

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 13

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 13

WARSZAWA, wrzesień 2013

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 13

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Małgorzata Rakowska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Małgorzata Stręciwillk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Rafał Zadrozny (Urząd Zamówień Publicznych)

Kierownictwo i redakcja:

Małgorzata Stręciwillk

Opracowanie techniczne:

Małgorzata Stręciwillk

Rafał Zadrozny

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. 581/W/C/2013

Warszawa 2013 r.

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	13
Wykaz Skrótów	14
Art. 2 ust. 7a	15
1. Sygn. akt: KIO 1511/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.	15
2. Sygn. akt: KIO 1594/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.	15
Art. 7 ust. 1	15
3. Sygn. akt: KIO 661/12, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 r.	15
Art. 8 ust. 1	15
4. Sygn. akt: KIO 776/12, Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r.	15
5. Sygn. akt: KIO 1409/12, KIO 1428/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.	16
Art. 8 ust. 3	16
6. Sygn. akt: KIO 590/12, KIO 600/12, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 r.	16
7. Sygn. akt: KIO 679/12, KIO 700/12, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2012 r.	17
8. Sygn. akt: KIO 1014/12, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012 r.	17
9. Sygn. akt: KIO 1228/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.	18
10. Sygn. akt: KIO 1409/12, KIO 1428/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.	18
11. Sygn. akt: KIO 1459/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.	19
12. Sygn. akt: KIO 1442/12, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2012 r.	20
Art. 9 ust. 3	20
13. Sygn. akt: KIO 940/12, KIO 941/12, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2012 r.	20
Art. 22 ust. 1 pkt 2	20
14. Sygn. akt: KIO 204/12, KIO 208/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.	20
15. Sygn. akt: KIO 1280/12, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2012 r.	21
16. Sygn. akt: KIO 1483/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.	22
17. Sygn. akt: KIO 1560/12, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r.	22
Art. 22 ust. 1 pkt 3	23
18. Sygn. akt: KIO 1070/12, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2012 r.	23
Art. 22 ust. 1 pkt 4	23
19. Sygn. akt: KIO 679/12, KIO 700/12, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2012 r.	23
20. Sygn. akt: KIO 959/12, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2012 r.	24
21. Sygn. akt: KIO 1505/12, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r.	24
22. Sygn. akt: KIO 1644/12, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.	25
23. Sygn. akt: KIO 1711/12, Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r.	25

Art. 22 ust. 4	26
24. Sygn. akt: KIO 655/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.	26
25. Sygn. akt: KIO 1549/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.	26
Art. 23	27
26. Sygn. akt: KIO 588/12, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2012 r.	27
27. Sygn. akt: KIO 1041/12, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012 r.	27
28. Sygn. akt: KIO 1533/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.	27
Art. 24 ust. 1 pkt 1a	28
29. Sygn. akt: KIO 1357/12, Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2012 r.	28
Art. 24 ust. 1 pkt 4–8	29
30. Sygn. akt: KIO 793/12, Wyrok KIO z dnia 2 maja 2012 r.	29
31. Sygn. akt: KIO 1273/12, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2012 r.	30
32. Sygn. akt: KIO 1369/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.	31
33. Sygn. akt: KIO 1657/12, Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r.	32
Art. 24 ust. 2 pkt 1	32
34. Sygn. akt: KIO 1167/12, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r.	32
35. Sygn. akt: KIO 1441/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.	33
36. Sygn. akt: KIO 1765/12, Wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2012 r.	34
Art. 24 ust. 2 pkt 2	35
37. Sygn. akt: KIO 1605/12, KIO 1606/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.	35
Art. 24 ust. 2 pkt 3	35
38. Sygn. akt: KIO 760/12, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r.	35
39. Sygn. akt: KIO 842/12, KIO 849/12, Wyrok KIO z dnia 7 maja 2012 r.	36
40. Sygn. akt: KIO 1242/12, KIO 1253/12, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2012 r.	36
41. Sygn. akt: KIO 1396/12, KIO 1400/12, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r.	37
42. Sygn. akt: KIO 1571/12, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r.	37
Art. 24 ust. 2 pkt 4	38
43. Sygn. akt: KIO 1584/12, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2012 r.	38
Art. 25 ust. 1 pkt 2	38
44. Sygn. akt: KIO 584/12, KIO 594/12, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r.	38
45. Sygn. akt: KIO 689/12, Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2012 r.	39
46. Sygn. akt: KIO 748/12, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r.	39
47. Sygn. akt: KIO 1390/12, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2012 r.	40
Art. 26 ust. 2b	40
48. Sygn. akt: KIO 561/12, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r.	40
49. Sygn. akt: KIO 609/12, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2012 r.	41

50. Sygn. akt: KIO 447/12, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r.	42
51. Sygn. akt: KIO 1498/12, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r.	42
52. Sygn. akt: KIO 1507/12, KIO 1508/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.	43
53. Sygn. akt: KIO 1593/12, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r.	44
Art. 26 ust. 3	44
54. Sygn. akt: KIO 633/12, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2012 r.	44
55. Sygn. akt: KIO 659/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.	45
56. Sygn. akt: KIO 679/12, KIO 700/12, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2012 r.	45
57. Sygn. akt: KIO 728/12, Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2012 r.	46
58. Sygn. akt: KIO 732/12, Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2012 r.	46
59. Sygn. akt: KIO 694/12, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2012 r.	46
60. Sygn. akt: KIO 727/12, KIO 731/12, KIO 735/12, KIO 744/12, KIO 745/12, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2012 r.	47
61. Sygn. akt: KIO 899/12, Wyrok KIO z dnia 22 maja 2012 r.	47
62. Sygn. akt: KIO 1418/12, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r.	48
63. Sygn. akt: KIO 1493/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.	48
64. Sygn. akt: KIO 1641/12, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2012 r.	48
65. Sygn. akt: KIO 1675/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.	48
66. Sygn. akt: KIO 1737/12, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2012 r.	49
67. Sygn. akt: KIO 1793/12, Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2012 r.	49
Art. 26 ust. 4	49
68. Sygn. akt: KIO 662/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.	49
69. Sygn. akt: KIO 889/12, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 r.	49
70. Sygn. akt: KIO 1259/12, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2012 r.	50
71. Sygn. akt: KIO 1548/12, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2012 r.	51
Art. 27 ust. 2	51
72. Sygn. akt: KIO 1468/12, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2012 r.	51
Art. 29 ust. 1	52
73. Sygn. akt: KIO 574/12, Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r.	52
74. Sygn. akt: KIO 1549/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.	53
Art. 29 ust. 2	53
75. Sygn. akt: KIO 551/12, Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r.	53
76. Sygn. akt: KIO 573/12, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2012 r.	54
77. Sygn. akt: KIO 636/12, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 r.	54
78. Sygn. akt: KIO 935/12, Wyrok KIO z dnia 16 maja 2012 r.	55
Art. 30 ust. 5	56
79. Sygn. akt: KIO 1388/12, Wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012 r.	56

Art. 38	56
80. Sygn. akt: KIO 1144/12, Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r.	56
81. Sygn. akt: KIO 1221/12, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2012 r.	56
Art. 45	56
82. Sygn. akt: KIO 612/12, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2012 r.	56
83. Sygn. akt: KIO 773/12, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r.	57
84. Sygn. akt: KIO 933/12, Wyrok KIO z dnia 21 maja 2012 r.	57
85. Sygn. akt: KIO 1096/12, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r.	57
86. Sygn. akt: KIO 1215/12, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2012 r.	57
87. Sygn. akt: KIO 1374/12, Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2012 r.	58
88. Sygn. akt: KIO 1507/12, KIO 1508/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.	58
89. Sygn. akt: KIO 1530/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.	59
90. Sygn. akt: KIO 1605/12, KIO 1606/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.	60
91. Sygn. akt: KIO 1766/12, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2012 r.	60
Art. 46 ust. 1	61
92. Sygn. akt: KIO 1098/12, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r.	61
93. Sygn. akt: KIO 1336/12, Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2012 r.	61
Art. 46 ust. 4a	62
94. Sygn. akt: KIO 561/12, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r.	62
95. Sygn. akt: KIO 179012, Wyrok KIO z dnia 5 września 2012 r.	62
Art. 54	63
96. Sygn. akt: KIO 1315/12, KIO 1330/12, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2012 r.	63
Art. 82 ust. 1	63
97. Sygn. akt: KIO 1634/12, Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2012 r.	63
Art. 87 ust. 1	64
98. Sygn. akt: KIO 597/12, Wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r.	64
99. Sygn. akt: KIO 881/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.	64
100. Sygn. akt: KIO 1222/12, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2012 r.	65
101. Sygn. akt: KIO 1220/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.	65
102. Sygn. akt: KIO 1309/12, Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2012 r.	65
103. Sygn. akt: KIO 1549/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.	65
104. Sygn. akt: KIO 1716/12, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2012 r.	65
Art. 87 ust. 2 pkt 2	66
105. Sygn. akt: KIO 650/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.	66
106. Sygn. akt: KIO 1776/12, Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2012 r.	67

Art. 87 ust. 2 pkt 3	67
107. Sygn. akt: KIO 556/12, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.	67
108. Sygn. akt: KIO 589/12, KIO 596/12, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.	68
109. Sygn. akt: KIO 621/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.	68
110. Sygn. akt: KIO 757/12, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r.	68
111. Sygn. akt: KIO 758/12, KIO 774/12, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r.	69
112. Sygn. akt: KIO 1213/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.	69
113. Sygn. akt: KIO 1436/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.	69
114. Sygn. akt: KIO 1501/12, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2012 r.	70
115. Sygn. akt: KIO 1747/12, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r.	71
Art. 89 ust. 1 pkt 1	71
116. Sygn. akt: KIO 1291/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.	71
117. Sygn. akt: KIO 1542/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.	72
Art. 89 ust. 1 pkt 2	73
118. Sygn. akt: KIO 579/12, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.	73
119. Sygn. akt: KIO 643/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.	73
120. Sygn. akt: KIO 656/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.	74
121. Sygn. akt: KIO 991/12, KIO 1003/12, Wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2012 r.	74
122. Sygn. akt: KIO 1058/12, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012 r.	75
123. Sygn. akt: KIO 1150/12, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r.	75
124. Sygn. akt: KIO 1295/12, Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2012 r.	76
125. Sygn. akt: KIO 1359/12, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2012 r.	76
126. Sygn. akt: KIO 1549/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.	77
127. Sygn. akt: KIO 1747/12, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r.	77
128. Sygn. akt: KIO 1755/12, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r.	78
Art. 89 ust. 1 pkt 3	78
129. Sygn. akt: KIO 1287/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.	78
130. Sygn. akt: KIO 1306/12, Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2012 r.	79
Art. 89 ust. 1 pkt 4	80
131. Sygn. akt: KIO 601/12, Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r.	80
132. Sygn. akt: KIO 684/12, KIO 686/12, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 r.	81
133. Sygn. akt: KIO 848/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.	81
134. Sygn. akt: KIO 1209/12, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2012 r.	82
Art. 89 ust. 1 pkt 5	82
135. Sygn. akt: KIO 684/12, KIO 686/12, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 r.	82
Art. 89 ust. 1 pkt 6	83
136. Sygn. akt: KIO 639/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.	83

Art. 89 ust. 1 pkt 8	84
137. Sygn. akt: KIO 1389/12, Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2012 r.	84
Art. 90	84
138. Sygn. akt: KIO 882/12, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 r.	84
139. Sygn. akt: KIO 1126/11, KIO 1154/11, KIO 1158/11, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 r.	85
140. Sygn. akt: KIO 1145/12, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r.	85
141. Sygn. akt: KIO 1166/12, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r.	85
142. Sygn. akt: KIO 1292/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.	86
143. Sygn. akt: KIO 1363/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.	87
144. Sygn. akt: KIO 1429/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.	87
145. Sygn. akt: KIO 1513/12, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2012 r.	88
146. Sygn. akt: KIO 1487/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.	88
147. Sygn. akt: KIO 1649/12, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012 r.	88
Art. 92	89
148. Sygn. akt: KIO 875/12, Wyrok KIO z dnia 14 maja 2012 r.	89
149. Sygn. akt: KIO 889/12, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 r.	89
150. Sygn. akt: KIO 1159/12, Wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012 r.	90
151. Sygn. akt: KIO 1367/12, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2012 r.	90
152. Sygn. akt: KIO 1554/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.	90
153. Sygn. akt: KIO 1711/12, Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r.	90
Art. 93 ust. 1 pkt 4	91
154. Sygn. akt: KIO 1554/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.	91
Art. 93 ust. 1 pkt 7	91
155. Sygn. akt: KIO 1547/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.	91
Art. 93 ust. 3	92
156. Sygn. akt: KIO 1582/12, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r.	92
Art. 96 ust. 3	92
157. Sygn. akt: KIO 1495/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.	92
Art. 179 ust. 1	93
158. Sygn. akt: KIO 589/12, KIO 596/12, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.	93
159. Sygn. akt: KIO 599/12, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r.	94
160. Sygn. akt: KIO 629/12, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2012 r.	94
161. Sygn. akt: KIO 622/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.	95
162. Sygn. akt: KIO 665/12, KIO 666/12, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 r.	95
163. Sygn. akt: KIO 718/12, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2012 r.	96
164. Sygn. akt: KIO 733/12, KIO 738/12, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r.	97

165. Sygn. akt: KIO 795/12, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r.	97
166. Sygn. akt: KIO 835/12, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2012 r.	97
167. Sygn. akt: KIO 935/12, Wyrok KIO z dnia 16 maja 2012 r.	98
168. Sygn. akt: KIO 1263/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.	98
169. Sygn. akt: KIO 1399/12, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2012 r.	99
170. Sygn. akt: KIO 1418/12, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r.	99
171. Sygn. akt: KIO 1420/12, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r.	99
172. Sygn. akt: KIO 1199/12, KIO 1205/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.	99
173. Sygn. akt: KIO 1506/12, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r.	100
174. Sygn. akt: KIO 1526/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.	100
175. Sygn. akt: KIO 1687/12, Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2012 r.	101
176. Sygn. akt: KIO 1760/12, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2012 r.	101
Art. 180 ust. 1	102
177. Sygn. akt: KIO 1483/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.	102
Art. 180 ust. 2	102
178. Sygn. akt: KIO 895/12, Postanowienie KIO z dnia 14 maja 2012 r.	102
179. Sygn. akt: KIO 1713/12, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2012 r.	102
Art. 180 ust. 3	103
180. Sygn. akt: KIO 1225/12, KIO 1229/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.	103
Art. 182 ust. 1	103
181. Sygn. akt: KIO 1506/12, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r.	103
Art. 182 ust. 2	104
182. Sygn. akt: KIO 887/12, Wyrok KIO z dnia 14 maja 2012 r.	104
183. Sygn. akt: KIO 894/12, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2012 r.	104
184. Sygn. akt: KIO 1354/12, Postanowienie KIO z dnia 11 lipca 2012 r.	105
Art. 182 ust. 3	105
185. Sygn. akt: KIO 583/12, Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r.	105
186. Sygn. akt: KIO 640/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.	106
187. Sygn. akt: KIO 776/12, Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r.	107
Art. 183 ust. 1	108
188. Sygn. akt: KIO 1684/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.	108
Art. 183 ust. 2–6	108
189. Sygn. akt: KIO/W 2/11, Postanowienie KIO z dnia 10 stycznia 2011 r.	108
190. Sygn. akt: KIO/W 4/11, Postanowienie KIO z dnia 13 stycznia 2011 r.	108
191. Sygn. akt: KIO/W 3/11, Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2011 r.	109
192. Sygn. akt: KIO/W 5/11, Postanowienie KIO z dnia 1 lutego 2011 r.	109

193. Sygn. akt: KIO/W 7/11, Postanowienie KIO z dnia 30 marca 2011 r.	109
194. Sygn. akt: KIO/W 8/11, Postanowienie KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.	109
195. Sygn. akt: KIO/W 10/11, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r.	110
196. Sygn. akt: KIO/W 12/11, Postanowienie KIO z dnia 18 maja 2011 r.	111
197. Sygn. akt: KIO/W 13/11, Postanowienie KIO z dnia 18 maja 2011 r.	111
198. Sygn. akt: KIO/W 15/11, Postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.	111
199. Sygn. akt: KIO/W 20/11, Postanowienie KIO z dnia 4 lipca 2011 r.	112
200. Sygn. akt: KIO/W 28/11, Postanowienie KIO z dnia 6 września 2011 r.	113
201. Sygn. akt: KIO/W 30/11, Postanowienie KIO z dnia 23 września 2011 r.	113
202. Sygn. akt: KIO/W 31/11, Postanowienie KIO z dnia 29 września 2011 r.	114
203. Sygn. akt: KIO/W 35/11, Postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2011 r.	114
204. Sygn. akt: KIO/W 36/11, Postanowienie KIO z dnia 10 listopada 2011 r.	115
205. Sygn. akt: KIO/W 38/11, Postanowienie KIO z dnia 15 grudnia 2011 r.	115
206. Sygn. akt: KIO/W 41/11, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2011 r.	116
207. Sygn. akt: KIO/W 44/11, Postanowienie KIO z dnia 23 grudnia 2011 r.	116
208. Sygn. akt: KIO/W 46/11, Postanowienie KIO z dnia 27 grudnia 2011 r.	117
209. Sygn. akt: KIO/W 48/11, Postanowienie KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.	117
210. Sygn. akt: KIO/W 3/12, Postanowienie KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.	118
211. Sygn. akt: KIO/W 7/12, Postanowienie KIO z dnia 5 marca 2012 r.	119
212. Sygn. akt: KIO/W 11/12, Postanowienie KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.	119
213. Sygn. akt: KIO/W 12/12, Postanowienie KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.	120
214. Sygn. akt: KIO/W 16/12, Postanowienie KIO z dnia 14 maja 2012 r.	120
215. Sygn. akt: KIO/W 17/12, Postanowienie KIO z dnia 29 maja 2012 r.	121
216. Sygn. akt: KIO/W 21/12, Postanowienie KIO z dnia 4 lipca 2012 r.	121
217. Sygn. akt: KIO/W 22/12, Postanowienie KIO z dnia 12 lipca 2012 r.	121
218. Sygn. akt: KIO/W 24/12, Postanowienie KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.	122
219. Sygn. akt: KIO/W 25/12, Postanowienie KIO z dnia 31 sierpnia 2012 r.	122
220. Sygn. akt: KIO/W 26/12, Postanowienie KIO z dnia 5 września 2012 r.	123
221. Sygn. akt: KIO/W 28/12, Postanowienie KIO z dnia 10 września 2012 r.	123
222. Sygn. akt: KIO/W 39/12, Postanowienie KIO z dnia 5 listopada 2012 r.	124
223. Sygn. akt: KIO/W 42/12, Postanowienie KIO z dnia 21 listopada 2012 r.	124
224. Sygn. akt: KIO/W 47/12, Postanowienie KIO z dnia 29 listopada 2012 r.	125
225. Sygn. akt: KIO/W 57/12, Postanowienie KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.	125
Art. 185 ust. 1–5	126
226. Sygn. akt: KIO 872/12, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 r.	126
227. Sygn. akt: KIO 1029/12, KIO 1031/12, Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2012 r.	126
228. Sygn. akt: KIO 1209/12, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2012 r.	127
229. Sygn. akt: KIO 1302/12, Postanowienie KIO z dnia 4 lipca 2012 r.	127
230. Sygn. akt: KIO 1439/12, Postanowienie KIO z dnia 16 lipca 2012 r.	128
231. Sygn. akt: KIO 1602/12, KIO 1607/12, KIO 1613/12, KIO 1616/12, KIO 1617/12, KIO 1618/12, Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r.	128

Art. 185 ust. 7	128
232. Sygn. akt: KIO 692/12, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2012 r.	128
Art. 186 ust. 2 i 3	129
233. Sygn. akt: KIO 580/12, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2012 r.	129
234. Sygn. akt: KIO 668/12, Postanowienie KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.	130
235. Sygn. akt: KIO 1684/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.	130
Art. 187 ust. 2	130
236. Sygn. akt: KIO 1488/12, Postanowienie KIO z dnia 24 lipca 2012 r.	130
237. Sygn. akt: KIO 1684/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.	131
Art. 187 ust. 6	131
238. Sygn. akt: KIO 1044/12, Postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2012 r.	131
239. Sygn. akt: KIO 1705/12, Postanowienie KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r.	132
Art. 189 ust. 2 pkt 1	132
240. Sygn. akt: KIO 563/12, Postanowienie KIO z dnia 30 marca 2012 r.	132
Art. 189 ust. 2 pkt 2	132
241. Sygn. akt: KIO 1344/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.	132
242. Sygn. akt: KIO 1747/12, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r.	132
Art. 189 ust. 2 pkt 3	133
243. Sygn. akt: KIO 1136/12, Postanowienie KIO z dnia 11 czerwca 2012 r.	133
244. Sygn. akt: KIO 1164/12, Postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2012 r.	133
245. Sygn. akt: KIO 1219/12, Postanowienie KIO z dnia 18 czerwca 2012 r.	134
246. Sygn. akt: KIO 1281/12, Postanowienie KIO z dnia 28 czerwca 2012 r.	134
247. Sygn. akt: KIO 1562/12, Postanowienie KIO z dnia 7 sierpnia 2012 r.	134
Art. 189 ust. 2 pkt 5	135
248. Sygn. akt: KIO1486/12, KIO 1489/12, Postanowienie KIO z dnia 1 sierpnia 2012 r.	135
Art. 189 ust. 2 pkt 6	136
249. Sygn. akt: KIO 753/12, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r.	136
Art. 189 ust. 2 pkt 7	137
250. Sygn. akt: KIO 1280/12, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2012 r.	137
251. Sygn. akt: KIO 1684/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.	137
Art. 189 ust. 6	138
252. Sygn. akt: KIO 1363/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.	138
Art. 190 ust. 1	138
253. Sygn. akt: KIO 566/12, Wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r.	138
254. Sygn. akt: KIO 542/12, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2012 r.	138

255. Sygn. akt: KIO 1346/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.	139
256. Sygn. akt: KIO 1630/12, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012 r.	139
Art. 191 ust. 2	140
257. Sygn. akt: KIO 1710/12, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2012 r.	140
Art. 191 ust. 3	140
258. Sygn. akt: KIO 841/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.	140
Art. 192 ust. 2	140
259. Sygn. akt: KIO 848/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.	140
260. Sygn. akt: KIO 935/12, Wyrok KIO z dnia 16 maja 2012 r.	141
261. Sygn. akt: KIO 1366/12, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2012 r.	141
262. Sygn. akt: KIO 1444/12, KIO 1446/12, KIO 1451/12, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2012 r.	141
263. Sygn. akt: KIO 1551/12, Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2012 r.	142
264. Sygn. akt: KIO 1790/12, Wyrok KIO z dnia 5 września 2012 r.	142
Art. 192 ust. 7	142
265. Sygn. akt: KIO 848/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.	142
266. Sygn. akt: KIO 1135/12, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 r.	142
267. Sygn. akt: KIO 1209/12, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2012 r.	143
268. Sygn. akt: KIO 1495/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.	143
Art. 192 ust. 9 i 10	144
269. Sygn. akt: KIO 1192/12, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2012 r.	144
270. Sygn. akt: KIO 1225/12, KIO 1229/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.	144
Indeks rzeczowy	145
Akty prawne przywołane w orzeczeniach	150

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Kolejny z cyklu Zeszyt Orzeczniczy, który oddajemy w Państwa ręce, jest wynikiem analizy orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach odwołań wnoszonych do Prezesa Izby z okresu: kwiecień–wrzesień 2012 r. Analizą objęto około 1200 orzeczeń Izby wydanych w tym czasie, z których wybrano 233 tezy orzecznicze. Spora część wybranych tez dotyczy kwestii związanych z oceną przez Izbę takich zagadnień, jak: rażąco niska cena w ofertach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i procedura wyjaśniania jej elementów kalkulacyjnych, jak również tajemnica przedsiębiorstwa, w tym tak co do oceny zasadności samego zastrzeżenia tej tajemnicy, jak i terminów na zaskarżenia zaniechania odtajnienia informacji. Są to niezwykle ważne tematy, którymi Izba zajmowała się w ostatnim czasie. Warto podkreślić jest także, że w zbiorze tym pojawiają się tezy z orzeczeń Izby dotyczące problematyki związanej z czynami nieuczciwej konkurencji, która coraz częściej pojawia się w orzecznictwie Izby.

