązana jest do przyporządkowania wykazanych przez odwołującego okoliczności do właściwego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonania subsumpcji ustaleń faktycznych do adekwatnej normy prawnej. Art. 192 ust. 7 Pzp stanowi, że Izba jest związana wyłącznie zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania. Mając na uwadze stan sprawy ustalony w toku postępowania odwoławczego w razie potwierdzenia zarzutów – ustalenia naruszeń mających wpływ na wynik postępowania, Izba unieważnia czynność zamawiającego lub nakazuje zamawiającemu dokonanie lub powtórzenie czynności. Sentencja orzeczenia nie musi być zgodna z żądaniami odwołującego. Potwierdzenie zarzutów odwołania wskazuje na wadę tkwiącą w postępowaniu. Wada ta ma zostać usunięta wskutek wykonania orzeczenia Izby, tak aby postępowanie zamawiającego było wolne od wad, a zamówienie udzielone zostało wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp). Skoro Izba wydając wyrok może zmodyfikować żądanie odwołania, to tym bardziej uprawnienie do zmiany żądania przysługuje odwołującemu się wykonawcy aż do zamknięcia rozprawy.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

- A**
- Apostille** – 10
 - Aukcja elektroniczna** – 144
- B**
- Biegły** – 12
 - Błąd** – 3, 4
 - Błąd w obliczeniu ceny** – 104, 125, 131
- C**
- Cena** – 1, 2, 9, 38, 73, 89, 92, 96, 101, 102, 104, 106, 110, 11, 113, 119, 121, 122, 123, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 146, 147, 158, 159
 - **jednostkowa** – 92, 94, 124, 135
 - **kalkulacja** – 96, 126, 135, 140
 - **rażąco niska** – 96, 121, 122, 123, 124, 129, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 157, 192
 - **ryczałtowa** – 9, 68, 110, 111
 - Certyfikat** – 24, 489, 49, 60
 - Ciężar dowodowy** – 11, 14, 57, 69, 134, 135, 144
 - Czyn nieuczciwej konkurencji** – 119, 120
 - Czynność prawna** – 3
- D**
- Dokumentacja projektowa** – 67, 77, 94, 100, 110, 114
 - Dokumenty** – 5, 10, 12, 13, 17, 18, 26, 31, 34, 35, 36, 37, 43, 44, 46, 47, 49, 54, 55, 84, 85, 116, 136
 - **przedmiotowe** – 90, 107, 108, 113, 116, 118
 - **uzupełnianie** – 7, 26, 31, 51, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 84, 85, 108, 114, 118, 168, 184
 - **wykaz osób** – 28, 136
 - **wykaz sprzętu** – 5
- **wykaz wykonywanych zadań** – 7, 17, 44, 46, 86
- **zobowiązanie podmiotu trzeciego** – 54, 55, 57
- Domniemanie** – 15, 16, 134, 139, 140, 141, 188
- Dowody** – 11, 23, 69, 82, 88, 131, 139, 146, 148, 153, 189, 190
- E**
- Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS)** – 124, 184
- F**
- Fax** – 65
- G**
- Gwarancja:**
 - **ubezpieczeniowa** – 40, 82
 - **bankowe** – 83
- H**
- Harmonogram** – 103, 113
- I**
- Informacja publiczna** – 8
 - Interes:**
 - **publiczny** – 148
 - **w uzyskaniu zamówienia** – 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 175, 182, 193, 195
- K**
- Konsorcjum** – 24, 33, 45
 - Komisja przetargowa** – 109, 142
 - Koszty** – 94, 99, 101, 102, 103, 106, 110, 124, 131, 134

Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) – 4, 15, 44, 46, 48, 78, 83, 100, 127, 128, 137, 144, 154, 155, 159, 175, 178, 181, 190

Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 35, 36

Kryteria – 2, 6, 119, 142, 143, 195

Kwalifikacja podmiotowa (prekwalifikacja) – 86, 87

Kwota na sfinansowanie zamówienia – 146, 147, 157, 162, 172

N

Należyta staranność – 27, 39, 67, 84, 122, 130, 144, 154

Należyte wykonanie zamówienia – 14, 15, 18, 46, 160

Niekaralność – 10, 35, 36, 37

Nieprawdziwe informacje – 42, 90

Normy – 60

Notariusz – 10, 36

O

Odwołanie:

– kopia – 188

– oddalenie – 194

– odrzucenie – 161, 162, 182, 183, 184, 186, 188

– uwzględnienie – 145, 173, 180, 181, 186, 189, 191, 192, 194, 195

Oferta:

– badanie i ocena – 91, 145

– częściowa – 90, 147, 171

– najkorzystniejsza (wybór) – 2, 3, 4, 119, 129, 146, 148, 153, 155, 156, 157, 192, 194, 196

– odrzucenie – 58, 60, 65, 104, 108, 125, 129, 130, 137, 138, 146, 153, 162, 164, 168, 171, 172, 184, 189, 192, 194, 195, 196

– otwarcie – 11

– treść – 50, 59, 64, 78, 89, 91, 93, 95, 96, 97, 100, 101, 102, 107, 108, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 125

– wariantowa – 1

– wyjaśnienie treści – 64, 91, 96, 98, 100, 118, 122, 123, 129, 130, 131, 134, 137, 138, 139, 1412, 157

Ogłoszenie o zamówieniu – 11, 81, 88

Omyłka:

– inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 89, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 117, 125, 195

– pisarska – 92, 93, 95, 99

– rachunkowa – 95, 96, 102, 104

Opozycja – 178

Oświadczenie:

– woli – 3, 50, 54, 55, 57, 65, 100, 106, 128

– wiedzy – 28

P

Pełnomocnictwo/Pełnomocnik – 33, 127, 183

Pisemność – 54, 55, 57, 65, 128

Placówka pocztowa – 24, 175

Podatek VAT – 2, 125, 126, 140

Podmiot trzeci – 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 63

Podpis – 43, 128, 144, 188

Podwykonawca – 51, 52, 59, 100, 117, 158

Polisa – 82

Postępowanie:

– odwoławcze – 5, 14, 179, 185, 187

– udzielenie zamówienia publicznego – 1

Potencjał:

– ekonomiczny (finansowy) – 30, 31, 43

– kadrowy – 24, 25, 28, 52, 53, 61

Prawa autorskie – 164

Progi UE – 186

Protokół:

– odbioru robót – 89

– z postępowania – 157

Przedmiar robót – 94, 99, 101, 110, 131

Przedmiot zamówienia – 8, 11, 15, 16, 20, 39, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76,

77, 78, 81, 88, 92, 108, 110, 114, 115,
128, 153, 154, 157

Przetarg ograniczony – 14, 86

Przystąpienie/Przystępujący – 173, 175,
176, 178, 185, 196

R

Referencje – 12, 18, 23, 42, 44, 45, 46

Roboty budowlane – 20, 21, 22, 26, 29,
32, 47, 60, 62, 67, 77, 89, 93, 99, 100,
101, 103, 106, 109, 110, 124, 131, 133,
134, 138, 158, 159

Roszczenie – 66,

Równoważność – 48, 74, 75, 76, 77, 109,
131

S

Sąd Administracyjny – 128

Sąd Najwyższy (SN) – 5, 6, 67, 84, 127,
170

Sąd Okręgowy (SO) – 124, 138, 154, 159

Solidarna odpowiedzialność – 158

Specyfikacja – 11, 54, 57, 78, 79, 154

– **modyfikacja** – 78, 79, 191

– **zapytania i wyjaśnienia** – 11, 79, 80,
81, 97

Sprzeciw – 173, 179

Standstill – 151

Szkoda – 163, 164, 165, 166, 169, 170,
171, 172

Ś

Środki ochrony prawnej – 4, 58, 61, 162,
183, 186

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 5, 6, 7, 8, 9,
112

Termin – 179

– **odwołanie** – 184

– **składania ofert** – 81, 118, 150, 152

– **związania ofertą** – 49, 41, 65

U

Uczestnik postępowania – 176, 178

Umowa – 22, 66, 67, 78, 159, 160

– **projekt** – 8, 191

– **unieważnienie** – 4, 150, 151, 152,
154, 155

– **zawarcie** – 4, 11, 145, 148, 156

Unieważnienie postępowania – 5, 11, 38,
58, 60, 90, 145, 146, 147, 148, 149, 150,
151, 152, 153, 154, 155, 156, 164, 171,
172, 182