Zeszyt nr 13 zawiera także efekt analizy postanowień Izby wydawanych w latach 2011–2012 w sprawie wniosków zamawiających o uchylenie zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego rozpatrywanych przez Izbę w oparciu o art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Analizie poddano 106 postanowień Izby zapadłych w okresie dwóch lat, z czego wybrano 37 tez orzeczniczych. Przywołane orzecznictwo Izby może stanowić praktyczną wskazówkę dla zamawiających co do sposobu formułowania przez nich wniosków o uchylenie zakazu zawarcia umowy kierowanych w tym zakresie do Izby, tak pod względem formalnym, jak i właściwego wykazania przesłanek ustawowych pozwalających na skorzystanie z tej szczególnej instytucji przewidzianej w przepisach Prawa zamówień publicznych.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż nie wszystkie zamieszczone w niniejszym zbiorze tezy orzecznicze stanowią efekt prac Zespołu Redakcyjnego. O ostatecznym kształcie publikacji zdecydował Wydawca Zeszytów. Mam nadzieję, że Zeszyt Orzeczniczy znajdzie Państwa uznanie i – jak poprzednie publikacje – wzbudzi zainteresowanie.

Małgorzata Stręciwiłk



Redaktor Zeszytów
Członek KIO

Warszawa, 9 września 2013 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
BZP	– Biuletyn Zamówień Publicznych
CPV	– Wspólny Słownik Zamówień
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
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
KNR	– Katalog Nakładów Rzeczowych
KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.	– Kodeks postępowania cywilnego
KRK	– Krajowy Rejestr Krany
KRS	– Krajowy Rejestr Sądowy
KRUS	– Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
KSH lub ksh	– Kodeks Spółek Handlowych
lit.	– litera
nr	– numer
Ustawa Pzp lub PZP	– ustawa Prawo zamówień publicznych
PKD	– Polska Klasyfikacja Działalności
pkt	– punkt
poz.	– pozycja
przyp. red.	– przypis redakcyjny
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
SIWZ, siwz lub S.I.W.Z.	– 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 ust. 7a**1. Sygn. akt: KIO 1511/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.**

W kwestii dopuszczalności prawa zamawiającego do badania i oceny ofert wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznaje możliwość weryfikacji przez zamawiającego podjętej pierwotnie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej w sytuacji powzięcia nowych informacji dotyczących oferty, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Należy zauważyć, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej. Definicja postępowania zawarta w art. 2 pkt 2a nie wskazuje takiego momentu lecz cel postępowania, jakim jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 17 grudnia 2010 sygn. akt: III CZP 103/10 postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 pkt 7a ustawy da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych, natomiast przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, „ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.” W takim stanie rzeczy twierdzenie o niemożności zweryfikowania przez zamawiającego wcześniejszych swoich ocen w odniesieniu do wykonawców i złożonych przez nich ofert jest niezasadne.

2. Sygn. akt: KIO 1594/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.

Mając na uwadze okoliczności faktyczne niniejszej sprawy Izba nie uwzględniła – jak wskazano w toku posiedzenia – wniosków w przedmiocie odrzucenia odwołania. W zakresie wskazanego art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że w niniejszej sprawie rozstrzygające jest przede wszystkim stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym [w szczególności uchwała z dnia 17 grudnia 2010 r. sygn. akt: CZP 103/10] postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba także zwraca uwagę, że art. 2 ust. 7a ustawy Pzp nie określa momentu zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem brak jest podstaw – w okolicznościach niniejszej sprawy – odmawiania wnoszącemu odwołanie na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności na podstawie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp – statusu wykonawcy i żądanie odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, bądź na podstawie pkt 1 tego przepisu.

Art. 7 ust. 1**3. Sygn. akt: KIO 661/12, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 r.**

(...) potwierdzenie znalazł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp. Działania Zamawiającego doprowadziły do tego, iż wykonawcy powzięli różne wyobrażenia na temat tego, co jest rzeczywistym przedmiotem zamówienia. Konsekwencją tego było złożenie przez wykonawców ofert obejmujących różne zakresy prac, co potwierdza, że w wyniku działań Zamawiającego doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Art. 8 ust. 1**4. Sygn. akt: KIO 776/12, Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r.**

(...) należy zwrócić uwagę na przywołany przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Przepis ten kształtuje istotną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odczytując tę

zasadę łącznie z dyspozycją art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że oferty w postępowaniu udostępnia się wykonawcom od otwarcia ofert, stwierdzić należy, że ustawodawca wypełnienie tej zasady znalazł także w udostępnianiu dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kształtując powyższą zasadę ustawodawca jednocześnie też przewidział ustawowy wyjątek od jej zachowania, także w kontekście udostępniania ofert wykonawców od momentu ich otwarcia. Ten ustawowy wyjątek to regulacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje na zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert zastrzega, że nie mogą być one udostępniane. Informacje, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to zgodnie z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

5. Sygn. akt: KIO 1409/12, KIO 1428/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 maja 2011 roku sygn. akt KIO 966/12, KIO 973/12). Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. W doktrynie uznaje się, że jawność postępowania o zamówienie publiczne z jednej strony jest prawem każdego wykonawcy gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu, natomiast z drugiej jest nakazem skierowanym do Zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali wykonawcom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego.

Art. 8 ust. 3

6. Sygn. akt: KIO 590/12, KIO 600/12, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 r.

Niewątpliwym jest, iż informacje zawarte w opiniach bankowych, jak również w certyfikacie ubezpieczeniowym oraz dowodzie ubezpieczenia nie mają charakteru technologicznego, jak i technicznego, gdyż nie dotyczą sposobów wytwarzania, poziomu specjalizacji, poufności wynalazku i metod działania. Nie stanowią również informacji organizacyjnych i nie posiadają wartości gospodarczej zarówno załączone do wniosku opinie bankowe wykonawcy X i Y oraz certyfikat ubezpieczeniowy wykonawcy X oraz dowód ubezpieczenia wykonawcy Y nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż potwierdzają jedynie spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych przez Zamawiającego środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż 10 000 000,00 PLN oraz posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 30 000 000,00 PLN. Warunek ten jest jawny i został podany do wiadomości publicznej w treści ogłoszenia o zamówieniu. Zarówno opinia bankowa załączona do wniosku przez wykonawcę X, jak przez wykonawcę Y, a także certyfikat ubezpieczeniowy wykonawcy X oraz dowód ubezpieczenia wykonawcy Y, nie zawierają więc żadnych danych, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i które powodowałyby konieczność utajnienia całej ich treści. Ponadto, jak wyka-

zał to odwołujący Z, informacje tego rodzaju, w tym certyfikat ubezpieczeniowy i dowód ubezpieczenia o treści identycznej jak w niniejszym postępowaniu, były już ujawniane przez tych wykonawców w innych postępowaniach o zamówienie publiczne. Jediną różnicę, jeśli chodzi o opinie bankowe, stanowią wartości środków finansowych znajdujących się na koncie wykonawcy zawartych w informacjach, a wskazanych na konkretny dzień, co jest naturalną konsekwencją prowadzenia każdej działalności. Tak więc działania podjęte przez tych wykonawców celem zachowania ich poufności, w świetle okoliczności wykazanych przez odwołującego Z, a więc ujawniania ich treści w jednych postępowaniach a utajniania w innych wskazuje na całkowitą dowolność i niekonsekwencję podejmowanych działań. Tym samym Izba uznała iż nieuprawnionym było zastrzeżenie przez wykonawcę X opinii bankowej i certyfikatu ubezpieczeniowego, a przez wykonawcę Y opinii bankowej oraz dowodu ubezpieczenia, nakazując zamawiającemu ich odtajnienie.

7. Sygn. akt: KIO 679/12, KIO 700/12, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2012 r.

Bezsprzecznie, zastrzeżony jako objęty tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz osób, wymagany był przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w art. 4 § 3 oraz § 4 SIWZ, tj. wykazania się przez podmiot składający ofertę osobami z doświadczeniem na stanowisku m.in.: kierownika budowy oraz kierowników robót w poszczególnych specjalnościach. Przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, tj. art. 42 ust. 2 tej ustawy, został nałożony obowiązek umieszczenia na budowie – w widocznym miejscu – tablicy informacyjnej. Zakres informacji wymagany wskazaną tablicą informacyjną, doprecyzowany został w § 13 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Zamieszczana na terenie budowy tablica zawierać ma m.in. imiona, nazwiska, adresy i numery telefonów: kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektantów. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 11 lutego 2009 r. w sprawie wzorów i sposobu prowadzenia (...) centralnych rejestrów osób posiadających uprawnienia budowlane (Dz. U. Nr 23, poz. 136) – zapewnia możliwość dostępu do tychże zbiorów. Skoro informacje te podawane muszą być do wiadomości publicznej, to jawne dane na temat kadry kierowniczej, w procesie budowlanym nie mogą, tym samym, stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa – w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i to bez względu na zawarte porozumienia stron. Ponadto, informacja, aby zachować postać tajemnicy przedsiębiorstwa, musi cały czas pozostawać tajemnicą, a nie może być chroniona jedynie okresowo, tj. na czas złożenia oferty – jak postulował przystępujący (...).

8. Sygn. akt: KIO 1014/12, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012 r.

W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o wykonanym zamówieniu wskazanym w pozycji 3 wykazu oraz dokumentu potwierdzającego jego należyte wykonanie. (...)

Należy w tym miejscu wskazać, że to na wykonawcy powołującym się na tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania okoliczności uzasadniających zastrzeżenie określonych informacji. Obowiązek ten istnieje zarówno wobec Zamawiającego (który co do zasady zobligowany jest ujawnić wszelkie dokumenty złożone w postępowaniu), jak i w postępowaniu odwoławczym. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy kwestionującego zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w niniejszej sprawie – Odwołującego) udowodnienia, że dokumenty, których treści nie zna, w istocie takiej tajemnicy nie stanowią.

W ocenie Izby, Przystępujący nie wykazał, jaką wartość gospodarczą mają informacje o dostawach i usługach wskazanych w poz. 3 wykazu. Informacje te obejmują dane o wartości, przedmiocie, dacie wykonania i odbiorcy zamówienia, a Przystępujący ani w wyjaśnieniach złożonych na żądanie Zamawiającego, ani w toku postępowania odwoławczego nie powołał

żadnych konkretnych okoliczności uzasadniających tezę o wartości gospodarczej tych informacji. Za okoliczność taką nie może być uznany fakt, że odbiorca przedmiotowego zamówienia nie jest podmiotem publicznym. Status kontrahenta nie przesądza o możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji o samym fakcie zrealizowania dostaw i usług oraz podstawowych informacji na temat kontraktu (takich jak wartość czy data wykonania). Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał też, aby podjęte były działania zmierzające do zachowania poufności tych informacji. Wykonawca powołał się jedynie na klauzule zamieszczone w umowach o pracę osób zatrudnionych w spółce udostępniającej zasoby oraz w (...) Poland, zobowiązujące pracowników do nieujawniania informacji zdobytych przy świadczeniu pracy, nie przedstawił jednak na to żadnych dowodów. Wykonawca nie był w stanie określić kręgu osób mających dostęp do informacji o kontrakcie wskazanym w poz. 3 wykazu, nie wykazał, aby osoby te złożyły pisemne zobowiązanie do zachowania poufności, nie przedstawił procedur mających zapobiegać ich ujawnieniu. Co więcej, Przystępujący nie ma wiedzy, czy i jak informacje te są strzeżone przez podmiot udostępniający zasoby ((...) Deutschland) i przez jego kontrahenta.

W związku z powyższym Izba uznała, że brak jest okoliczności uzasadniających zastrzeżenie danych przedstawionych w wykazie jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tych samych powodów nie ma podstaw do uznania za taką tajemnicę dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia tych informacji stanowi naruszenie art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem w zależności od oceny dostaw i usług wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu złożonego przez Przystępującego, do wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia może okazać się konieczne poddanie ocenie zamówienia z poz. 3.

9. Sygn. akt: KIO 1228/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.

Zamówienia wyspecyfikowane w ww. pozycjach obydwu wykazów zostały zrealizowane bowiem na rzecz pomiotów publicznych. Tym samym – zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy Pzp – umowy dotyczące tych realizacji są jawne i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, gdyż przepis ten stanowi kontynuację generalnej zasady jawności postępowania. A ponadto wykonawca ten, uzasadniając powody objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wartości realizacji wyspecyfikowanych we wskazanych pozycjach wykazu, nie wykazał zaistnienia w stosunku do tych właśnie informacji przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nawet jeśli informacje te (dotyczące wartości zamówienia) są – jak wykonawca ten podniósł w złożonych wyjaśnieniach – informacjami przetworzonymi dla potrzeb tego konkretnego postępowania, to jednak informacje dotyczące wartości tych realizacji są dostępne, w tym nie tylko w trybie dostępu do informacji publicznych. Wartość danej realizacji (w przypadku realizacji na rzecz podmiotów publicznych) jest bowiem znana już po podaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym utajnianie wartości tych kontraktów realizowanych na rzecz podmiotów publicznych jest nieuprawnione.

10. Sygn. akt: KIO 1409/12, KIO 1428/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.

(...) Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta – na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm. [aktualnie: Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 – przyp. red.]) – zastrzeżenia dotyczące zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez SN pogląd

zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznaną ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających z ogłoszenia o zamówieniu, co zostało ugruntowane w orzecznictwie zarówno Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak i orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Sąd Najwyższy – wskazując, że na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności zastrzeżenia a dopiero w wyniku stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia następuje wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji – nie określił w jaki sposób Zamawiający ma rozstrzygnąć czy dana informacja faktycznie nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadal, pomimo licznego orzecznictwa oraz zdefiniowanego pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa każda sprawa rozpoznawana musi być przez Zamawiającego indywidualnie. Uwzględniając wypracowane w doktrynie mechanizmy Zamawiający przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa powinien w pierwszej kolejności poinformować podmiot zastrzegający, choć przepisy ustawy nie nakładają na Zamawiającego takiego obowiązku. Takie postępowanie po pierwsze wpisuje się w należyłą staranność prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, po drugie może uchronić Zamawiającego od groźby ponoszenia kar (postępowanie karne) a po trzecie daje podmiotowi, który zawarł we wniosku informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa prawo do wnoszenia środka ochrony prawnej w zakresie czynności Zamawiającego. W piśmiennictwie – między innymi glosa S. Salomonowicza do uchwały SN z dnia 21 października 2005 roku III CZP 74/05 – wskazywany jest pogląd, iż wyjaśnienie tych wątpliwości może nastąpić w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy. Wydaje się również zasadna argumentacja wskazująca na możliwość zastosowania art. 26 ust. 4 ustawy. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w poszanowaniu zasad określonych w ustawie, tym samym Zamawiający powinien dochować wszystkich czynności, aby zasądom tym nie uchybić.

11. Sygn. akt: KIO 1459/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.

Co do wykazu doświadczenia oraz załączonych do niego referencji Izba również uznała, że nie widzi tu żadnych podstaw do ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przede wszystkim, jak wskazał odwołujący, informacje te zostały w jawny sposób przedstawione w poprzednim postępowaniu. Owszem, wykonawca określa moment, od którego dane informacje będzie chronił jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ale moment ten nie może już nastąpić po tym, jak informacje te podał do publicznej wiadomości. Po drugie informacje o podmiocie, który wykonał dokumentację projektową, jak i roboty budowlane są dostępne dla zainteresowanych, a informację o wykonawcy danych robót umieszcza się wręcz na tablicy informacyjnej na terenie robót. Poza tym obie prace zostały wykonane na rzecz podmiotu publicznego (zamawiającego), a, pomimo że postępowanie nie było objęte zamówieniami publicznymi, toczyło się w sposób jawny, a, jak wyjaśnił zamawiający, informacja o wyłonionym wykonawcy została przekazana wszystkim podmiotom uczestniczącym w postępowaniu. Poza tym należy też zwrócić uwagę, czy również inwestor chroni dane informacje, gdyż trudno je uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli można je uzyskać w łatwy sposób po prostu składając stosowne zapytanie do inwestora.

12. Sygn. akt: KIO 1442/12, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2012 r.

Izba uznała, po ocenie stanowiska przystępującego, że brak jest podstaw do uznania, że sprawozdanie finansowe oraz oświadczenie o wielkości średniorocznego zatrudnienia oraz liczebności personelu kierowniczego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Sprawozdanie jest dokumentem składanym do Krajowego Rejestru Sądowego. Zapoznanie się z nim jest możliwe w zwykłej drodze i każdemu dostępne.

Art. 9 ust. 3**13. Sygn. akt: KIO 940/12, KIO 941/12, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2012 r.**

Zamawiający w pkt XI.9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) – tekst po zmianach z 2 marca 2012 r. – wyraził zgodę na sporządzenie w języku angielskim, jako języku powszechnie używanym w sektorze lotniczym, wyłącznie wskazanych w pkt VII.2 SIWZ specyfikacji techniczno-funkcjonalnych oferowanych wież. Zadeklarował on, iż w tym przypadku, oceniając fakt wykazania przez wykonawcę spełnienia wymagań opisanych w SIWZ przez oferowaną przez niego dostawę, będzie się opierał na dokumencie sporządzonym w języku angielskim. Deklaracja ta została uzewnętrzniona również w piśmie skierowanym do wykonawców z dnia 16 lutego 2012 r. Takie działanie Zamawiającego miało swe oparcie w przepisie art. 9 ust. 3 ustawy Pzp. Pamiętać jednak należy, iż przepis ten odnosi się jedynie do prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, zaś postępowanie przez Izbą regulują w szczególności przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 [aktualnie jest to Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm. – przyp. red.]), zwanego dalej Rozporządzeniem w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań. Zgodnie z § 19 ust. 1 rozprawa odbywa się w języku polskim. Ustęp trzeci tegoż paragrafu stanowi, że wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, jeśli zaś strona powołuje się na dokumenty sporządzone w języku obcym, jest zobowiązana przedstawić ich tłumaczenie na język polski. Przepis ten nie dopuszcza wyjątków. Co istotne zgoda Zamawiającego wyrażona na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy Pzp nie rozciąga się na postępowanie odwoławcze toczące się przez Izbą. Dlatego też, jak to już zostało wskazane, strona powołująca się na sporządzone w języku obcym (w tym przypadku – angielskim) dokumenty, zobowiązana jest złożyć Izbie ich tłumaczenie.

Art. 22 ust. 1 pkt 2**14. Sygn. akt: KIO 204/12, KIO 208/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.**

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający w treści postawionego warunku odniósł jego spełnienie do konieczności udokumentowania zrealizowania „jednego zamówienia”. Natomiast w tabeli znajdującej się w załączniku nr 3 „Wykaz dostaw wykonanych przez wykonawców”, odnosząc jego spełnienie do „dostawy objętej zleceniem”, jak również żądając podania „zleceniodawcy”, nie doprecyzowując jednocześnie ani w postawionym warunku, ani też w żądanym wykazie czy dana dostawa wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ma być utożsamiana z jedną konkretną umową, czy też ma stanowić całość realizowanego świadczenia dla danego zamawiającego, niezależnie od liczby zawartych umów.

W niniejszym stanie faktycznym dostawa wykazana przez konsorcjum (...) jest zadaniem realizowanym w ramach kilku umów – zleceń, a nie wyłącznie jednej umowy. Każda umowa – jak podniósł to przystępujący (...) – jest kształtowana indywidualnie i stanowi odrębną umowę.

(...) Okazana Izbie na rozprawie umowa (objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) istotnie ma charakter umowy ramowej i przewiduje jej realizację w sposób podany przez konsorcjum (...),

a więc w ramach odrębnych umów – zleceń. Potwierdzeniem powyższego są także protokoły odbioru, dotyczące każdej dostawy zrealizowanej na podstawie takiej odrębnej umowy – zlecenia. Tym samym brak jest podstaw do uznania wobec określonej treści SIWZ, iż konsorcjum (...) nie mogło posłużyć się dostawami, na które się powołało celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i stwierdzenia, iż wykonawca ten nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

15. Sygn. akt: KIO 1280/12, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2012 r.

Podkreślić należy, że umowa doradztwa prawnego jest umową starannego działania, a nie umową rezultatu, toteż weryfikacja doświadczenia i wiarygodności wykonawcy następuje nie poprzez osiągnięcie określonego celu, a dołożenie należytej, wymaganej od profesjonalisty, staranności w świadczeniu doradztwa, które ma do określonego celu doprowadzić. Nie oznacza to jednak, iż nieosiągnięcie zakładanego celu jest tożsame z uznaniem, iż staranności nie zachowano, wykonawca świadczący usługę jest niewiarygodny, a sama usługa wykonana nienależyte. Brak celu może mieć natomiast odzwierciedlenie w braku wynagrodzenia, czy jego zmniejszeniu, gdy było ono od osiągnięcia celu zależne. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, iż postawiony warunek wykazania się co najmniej jedną usługą zakończoną zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 1000000,00 PLN (po modyfikacji) nadal jest nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Rezultat w postaci odzyskania VAT w określonej wysokości nie jest bowiem objęty zakresem zamówienia. Zamawiający w ogóle nie ustala minimalnej kwoty VAT do odzyskania. W treści SIWZ przedstawia pewien szacunek przez siebie dokonany, jednak wykonawca w żaden sposób nie jest tymi szacunkami związany, nie deklaruje odzyskania VAT na jakimkolwiek poziomie, lecz w oparciu o udostępnioną dokumentację ma dokonać własnego oszacowania wraz z określeniem ryzyk. Odzyskanie kwot na mniejszym poziomie niż szacowane czy wręcz nieodzyskanie żadnych kwot VAT nie będzie tożsame z nienależytym wykonaniem umowy, choć będzie miało odzwierciedlenie w kwocie wynagrodzenia (wówczas wykonawca poza wynagrodzeniem za opinię otrzyma proporcjonalnie mniejsze wynagrodzenie lub w ogóle nie otrzyma wynagrodzenia). Wynagrodzenie wykonawcy co do zasady (poza opinią prawną) skalkulowane jest w oparciu o odzyskaną kwotę VAT, co jednak nie oznacza, iż poprzez sposób określenia wynagrodzenia modyfikuje się charakter przedmiotu zamówienia. Jak wskazywał Odwołujący, a Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych, procedura zwrotu podatku VAT jest taka sama niezależnie od wartości zwrotu. Zamawiający nie wykazał również, iż zwrot VAT i to na określonym ustalonym przez Zamawiającego poziomie odzwierciedla zwiększony nakład pracy czy stanowi gwarancję lepszego doświadczenia wykonawcy. Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego, iż wysokość odzyskanej kwoty zależna jest przede wszystkim od osoby podatnika, który zwrotu dochodzi, jego sytuacji prawno-podatkowej, oraz od rodzaju i wartości inwestycji, z której zwrot jest należny, a więc okoliczności leżących poza osobą doradcy. Ponadto zwrot VAT jest efektem stanowiska organów podatkowych i sądów administracyjnych, nie jest to więc okoliczność zależna bezpośrednio od wykonawcy usługi doradztwa. Może on podjąć wszelkie próby mające na celu odzyskanie VAT, dołożyć wszelkiej staranności, a i tak zwrot może nie zostać dokonany, gdyż nie pozwala na to sytuacja podatnika lub właściwe organy nie podzielą stanowiska doradcy w zakresie przesłanek zwrotu. Równocześnie taki wykonawca otrzymałby referencje i potwierdzenie należytego wykonania umowy, ale z uwagi na brak efektu, za który odpowiedzialności nie ponosi, nie mógłby być uznany za wykonawcę wiarygodnego w świetle zakwestionowanego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Należy podkreślić, że Zamawiający ma duże możliwości takiego uszczegółowienia zakresu wymaganego doświadczenia, aby wykonawca wybrany posiadał doświadczenie prawdziwie adekwatne do przedmiotu zamówienia i gwarantował prawidłową jego realizację. Miernik wybrany przez Zamawiającego w postaci wymagania wykazania się co najmniej jedną usługą zakończoną zwrotem podatku VAT o wartości nie mniejszej niż 1000000,00 PLN nie spełnia wymogów adekwatności i proporcjonalności.

16. Sygn. akt: KIO 1483/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.

Przedmiotowy spór dotyczy wykazania przez odwołującego spełnienia postawionego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia. Warunek ten ma na celu ustalenie faktycznej zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Jak stwierdził odwołujący w treści odwołania, przez posiadanie wiedzy należy rozumieć znajomość technologii czy metodologii, w jakiej wykonane ma być zamówienie, zaś doświadczenie to umiejętności nabyte w praktyce przy wykonywaniu określonych czynności.

Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego (pismo z dnia 11 czerwca 2012 r.) odwołujący wskazał jedynie, że w dniu 2 czerwca 2011 r. X S.A. zakupiła od Syndyka Masy Upadłości dokumentację techniczną Y S.A. w upadłości stwierdzając, że X S.A. stała się tym samym właścicielem dokumentacji technicznej, myśli technicznej i doświadczenia Y S.A. Odwołujący nie stwierdził i nie wykazał, że zakupił przedsiębiorstwo Y S.A. czy jego zorganizowaną część, co mogłoby wskazywać na posiadanie atrybutów niezbędnych do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący powołując się na doświadczenie Y S.A. nie wyjaśnił również zamawiającemu relacji pomiędzy tym podmiotem, a odwołującym, nie złożył też dokumentu, z którego wynikałoby, że jest następcą prawnym X S.A. Izba zważyła, że wraz z pismem z dnia 12 czerwca 2012 r. odwołujący złożył zamawiającemu umowę sprzedaży praw do dokumentacji technicznej zawartą w dniu 2 czerwca 2011 r. pomiędzy Y S.A. reprezentowaną przez Zbigniewa S. – Syndyka Masy Upadłości a X S.A. Załącznikiem do umowy był spis dokumentacji technicznej, z którego jednak w żadnej mierze nie wynikało, jaka jest faktyczna jej zawartość; z załączonego spisu można jedynie wyczytać, jaka była ilość tej dokumentacji.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę treść ww. dokumentów, nie sposób jest uznać referencji za dokumentację techniczną. Co więcej, Izba stwierdziła, że w ramach przedmiotowej dokumentacji technicznej odwołujący nie mógł zakupić referencji złożonych w postępowaniu, ponieważ zostały one wystawione po dacie zawarcia ww. umowy. (...)

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że samo nabycie przez X S.A. dokumentacji technicznej od Y S.A., w żaden sposób nie potwierdza znajomości przez odwołującego technologii czy metodologii, w jakiej wykonane ma być zamówienie, ani tym bardziej posiadania praktyki przy wykonywaniu zadań, których realizacji wymagał zamawiający w postawionym warunku. Brak jest zatem podstaw do uznania, że odwołujący wykazał zamawiającemu spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Co za tym idzie, Izba za prawidłową uznała czynność zamawiającego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenia złożonej przed odwołującego oferty.

17. Sygn. akt: KIO 1560/12, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ze względu na potwierdzenie się zarzutu dotyczącego niewykazania przez Konsorcjum (...) wymaganego doświadczenia dla zadania nr 9 (tj. dostawy o łącznej wartości nie mniejszej niż 1.190.000 zł, w tym co najmniej jedną dostawą o wartości nie mniejszej niż 793.000 zł). Dostawa wykonana na rzecz Agencji (...) nie może być uznana za potwierdzającą spełnienie warunku. Z referencji załączonych do wykazu wynika, że dostawa ta, w części dotyczącej 7.800 par rękawic została wykonana z opóźnieniem, czego skutkiem było naliczenie kar umownych. Zatem zamówienie to nie zostało wykonane należyście. Niedopuszczalne, zdaniem Izby, jest pomniejszenie wartości dostawy o partie dostarczone z opóźnieniem i wykazanie pozostałej części jako dostawy wykonanej należyście. Przedmiotowa dostawa realizowana była jako jedno zamówienie, a wykonanie tego zamówienia nienależyście w określonej części należy traktować jako nienależyte wykonanie umowy. Teza przeciwna prowadziłaby do sytuacji, w której każde zamówienie wykonane nienależyście mogłoby być przedstawione na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w części zrealizowanej zgodnie z umową. Należy podkreślić, że celem tak opisanego warunku jest dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają doświadczenie w wykonaniu dostaw

odpowiadających przedmiotowi zamówienia. Jeśli wykonawca opóźnia się z dostawą określonych partii, podważa to jego możliwości wykonania zamówienia o określonej skali i wartości. Zatem nieuzasadnione byłoby uznanie części zamówienia, którego elementy zrealizowano z opóźnieniem, za wykonane należycie.

Art. 22 ust. 1 pkt 3

18. Sygn. akt: KIO 1070/12, Wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2012 r.

Odnosnie pełnienia przez Janusza K. funkcji kierownika robót przy budowie wiaduktów drogowych o nośności klasy B nad linią kolejową zrealizowaną w ramach zadania pn. „Budowa Północnej Obwodnicy Śródmiejskiej we W. – zadanie 1 (od ul. Osobowickiej do ul. Żmigrodzkiej)”, wykazana w poz. 8.1 wykazu załączonego do oferty Przystępującego, Izba uznała, że Janusz K. nigdy takiej funkcji nie pełnił. Rozstrzygający bowiem w tym zakresie – tj. o statusie uczestnika procesu budowlanego (zgodnie z art. 17 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, Dz.U.06.156.1118 j.t. ze zm.; dalej: Prawo budowlane, kierownik robót jest uczestnikiem procesu budowlanego) jest dziennik budowy. Zgodnie z § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. Dz.U.02.108.953 ze zm.), na pierwszej stronie dziennika budowy inwestor zamieszcza imię i nazwisko lub nazwę (firmę) wykonawcy lub wykonawców oraz osób sprawujących kierownictwo budowy i robót budowlanych, nadzór autorski i inwestorski, podając ich specjalności i numery uprawnień budowlanych, a osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków. Przepisy Prawa budowlanego i odnoszące się do sposobu prowadzenia dziennika budowy są powszechnie znane podmiotom zaangażowanym w proces budowlany. Nie ma więc podstaw, aby zaakceptować stanowisko Przystępującego, że Janusz K. pełnił funkcję kierownika robót z ramienia podwykonawcy, dlatego nie był wpisany do dziennika budowy (nie było sporne, że w dzienniku budowy nie było wzmianki o Januszu K.). Nie można wykluczyć, że Janusz K. pełnił jakąś funkcję przy wskazanej budowie, jednak wobec braku uwidocznienia tej funkcji w dzienniku budowy, była to funkcja wyłącznie organizacyjna. Jak wyżej zauważono, kierownik robót jest jednym z uczestników procesu budowlanego, jest to funkcje doniosła, wiąże się z nią określone w Prawie budowlanym uprawnienia i obowiązki (art. 22 i 23 Prawa budowlanego, stosowany odpowiednio na podstawie art. 24 ust. 2 Prawa budowlanego), a pełnienie jej, ze względu na rozmiary wiążącej się z nią odpowiedzialności, jest w dużym stopniu sformalizowane, co wyraża się m.in. w uwidocznieniu osoby pełniącej tę funkcję w dzienniku budowy. Zatem, aby wykazać, że osoba, która nie została wskazana w dzienniku budowy do pełnienia określonej funkcji tę funkcję rzeczywiście pełniła, Przystępujący musiałby udowodnić, że dziennik budowy prowadzony był wadliwie i dane w nim zawarte nie są prawdziwe. Przystępujący nie podjął w tym kierunku żadnej inicjatywy dowodowej, a jedynie twierdził, że dana osoba nie została wskazana w dzienniku budowy, bowiem funkcję pełniła „z ramienia podwykonawcy”, co jak wyżej wykazano, ze względu na sformalizowanie pełnienia funkcji przez uczestników procesu budowlanego, nie może być zaakceptowane.

W ocenie Izby dziennik budowy ma charakter dokumentu doniosłego w procesie budowlanym i korzysta z domniemania prawdziwości zawartych w nim danych. Prawdziwość dziennika budowy nie została podważona przez Przystępującego, zatem nie można przyjąć za prawdziwe twierdzeń o pełnieniu funkcji kierownika robót przez Janusza K. na spornej budowie.

Art. 22 ust. 1 pkt 4

19. Sygn. akt: KIO 679/12, KIO 700/12, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2012 r.

Z unormowań art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, wynika, że w ogólności warunki udziału w postępowaniu, w tym także odnoszące się do sytuacji ekonomicznej i finansowej, mają zamawiającemu

umożliwić wybór oferty wykonawcy zdolnego do należytej realizacji zamówienia. Skoro polisa OC, przedstawiana jest dla wykazania odpowiedniej sytuacji finansowej wykonawcy, to służy nie dla innego celu – jak wykazania stabilnej pozycji finansowej potencjalnego wykonawcy zamówienia, gdzie nawet w przypadku zdarzenia (w tym przeszłego) skutkującego odpowiedzialnością cywilną, wykonawca jest asekurowany odpowiednio wysoką kwotą ubezpieczenia, zatem ryzyko dla zamawiającego, związania się z wykonawcą ubezpieczonym – pozostaje zbilansowane. Przy czym cytowany przepis nie określa minimalnego okresu ubezpieczenia OC, a jedynie wykazania jego posiadania w sposób opłacony, na czas złożenia oferty.

20. Sygn. akt: KIO 959/12, Wyrok KIO z dnia 24 maja 2012 r.

W odniesieniu do informacji z banku należy stwierdzić, że zgodnie z § 1 ust. 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) [aktualnie zostało zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. Dz. U. poz. 231 – *przyp. red.*], informacja z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, powinna być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Opinia złożona przez Przystępującego spełnia ten warunek, należało jednak rozstrzygnąć, czy stwierdzenie w jej treści, iż ważna jest przez miesiąc od dnia wystawienia powoduje, że nie potwierdza ona spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Przywołany wyżej przepis rozporządzenia nie odwołuje się do ważności czy aktualności informacji z banku, a jedynie do daty jej wystawienia, stanowiąc, że ma być wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Rozporządzenie przyjmuje więc pewnego rodzaju fikcję prawną, że opinia bankowa wystawiona w określonym dniu we wskazanym przedziale czasowym potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, mimo że faktycznie sytuacja finansowa wykonawcy może ulec zmianie niezwłocznie po wystawieniu opinii. Brak jest, zdaniem Izby, podstaw do różnicowania sytuacji podmiotu, który przedstawił opinię z określeniem jej „ważności” na miesiąc od dnia wystawienia, i podmiotu, który złożył taką opinię bez wskazania żadnego okresu ważności (opinię taką można byłoby uznać za aktualną tylko w dniu jej wystawienia). Należy więc stwierdzić, że na mocy rozporządzenia, opinia wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert potwierdza sytuację finansową wykonawcy na dzień składania ofert.

21. Sygn. akt: KIO 1505/12, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r.

Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim okoliczność, że celem żądania polisy ubezpieczeniowej od wykonawców ubiegających się udzielenie zamówienia, jest jedynie ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej danego wykonawcy, a nie potwierdzenie ubezpieczenia przedmiotu zamówienia. Polisa składana celem potwierdzenia spełniania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej nie służy z całą pewnością zabezpieczeniu realizacji konkretnego zamówienia publicznego, co czyni wywody zamawiającego odnośnie ewentualnej możliwości obniżenia wysokości odszkodowania, z uwagi na zawarte w treści polisy franszyzy redukcyjne czy podlimity, bezprzedmiotowymi.

Słuszna jest argumentacja odwołującego, że zamawiający nie zawarł w postanowieniach siwz żadnych dodatkowych wymagań co do treści polisy, poza wymogiem złożeniem opłaconej polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 10 000 000 zł. W szczególności zamawiający nie zastrzegł, że złożona polisa nie może zawierać żadnych podlimitów czy fransyz redukcyjnych, które niewątpliwie są częstym elementem umowy ubezpieczenia.

Złożona przez odwołującego opłacona polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności i posiadania mienia o wartości ubezpieczenia 10 000 000 zł, jest dokumentem odpowiadającym wymaganiom określonym zarówno w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) [aktualnie zostało zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. Dz. U. poz. 231 – *przyp. red.*], jak i w postanowieniach siwz.

22. Sygn. akt: KIO 1644/12, Wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.

W wyniku powtórnego badania i oceny ofert Zamawiający prawidłowo ustalił, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W szczególności nie budzi wątpliwości, że również umowa ubezpieczenia zawarta z niemieckim ubezpieczycielem obejmuje ubezpieczenie działalności prowadzonej przez oddział Przystępującego w Niemczech. (...)

Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do uznania zagranicznego oddziału tej osoby prawnej za odrębnego wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy pzp. Wręcz przeciwnie, oddział ten, niezależnie od posiadanej samodzielności w prowadzeniu działalności na terenie Niemiec, działa w ramach osobowości prawnej jednej i tej samej spółki akcyjnej, której jest częścią (oddziałem). Sztuczność koncepcji Odwołującego uświadamiają również bezprzedmiotowe działania Przystępującego, który z ostrożności sporządził zobowiązanie oddziału do udostępnienia zasobów na rzecz spółki, działając rzekomo w oparciu o art. 26 ust. 2b pzp. Tymczasem zostało ono podpisane przez prokurenta samoistnego spółki uprawnionego, zgodnie z odpisem z KRS, do jej reprezentacji, a zatem również oddziału. Z wyjaśnień na rozprawie Przystępującego wynika, że jest to prokurent, który został ujawniony w odpowiednim rejestrze niemieckim jako uprawniony do reprezentacji oddziału. Odwołujący nie zaprzeczył tym twierdzeniom. Uwarunkowania prawne związane z prowadzeniem przez polską spółkę akcyjną działalności gospodarczej przez oddział na terenie Niemiec nie mogą również prowadzić do stwierdzenia, że w takim przypadku mamy do czynienia z *sui generis* bytem prawnym, który z punktu widzenia ustawy pzp nie jest ani częścią wykonawcy będącego osobą prawną, ani odrębnym wykonawcą. W ocenie Izby Przystępujący jest spółką, której potencjał przejawia się również przez fakt prowadzenia działalności przez oddziały zagraniczne. Brak zatem podstaw do tego, aby nie uwzględnić na potrzeby oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu – jako własnego potencjału Przystępującego – ubezpieczenia działalności prowadzonej przez jego oddział na terenie Niemiec. Prawdziwe i wystarczające jest zatem uzewnętrzniowanie w zawiadomieniu o wyborze oferty ustalenie Zamawiającego, że objęcie ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej działalności gospodarczej prowadzonej w ramach oddziału zagranicznego stanowi w istocie ubezpieczenie wyodrębnionej w postaci tego oddziału działalności gospodarczej tego wykonawcy. Natomiast bezprzedmiotowe jest dociekanie, czy ubezpieczenie to obejmuje wyrządzenie szkód na terenie Polski przez Przystępującego, gdyż wychodzi poza ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu.

23. Sygn. akt: KIO 1711/12, Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Tak więc, do spełnienia określonego przez Zamawiającego warunku niezbędne było wykazanie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, Zamawiający nie określił rodzaju odpowiedzialności (deliktowa czy kontraktowa i w jakim zakresie) jaki ma obejmować ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności jakim ma wykazywać się wykonawca.

Powyższe wskazuje, że Odwołujący posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, tym samym spełnia warunek udziału w po-

stępowaniu bowiem posiadanie tego ubezpieczenia w Wariancie II nie powoduje, że posiadane ubezpieczenie nie jest związane z przedmiotem zamówienia. Istota ubezpieczenie w Wariancie II sprowadza się do wyłączenia pewnego, określonego w tym wariancie, zakresu odpowiedzialności kontraktowej lecz nie do wyłączenia odpowiedzialności w ogóle. Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana przez Zamawiającego w oparciu o brzmienie ukształtowanych przez niego wymagań w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, niedopuszczalna jest na etapie weryfikacji oferty dowolna interpretacja postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonywana przez Zamawiającego. Wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII GA 446/08).

Art. 22 ust. 4

24. Sygn. akt: KIO 655/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 Pzp, jeżeli uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia. Przywołany art. 22 ust. 4 Pzp nakazuje odnosić warunki udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia w sposób adekwatny (*verba legis* „związany”) i proporcjonalny. Zamawiający jest uprawniony do tego, aby ustalić warunki udziału w postępowaniu na wysokim poziomie, o ile jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia.

25. Sygn. akt: KIO 1549/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki m.in. dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp). Celem tej regulacji jest wyłonienie kręgu podmiotów, który daje rękojmię należytego zrealizowania zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza wskazany cel. Warunki powinny być tak opisane, aby zatem żaden z podmiotów zdolnych do wykonania danej umowy o zamówienie publiczne, nie był takiej szansy pozbawiony. Doświadczenie, do którego odnosi się art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, to potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania zamówień określonego (związanego z przedmiotem zamówienia) rodzaju o proporcjonalnej do przedmiotu zamówienia wielkości.

Izba zgadza się z odwołującym, iż w realiach sprawy dokonany przez zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, nie odpowiada wytycznym sformułowanym w art. 22 ust. 4 Pzp. Powołany przepis zobowiązuje zamawiającego, aby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Opis dokonany przez zamawiającego nie odpowiada tym wymaganiom w zakresie, w którym zamawiający ogranicza możliwość wykazania wymaganego doświadczenia wyłącznie do zamówień realizowanych na rzecz operatorów sieci dystrybucyjnej. Zamawiający wymaga bowiem, aby wykazywane dostawy zostały wykonane na rzecz pewnego ściśle oznaczonego kręgu podmiotów, tj. dla podmiotów posiadających status operatorów sieci dystrybucyjnych. Status operatorów systemów dystrybucyjnych (nieściśle zamawiający odniósł się do podmiotów o statusie operatorów sieci dystrybucyjnych) posiadają podmioty wpisane na listę prowadzoną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki na podstawie art. 9h ust. 1 ustawy z 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 ze zm.). Zgodnie z powołaną ustawą (art. 3 pkt 25) przez operatora systemu dystrybucyjnego (dalej „osd”) rozumie się przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się dystrybucją paliw gazowych lub energii elektrycznej, odpowiedzialne za ruch sieciowy w systemie dystrybucyjnym gazowym albo w systemie dystrybucyjnym elektroenergetycznym, bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania tego systemu, eksploatację, konserwację, remonty oraz niezbędną rozbudowę sieci dystrybu-

cyjnej, w tym połączeń z innymi systemami gazowymi albo innymi systemami elektroenergetycznymi. Aktualnie na listę osd wpisano 130 podmiotów, wśród nich np. Zakłady Azotowe w X S.A., natomiast – jak wskazała w toku rozprawy odwołujący – na liście nie znajdują się Zakłady Azotowe w Y S.A. Odwołujący wyjaśnił, iż specyfika dostaw do wymienionych zakładów chemicznych niczym się nie różni. Zamawiający argumentował, iż realizowanie zamówień dla osd gwarantuje pewność oraz terminowość dostaw. Jednak argumentacja ta nie uzasadnia zastosowania ograniczenia doświadczenia wyłącznie do tego uzyskanego przy realizacji zamówień na rzecz osd. Przedmiotem zamówienia jest bowiem wyłącznie dostawa urządzeń, bez ich instalacji. Trafnie zauważył zatem odwołujący, iż takie postanowienie siwz i ogłoszenia o zamówieniu w sposób nieuzasadniony ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcom, którzy wykonywali dostawy na terenie RP na rzecz innego typu podmiotów, jak również wykonawców zagranicznych, którzy dostarczali swoje urządzenia do zakładów sektora elektroenergetycznego, poza granicami Polski, gdzie nie znana jest kategoria podmiotów o statusie operatora sieci dystrybucyjnej. Odwołujący miał rację twierdząc, iż ograniczenie dokonane przez zamawiającego, zawężające możliwość wykazania realizacji dostaw na rzecz jednego tylko typu podmiotów, nie znajduje żadnego uzasadnienia merytorycznego, gdyż dostawa zamawianych urządzeń nie wyklucza zasadniczej specyfiki w zależności od odbiorcy. Urządzenia, których dostawa jest przedmiotem postępowania o udzielenie tego zamówienia, stosuje się w obiektach elektroenergetycznych takich jak np. zakłady górnicze (praca na powierzchni i pod ziemią), elektrownie, elektrociepłownie, zakłady chemiczne, niezależnie od ich statusu w świetle prawa energetycznego. W konsekwencji Izba podzieliła ocenę odwołującego, iż ograniczenie do dostaw dla osd w sposób niedopuszczalny dyskryminuje wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

Art. 23

26. Sygn. akt: KIO 588/12, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2012 r.

Przepis art. 23 ust. 1 i 2 ustawy stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy zobowiązani są do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wykonawców (np. konsorcja) ma na celu połączenie potencjału ludzkiego, technicznego, ekonomicznego i finansowego, by w wyniku zsumowania tegoż potencjału uzyskać zamówienie. Przepisy ustawy nie narzucają wykonawcom żadnej formy co do wspólnego złożenia oferty. Wspólnie mogą składać oferty wszyscy wykonawcy, gdyż przepisy ustawy nie przewidują w tym zakresie jakiegokolwiek ograniczenia. Ustanowiony pełnomocnik reprezentuje wykonawców wobec zamawiającego w sposób i w zakresie wynikającym z pełnomocnictwa.