Uprawnienia – 26, 51

Usługi:

– **nadzoru inwestorskiego** – 47

– **ochrony** – 136

– **projektowe** – 52

W

Wadium – 3, 40, 41, 82, 90, 194

Wadium zatrzymanie – 83, 84, 85, 194

Wartość zamówienia – 38, 121, 122, 123,
124, 129, 133, 134

Warunki udziału w postępowaniu – 10,
11, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24,
25, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 37, 43, 46,
51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 62, 63,
64, 83, 84, 85, 86, 87, 100, 112, 161,
163, 187, 196

Wiedza i doświadczenie – 14, 15, 16, 18,
19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 32, 47, 48,
61, 62, 87, 137

Wizja lokalna – 110, 138

**Wniosek o dopuszczenie do udziału w po-
stępowaniu** – 14, 161

Wykonawca – 164

– **zagraniczny** – 10, 36, 37, 125

Wykluczenie wykonawcy – 3, 10, 34, 38,
40, 41, 42, 63, 65, 85, 90, 145, 161, 166,
167, 168, 170, 172, 187, 194

Wykładnia:

– **autentyczna** – 79

– **celowościowa** – 11, 84, 155

– **funkcjonalna** – 57

– **gramatyczna (językowa)** – 11, 84, 132

Wynik postępowania – 11, 42, 90, 154,
156, 191, 192, 193, 194, 195

Z

Za zgodność z oryginałem – 55, 57, 89,
101

Zamówienia:

– **informatyczne** – 8, 16, 76, 115, 117,
120, 189

– **medyczne** – 79, 167

– **uzupełniające** – 88, 133

Zamówienie z wolnej ręki – 88, 121, 133

Zarzuty – 3, 173, 174, 175, 180, 187, 190,
196

Zasada swobody umów – 78, 159

Zasady udzielania zamówień publicznych:

– **jawności** – 5, 6, 8, 130, 152

– **pisemności** – 34

– **równego traktowania** – 6, 10, 11, 14,
15, 34, 58, 63, 69, 74, 107, 154, 167

– **uczciwej konkurencji** – 6, 10, 11, 14,
15, 34, 38, 39, 58, 63, 72, 73, 74, 135,
153, 154, 167

Zasady współzycia społecznego – 78, 159

Zdolność kredytowa – 30, 31

Ż

Żądania – 173, 180, 186, 196

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W WYROKACH

Podane liczby oznaczają numery tez

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – 1, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 22, 24, 26, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 64, 65, 68, 69, 73, 74, 75, 78, 80, 81, 82, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 114, 117, 118, 119, 123, 124, 125, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196
- 2) Ustawa z dnia 4 września 2008 r. z zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) – 104
- 3) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 155
- 4) Konwencja Haska z 5 października 1961 r. w sprawie znoszenia wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz. U. z 2005 r. Nr 112, poz. 938) – 10
- 5) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) – 3, 14, 21, 33, 54, 57, 66, 67, 78, 127, 128, 139, 144, 158, 159, 170, 183
- 6) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) – 179
- 7) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 5, 119, 120
- 8) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) – 20, 21, 26, 47
- 9) Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.) – 8
- 10) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (L-134 z 30.04.2004 r. str. 114) – 88
- 11) Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. Nr 64, poz. 505 ze zm.) – 16
- 12) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – 10, 13, 18, 21, 31, 34, 36, 43, 47, 49, 50, 54, 55, 57, 118
- 13) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) – 180