27. Sygn. akt: KIO 1041/12, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012 r.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego wykluczenia odwołującego z postępowania ze względu na brak uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa dla pełnomocnika, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba przyznała rację odwołującemu. Zgodnie z dyspozycją art. 1 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz. U. Nr 225, poz. 1635 z późn. zm.) opłacie tej podlega złożenie dokumentu stwierdzającego udzielenie pełnomocnictwa lub prokury albo jego odpisu, wypisu lub kopii – w sprawie z zakresu administracji publicznej lub w postępowaniu sądowym.

28. Sygn. akt: KIO 1533/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.

Lider Konsorcjum, który jest podmiotem zorganizowanym, osoba prawna działa przez swoje organy, zgodnie z ustalonymi zasadami reprezentacji (art. 38 KC). W analizowanej sprawie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Spółdzielnia X

w K. oraz Y spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. ustanowili liderem Spółdzielnię X w K., co wynika z treści złożonego w ofercie na jej str. 9 pełnomocnictwa. Zgodnie z załączonym odpisem z KRS, osoby które potwierdziły za zgodność dokumenty mające służyć wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wpisane są jako prokurenci lidera Konsorcjum, a co za tym idzie – posiadają uprawnienie do jego reprezentowania. Należy także przyjąć, że na podstawie cytowanego wcześniej pełnomocnictwa z 11 czerwca 2012 r., udzielonego przez Y sp. z o.o. nastąpiło umocowanie do składania oświadczeń za tego członka konsorcjum, skoro pełnomocnictwo obejmuje upoważnienie m.in. do „składania w imieniu konsorcjum wszelkich dokumentów i oświadczeń przewidzianych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (...)”. O ile konsorcjum nie posiada samodzielnego bytu, nie stanowi jednostki organizacyjnej, za którą w sposób łączny składane są oświadczenia, to stanowi ono odbicie interesów wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Oświadczenia składane za konsorcjum są zatem oświadczeniami składanymi za każdego z jego członków. Podobnie należy traktować kwestię potwierdzania dokumentów składanych w postępowaniu za zgodność z oryginałem – może to uczynić odpowiednio dany wykonawca w odniesieniu do swoich dokumentów za pomocą organu uprawnionego do jego reprezentacji; nie ma także przeszkód by uczynił to pełnomocnik takiego wykonawcy. Pełnomocnikiem jest w tym wypadku lider konsorcjum, który działa za każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z właściwymi dla niego zasadami reprezentacji.

Powyższe decydowało o uznaniu za niepotwierdzone zarzucanych naruszeń art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w tym także przepisu § 6 ust. 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 te dokumenty mogą być składane [(Dz. U. Nr 223, poz. 1817), aktualnie zastąpione przez rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. Dz. U. poz. 231) – przyp. red.].

Art. 24 ust. 1 pkt 1a

29. Sygn. akt: KIO 1357/12, Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2012 r.

Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych [(Dz. U. Nr 87, poz. 484 – przyp. red.)] do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. W ocenie Izby z takiej regulacji wprost wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszczętym 28 marca 2012 r. Zamawiający musi brać pod uwagę również przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp wprowadzoną na mocy przywołanej nowelizacji. *De lege lata* brak podstaw do przyjęcia, że jeżeli ustanie umowy w sposób opisany w art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp miało miejsce przed wejściem w życie tego przepisu, to nie znajdzie on zastosowania w stosunku do wykonawcy, który był stroną takiej umowy. W ocenie Izby wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp nie nastąpiło z naruszeniem art. 3 kc, zgodnie z którym ustawa nie działa wstecz, chyba że co innego wynika z jej brzmienia lub celu. Z przywołanej ustawy nowelizacyjnej wynika wprost w jaki sposób wchodzi w życie, a czym innym jest, że wiadomy jest również cel, jaki przyświecał przy tym ustawodawcy. (...)

Z art. 172 ust. 1 ustawy pzp wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Według art. 180 ust. 1 pzp odwołanie takie można wnieść od niezgodnej z przepisami tej ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro niesporne jest, że czynność Zamawiającego została podjęta z powołaniem się na art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, a Odwołujący wniósł odwołanie od wykluczenia go z postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie tego przepisu, to nie sposób twierdzić, że Izba nie jest właściwa dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

(...) Przede wszystkim ustalenie okoliczności prawnych i faktycznych niezbędnych dla oceny prawidłowości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp leży w kompetencji Izby i nie może być uznane za nieuprawnione wkraczanie w kompetencję zastrzeżoną dla sądów orzekających w sprawach cywilnych. Okoliczność, że ta podstawa wykluczenia odwołuje się do czynności prawnych, których skuteczność może być przedmiotem powództw rozpatrywanych przez sądy cywilne, nie tworzy z postępowania odwoławczego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp – sprawy cywilnej w rozumieniu art. 1 kpc. Na mocy kompetencji przyznanej przez ustawodawcę Izba jest uprawniona i zobowiązana do ustalenia zaistnienia wszystkich przesłanek objętych art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, lecz wyłącznie ze skutkiem dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Orzeczenie Izby nie jest i nie będzie wiążące dla sądu cywilnego. Potencjalna możliwość dokonania przez sąd odmiennej oceny, choć z pewnością jest zjawiskiem niepożądanym, jednak sama w sobie nie może być podstawą do nierozstrzygnięcia, względnie uwzględnienia odwołania. Postępowanie odwoławcze regulowane ustawą pzp nie przewiduje również instytucji zawieszenia tego postępowania, w tym również z tego powodu, że jego wynik miałby zależeć od wyniku toczącego się postępowania cywilnego. Przewidziana w § 27 obowiązującego regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.) – przyp. red.*] instytucja odroczenia rozprawy – z założenia na niedługi czas – nie może być uznana za podstawę do faktycznego zawieszenia postępowania na czas nieokreślony. W szczególności gdyby intencją ustawodawcy było stworzenie możliwości zawieszenia postępowania odwoławczego, to zamieściłby odpowiednią regulację bezpośrednio w ustawie pzp.

Art. 24 ust. 1 pkt 4–8

30. Sygn. akt: KIO 793/12, Wyrok KIO z dnia 2 maja 2012 r.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy stwierdzono, że w Republice Włoskiej istnieje możliwość uzyskania przez zainteresowaną jednostkę stosownego zaświadczenia. Wskazywało na to w pierwszej kolejności samo zaświadczenie złożone przez odwołującego pismem z dnia 30 marca 2012 r. Z jego treści jednoznacznie wynikało, że zostało wydane na wniosek zainteresowanego, ponadto pochodziło od uprawnionego organu tj. Agencji Przychodów (Agenzia Entrate), Dyrekcji Prowincjonalnej w Udine (Ufficio Territoriale di Udine) i zostało wystawione na podstawie danych znajdujących się w systemie informatycznym podatników. Tezie odwołującego przeczył zatem sam dokument złożony przez niego zamawiającemu.

Stwierdzono także, że z systemu informacyjnego E-certis Komisji Europejskiej na podstawie danych przekazanych Komisji przez Republikę Włoską w wykonaniu art. 45 ust. 4 dyrektywy nr 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 wynika, iż we Włoszech w celu wykazania niezalegania z opłacaniem podatków uprawniony organ tj. Agenzia delle Entrate wydaje zaświadczenie o nazwie „certificato di regolarita fiscale” (informacja z systemu Komisji Europejskiej E-certis, <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/documentDetail.do?docId=10441>). Na powyższą okoliczność zwrócił uwagę w odpowiedzi na odwołanie zamawiający, zaś Izba dopuściła na tę okoliczność dowód w postaci wydruku z ww. strony internetowej.

Na możliwość uzyskania we Włoszech zaświadczenia o niezaleganiu z uiszczeniem podatków Izba zwracała również uwagę m.in. w wyroku z 19.01.2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1662/09

i KIO 1694/09 czy w wyroku z 4 maja 2010 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 649/10. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał zatem, że w Republice Włoskiej nie istnieje możliwość uzyskania odpowiednika polskiego dokumentu potwierdzającego niezaleganie z uiszczeniem podatków. W świetle powyższego należało stwierdzić, że wobec wydawania w Republice Włoskiej odpowiednika polskiego dokumentu potwierdzającego niezaleganie z uiszczeniem podatków i możliwości uzyskania takiego zaświadczenia, dokument taki odwołujący obowiązany był złożyć wraz z ofertą. Możliwość złożenia oświadczenia sporządzonego przed notariuszem ograniczona jest wyłącznie do przypadku, gdy w kraju miejsca zamieszkania lub siedziby nie wydaje się stosownych dokumentów. Należy zatem uznać, iż nie zachodziła przesłanka, o której mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817, które aktualnie zostało zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. Dz. U. poz. 231 – przyp. red.)*] (również pkt 12.11 SIWZ), tj. iż „dokumentu nie wydaje się”, która umożliwia zastąpienie urzędowego zaświadczenia oświadczeniem złożonym przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego.

31. Sygn. akt: KIO 1273/12, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2012 r.

Przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego 11 maja 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający zwrócił się do Ambasady USA w Polsce o informację czy dokument wystawiony przez Komendę Policji w Maitland (w załączeniu): – jest dokumentem świadczącym o niekaralności danej osoby? – został wystawiony przez właściwy i upoważniony do tego organ? – posiada moc prawną na równi z ewentualnymi innymi dostępnymi w USA (w stanie Floryda) dokumentami o niekaralności? – jest dokumentem tożsamym z polskim zaświadczeniem o niekaralności wystawianym przez Krajowy Rejestr Karny i potwierdza niekaralność w niżej wymienionym zakresie? Zamawiający w treści pisma opisał także treść art. 24 ust.1 pkt 8 pzp, przepisów 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), aktualnie zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. Dz. U. poz. 231 – przyp. red.*] oraz załączył zaświadczenie uzyskane od Odwołującego. 24 maja 2012 r. (pismem z 18 maja 2012 r.) Zamawiający otrzymał odpowiedź z Konsulatu USA w Krakowie, że załączony dokument stwierdza, iż nie ma informacji, aby wymieniona w dokumencie osoba była karana w miejscowości Maitland, stanie Floryda. Szczegółowe informacje można uzyskać z policji stanowej lub z FBI. (...)

Rozpatrując niniejszą sprawę Izba stwierdziła przede wszystkim, że przedstawione przez Odwołującego zaświadczenie może co najwyżej potwierdzać, że pan R. nie był karany w miejscowości Maitland, a nie w całym stanie Floryda. Wynika to nie tylko z treści tego dokumentu, w którym wskazuje się na lokalny charakter sprawdzenia i brak danych o karalności w miejscowej kartotece dla tej osoby (jak słusznie to podniósł Przystępujący), lecz zostało także potwierdzone oficjalnym stanowiskiem amerykańskiego konsulatu w Krakowie. Choć Zamawiający nie powołał się na to w uzasadnieniu swojej decyzji, to przed podjęciem decyzji dochował należytej staranności i zwrócił się do przedstawiciela władz amerykańskich w Polsce o wyjaśnienie znaczenia przedstawionego przez Odwołującego zaświadczenia o niekaralności. W tych okolicznościach Izba uznała za nieudowodnione twierdzenia Odwołującego, że sprawdzenie niekaralności przez lokalną policję obejmowało również poszukiwanie informacji w scentralizowanych bazach danych Federalnego Biura Śledczego (FBI). (...)

W niniejszej sprawie brak podstaw by z ogólnikowych informacji ze strony internetowej Departamentu Stanu USA – o możliwości uzyskania przez obywateli amerykańskich zaświadczenia o niekaralności na kilka sposobów – wywieść, że zaświadczenie policji w Maitland jest

zaświadczeniem właściwego organu administracyjnego miejsca zamieszkania pana R. – w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. W ocenie Izby nawet przy uwzględnieniu specyfiki państwa federacyjnego jakim są Stany Zjednoczone, a także odmienności porządku prawnego, trudno uznać potwierdzenie niekaralności w jednej miejscowości za potwierdzenie niekaralności w zakresie wymaganym w art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp. W szczególności Izba nie uznała za przekonującą argumentację Odwołującego powołującego się na zdefiniowanie miejsca zamieszkania osoby fizycznej w art. 25 kodeksu cywilnego jako przesadzające o charakterze zaświadczenia, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W ocenie Izby w rozporządzeniu w sprawie dokumentów ogólnie wskazano właściwe organy wydające dokumenty w przypadku osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium Polski, co nie oznacza, że zakres informacji wynikających z tych dokumentów może ograniczać się jedynie do miejscowości, w której zostały wydane.

32. Sygn. akt: KIO 1369/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego.

Brak wystąpienia tych okoliczności wykonawca jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, przedstawiając m.in. stosowne zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie niekaralności za ww. przestępstwa albo zastępującego go oświadczenia danej osoby. Nie jest sporne, że w Szwajcarii takie zaświadczenia są wydawane, co potwierdza fakt ich przedstawienia dla trzech osób, jak również są wydawane w miejscu zamieszkania innych osób figurujących na liście członków rady administracyjnej. Lista członków rady administracyjnej znajduje się w przedstawionym zamawiającemu przez odwołującego odpisie z rejestru handlowego X AG.

Nie jest też sporne, że co do zasady rada administracyjna odpowiada pojęciu „organu zarządzającego”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest sporne również, że uchwałą z 9 kwietnia 2012 r. rada administracyjna przekazała zarządzanie firmą i reprezentowanie jej na zewnątrz oraz uprawnienia do wszelkich czynności prawnych Rolandowi B. i Thomasowi S. Jak wynika z informacji uzyskanych od odwołującego oraz w informacji z Ambasady Szwajcarskiej te dwie osoby pełnią wykonawczą funkcję zarządu w 5-osobowej radzie administracyjnej, zaś pozostali trzej członkowie posiadają funkcję doradczą i nie są zaangażowani w zarząd firmy X AG.

Zdaniem Izby stanowisko zamawiającego co do konieczności żądania spornych zaświadczeń od wszystkich członków rady administracyjnej jest prawidłowe, a tym samym prawidłowe jest także wykluczenie odwołującego wobec ich nieprzedstawienia. W opinii Izby na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych „urzędujący członek organu zarządzającego” nie oznacza jedynie tych członków, którzy faktycznie podejmują w organie zarządzającym decyzje i realnie wpływają na jego pracę, lecz wszystkich członków, którzy w danym okresie wchodzi w jego skład. Nie ma przy tym znaczenia funkcja, którą w tym organie sprawują i to, czy w ogóle w pracy organu zarządzającego się angażują. Zatem nie ma znaczenia, czy członek organu zarządzającego pełni funkcję zarządcą, doradcą, czy inną – ustawa Prawo zamówień publicznych nie wprowadza bowiem takiego rozróżnienia i nie uzależnia od niego obowiązku złożenia zaświadczenia o niekaralności.

Nie stanowi przedmiotu sporu, że na gruncie prawa szwajcarskiego rada administracyjna jest „organem zarządzającym”, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem jej członkowie powinni złożyć stosowne zaświadczenia dotyczące karalności. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do uznania, że powołanie przez radę administracyjną spośród swoich członków dwuosobowego „zarządu” można traktować jako coś więcej niż rodzaj pełnomocnictwa do działania w imieniu rady w zakresie kierowania przedsiębiorstwem oraz że czynność ta powoduje pozbawienie rady administracyjnej statusu organu zarządzającego firmą X AG, a tym samym – brak konieczności przedstawienia wymaganych zaświadczeń o niekaralności dla wszystkich jej członków. Pośrednio może o tym świadczyć fakt, że informacja o nowej formie zarządu nie została wpisana do rejestru handlowego, wręcz przeciwnie – figuruje w nim, że reprezentować spółkę może każda z tych osób przy zastrzeżeniu reprezentacji dwuosobowej („wspólny podpis we dwójkę”).

33. Sygn. akt: KIO 1657/12, Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Istotne jest i wielokrotnie w orzecznictwie Izby podkreślano to, że o ile w zakresie dokumentów podmiotowych, tj. jak KRS, niezaleganie z podatkami, czy opłatami na ubezpieczenie społeczne, wykonawcy zagranicznego dla wymogu przedstawienia zaświadczenia wystarczające jest to, aby zaświadczenie było wydawane przez organ administracyjny lub sądowy i jego zakres nie musi być tożsamy z zakresem informacji uzyskiwanym z polskich organów administracyjnych lub sądowych, o tyle w przypadku zaświadczeń o niekaralności nie może być to dowolne zaświadczenie z rejestru dysponującego informacjami na temat skazań, ale z rejestru, który obejmuje skazania za przestępstwa wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy. Wynika to z brzmienia § 2 ust. 2 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), które aktualnie zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. poz. 231) – *przyp. red.*], który wskazuje, że zaświadczenia o niekaralności członków organu zarządzającego osoby prawnej mają być wystawiane w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, a więc dotyczyć katalogu przestępstw w tym przepisie wymienionych. Tym samym zaświadczenia dotyczące innego katalogu przestępstw nie są zaświadczeniami, o których mowa w § 2 ust. 2 rozporządzenia i wówczas należy przyjąć, że właściwego zaświadczenia w danym państwie nie wydaje się, zaś członek organu zarządzającego osoby prawnej w takiej sytuacji powinien wykazać swoją niekaralność dokumentem zawierającym jego oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego swojego miejsca zamieszkania.

Art. 24 ust. 2 pkt 1

34. Sygn. akt: KIO 1167/12, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r.

Zatem rzeczywiście Odwołujący brał udział w opisie przedmiotu zamówienia, i sporządzone przez niego kosztorysy (czy to przez niego samodzielnie, czy jedynie zaktualizowane), były podstawą do ustalenia wartości przedmiotu zamówienia. Jednak analogiczne informacje, jak znane Odwołującemu dzięki tym czynnościom, były dostępne również dla dwóch innych podmiotów – które przygotowywały opis przedmiotu zamówienia w większym stopniu, niż Odwołujący, i sporządzały kosztorysy przed aktualizacją (mogły bowiem zakładać, że zostaną zaktualizowane co najmniej o stawkę roboczogodziny). Zamawiający nie twierdził, że uniemożliwił innym wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, poznanie wartości szacunkowej zamówienia, a oczywiste jest, że dokumentacja projektowa była im znana i dostępna (stanowiła część SIWZ).

W stanie faktycznym, jak w niniejszym postępowaniu, istnieje więc wątpliwość odnośnie „bezpośredniości” czynności wykonywanych przez Odwołującego, związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania: Odwołujący faktycznie wykonywał pewne elementy, które następnie stały się częściami opisu przedmiotu zamówienia oraz miały istotny wpływ na ustalenie jego wartości, jednak nie wykonywał tychże czynności samodzielnie, ponieważ wykonywały je również inne podmioty (inni wykonawcy, Zamawiający). Zgodnie z przepisami, to Zamawiający dokonuje ustalenia wartości zamówienia (art. 32 i nn. Prawa zamówień publicznych). Może posiłkować się danymi pochodzącymi z zewnątrz (przykładowo, korzystając z kosztorysów inwestorskich sporządzonych przez osoby trzecie), jednak to zawsze na Zamawiającym ciąży odpowiedzialność za dochowanie należytej staranności przy ustalaniu tej wartości – to Zamawiający tą wartość powinien był ustalić, o ile nie doszło do powierzenia Odwołującemu wykonania czynności na podstawie art. 15 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji po pierwsze trudno mówić tu o bezpośrednim wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania przez Odwołującego, po drugie nie zostało wykazane, że wykonywanie tych czynności skutkowało uzyskaniem przez Odwołującego szczególnej, uprzywilejowanej pozycji, bo wiadomości te, na podobnym poziomie, były znane również innym podmiotom. Aby doszło do zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, opisanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący musiałby wykonywać czynności związane z przygotowaniem prowadzonego bezpośrednio, i to w taki sposób, który by doprowadził do zachwiania konkurencji w niniejszym postępowaniu. Tymczasem jedyną okolicznością, która może wskazywać na ewentualny wpływ na utrudnienie uczciwej konkurencji, jest fakt, że Odwołujący w postępowaniu złożył ofertę z najniższą ceną. Zamawiający jednak nie uznał ceny oferty za rażąco niską, ani nie podnosił, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (nie wskazywał również na te okoliczności żaden z wykonawców; nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a Strony winny przedstawiać dowody na stawiane przez siebie tezy. Tymczasem w niniejszym postępowaniu nikt nie podnosił, że Odwołujący znalazł się w uprzywilejowanej pozycji. W takiej sytuacji w ocenie Izby sam fakt, że cena oferty Odwołującego była najniższa, nie może powodować jej dyskwalifikacji.

35. Sygn. akt: KIO 1441/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Po pierwsze Izba wskazuje, że aby zaistniał obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu uczestnictwo w czynnościach związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania musi mieć charakter bezpośredni, a zatem taki, w którym rezultat prac przygotowawczych został bezpośrednio wykorzystany w postępowaniu, a dodatkowo charakter tych prac mógł mieć wpływ na wynik postępowania i naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Przez czynności związane bezpośrednio z przygotowaniem danego postępowania należy rozumieć czynności związane z przygotowaniem postępowania określone w art. 29–38 ustawy Pzp, polegające na: przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia, ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia, przygotowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy udzieleniu wyjaśnień jej treści.

Po drugie podnieść należy, że przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie zachodzi, w sytuacji gdy wykonawca nawet realizował czynności bezpośrednio związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, ale udział tego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne, nie utrudni uczciwej konkurencji. W doktrynie, jak i orzecznictwie Krajowej

Izby Odwoławczej, podkreśla się, że wykładnia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi na wynikające z niego konsekwencje w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, winna mieć charakter ścisły i opierać się na literalnym brzmieniu tego przepisu.

W rozpatrywanym postępowaniu o zamówienie publiczne odwołujący, jak słusznie podnosi w odwołaniu, nie wykonywał żadnych czynności związanych z przygotowaniem przedmiotowego postępowania wymienionych w art. 29–38 ustawy Pzp, w szczególności nie brał bezpośredniego udziału w opracowaniu przedmiotu zamówienia, opracowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czynności, które wykonywał w ramach umowy o dzieło z dnia 10.05.2012 roku zmierzały do opracowania wniosku unijnego o dofinansowanie zadania, którego dotyczy rozpatrywane postępowanie i zakres tych opracowań nie zawierał żadnych informacji, danych, które stawałyby odwołującego w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu i pozwoliłyby na zdobycie przewagi konkurencyjnej. Zatem z całą pewnością wiedza zdobyta przez wykonawcę podczas realizacji umowy z dnia 10.05.2012 roku nie stawiała odwołującego w lepszej od pozostałych wykonawców sytuacji, a zatem jego udział w rozpatrywanym postępowaniu nie zakłócił zasady uczciwej konkurencji.

36. Sygn. akt: KIO 1765/12, Wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2012 r.

Niezbędną przesłanką zastosowania powyższego przepisu jest zatem wykazanie, że wykonawca wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. Ustawa Pzp przez „przygotowanie postępowania” rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie postępowania) wymienione w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania” w art. 29–38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy: opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dopiero w sytuacji zaistnienia przesłanek (lub jednej z nich), o których mowa wyżej, taki wykonawca musiałby udowodnić, iż mimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Zgodnie z linią orzeczniczą wyznaczoną przez wykładnię Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w wyroku z dnia 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Państwu belgijskiemu), dyrektywy Rady odnoszące się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy, roboty budowlane, w szczególności przepisy zobowiązujące zamawiających do zagwarantowania, że nie będzie dyskryminacji pomiędzy wykonawcami stoją na przeszkodzie zasadzie, zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywa obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji. Tym samym dla zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp konieczne jest przede wszystkim wykazanie, że zaszyły przesłanki pozytywne. Dopiero w przypadku zaistnienia tych przesłanek wykonawca musiałby udowodnić, iż pomimo powyższych okoliczności jego udział w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. (...)

[Zamawiający – *przyyp. red.*] Przyjął w sposób całościowy, iż fakt powiązań personalnych (ten sam Prezes zarządu) pomiędzy liderem odwołującego się konsorcjum (X Sp. z o.o.) a Y Sp. z o.o. (wykonawcą Programu Funkcjonalno-Użytkowego) w wystarczający sposób uzasadnia wypełnienie podstaw dla wykluczenia Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zarówno w zakresie przesłanek pozytywnych, jak i negatywnej. Ponadto, jak wskazał Zamawiający, oparł się w tym zakresie na domniemaniu, iż sporządzenie Programu Funkcjonalno-Użytkowego przez spółkę powiązaną personalnie przez osobę Prezesa zarządu z Odwołującym pozwala na uznanie, iż dokument ten był Od-

wołującemu znany na wcześniejszym etapie niż innym wykonawcom w postępowaniu. Domniemanie naruszenia uczciwej konkurencji stało się także podstawą przyjęcia zaistnienia przesłanki negatywnej. Izba stwierdza, iż takie działanie Zamawiającego należy uznać za wadliwe. Z uwagi na szczególnie sankcyjny charakter przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp i dotkliwe dla wykonawcy konsekwencje jego zastosowania wykładnia winna mieć charakter ścisły i opierać się przede wszystkim na jego literalnym brzmieniu. Z kolei stan faktyczny danej sprawy winien potwierdzać w sposób jednoznaczny zaistnienie przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a nie tylko domniemanie ich zaistnienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił dowodu potwierdzającego zasadność zastosowania wobec Odwołującego sankcji z art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Oceniając zaistnienie przesłanek pozytywnych, Izba wskazuje, iż pojęcie bezpośredniego wykonywania przez wykonawcę czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania należy oceniać zarówno na płaszczyźnie, czy to konkretny wykonawca (zatem podmiot, który złożył w postępowaniu ofertę) uczestniczył w wymienionych powyżej czynnościach przygotowawczych, jak i czy jego udział w tych czynnościach miał na celu przygotowanie prowadzonego postępowania. Niewątpliwie brak jest podstaw do wykluczenia, gdy w przygotowaniu postępowania przygotowawczego brał udział podmiot inny niż sam wykonawca (np. podmiot zależny od wykonawcy czy tak – jak w niniejszej sprawie – podmiot, który łączy z wykonawcą ta sama osoba zarządzająca). Z formalnego punktu widzenia nie zachodzi wówczas tożsamość wykonawcy i nie można mówić o bezpośrednim udziale danego podmiotu w przygotowaniu postępowania.

Art. 24 ust. 2 pkt 2

37. Sygn. akt: KIO 1605/12, KIO 1606/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.

Wykonawca Katarzyna R. wniósł wadium w formie pieniężnej w wyznaczonym terminie i wymaganej wysokości, a zatem dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 2 nie została wypełniona. Zważyć należy, iż wniesienie wadium w formie pieniądza oznacza, iż wpłacone środki pieniężne powinny zostać zaksięgowane na rachunku bankowym zamawiającego najpóźniej w dacie i godzinie wyznaczonej na składanie ofert. Oznacza to, że zamawiający jest w stanie ustalić, czy wadium wykonawcy wpłynęło do zamawiającego w wyznaczonym terminie. Nie załączenie do oferty dowodu wniesienia wadium w formie pieniądza pomimo takiego wymogu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza, że wadium nie zostało wniesione, ale co najwyżej, że nie zostało wykonane jedno z postanowień specyfikacji.

Art. 24 ust. 2 pkt 3

38. Sygn. akt: KIO 760/12, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r.

Zamawiający w sytuacji wątpliwości co do spełnienia przez danego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, jak również stwierdzenia nieścisłości w treści złożonych dokumentów może wezwać wykonawcę do złożenia nowych dokumentów, bądź też wyjaśnienia dokumentów już złożonych. Niemniej jednak, w tym konkretnym przypadku Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień wykonawcy (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) powziął wątpliwość – co do prawdziwości otrzymanych informacji dotyczących terminów realizacji przedstawionych we wniosku prac. Uzasadnioną podstawą powzięcia wątpliwości mogła być także wiedza zamawiającego o funkcjonowaniu wdrożonego systemu informatycznego, którą uzyskał bezpośrednio u wystawcy referencji w toku zapoznawania się z systemem w trakcie odbytej wizyty w roku 2008. Okoliczność taka może pojawić się na każdym etapie postępowania, a Zamawiający, w przypadku jej ujawnienia, jest zawsze zobowiązany do rzetelnego ustosunkowania się do takiej sytuacji i zweryfikowania podanych przez wykonawcę informacji. Weryfikacja ta może się odbywać wszelkimi dostępnymi środkami, a takie czynności wyjaśniające

Zamawiający podjął. Analiza całokształtu materiału zebranego w niniejszej sprawie prowadzi do wniosku, iż doszło do złożenia nieprawdziwych informacji i w celu ich bezspornego stwierdzenia konieczna była ich weryfikacja przy udziale podmiotu, na rzecz którego były realizowane. Dlatego też uznaje się, iż Zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadził procedurę ustalenia zaistnienia złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

39. Sygn. akt: KIO 842/12, KIO 849/12, Wyrok KIO z dnia 7 maja 2012 r.

W oparciu o postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie, Izba uznała przywołane przez zamawiającego przyczyny faktyczne, jak i prawne, wykluczenia wykonawcy (...) Sp. z o.o. – za podanie w ofercie nieprawdziwych informacji – mających, czy mogących mieć wpływ na wynik postępowania – za całkowicie chybione. Żadne argumenty, ani dowody nie przemawiały za tym, że nastąpiło w sposób świadomy podanie nieprawdziwych informacji, do tego mających jakikolwiek skutek dla punktowej oceny tej oferty, w ustalonym kryterium technicznym.

Stanowisko zamawiającego, że obecnie na rynku producent (...) nie dysponuje tego typu silnikiem, tj. o wskazanej pojemności 7 150 cm³, stanowi w przekonaniu Izby, właśnie argument, przemawiający za tym, że odwołujący popełnił omyłkę, przede wszystkim omyłkę pisarską, wpisując w dokumentach załącznika do swojej oferty błędne parametry pojemności silnika – w trakcie przenoszenia tych danych z dokumentu świadectwa homologacji pojazdu, (świadectwa homologacji części w odniesieniu do silnika (...)) E0836LOH CNG/EEV). Co zdaniem Izby, odwołujący wykazał – przedstawiając tę dokumentację przy piśmie wyjaśniającym z dnia 6 kwietnia 2012 r., a także przedstawiając – w odparciu zarzutu podania nieprawdziwych informacji – kartę katalogową producenta silnika – firmy (...), określającą pojemność tak oznaczonego silnika w wielkości 6,9 litra. Izba za w pełni wiarygodne przyjęła więc podane okoliczności popełnienia omyłki w ofercie odwołującego. Z przedstawionych dokumentów wynika, że dla tak oznaczonego silnika (...) E0836LOH, zasilanego sprężonym metanem podana jest pojemność w cm³ – 6 871, natomiast w pozycji powyżej, dla innego silnika, na inny rodzaj paliwa, o oznaczeniu DEUTZ została podana pojemność 7 147 cm³.

40. Sygn. akt: KIO 1242/12, KIO 1253/12, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2012 r.

Artykuł 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, iż zachodzi przesłanka wykluczenia, w sytuacji gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje. W doktrynie i literaturze wskazuje się na konieczność rozumienia ww. artykułu w świetle brzmienia dyrektywy unijnej. Przepis dyrektywy 2004/18/WE może stanowić wskazówkę interpretacyjną, poprzez zwrócenie uwagi na element winy wykonawcy. Artykuł dyrektywy brzmi: jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania informacji. Izba w omawianym przypadku nie miała wątpliwości co do pełnej świadomości wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez wykonawcę. Wykonawca złożył oświadczenie określonej treści celem uzyskania większej ilości punktów. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, iż wykonawca, jako profesjonalista, (w tym także uczestnik licznych przetargów) miał pełną wiedzę co do treści dokumentów, ulotek załączanych do oferowanego asortymentu. Miał także pełną świadomość, iż oświadczenie, które przedstawiał w tabeli punktacji jest sprzeczne z treścią dokumentów. Wykonawca miał świadomość skutku swojego działania, celowo i wprost do niego zmierzał.

Złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Nie jest niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania. Wystarczy wykazać, iż wpływ ten jest potencjalny. Wynik postępowania to przede wszystkim kwalifikacja wykonawców, a więc także punktacja przyznana poszczególnym wykonawcom. Złożone przez wykonawcę oświadczenie miało wpływ na punktację, a tym samym na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę niewielkie różnice punktowe pomiędzy ofertami wykonawców, wpływ każdej nieprawdziwej informacji, na podstawie której Zamawiający przyznawał punkty był znaczący.

41. Sygn. akt: KIO 1396/12, KIO 1400/12, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r.

Analizując stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że kwestionowane parametry przedstawione w ofercie Przystępującego – Konsorcjum (...) nie są informacjami o określonych faktach, zatem nie podlegają ocenie w kategoriach prawdy i fałszu.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko i argumentację przedstawioną w podobnej sprawie w wyroku KIO wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 711/12, w którym Izba – powołując się na tezy wynikające z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (II CKN10095/99) – stwierdziła, że oświadczenie mające charakter wyraźnie zobowiązaniowy nie może być traktowane jako informacja o istniejącej rzeczywistości (oświadczenie wiedzy). Izba wskazała, że Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie – zdaniem Sądu Najwyższego – wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości. W przywołanym wyroku Izba podkreśliła, że zobowiązanie to natomiast deklaracja wykonania opisanego świadczenia, zatem nie sposób go utożsamiać z podaniem informacji i przyrównywać do istniejącej rzeczywistości celem zweryfikowania zgodności z prawdą (z wyjątkiem sytuacji zobowiązania do świadczenia niemożliwego). Złożenie zatem oświadczenia co do gwarantowanego parametru zużycia energii elektrycznej na podstawie oszacowania z należytą starannością własnych możliwości, przewidywanej technologii, z uwzględnieniem znajomości przedmiotu, nie prowadzi do uznania złożonego oświadczenia za nieprawdziwe.

Przenosząc powyższe tezy na grunt stanu faktycznego analizowanej sprawy, wskazać należy, że przedmiotowa inwestycja prowadzona jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a kwestionowane parametry przedstawione w ofercie Konsorcjum (...) są deklaracjami wykonawcy co do cech nieistniejącego obecnie (i jeszcze niezaprojektowanego), a mającego dopiero powstać przedmiotu zamówienia. Osiągnięcie tych parametrów stanowi zobowiązanie do określonego zachowania w przyszłości, nie zaś informację o obiektywnie istniejącym stanie rzeczy mogącym podlegać ocenie pod kątem jego prawdziwości. Parametry te są więc elementem oświadczenia woli wykonawcy, który – znając własne możliwości techniczne i finansowe – zobowiązał się w taki sposób zaprojektować i wykonać przedmiot zamówienia, aby zadeklarowane wartości osiągnąć. Szczegółowa technologia wykonania przedmiotu zamówienia nie została przez Zamawiającego narzucona, zatem na etapie projektowania i realizacji inwestycji wykonawca zobowiązany będzie tak zaprojektować przedmiot zamówienia i dobrać odpowiednie rozwiązania techniczne, aby wywiązać się ze zobowiązania. Niewywiązanie się z tego zobowiązania skutkować będzie koniecznością zapłaty kar umownych lub innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa. Kwestia ta nie może natomiast podlegać ocenie na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania.

42. Sygn. akt: KIO 1571/12, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r.

Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w sytuacji, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Interpretacja wskazanej przesłanki powinna być związana z art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zwanej „dyrektywą klasyczną” (prowspółnotowa wykładnia prawa). Z przepisu tego wynika, że z udziału w postępowaniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nie przekazania informacji wymaganych na mocy dyrektywy. W świetle wskazanej wykładni prawa, regulacja zawarta w art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy, kładąca nacisk na element świadomego wprowadzenia w błąd zamawiającego przez

podanie nieprawdziwych informacji, stanowi wskazówkę interpretacyjną art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (we wskazanym zakresie orzekł Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w dniu 19 lipca 2012 r.).

Wykluczenie z postępowania na podstawie przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp musi być poprzedzone potwierdzeniem w sposób nie budzący żadnych wątpliwości (zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji – art. 7 ust. 1 Pzp), że dany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz, że ich złożenie miało wpływ na wynik postępowania. W tym celu zamawiający, korzystając z uprawnień nadanych mu przez ustawodawcę na podstawie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wzywa do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie wykonawcę, w stosunku do którego zaistniało podejrzenie, iż złożył nieprawdziwe oświadczenie.

Art. 24 ust. 2 pkt 4

43. Sygn. akt: KIO 1584/12, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2012 r.

Na moment upływu terminu do składania ofert wykazywane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu uprawnienia nie były zatem aktualne (utraciły swoją ważność), tym samym nie mogły potwierdzać spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie jest istotna w tym przypadku okoliczność, iż Pan M. faktycznie posiadał określone kwalifikacje wymagane w zakresie uprawnień na stanowisku dozoru. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ciężar wykazania, że opisane przez Zamawiającego w SIWZ warunki udziału w postępowaniu są wypełnione spoczywa na wykonawcy ubiegającym się o dane zamówienie. Wykonawca ten może powyższe wykazywać w trybie dopuszczonym przepisami ustawy Pzp, tj. w odpowiednim momencie postępowania o zamówienie publiczne, przedkładając wraz z ofertą (w przetargu nieograniczonym) konkretne dokumenty i oświadczenia wymagane w SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, potwierdzające spełnianie danego warunku na dzień otwarcia ofert albo też przedkładając te dokumenty i oświadczenia w wyniku żądania uzupełnienia dokumentów. Z drugiej zaś strony Zamawiający, dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, może opierać się na wskazanych dokumentach i oświadczeniach. Jeśli nie potwierdzają one spełnienia warunku, wykonawca podlega – stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp – wykluczeniu z udziału w postępowaniu i późniejsze przedłożenie przez niego określonych dokumentów, np. w toku postępowania odwoławczego, nie może stanowić podstawy weryfikacji oceny spełnienia warunku w odniesieniu do tego wykonawcy. Jeśli więc Odwołujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – tak wraz z ofertą, a następnie w trybie uzupełnienia dokumentów – nie przedłożył określonego oświadczenia, które wskazywałoby na dysponowanie przez konkretną osobę, wskazaną w ramach wymaganego potencjału kadrowego wykonawcy, określonymi uprawnieniami, nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, czego skutkiem jest konieczność wykluczenia go z udziału w tym postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą.

Art. 25 ust. 1 pkt 2

44. Sygn. akt: KIO 584/12, KIO 594/12, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r.

(...) dla określenia, czy mamy do czynienia z dokumentem wskazanym w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie ma znaczenia fakt, jaki podmiot jest ich wystawcą, jak również nie ma znaczenia rodzaj tego dokumentu lub jego forma. Jak wynika z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp każde oświadczenie bądź dokument składane przez wykonawców na potwierdzenie, że oferowane przez nich dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego może być przedmiotem wezwania na podstawie powyższego przepisu. I choć wyżej wskazane dokumenty nie stanowią treści oferty *sensu stricto* to potwierdzają one

w sposób pośredni, iż treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ. Dokumenty te pozwalają ocenić, iż oferowana przez wykonawcę dostawa, usługa lub robota budowlana jako taka spełnia oczekiwania zamawiającego.

45. Sygn. akt: KIO 689/12, Wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2012 r.

(...) zamawiający nie wymagał złożenia w ofercie dokumentów potwierdzających jakość oferowanych w ramach przedmiotu zamówienia materiałów, w tym w szczególności przydomowych oczyszczalni ścieków. Wyjaśnienia do postanowień siwz również nie precyzują takich wymagań, a tym samym nie dają podstawy do żądania przez zamawiającego złożenia w ofercie dokumentów w tym zakresie. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przepis ten wskazuje także, że oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Określenie w pkt 9.1 i 9.2 STWiOR wymagań dotyczących „dostarczenia” dokumentów jakościowych nie potwierdza, że wykonawcy mieli złożyć te dokumenty w ofercie. Podkreślić należy, że zgodnie z treścią postanowienia w pkt 9.2 zamawiający wymagał dokumentów dotyczących „użytych materiałów”, co jednoznacznie potwierdza, iż dokumenty te są wymagane na etapie realizacji zamówienia. (...) Ponadto, Izba zważyła, że odpowiadając na konkretne pytania wykonawców zamawiający w żadnej z udzielonych odpowiedzi nie wskazał, iż dokumenty potwierdzające wymagania jakościowe dotyczące przedmiotu zamówienia należy złożyć w ofercie. Z powyższych względów zdaniem Izby brak jest podstaw do uznania, że wykonawcy mieli obowiązek złożyć w ofercie certyfikat zgodności CE, deklarację zgodności CE, kopie wyników lub raportu z badań wykonanych przez notyfikowaną jednostkę itp. W konsekwencji zamawiający nie był uprawniony do wzywania wykonawców do złożenia (uzupełnienia) powyższych dokumentów, ani też do odrzucenia oferty odwołującego z powodu braku złożenia ww. dokumentów. W świetle art. 25 ust. 1 Pzp zamawiający nie może żądać od wykonawców oświadczeń i dokumentów, które nie zostały jednoznacznie wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie jest uprawniony do zmiany wymagań w zakresie dokumentów na etapie badania i oceny ofert.

46. Sygn. akt: KIO 748/12, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r.

Wyraźnie z brzmienia postanowienia [SIWZ – *przyj. red.*] wynika, iż dokument był składany w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określone w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący błędnie zatem upatrywał w tej okoliczności podstawę do wykluczenia wykonawców z postępowania, formułując na tej podstawie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy. Ewentualny brak potwierdzenia spełnienia wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia mógłby prowadzić do odrzucenia ofert, jako niezgodnych z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którego to zarzutu odwołujący nie podnosił. Niezależnie od błędu odwołującego Izba odniosła się merytorycznie do zasadności formułowanego twierdzenia o niedostateczności dokumentów w świetle postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W pierwszej kolejności Izba wskazuje na potrzebę literalnej wykładni postanowień siwz, w szczególności tych, które definiują obowiązki wykonawców w postępowaniu. Skoro zamawiający w treści pkt 9.1.6. nie doprecyzował, których z wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia oczekuje potwierdzenia, nie było możliwe przeprowadzenie oceny dokumentów w sposób, w jaki czynił to odwołujący. Odwołanie się do zakresu przedmiotu zamówienia bez konkretnego zdefiniowania parametru ocenianego, nie wypełniało treści warunku w taki sposób, aby umożliwiło jego identyfikację.

47. Sygn. akt: KIO 1390/12, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2012 r.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba zważyła, że przepisy 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) [aktualnie rozporządzenie to zostało zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. poz. 231) – *przyp. red.*] wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp pozostawiają wykonawcom pewną swobodę w zakresie podmiotu czy nazwy dokumentu składanego w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego (§ 5 ust. 1 pkt 3–5, ust. 2, ust. 3) [przepisom tym aktualnie odpowiadają § 6 ust. 1 pkt 2–4 oraz ust. 3 i ust. 4 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. poz. 231) – *przyp. red.*]. Wobec powyższego, za nieuprawnione należy uznać stanowisko zamawiającego ograniczające żądanie do jednego tylko certyfikatu potwierdzającego zgodność z normą PN-EN ISO 14001:2005.

Izba uznała, że złożony przez odwołującego certyfikat potwierdzający zgodność z wymaganiami ISO 14001:2004 stanowi dokument potwierdzający że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, że aktualna międzynarodowa norma wydana w 2004 r. nosi oznaczenie ISO 14001:2004, zaś polska wersja, tłumaczona i wydana przez Polski Komitet Normalizacyjny pochodzi z 2005 r. i ma oznaczenie PN-EN ISO 14001:2005. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, iż normy te są ze sobą zgodne, że Polski Komitet Normalizacyjny nie dokonał żadnej zmiany w ww. normie. Powyższe potwierdza treść polskiego wydania normy, w której stwierdzono: „Norma europejska EN ISO 14001:2004 ma status Polskiej Normy”, „Niniejsza norma jest polską wersją normy europejskiej EN ISO 14001:2004. Została ona przedrukowana z tłumaczeniem przez Polski Komitet Normalizacyjny i ma ten sam status co wersje oficjalne”. Co za tym idzie, uznać należy, że złożony przez odwołującego certyfikat potwierdza spełnianie wymagań dotyczących systemu zarządzania środowiskowego postawionych przez zamawiającego.

Art. 26 ust. 2b**48. Sygn. akt: KIO 561/12, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r.**

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazuje na możliwość powoływania się przez wykonawcę na potencjał podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Możliwość dysponowania tym potencjałem przy realizacji zamówienia powinna być zamawiającemu udowodniona przez wykonawcę. Jako jeden, przykładowy i szczególny dowód potwierdzający powyższe, ustawodawca we wskazanym przepisie przewidział pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania mu do dysponowania określonego rodzaju zasób. Powyższe faktycznie oznacza, że wykonawca mógłby posługiwać się także innymi rodzajami dowodów (np. zawarta umowa o współpracy tych podmiotów), jednakże przywołany w przepisie ustawy szczególny dowód, najczęściej zresztą wykorzystywany w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, ma zastrzeżoną także wskazanym przepisem ustawy formę. Ustawodawca wymaga, aby było to zobowiązanie składane w formie pisemnej. Skoro więc ustawodawca w przepisie ustawy Pzp zastrzegł określoną formę dla tego dokumentu powinna być ona dotrzymana dla udowodnienia Zamawiającemu dysponowania określonym potencjałem podmiotu trzeciego i tym samym dla udowodnienia spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że skoro forma ta została przewidziana w odniesieniu do jedynie przykładowo wymienionego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dokumentu, innego rodzaju dokumentem będzie kserokopia zobowiązania podmiotu trzeciego potwierdzona za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Taki kierunek wykładni wskazanego przepisu prowadziłby do wykładni *contra legem*. Skoro bowiem ustawodawca przewidział dla konkretnego dokumentu jego formę (pisemną), niedopuszczalne jest twierdzenie, że zmiana formy tego

samego dokumentu (kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem) prowadzi do zmiany rodzaju dokumentu (stanowi o innym dokumencie).

Iżba nie może także zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że w odniesieniu do dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego mają zastosowanie reguły potwierdzania za zgodność z oryginałem przewidziane w przepisach 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) [aktualnie rozporządzenie to zostało zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. poz. 231) – *przyp. red.*]. Reguły te mają zastosowanie do dokumentów, o których mowa we wskazanym rozporządzeniu, tj. do dokumentów podmiotowych, których zamknięty katalog został określony w przepisach tego właśnie rozporządzenia oraz w odniesieniu do dokumentów przedmiotowych, których katalog o charakterze otwartym został określony także przepisami tego rozporządzenia. Tym samym tylko dokumenty, których dotyczy wskazane rozporządzenie mogą być składane w formie kserokopii potwierdzanej za zgodność z oryginałem co do zasady przez wykonawcę. Zobowiązanie podmiotu trzeciego, jako szczególny – jak wskazano – dokument zostało przewidziane w przepisach samej ustawy. Ustawodawca zastrzegł ten szczególny dokument przedkładany także na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale w sposób wyjątkowy, w sytuacji, kiedy sam wykonawca nie jest w stanie wykazać się spełnianiem warunków podmiotowych samodzielnie i zmuszony jest skorzystać z zasobów innego podmiotu, który o zamówienie publiczne nie ubiega się i zasadniczo nie podlega weryfikacji przez Zamawiającego. W takiej wyjątkowej sytuacji ustawodawca dopuszczając możliwość posługiwania się potencjałem tego podmiotu trzeciego w przepisach samej ustawy określił przykładowy dokument, który udowadnia posługiwanie się tym potencjałem, przewidując jednocześnie formę dla tego dokumentu. Z tej racji, że posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego stanowi wyjątek od generalnej zasady, że to wykonawca musi wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wymogi zawarte w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp muszą być przestrzegane, a sam przepis powinien być interpretowany ściśle. Tym samym zatem, skoro w przepisie ustawy Pzp (akt wyższego rzędu) ustawodawca przewidział szczególną formę dla określonego dokumentu, nie odwołując się dodatkowo do reguły składania dokumentów przewidzianych w przepisach rozporządzenia (akt niższego rzędu), niedopuszczalne jest w tym zakresie stosowanie wykładni rozszerzającej, a nawet zmieniającej normę tego przepisu. Z tych też względów zasadnym było – w ocenie Izby – wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu nieudowodnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

49. Sygn. akt: KIO 609/12, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2012 r.

Odnosząc się do tak zakreślonych ram sporu należy wyrazić pogląd, iż zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jednym ze środków dowodowych przewidzianych przez komentowany przepis jest pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do ich oddania wykonawcy do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (tak też: wyrok KIO z 25 października 2011 r., sygn. akt KIO 2213/11). Ustawodawca pozostawił woli i decyzji podmiotów współpracujących (wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu i osobie trzeciej, na której zasobach on polega) określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Wskazane jako przykładowe oświadczenie ma potwierdzić istnienie relacji o charakterze prawnym pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, a wykonawcą polegającym na tych zasobach, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia. Tym samym każdy dokument, który potwierdza zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów, w celu wykorzystania ich do reali-

zacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za wystarczający, przy czym odnośnie oświadczenia mającego stanowić zobowiązanie podmiotu trzeciego, niezbędne jest zachowanie formy pisemnej w rozumieniu art. 14 Pzp w zw. z art. 78 § 1 kc (tak też: wyrok KIO z 10 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11). Oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi zatem posiadać zarówno stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi także zostać złożone przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie. Dalej wymaga także zaważenia, iż zarówno zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów, jak też inne dowody, służą potwierdzeniu spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

50. Sygn. akt: KIO 447/12, Wyrok KIO z dnia 19 marca 2012 r.

Słusznie twierdził Odwołujący, iż pkt XII.8 akapit trzeci SIWZ) stanowi powtórzenie treści § 1 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów [*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. 2009 r. Nr 226, poz. 1817), które aktualnie zostało zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. poz. 231 – przyp. red.)*]. Zgodnie z jego treścią w przypadku, gdy Wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, był on zobowiązany przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów właściwy odpis z właściwego rejestru oraz podpisane oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia.

Analiza przedstawionych przez Odwołującego wraz jego ofertą dwóch dokumentów, które potwierdzają oddanie Odwołującemu do dyspozycji przez inne podmioty narzędzi będących w dyspozycji tych podmiotów, pozwala uznać, iż z dokumentów tych nie wynika, aby podmioty te miały uczestniczyć w realizacji, choćby części, zamówienia. Zauważyć należy, iż Zamawiający nie wykazał, aby z treści oferty złożonej przez Odwołującego, czy też jakichkolwiek dokumentów z nią złożonych, wynikało, aby podmioty udostępniające swoje narzędzia Odwołującemu miały w realizacji zamówienia brać udział. Czym innym jest bowiem udostępnienie wykonawcy narzędzi, a czym innym zobowiązanie się do partycypacji w wykonaniu zamówienia. Z powołanych dwóch dokumentów wynika jedynie wola udostępnienia Odwołującemu wskazanych w nich narzędzi. Tym samym za zbyt daleko idące i nie mające oparcia w dokumentacji postępowania, należy uznać przypuszczenia Zamawiającego, iż podmioty te będą uczestniczyły w realizacji przedmiotu zamówienia, tylko dlatego, że narzędzia udostępniane Odwołującemu są narzędziami specjalistycznymi, a tym samym wymagającymi obsługi przez wykwalifikowaną kadrę. Dlatego też, w ocenie Izby, Odwołujący słusznie podnosił, że Zamawiający nie miał podstaw ku temu, aby żądać od niego złożenia odpisu z odpowiedniego rejestru oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia odnoszących się do podmiotów udostępniających Odwołującemu własne zasoby.

51. Sygn. akt: KIO 1498/12, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r.

Przy czym zgodnie z art. 26 ust. 2b 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 wykonywaniu zamówienia. Powyższa

regulacja służy umożliwieniu wykonawcom wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu również przy pomocy potencjału podmiotów trzecich, tj. nie biorących udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sposób opisany w dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy. Przepis ten nie ustanawia dokładnego sposobu postępowania w celu osiągnięcia założonego w nim skutku. Ustawa kładzie w tym zakresie nacisk na kwestie dowodowe, tj. wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami, na które się powołuje, do czego wykorzystać może m.in. wskazany przykładowo w przepisie środek dowodowy – pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. (...)

W związku z wynikającym wprost z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy obowiązkiem udowodnienia możliwości posługiwania się wykazywanym potencjałem podmiotów trzecich, a także w związku z niepodważalnym, znajdującym oparcie w orzecznictwie ETS, postulatem realności udostępnienia takiego potencjału, a także indywidualną, kauzalną oceną powyższego, środki dowodowe wykorzystane przez wykonawcę dla tego celu, mogą podlegać badaniu i ocenie w każdym ich aspekcie i wymiarze niezbędnym dla ustalenia powyższych okoliczności w konkretnym przypadku. Zamawiający może więc oceniać zarówno treść dokumentów przedłożonych przez wykonawcę (np. treść zobowiązań podmiotów trzecich), jak też ich formę czy sposób wystawienia. Sprawą wykonawcy natomiast pozostaje, jakie informacje w tym zakresie zechce zamawiającemu podać, a sprawą zamawiającego, w jaki sposób powyższe w danej sytuacji oceni. Przy czym nie zachodzi tu oczywiście żaden automatyzm ocen i konsekwencji żądań zamawiającego kierowanych do wykonawcy w tym przedmiocie (w jakimkolwiek trybie ustawowym, i na jakimkolwiek etapie postępowania) oraz sposobu reakcji wykonawcy na takowe. Jednakże powyższe może zostać wzięte pod uwagę przy ostatecznej ocenie czy wykonawca udowodnił dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w sposób wystarczający i wiarygodny.

52. Sygn. akt: KIO 1507/12, KIO 1508/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym na rozprawie, że w świetle przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Zamawiający – jako podmiot trzeci – może w określonych okolicznościach sprawy udostępnić swój potencjał. Jednak wątpliwości Izby, – w świetle brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – budził fakt, że Zamawiający udostępniając swój potencjał jednemu z wykonawców – występował w tym postępowaniu również w charakterze Zamawiającego. W ocenie Izby – przy tak zaistniałym stanie faktycznym – w którym Zamawiający występuje jednocześnie w podwójnej roli (Zamawiającego oraz podmiotu udostępniającego w tym samym postępowaniu) – doprowadziło w rezultacie do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Oceniając niniejszy stan faktyczny Izba w szczególności uznała, że umożliwiając udostępnienie własnego potencjału jednemu z uczestników postępowania – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe X Sp. z o.o. oraz Budownictwo Drogowe Y Sp. z o.o. – Zamawiający doprowadził do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że każdy z wykonawców mógł zwrócić się do niego o udostępnienie mu takiego potencjału, tak jak uczynili to wykonawcy wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe X Sp. z o.o. oraz Budownictwo Drogowe Y Sp. z o.o.

W ocenie Izby powyższa informacja – dotycząca możliwości udostępnienia potencjału – nie została przez Zamawiającego w tym postępowaniu w żaden sposób upubliczniona, a dokumenty, na które powołał się Zamawiający (...) skierowane były wyłącznie do wewnętrznych jednostek i biur Zamawiającego (jego jednostek organizacyjnych), nie posiadały cech oferty skierowanej do ogółu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak też – w konsekwencji – nie mogły rodzić jakichkolwiek skutków na zewnątrz, zatem inni wykonawcy nie byłiby w stanie – w świetle ustawy Pzp – wyegzekwować od Zamawiającego udostępnienia im tego potencjału.

Ponadto Izba zwróciła uwagę na postanowienie § 1 „Wytycznych udostępniania wysoko-wydajnych maszyn torowych i podtorowych oraz sprzętu i maszyn budowlanych i diagnostycznych przez zakłady Spółki”. Zgodnie z treścią ww. paragrafu „maszyny i sprzęt mogą być udostępniane (...)”, co oznacza, że powyższy zapis nie kształtuje po stronie Zamawiającego obowiązku, a wykonawcy w świetle ustawy Pzp nie mają żadnych instrumentów umożliwiających wyegzekwowanie udostępnienia powyższego potencjału.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego należało uznać, że Zamawiający – udostępniając swój potencjał wyłącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenia zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe X Sp. z o.o. oraz Budownictwo Drogowe Y Sp. z o.o. doprowadził do uprzywilejowania tego uczestnika postępowania, czym naruszył art. 7 ustawy Pzp, co bezpośrednio miało wpływ na wynik tego postępowania.

53. Sygn. akt: KIO 1593/12, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r.

Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 6 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 636/11, w którym stwierdzono, iż 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 Pzp, 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.

Art. 26 ust. 3

54. Sygn. akt: KIO 633/12, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2012 r.

Jednocześnie zauważyć należy, iż w niniejszym postępowaniu brak po stronie Zamawiającego obowiązku do wezwania do uzupełnienia wzorów oferowanych urządzeń. Jakkolwiek należy zgodzić się z Odwołującym, iż co do zasady jest możliwe, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 pkt 1 powoływanego rozporządzenia [*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. 2009 r. Nr 226, poz. 1817), które aktualnie zostało zastąpione rozporządzeniem z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. poz. 231 – przyp. red.)*], wezwanie wykonawcy do uzupełnienia próbek oferowanego towaru, to nie dotyczy to sytuacji, w której powtórne przedstawienie próbek ma doprowadzić do pozytywnej weryfikacji wymogów Zamawiającego, mimo, iż uzupełnione próbki nie odpowiadają towarom pierwotnie zaoferowanym. Instytucja „uzupełnień” nie może bowiem prowadzić do obejścia przepisów prawa i w konsekwencji zmiany przedmiotu świadczenia. Co więcej, należy zwrócić uwagę, iż sama wymiana wzorów urządzeń, na potrzeby ich oceny, nie stanowi zmiany oferty i nie powoduje w istocie, iż zmianie ulega produkt oferowany. W ocenie Izby, wezwanie do uzupełnienia próbki mogłoby być uzasadnione, w przypadku jej braku albo w przypadku jej wadliwości (z wyłączeniem sytuacji, w której wadliwość dotyczy produktu jako takiego a nie egzemplarza tego produktu), co uniemożliwiłoby dokonanie jej oceny i w konsekwencji zweryfikowanie zgodności oferowanego towaru z wymogami zamawiającego.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego, stwierdzić należy, iż procedura wezwania do uzupełnienia próbek nie może być wykorzystywana w ten sposób, że prowadzi do przedstawienia do weryfikacji (oceny) urządzeń, których w istocie nie zaferowano. Odwołujący w treści odwołania sam przyznał, a potwierdza to również treść złożonej oferty, iż Odwołujący zaproponował urządzenia, które nie pracują w trybie CSD. Zatem, Odwołujący przy wykorzystaniu procedury „uzupełnień” chciałby przedstawić urządzenie, w którym dodatkowo zainstalowano oprogramowanie, które umożliwi wykorzystanie trybu CSD. To z kolei oznacza, iż Odwołujący zamierza przedstawić nowe urządzenie. Działanie powyższe nie znajduje podstaw, biorąc pod uwagę fakt, iż zaferowanie innych próbek nie prowadzi do zmiany oferty. Nadto, podkreślić należy, iż ustawodawca określił granice zmiany oferty. Po pierwsze, wyjaśnienia treści oferty są dopuszczalne o tyle, o ile nie prowadzą do negocjacji dotyczących złożonej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Po drugie, poprawienie treści oferty jest możliwe w sytuacji, w której nie doprowadzi to do istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Z przytoczonych przepisów należy zaś wyprowadzić normę prawną, która istotę przedmiotu oferty nakazuje pozostawić niezmienną. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia.

55. Sygn. akt: KIO 659/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Izba nie stwierdziła też podstaw do ponownego wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu osób. Utrwalony w orzecznictwie zarówno Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów okręgowych jest pogląd, iż zamawiający uprawniony jest do jednokrotnego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Izba przychyliła się do twierdzenia odwołującego, że jednokrotność wezwania należy odnosić nie tyle do samego dokumentu, ale do poszczególnych braków w nim stwierdzonych, jednak tylko w przypadku, gdy wezwanie zamawiającego zawężone jest jedynie do konkretnych, wskazanych w wezwaniu uchybień. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający w wezwaniu z dnia 15 marca 2012 r. wskazał na konieczność uzupełnienia wykazu osób stwierdzając, że załączony do oferty wykaz nie potwierdza spełnienia warunku określonego w pkt 8.1.3.2. specyfikacji. Jedynie przykładowo, używając sformułowania „w szczególności”, zamawiający wymienił zaistniałe w wykazie uchybienia. Wobec ww. treści wezwania, odwołujący zobowiązany był, posiadając wiedzę co do treści warunku, uzupełnić wykaz osób w pełni zgodny z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji.

56. Sygn. akt: KIO 679/12, KIO 700/12, Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2012 r.

Nawet w przypadku, gdy oferta zawiera braki, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy, bez uprzedniego wyczerpania procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, tj. wezwania o złożenie wyjaśnień, względnie o uzupełnienie dokumentów. Jak stanowi art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, dokument składany na potwierdzenie posiadania wymaganego ubezpieczenia, kwalifikuje się do poprawy – jeżeli jest błędny lub do uzupełnienia – nawet jeżeli nie został załączony. Bez spełnienia wymienionego wymogu ustawowego, wykonawca nie może zostać skutecznie wykluczony z postępowania. Izba rozpatrując niniejszą sprawę, miała na względzie akceptowany w orzecznictwie pogląd (wyrażony między innymi w orzeczeniu sygn. akt KIO/UZP 1454/08), że zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów powinien wskazać, jakie widzi w nich konkretne braki, w przeciwnym wypadku, wykonawca może bowiem uzupełnić dokument w zakresie nie takim, jak oczekiwał tego zamawiający, a stwierdzony błąd pozostawić bez poprawy. Aktualność tego poglądu potwierdza wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 r. sygn. akt C-599/10 – w odniesieniu do zasady przejrzystości przy udzielaniu zamówień publicznych, instytucja zamawiająca ma obowiązek zażądać udzielenia wyjaśnień w przedmiocie oferty w poszanowaniu subiektywnego prawa procesowego jednostki do bycia wezwaną do uzupełnienia lub wyjaśnie-

nia przedłożonych dokumentów (...), w przypadku, gdy dyskusyjne lub niejasne zrozumienie oferty uczestnika przetargu, może prowadzić do jego wykluczenia (...). Trybunał między innymi, wyraził pogląd, że instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty.

57. Sygn. akt: KIO 728/12, Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2012 r.

Odnosząc się do zgłoszonego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp Izba uznała, iż działaniom zamawiającego w niniejszej sprawie nie sposób przypisać naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że zostali wykonawcy byli uprzywilejowani. Bezsprzeczne jest, iż zamawiający wzywając w niniejszym postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3, wykonawców do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób równy traktował wszystkich wykonawców. Każdy z wezwanych wykonawców otrzymał siedmiodniowy termin na uzupełnienie dokumentów. W ocenie Izby wyznaczony przez zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów/oświadczeń był odpowiedni i realny. Świadczy o tym chociażby uczynienie zadość wezwaniu przez odwołującego. Zdaniem Izby, zamawiający określając termin na uzupełnienie dokumentów/oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp winien uwzględnić okoliczności obiektywne dla wszystkich wykonawców, a nie jak oczekiwał tego odwołujący okoliczności związane z jego indywidualną sytuacją. Wbrew twierdzeniom odwołującego, właśnie odmienne zachowanie zamawiającego prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający określając termin na uzupełnienie dokumentów/oświadczeń nie może kierować się interesem, sytuacją każdego wykonawcy z osobna, gdyż właśnie takie zachowanie prowadziło do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba wskazuje, iż przepis art. 26 ust. 3 Pzp dotyczący uzupełnienia stanowi wyjątek od zasady składania wraz z ofertą wszystkich dokumentów/oświadczeń, wymaganych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby wyznaczony przez zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów/oświadczeń nie może być traktowany jak czas niezbędny do podjęcia działań w celu pozyskania brakującego dokumentu/oświadczenia gdyż, co do zasady brakujący dokument powinien być w posiadaniu wykonawcy najpóźniej w dacie upływu terminu składania ofert.

58. Sygn. akt: KIO 732/12, Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2012 r.

(...) wezwanie kierowane do wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinno precyzyjnie wskazywać stwierdzone braki i żądany zakres uzupełnienia, tylko wtedy możliwe będzie prawidłowe zastosowanie się do wezwania. W związku z tym wezwania z 22 marca 2012 r. nie można uznać za wypełniające dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego o niedopuszczalności wielokrotnego stosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z tym jednak zastrzeżeniem, że w przypadku wadliwości pierwszego wezwania, powtórzenie tej czynności jest nie tylko możliwe, ale i konieczne. W związku z tym Zamawiający ma obowiązek wskazać w wezwaniu zakres wymaganego uzupełnienia (ustalony w oparciu o postanowienia specyfikacji), nie zaś własną interpretację stojącą w sprzeczności z jej literalnym brzmieniem), a następnie – w zależności od przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, podjąć decyzję o jego wykluczeniu lub o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej.

59. Sygn. akt: KIO 694/12, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2012 r.

(...) niezależnie czy wykonawca jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz czy posiada wymagane specyfikacją dokumenty wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość ich uzupełnienia, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnienie warunków

udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, potwierdzić, spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź nie. Jednak Zamawiający nie jest zwolniony z zastosowania procedury wzywania do uzupełnienia, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też nawet jeśli z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów wynika, że wykonawca nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku, nie można arbitralnie wykluczyć, że wykonawca jest w posiadaniu innych niż przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, które potwierdzają spełnienie postawionego warunku. Wykonawca może również potwierdzić spełnianie warunku innym, nieprzedstawionym wcześniej dokumentem. Taki zakres uzupełnienia został przewidziany w ustawie i nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

**60. Sygn. akt: KIO 727/12, KIO 731/12, KIO 735/12, KIO 744/12, KIO 745/12,
Wyrok KIO z dnia 4 maja 2012 r.**

(...) analiza wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 03.02.2012 r. mogła budzić wątpliwości Odwołującego, co do powodu wezwania, tj. wskazanej dopiero w informacji o wykluczeniu rozbieżności pomiędzy treścią wykazu a treścią listu referencyjnego. Powyższe zostało bowiem wyraźnie wskazane przez Zamawiającego dopiero w ramach czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Tym samym, w ocenie Izby, jeżeli Zamawiający dostrzegł sprzeczność treści wykazu z dokumentami składanymi na potwierdzenie, że usługi i dostawy zostały wykonane w sposób należyty winien albo wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie lub wezwać do uzupełnienia dokumentów (alternatywnie albo samego listu referencyjnego albo wykazu wraz z dokumentami towarzyszącymi). W tym miejscu Izba podziela w całości podniesioną w treści odwołania argumentację (popartą orzecznictwem) wskazującą, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp musi być jednoznaczne i precyzyjne, w szczególności że Zamawiający musi dokładnie opisać, dlaczego uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie.

Należy bowiem wskazać, iż czynność uzupełnienia dokumentów jest czynnością o znacznym stopniu sformalizowania, niosącą dla wykonawców doniosłe konsekwencje i tym samym winna ona zostać przeprowadzona przez Zamawiającego w sposób należyty, przy zachowaniu zasad udzielania zamówień publicznych oraz ekonomiki postępowania.

61. Sygn. akt: KIO 899/12, Wyrok KIO z dnia 22 maja 2012 r.

Izba wskazuje, że z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione, tj. wystąpiłaby którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów również w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów oferta wykonawcy podlegać będzie odrzuceniu. Nie było sporne pomiędzy stronami, iż oba wskazane wyjątki od zasady wzywania nie znajdują zastosowania w rozpatrywanej sprawie. Nie zachodzą bowiem przesłanki do unieważnienia postępowania, zaś oferta odwołującego w sytuacji uzupełnienia wymaganych dokumentów nie będzie podlegała odrzuceniu. Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy należało stwierdzić, że zasadnym okazał się podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wbrew wynikającemu z ww. przepisu obowiązkowi nie wezwał wykonawcy (...) sp. z o.o. do złożenia prawidłowego dokumentu potwierdzającego niezaleganie z opłacaniem podatków i wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Okoliczność ta została przyznana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Konsekwencją uchybienia zamawiającego było także naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy

Pzp. Zamawiający jednakowo ocenił oferty wykonawców, którzy złożyli wymagany dokument, jak i ofertę wykonawcy, którzy nie sprostali wymaganiu opisanemu w SIWZ. W tej sytuacji, koniecznym okazało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy (...) sp. z o.o. w W. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI.B. pkt 3 SIWZ. Jednocześnie stwierdzić należało, że niezasadnym okazał się zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy (...) sp. z o.o. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zarzut ten należało ocenić jako przedwczesny, gdyż – jak wynika z wcześniejszych wywodów – o niewykazaniu warunku udziału w postępowaniu (w rozpatrywanej sprawie – stanu niezalegania z opłaceniem podatków) będzie można mówić dopiero w sytuacji, gdy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie wykonawca nie uzupełnił żądanego dokumentu lub gdy uzupełniony dokument obarczony będzie błędem.

62. Sygn. akt: KIO 1418/12, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r.

Co prawda w wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, należy jednak pamiętać, że odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego, wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jednak jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować.

63. Sygn. akt: KIO 1493/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.

Izba uznała za prawidłowe stanowisko zamawiającego, że kosztorysy ofertowe nie są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Z tych względów należało uznać, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec oferty odwołującego, która nie zawierała dokumentu wymaganego przez zamawiającego w siwz i niepodlegającego uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W tym stanie rzeczy podniesiony przez odwołującego zarzut nie potwierdził się.

64. Sygn. akt: KIO 1641/12, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2012 r.

Należy więc stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Niemniej jednak wykluczenie Odwołującego z postępowania było przedwczesne. Izba ustaliła bowiem, że Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zastosowanie tej procedury jest obowiązkowe i winno poprzedzać decyzję o wykluczeniu wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dopiero nieprzedstawienie – w odpowiedzi na wezwanie – dokumentów potwierdzających doświadczenie własne wykonawcy bądź dowodzących realnego udostępnienia tych zasobów przez podmiot trzeci, będzie mogło stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy.

65. Sygn. akt: KIO 1675/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.

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 niezłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

66. Sygn. akt: KIO 1737/12, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2012 r.

Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że nie można wezwać Odwołującego do ewentualnego uzupełnienia tych dokumentów – Odwołujący bowiem warunki udziału w postępowaniu spełnił, wykazał też, że oferowane przez niego dostawy spełniają wymogi Zamawiającego (co do minimalnej liczby placówek). W ocenie Izby wezwanie go na tym etapie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego, ale w celu podwyższenia punktacji – naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji; gdyby zaakceptować dopuszczalność takiego wezwania, należałoby wezwać do uzupełnienia również innych wykonawców którzy złożyli oferty – równie dobrze Przystępujący mógłby uzupełnić swój wykaz o nowe pozycje (na rozprawie oświadczył, że placówek, co do których nie zdążył uzyskać wymaganego w SIWZ oświadczenia, w związku z treścią odpowiedzi na pytanie do SIWZ w ogóle do wykazu nie wpisał). Podobnie o braku możliwości zastosowania w podobnych okolicznościach przepisu art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wypowiedziała się Izba w uzasadnieniu orzeczenia sygn. akt KIO 1152/12, na które wskazywał Odwołujący.

67. Sygn. akt: KIO 1793/12, Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2012 r.

W wezwaniu zamawiający wyznaczył termin złożenia uzupełnionego dokumentu na dzień 13 sierpień 2012 r. Bezspornym jest, że odwołujący złożył dokument w dniu 14 sierpnia 2012 r., zatem po terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Dokument złożony po terminie nie mógł być zatem brany pod uwagę jako skutecznie złożony. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądowe wyraźnie wskazują, że wyznaczony przez zamawiającego termin złożenia dokumentu jest terminem wiążącym zarówno wykonawcę, jak i zamawiającego, zaś uwzględnienie dokumentu złożonego po tym terminie oznaczałoby naruszenie podstawowej zasady postępowania, to jest zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Potwierdzają to, przykładowo, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2012 r. w spr. 1434/12, 5 marca 2012 r. w spr. KIO 369/12, 7 października 2011 r. w spr. KIO 2072/12, czy wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 9 września 2010 r. w spr. XIX Ga 344/10.

Art. 26 ust. 4

68. Sygn. akt: KIO 662/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdzając, iż z uwagi na precyzyjność wymagań zamawiającego, jak i jednoznaczny opis produktu zamieszczony w Aprobacie Technicznej, nie zachodziła niejasność wymagająca wyjaśnienia z wykonawcą. Zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i dokumencie przedłożonym w ofercie przez odwołującego użyto zwrotów opisujących rodzaj materiału, z jakiego wykonuje się warstwę wierzchnią taśmy. Nie są to w ocenie składu orzekającego pojęcia niezidentyfikowane, nie pozwalające na ustalenie o jaki rodzaj materiału chodzi.

69. Sygn. akt: KIO 889/12, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 r.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że wezwanie do wyjaśnień było niecelowe ze względu na możliwość wpływania na pozycję, na której zostanie sklasyfikowana oferta danego wykonawcy. Decyzja o zastosowaniu procedury określonej w powyższym przepisie nie może być podejmowana w oparciu o przewidywaną pozycję w rankingu. W pierwszej

kolejności Zamawiający ma obowiązek ocenić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a następnie przyznać punkty wykonawcom, którzy te warunki spełniają. Zamawiający winien bezwzględnie, w pierwszej kolejności dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość wyjaśniania treści dokumentów, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, nie wpływając na przyszłą ocenę punktową (tj. nie wykazując większej liczby szkoleń podlegających punktacji), potwierdzić, że zamówienia przedstawione w wykazie spełniają wymagania Zamawiającego.

70. Sygn. akt: KIO 1259/12, Wyrok KIO z dnia 27 czerwca 2012 r.

Zarzut powyższy jest zasadny. Istotnie z treści dokumentacji postępowania, w tym informacji o wyniku spełniania warunków udziału w postępowaniu, wynika, że Zamawiający dokonywał samodzielnych ustaleń odnośnie liczby zatrudnionych pracowników. Co więcej Zamawiający potwierdził, iż były to ustalenia tylko telefoniczne i nie dysponuje ich pisemnym potwierdzeniem. Ponadto w treści informacji o wyniku spełniania warunków udziału w postępowaniu podano, iż liczby wskazywane przez Zamawiającego odnoszą się nie do roku wskazywanego przez Odwołującego w wykazie jako data realizacji zamówienia, lecz okresu wcześniejszego. Wprawdzie z treści dokumentów zawartych we wniosku wynika, iż w tym okresie usługa była już wykonywana, jednak z uwagi na fakt, że Zamawiający nie dookreślił na jaką datę należy ustalać liczbę zatrudnionych pracowników, dokonując wykładni treści ogłoszenia o zamówieniu na korzyść wykonawców, należałoby uznać, iż wykonawca ma możliwość powoływania się na cały okres wykonywania zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do których zalicza się także dokumenty i oświadczenia odnoszące się do wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z powoływanym przepisem, wątpliwości dotyczące złożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów zamawiający powinien w pierwszej kolejności wyjaśniać z wykonawcą. Przepis ten nie zabrania zamawiającemu poszukiwania informacji potwierdzających oświadczenie wykonawcy u podmiotów trzecich, w tym zwrócenia się do zleceniodawcy usługi wykazywanej na potwierdzenie wymaganego doświadczenia o wyrażenie jego stanowiska dotyczącego składanych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów. Jednakże Zamawiający w tej sytuacji nie powinien w procedurze wyjaśniania swych wątpliwości pomijać wykonawcy, w szczególności gdy przedstawione przez zleceniodawcę usługi stanowisko skutkuje stwierdzeniem niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający powinien zatem uzyskać opinię wykonawcy względem poczynionych przez siebie ustaleń. Uzyskanie wyjaśnień nie może wiązać się ze zmianą złożonego oświadczenia woli, co jest niedopuszczalne w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jednak pozwoliłoby Zamawiającemu poznać stanowisko wykonawcy co do przesłanek, które zdecydowały o posłużeniu się w wykazie usługą, co do której Zamawiający ustalił, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Izba zauważa, iż wyjaśnienia składane przez wykonawcę podlegają ocenie Zamawiającego. Nie powinien także zakładać, pomijając rzeczywistą treść wyjaśnień, iż w każdym przypadku wyjaśnienia skutkować będą zmianą złożonego oświadczenia czy też wymagać będą takiej zmiany. Takie stwierdzenie jest przedwczesne wobec braku znajomości treści wyjaśnień. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje na istnienie obowiązku uzyskania wyjaśnień, nie pozostawiając decyzji o żądaniu wyjaśnień w sferze dyspozycji zamawiającego. Zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie wiąże się też automatycznie z koniecznością żądania uzupełnienia dokumentów/oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. O ile bowiem wyjaśnienia nie pozwolą na usunięcie niezgodności pomiędzy treścią oświadczenia woli wykonawcy a uzyskanymi przez zamawiającego informacjami, potwierdzając w ten sposób niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a brak jest podstaw dla zastosowania art. 26 ust. 3

ustawy Pzp, Zamawiający dokona wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 26 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Uzyskanie wyjaśnień pozwoliłoby jednak poznać stanowisko wykonawcy, co może mieć znaczenie dla dalszej oceny Zamawiającego.

71. Sygn. akt: KIO 1548/12, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2012 r.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający może zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń, przy czym jest to uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Zamawiający, który wobec któregośkolwiek z wykonawców poweźmie wątpliwości co do spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, zobowiązany jest bowiem wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W takim przypadku jest on także uprawniony do zbierania informacji od podmiotów trzecich, a więc podmiotów innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą, celem rozwiania powstałych wątpliwości, o ile także wystąpi do tego wykonawcy o złożenie stosownych wyjaśnień. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający dwukrotnie (w tym także, w wykonaniu wyroku Izby) wzywał odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Uczynił to także w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Na obecnym etapie postępowania – co konsekwentnie zamawiający podnosił na rozprawie – nie ma żadnych wątpliwości co do spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Tym samym brak jest podstaw do ponownego wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Art. 27 ust. 2

72. Sygn. akt: KIO 1468/12, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2012 r.

Co do dyspozycji art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, która została także przywołana w treści postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu to Izba wskazuje, że przepis ten nie zawiera bezwzględnego obowiązku żądania potwierdzenia w każdym przypadku prawidłowości przesłania faksu. Takim wiarygodnym i niepodważonym w żaden sposób przez Odwołującego dowodem potwierdzającym tę okoliczność – jak wskazano powyżej – jest w tym przypadku raport z transmisji faksu. Odwołujący w tym zakresie nie obalił tego dowodu nawet nie próbując go w jakikolwiek sposób podważać, twierdząc tak naprawdę jedynie, że Zamawiający nie miał prawa skierowania do niego w skuteczny sposób korespondencji na wskazany faks, co nie znalazło uznania Izby.

Co do argumentu o konieczności dokonywania doręczeń na rzecz pełnomocnika, stosownie do przywoływanych przez Odwołującego, regulacji Kpc i Kpa to Izba uznała ten argument za niezasadny. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mają zastosowania wskazane regulacje kodeksowe. W tym zakresie zastosowanie znajdzie ustawa Pzp i akty wykonawcze wydane na jej podstawie, a w sytuacjach nieuregulowanych także przepisy KC, poprzez art. 14 ustawy Pzp. Odnosząc się natomiast do regulacji Kodeksu cywilnego wskazać należy na przywoływany również przez Odwołującego w treści odwołania art. 61 § 2 Kc, zgodnie z którym oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Raport z transmisji na sporny numer faksu należący do Odwołującego wskazuje na połączenie w dniu 2 lipca 2012 r. dokonane na wskazany numer faksu i wysłanie jednego arkusza informacji (pisma), które zawierało treść wezwania do uzupełnienia dokumentów. Tym samym w danym dniu o określonym w raporcie z transmisji czasie doszło do wprowadzenia treści tego pisma do środka komunikacji elektronicznej (faks) w taki sposób, aby druga strona adresat pisma (Odwołujący) mógł się zapoznać z jego treścią. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby brak możliwości zapoznania się z treścią tego pisma (np. przedłożenia korespondencji, którą mógłby ewentualnie otrzymać w wersji nieczytelnej). Powyższe stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 roku III PZP

170/2002. Również niezasadne jest przywoływanie przez Odwołującego regulacji z rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.) – przyp. red.] co do przewidzianych tam doręczeń drogą faksową. Regulacje te odnoszą się do sytuacji mającej miejsce w toku postępowania odwoławczego pomiędzy stronami tego postępowania i jego uczestnikiem, a Krajową Izbą Odwoławczą. Nie ma ten przepis zastosowania do postępowania o zamówienie publiczne w kontaktach pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami.

Art. 29 ust. 1

73. Sygn. akt: KIO 574/12, Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r.

Nie ma bowiem obowiązku, by przedmiot zamówienia, taki z jakim mamy do czynienia w tym przypadku [przedmiotem zamówienia była tu dostawa, instalacja i uruchomienie tomografu komputerowego na potrzeby Szpitala – przyp. red.], opisywać wyłącznie za pomocą dokumentacji powykonawczych. Takiego obowiązku nie stawia ustawa Prawo zamówień publicznych (w odróżnieniu, przykładowo, do robót budowlanych, gdzie w art. 31 ust. 1 i 2 ustawy zastrzeżone zostały wymagania co do dokumentów za pomocą których dokonywany jest opis przedmiotu zamówienia), nie jest on nadto w szczególny sposób determinowany cechami i właściwościami tego konkretnego przedmiotu zamówienia. W tych okolicznościach, opis przedmiotu zamówienia może być dokonany za pomocą wskazania wszelkich posiadanych przez zamawiającego informacji dotyczących przedmiotu zamówienia, dopełniony przykładowo możliwością przeprowadzenia przez wykonawców wizji lokalnej. Naturalne przy tego rodzaju przedmiocie zamówienia są pewne elementy niepewne czy nieprzewidywane, szczególnie że czas trwania usługi objętej zamówieniem wynosi 6 lat. Przy takim okresie wykonywania usługi, nawet w razie przekazania dokumentacji powykonawczej, należy przyjąć zaistnienie czynników nieprzewidywanych, a mogących mieć znaczenie dla wykonywanego zamówienia. Powyższe czynniki – wkomponowane w cechy przedmiotowego zamówienia i czytelnie zasygnalizowane przez zamawiającego jako objęte pewnym stopniem niepewności – mogą i powinny zostać uwzględnione przez wykonawców jako ryzyka związane z wykonywaniem zamówienia, a zatem oszacowane i ujęte w wycenie świadczenia usługi. Niezależnie od tego, biorąc pod uwagę, że drogi objęte przedmiotem zamówienia są w trakcie realizacji, na zamawiającym ciąży szczególna powinność komunikowania wykonawcom okoliczności mających wpływ na oszacowanie kosztów wykonania zadania, uwzględniająca informacje na temat postępu prac, ich dynamiki. Obejmuje to także wyjaśnianie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezależnie od obowiązku jaki wynika z treści art. 38 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych (a także postanowienia pkt 18.4 i 18.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oraz wskazanych tam terminów (zamawiający na rozprawie konieczność starannego udzielania odpowiedzi na zadawane pytania także dostrzegając).

Ponadto, gdyby iść za tokiem rozumowania odwołującego, który wskazuje, że dopiero uzyskanie dokumentacji powykonawczych dróg i autostrad w budowie pozwala opisać przedmiot zamówienia obejmujący utrzymanie tych dróg, to należałoby przyjąć że zamawiający w ogóle nie może przeprowadzić postępowania na te odcinki dróg, co do których dokumentacja powykonawcza nie została jeszcze sporządzona. Pamiętać przy tym trzeba, że jej uzyskiwanie jest procesem, który może trwać relatywnie długo, a w takim wypadku zamawiający musiałby wstrzymać się od realizacji ciężącego na nim obowiązku zapewnienia właściwego stanu dróg. Stąd należy przyjąć, że zamawiający, który podał znane mu właściwości i elementy obejmujące przedmiot zamówienia, w tym te dotyczące stanu dróg w budowie, i który zapewnił o możliwości i celowości przeprowadzenia przez wykonawców zainteresowanych realizacją przedmiotowego zamówienia wizji lokalnej dotyczącej stanu dróg objętych zamówieniem, nie naruszył przepisów ustawy, w tym przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

74. Sygn. akt: KIO 1549/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.

Izba za istotne uważa podkreślenie, iż opisanie przedmiotu zamówienia należy do kluczowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie tylko uprawnień, ale i obowiązków zamawiającego. Ramy, w których zamawiający powinien poruszać się opisując przedmiot zamówienia w siwz, wyznaczone zostały w szczególności w art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 Pzp. Zatem zamawiający definiując przedmiot zamówienia powinien go opisać z zachowaniem wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zakazane jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 Pzp). Doprecyzowanie powołanych norm stanowią wytyczne zawarte w art. 29 ust. 1 Pzp wskazujące, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Do wyjątków dopuszczających odmienny od uregulowanego art. 29 ust. 1 Pzp opis przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia należy przepis art. 29 ust. 3 ustawy. Uwzględniwszy jednak, iż przepis ten ma charakter szczególny jego rozszerzającą interpretację uznać należy za niedopuszczalną. Zatem wskazanie przez zamawiającego (adresata normy wyrażonej w art. 29 ust. 3 Pzp) znaków towarowych, patentów lub pochodzenia jest uprawnione, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia lub gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a opisowi towarzyszą wyrazy „lub równoważne”, co nadaje wymienionym konkretnym produktom charakter przykładowy. Niewątpliwie zamawiający zobligowany jest do należytego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, a uchybienie temu obowiązkowi nie może w sposób negatywny wpływać na pozycję wykonawcy w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia – stanowiący istotny element siwz (36 ust. 1 pkt 3 Pzp) – powinien zostać tak przez zamawiającego sporządzony, aby każdy wykonawca składający ofertę miał możliwość jej przygotowania z uwzględnieniem wszystkich czynników, które mają wpływ na jej treść, w tym umożliwiać prawidłową jej wycenę. Jednocześnie obowiązkiem wykonawcy jest zaoferowanie przedmiotu zamówienia odpowiadającego oczekiwaniom zamawiającego wyartykułowanym w siwz. Jeśli treść oferty będzie niezgodna z treścią siwz ofertę należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (tak też wyrok KIO w sprawie o sygn. akt KIO 2480/10 z 24 listopada 2010 r.).

Art. 29 ust. 2**75. Sygn. akt: KIO 551/12, Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r.**

Odwołujący, zarówno w treści odwołania, jak i na rozprawie, zmierzał do dostosowania opisu przedmiotu zamówienia do swojej aktualnej oferty handlowej, stwierdzając np. że oferowane przez niego rozwiązania – mimo że inne – są co najmniej tak samo dobre jak rozwiązania opisane w SIWZ. Podkreślić jednak należy, że określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszył nabywcą określonych towarów czy usług. (...)

W niniejszej sprawie Zamawiający przedstawił na rozprawie przekonujące i racjonalne argumenty, uzasadniając opisane w SIWZ wymagania względami prawidłowej i nowoczesnej diagnostyki, rodzajem i specyfiką zabiegów, które będą wykonywane przy pomocy zakupionych urządzeń, potrzebami personelu i pacjentów. W ocenie Izby przedstawiona argumentacja świadczy o tym, że wymagania co do kwestionowanych w odwołaniu parametrów i funkcjonalności sprzętu medycznego nie zmierzały do utrudnienia uczciwej konkurencji, ale do zakupu urządzeń w jak największym stopniu odpowiadających potrzebom prowadzonej przez Zamawiającego działalności diagnostycznej. Odwołujący podnosił, że wymagania Zamawiającego wskazują na konkretny sprzęt oferowany przez Przystępującego, nie przedstawił jednak żadnych dowodów na poparcie tej tezy, poprzestając na gołosłownych twierdzeniach.

76. Sygn. akt: KIO 573/12, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2012 r.

(...) przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób bezpośredni wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia i rzutuje na treść przyszłej umowy. Wobec ww. skutków niezbędne jest dochowanie przez zamawiającego spoczywającego na nim obowiązku przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, wyczerpujący, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, ale również z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy jednak zaznaczyć, iż zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy opisie przedmiotu zamówienia nie można utożsamiać z obowiązkiem dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców działających w danym segmencie rynku. (...)

W toku postępowania odwoławczego bezsporne stało się, iż treść specyfikacji po jej modyfikacji dopuszcza aparaty 16-warstwowe innych firm niż A. Obie strony i przystępujący zgodnie twierdzili, że ofertę w przedmiotowym postępowaniu może złożyć czterech producentów: firmy B, A i C na tomograf 16-warstwowy i firma D na tomograf 20-warstwowy. Bezasadne stało się zatem twierdzenie odwołującego, iż dobór parametrów granicznych w specyfikacji uniemożliwia mu złożenie oferty.

77. Sygn. akt: KIO 636/12, Wyrok KIO z dnia 12 kwietnia 2012 r.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp zamawiający jest zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób, który nie utrudnia uczciwej konkurencji. Zamawiający musi określić przedmiot w sposób obiektywny, unikając stosowania nie tylko znaków towarowych, patentów czy oznaczeń – jeżeli jednocześnie nie dopuszcza przy tym rozwiązań równoważnych – ale także doboru parametrów przedmiotu zamówienia, które wskazywałyby na konkretny wyrób lub konkretnego wykonawcę, a tym samym eliminowałyby w sposób nieuzasadniony możliwość zaoferowania innych produktów, spełniających obiektywne i uzasadnione potrzeby zamawiającego. (...)

W rozpoznawanej sprawie analiza parametrów wymaganych przez zamawiającego prowadzi do wniosku, że przedmiotem zamówienia jest aparatura o wysokich walorach technicznych i użytkowych, które z punktu widzenia obiektywnych potrzeb zamawiającego znajdują pełne uzasadnienie.

Podkreślić należy wysoko specjalistyczny charakter świadczeń medycznych realizowanych przez zamawiającego. Zamawiający świadczy specjalistyczne usługi na rzecz dużej społeczności w zakresie chorób płuc. Proces leczenia realizowany jest przy pomocy skomplikowanych operacji i zabiegów chirurgicznych, wymagających nowoczesnej i niezawodnej aparatury medycznej, wychodzącej naprzeciw najnowszym osiągnięciom naukowym w tej dziedzinie. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż zmiana zakwestionowanych w odwołaniu parametrów w zakresie objętym żądaniami odwołującego nie spowoduje obniżenia funkcjonalności i nie wpłynie na jakość usług świadczonych przez szpital. Odwołujący porównuje wymagania techniczne specyfikacji opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu do oferowanej przez tego wykonawcę aparatury produkowanej przez firmę M. i żąda dostosowania przez zamawiającego swoich wymagań do oferowanych przez odwołującego produktów. W znacznej części funkcjonalności odwołujący proponuje aparaturę nie uwzględniającą najnowszych rozwiązań technicznych, w tym rozwiązań elektronicznych, automatycznych, które są bardziej precyzyjne, a tym samym bardziej bezpieczne dla pacjenta niż np. rozwiązania sterowane manualnie.

Izba podziela stanowisko, iż dla wykazania naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp wystarczające jest uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji. Uprawdopodobnienie nie następuje jednak wyłącznie w wyniku samych twierdzeń odwołującego. Konieczne jest wykazanie konkretnych okoliczności, które stanowią o uzasadnionym prawdopodobieństwie naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Tymczasem odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie

i uwiarygodnienie swoich twierdzeń, a nadto sam na rozprawie przyznał, że składając odwołanie nie miał wiedzy, iż pewne rozwiązania są oferowane także przez innych producentów oraz potwierdził, że na rynku krajowym są oferowane przynajmniej dwa produkty spełniające określone w siwz wymagania. Odwołujący nie wykazał, że wymagania określone przez zamawiającego, dotyczące aparatu do znieczulania dla dorosłych, monitora funkcji życiowych oraz defibrylatora, preferują w nieuzasadniony sposób rozwiązania jednego producenta. Jak wskazał przystępujący, a odwołujący nie zaprzeczył, w odniesieniu do poszczególnych parametrów ww. aparatury na rynku polskim występuje więcej niż dwóch producentów, którzy oferują produkty spełniające wszystkie wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia.

78. Sygn. akt: KIO 935/12, Wyrok KIO z dnia 16 maja 2012 r.

Co do zarzutu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się. Izba ustaliła, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ (pkt 5 Rozdział I IDW) wskazał na podstawową metodę, która ma mieć zastosowanie przy renowacji istniejących kolektorów sanitarnych, tj. metodę rękawa utwardzanego na miejscu przy pomocy UV, a także metodę relingu z zastosowaniem rur i modułów GRP lub krakingu. Na zastosowanie tych metod Zamawiający wskazał także w PFU, m.in. w pkt 2.4.2, 2.4.3, i 2.4.4 Rozdziału I – Część opisowa. Podstawą zarzutów odwołania jest stosowanie przez Zamawiającego metody rękawa utwardzanego na miejscu za pomocą promieni UV. Odwołujący wskazywał, że zastosowanie tej metody przez Zamawiającego jest nieuzasadnione technicznie przede wszystkim z uwagi na to, że Zamawiający dotychczas tej metody nie stosował, a efekty, które zakłada Zamawiający przy realizacji tego zamówienia można osiągnąć także przy zastosowaniu innych metod, które nie są stosowane wyłącznie przez firmę X.

W ocenie Izby powyższe zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Wskazać należy, że Odwołujący, stawiając w tym zakresie zarzuty Zamawiającemu, nie przedstawia żadnych dowodów, które potwierdzałyby okoliczności, które Odwołujący wywodzi w treści odwołania. Przyjęta przez Zamawiającego metoda nie jest metodą z mocy obowiązujących przepisów prawa, uzyskanych patentów, czy stosowania praw autorskich rozwiązaniem dostępnym tylko dla konkretnego wykonawcy, czy też grupy wykonawców. Metoda ta jest stosowana w praktyce także przez Odwołującego – jak przyznał on w trakcie rozprawy. To, że Odwołujący nie stosuje tej metody powszechnie, a biorąc pod uwagę przede wszystkim sposób prowadzenia i organizację własnego przedsiębiorstwa, od wielu lat stosuje inną metodę, nie może potwierdzać, że w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia dochodzi do ograniczenia konkurencji. Odwołujący w tym zakresie żadnych dowodów nie przedstawił. Zaprezentowany artykuł w czasopiśmie branżowym „Bezwykopowa renowacja kanalizacji wykładziną CIPP utwardzaną promieniami UV” (marzec/kwiecień 2012 r. [44]) opracowany przez Pana Mariusza I. z firmy X nie może stanowić wymiernego dowodu potwierdzającego wywodzone przez Odwołującego okoliczności. Analiza treści tego artykułu wskazuje jedynie na wykonywanie tą metodą od 2003 r. wielu inwestycji przez firmę X. Wskazuje też na stosowanie tej metody poza granicami Polski przez różne firmy, co nie oznacza wyłączności stosowania tej metody tylko przez firmę X. Naturalnym także z marketingowego punktu widzenia jest to, że firma, która stosuje określoną metodę i osiąga na tym polu pewne sukcesy dzieli się tym na łamach branżowych publikacji. Tymczasem Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przedłożył w sprawie dowody (referencje), które wskazują na stosowanie na rynku krajowym w publicznych kontraktach przyjętej przez Zamawiającego metody nie tylko przez firmę X, ale również przez inne podmioty, faktycznie działające wspólnie (w konsorcjum) z firmą X, ale nie tylko (Y, Z). Przystępujący X wykazywał też, że na rynku europejskim wskazana przez Zamawiającego metoda jest stosowana także przez inne firmy. Jak podano powyżej – sam Odwołujący przyznał, że też tę metodę stosuje w praktyce. Powyższe wskazuje na powszechną możliwość stosowania przywołanej metody przez różne firmy. Jej używanie zależy od decyzji samego przedsiębiorstwa i wyboru sposobu jego organizacji.

Art. 30 ust. 5**79. Sygn. akt: KIO 1388/12, Wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012 r.**

Wskazać również należy, że w myśl przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że oferowane przez tego wykonawcę rozwiązanie jest faktycznie rozwiązaniem równoważnym w odniesieniu do przedmiotu zamówienia opisanego przez zamawiającego. W powyższym zakresie wykonawca wszelkimi możliwymi środkami dowodowymi musi przedstawić jasne, precyzyjne i nie powodujące żadnych wątpliwości stanowisko, które u zamawiającego winno wywołać skutek w postaci nie powodującej żadnych wątpliwości pewności, co do prawidłowości złożonej oferty, w tym jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i prawidłowego skonfigurowania przedmiotu oferty równoważnej.

Art. 38**80. Sygn. akt: KIO 1144/12, Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2012 r.**

(...) wyjaśnienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia mimo, że nie są modyfikacją s.i.w.z. mają charakter wiążący dla wykonawców. Oznacza to, że każdy wykonawca chcący wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy konstruowaniu swojej oferty, musi wziąć pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego odnoszące się do treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby wyjaśnienia zamawiającego nie prowadziły do zmiany treści s.i.w.z., dlatego też brak było obowiązku dokonywania stosownej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

81. Sygn. akt: KIO 1221/12, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2012 r.

Zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Postanowienia SIWZ z dalszym odwołaniem do dokumentacji technicznej były wiążące dla wykonawców. W przekonaniu Izby, wyjaśnieniami z dnia 8 maja 2012 r. w omawianym zakresie SIWZ nie została zmodyfikowana, aby zamawiający odstąpił od jakichkolwiek swoich wcześniejszych wymagań. Tym bardziej nie została zmieniona dokumentacja projektowa, zawierająca szczegółowy opis wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż w aktach brak jest jakichkolwiek dowodów w tym zakresie, aby projektant zaakceptował zmiany w dokumentacji, a zamawiający przekazał je wykonawcom. Ogłoszenie o zamówieniu, zawiera zaś ogólny opis przedmiotu zamówienia. Odpowiedź zamawiającego, stanowiła zdaniem Izby, potwierdzenie dotychczasowych wymagań.

Art. 45**82. Sygn. akt: KIO 612/12, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2012 r.**

Izba uznała, iż gwarancja, której treść nie pozwala na stwierdzenie w sposób niebudzący wątpliwości, iż zamawiający będzie mógł w każdym przypadku regulowanym ustawą Prawo zamówień publicznych skutecznie dochodzić zapłaty kwoty pieniężnej od ubezpieczyciela, nie może być uznana za wadium zabezpieczające ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wielokrotnie Izba zajmowała stanowisko, w którym wskazywano na konieczność dochowania staranności przy wnoszeniu wadium, w szczególności przy redagowaniu podstawy roszczenia zamawiającego, jeżeli wadium wnoszone było w formie gwarancji bankowej, czy też ubezpieczeniowej.

83. Sygn. akt: KIO 773/12, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r.

(...) dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 p.z.p. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji w pełnym zakresie wynikającym z ustawy nie była kwestionowana.

84. Sygn. akt: KIO 933/12, Wyrok KIO z dnia 21 maja 2012 r.

Gwarancja bankowa jest jedną z form, w jakich można wnieść wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Możliwość taką przewiduje art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp. Gwarancja winna wskazywać okoliczności, zaistnienie których spowoduje konieczność zatrzymania wadium. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 13 listopada 2009 roku (sygn. akt XII Ga 350/09) wypowiadając się co do treści gwarancji bankowej stwierdził, że gwarancja bankowa musi dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Aby było ono skuteczne treść gwarancji bankowej powinna obejmować wszystkie te przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium wskazane w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. I tak w treści gwarancji winno znaleźć się zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie a także wówczas, gdy wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach zawartych w ofercie;
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Nie wymienienie w treści gwarancji którejkolwiek ze wskazanych wyżej przesłanek uzasadnia stwierdzenie, iż interes zamawiającego nie jest w pełni zabezpieczony. Zamawiający obowiązany będzie wykluczyć z postępowania wykonawcę, który przedłożył taki dokument, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Dokument gwarancji mógłby zostać uznany za właściwy w sytuacji, gdy w jego treści nie zostały wymienione wyżej wskazane okoliczności, ale zawarte zostało odniesienie do art. 46 ust. 4a i ust. 5 i zobowiązanie do zapłaty kwoty wadium w przypadkach określonych w tych artykułach. W gwarancji złożonej przez przystępującego takiego odniesienia również nie było.

85. Sygn. akt: KIO 1096/12, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r.

(...) wadium wniesione w pieniądzu przez Odwołującego zostało zaksięgowane na rachunek bankowy Zamawiającego po upływie terminu składania ofert. Zatem, należało uznać, że Zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy w związku z pkt 9.2 i 9.5 SIWZ uznając, że wadium nie zostało wniesione do upływu terminu składania ofert i dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z następstwami prawnymi wynikającymi z faktu wykluczenia.

86. Sygn. akt: KIO 1215/12, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2012 r.

(...) w odniesieniu do czynności wniesienia wadium nie mają zastosowania przepisy ustawy Kodeks cywilny odnoszące się do sposobu liczenia terminów. Jak słusznie wskazał Przystępujący w toku rozprawy, ustawa Pzp w odniesieniu do wadium reguluje w sposób szczególny tę kwestię, zatem art. 45 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za przepis o charakterze *lex specialis* w od-

niesieniu do przepisów ustawy Kodeks cywilny. Analogiczne stanowisko zostało zajęte przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Z treści tego przepisu należy wnioskować, iż odnosi się on nie tylko do daty dziennej, ale również do wyznaczonej przez podmiot zamawiający godziny składania ofert. Wadium, ze względu na swój cel, winno w sposób skuteczny zabezpieczać ofertę wykonawcy, zatem wykonawca winien umożliwić zamawiającemu swobodne dysponowanie kwotą wadium w całym okresie związania ofertą, tj. najpóźniej od momentu jej złożenia do upływu terminu związania. O powyższym stanowi jednoznacznie również art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, który stał się podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Wykonawca jako profesjonalista, dysponując wiedzą o terminach i sposobie księgowania przelewów międzybankowych w banku, z którym ma podpisaną umowę na prowadzenie rachunku bankowego (z którego usług korzysta) winien dołożyć należytej staranności, i w przypadku wniesienia wadium w formie pieniężnej dokonać tej czynności z takim wyprzedzeniem, aby skutecznie zabezpieczyć swoją ofertę w wymaganym przez Zamawiającego okresie.

87. Sygn. akt: KIO 1374/12, Wyrok KIO z dnia 12 lipca 2012 r.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy Izba wyraża opinię, iż zamawiający prawidłowo postąpił wykluczając odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem na moment upływu terminu składania ofert (12 kwietnia 2012 r.) oferta odwołującego nie była zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą określoną w siwz na 60 dni. Okres związania ofertą mijał 10 czerwca 2012 r., a ważność gwarancji kończyła się – jak wynika z jej treści – 3 czerwca 2012 r. Słusznie zauważył zamawiający w toku rozprawy, że nie zmienia tej oceny fakt późniejszego, po terminie składania ofert (6 czerwca 2012 r.), złożenia zamawiającemu aneksu z 1 czerwca 2012 r. wydłużającego termin ważności gwarancji do 9 sierpnia 2012 r., decydujące jest bowiem zabezpieczenie oferty wadium na moment upływu terminu składania ofert. Z tego punktu widzenia okoliczność, iż gwarancja była nieprzerwanie, przez cały okres związania ofertą, ważna (ważność gwarancji w pierwotnym brzmieniu kończyła się 3 czerwca 2012 r., a została przedłużona 1 czerwca 2012 r.) jest irrelevantny, bowiem kluczowe znaczenie dla aktualizacji przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania opisanej art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp jest nie fakt ważności gwarancji bankowej (ustanowienia wadium), lecz okoliczność prawidłowego wniesienia wadium oceniana na moment upływu terminu składania ofert.

88. Sygn. akt: KIO 1507/12, KIO 1508/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.

Dokonując wykładni art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należy stwierdzić, że ustawodawca przewidział negatywne konsekwencje dla wykonawcy – w postaci wykluczenia z postępowania – jedynie w sytuacji nie wniesienia przez wykonawcę wadium. Analiza powyższego przepisu, sprowadza się do wniosku, że Zamawiający nie jest uprawniony do wykluczania wykonawcy z uwagi na niejasności zawarte – jak to ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym – w tłumaczeniu gwarancji wadialnej, gdyż istotą wadium jest zabezpieczenie Zamawiającego poprzez możliwość zatrzymania przedmiotu wadium na wypadek niezawarcia umowy przez wykonawcę, w sytuacji gdy jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Dokumentem potwierdzającym wniesienie wadium jest gwarancja wadialna, zaś jej tłumaczenie – ma charakter wtórny, i nie wpływa na stosunek zobowiązaniowy zawarty w oryginale złożonej gwarancji wadialnej. Zatem niezasadne jest wykluczanie wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdy z okoliczności sprawy bezsprzecznie wynika – np. na podstawie złożonego oryginału gwarancji – że wadium zostało przez wykonawcę wniesione a Zamawiający nie może zastrajać się formalizmem postępowania o udzielenie zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym bezspornym jest, że oryginalna gwarancja wadialna złożona przez wykonawcę w języku litewskim potwierdziła wniesienie wadium przez Odwołującego (...), tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno-Budowlanych X Sp. z o.o. w W. i Y. Opierając się o niniejszy stan faktyczny, Izba uznała, że Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z uwagi na niejasności wynikające z tłumaczenia gwarancji wadialnej – w szczególności w braku wątpliwości, że wadium zostało wniesione prawidłowo. Dokument taki posiada walor dowodowy, co do rzeczywistej treści gwarancji wadialnej, jednak nie jest podstawą do ewentualnego dochodzenia w przyszłości roszczeń przez Zamawiającego.

(...) Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego (...), że nazwa własna trzeciego podmiotu – spółki „Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Spółka z o.o.” nie występuje w treści gwarancji przetargowej, a zatem wpisanie tegoż podmiotu do polskiego tłumaczenia gwarancji stanowiło oczywistą omyłkę tłumacza przysięgłego, co jest bezsporne i oczywiste – wynika bowiem z prostego porównania treści dokumentu gwarancji w oryginale oraz jej tłumaczenia na język polski. Nie ulega wątpliwości, iż kwestie związane z tłumaczeniem gwarancji nie przekładają się na skuteczność samej gwarancji. Sprawdzenie poprawności tłumaczenia nie niesie za sobą ryzyka dla Zamawiającego polegającego na braku możliwości zaspokojenia roszczeń z gwarancji, gdyż podstawą dochodzenia roszczeń jest gwarancja, nie zaś jej tłumaczenie – co wcześniej wskazano – mające charakter wtórny i nie wpływające na istotę stosunku zobowiązaniowego wynikającego ze złożonej gwarancji wadialnej. Dlatego też nie można zgodzić się z Zamawiającym, że z uwagi na formalizm postępowania należało wykonawcę wykluczyć z postępowania. (...)

Z oryginału też gwarancji (a nie z jej tłumaczenia na język polski) wynika zakres ochrony uzyskiwanej przez Zamawiającego w związku ze złożeniem też gwarancji. Weryfikacja treści tłumaczenia – nie powoduje zwiększenia, bądź też zmniejszenia ochrony wynikającej z treści przedkładanej gwarancji.

89. Sygn. akt: KIO 1530/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.

Odnosnie powyższych regulacji Izba wskazuje, iż w świetle powołanych przepisów, jedyne postanowienia siwz dotyczącymi wadium, które nie zostały uregulowane w ustawie, ale winny być na mocy delegacji ustawowej określone przez zamawiającego i jako takie wywierają skutki prawne, są: kwota wadium i rachunek bankowy, na który wadium wnoszone w formie pieniężnej powinno być wpłacane. Jakikolwiek dodatkowe wymagania czy wskazania zamawiającego dotyczące wadium zawierane w treści SIWZ mają jedynie informacyjny bądź instrukcyjny charakter, i co do zasady nie wpływają na ważność wadium i skuteczność zabezpieczenia przezeń oferty. Każde wniesienie wadium do zamawiającego przed terminem składania ofert (art. 45 ust. 3), w wymaganej wysokości (art. 45 ust. 4), w formach w ustawie określonych (art. 45 ust. 6), pokrywające i zabezpieczające interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania/zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie wskazanym w ustawie (art. 46 ust. 4a i 5 Pzp), a także zgodne z odrębnymi przepisami regulującymi np. wystawianie gwarancji bankowych czy innych form wadialnych, winno być zakwalifikowane jako niedające podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. *A contrario* tylko wadium niezgodne z wyżej opisanymi wymaganiami, w szczególności wadium nie odnoszące się do wszystkich okoliczności jego przypadku, zakwalifikowane zostanie jako brak wniesienia (prawidłowego) wadium i tym samym stanowić będzie przesłankę wykluczenia wykonawcy (art. 24 ust. 2 pkt 2). Tymczasem wadium przedłożone przez odwołującego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, wypełnia wszystkie wskazane wyżej wymogi.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie

beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji – bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Tak więc gwarancja bankowa jest zobowiązaniem, w ramach którego gwarant (bank – wystawca gwarancji) zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta gwarancji (w tym przypadku zamawiającego) w przypadku zaistnienia przesłanek w gwarancji wskazanych. Brak natomiast podstaw prawnych (zarówno w przepisach Pzp, jak i Prawa Bankowego) do przyjęcia, iż niedozwolone jest zawarcie w treści gwarancji bankowej odesłania do treści innego dokumentu, w celu dokładnego opisanie i określenia przypadków wypłaty sumy gwarantowanej. Jeżeli tylko odesłanie takie będzie precyzyjne i jasne, czyli tego typu zabieg nie będzie powodował wątpliwości co do katalogu lub zakresu okoliczności, które gwarancja zabezpiecza, a opisane w ten sposób przypadki wypłaty wadium odpowiadały będą ustawowym przesłankom jego zatrzymania – gwarancja winna zostać uznana za prawidłową. Przy czym nie jest istotne, czy odesłanie takie dotyczy dokumentu o zobowiązaniowym charakterze (jaki np. posiada większość postanowień SIWZ) czy też dokumentu lub jego fragmentów o charakterze wyłącznie informacyjnym (np. takim jak postanowienia SIWZ dotyczące sposobu wnoszenia wadium czy jego przepadku). Odesłanie ma tu jedynie deskrypcyjny charakter i służy określeniu zakresu zobowiązania gwaranta.

90. Sygn. akt: KIO 1605/12, KIO 1606/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.

Wykonawca Katarzyna R. wniósł wadium w formie pieniężnej w wyznaczonym terminie i wymaganej wysokości, a zatem dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 2 nie została wypełniona. Zważyć należy, iż wniesienie wadium w formie pieniądza oznacza, iż wpłacone środki pieniężne powinny zostać zaksięgowane na rachunku bankowym zamawiającego najpóźniej w dacie i godzinie wyznaczonej na składanie ofert. Oznacza to, że zamawiający jest w stanie ustalić, czy wadium wykonawcy wpłynęło do zamawiającego w wyznaczonym terminie. Nie załączenie do oferty dowodu wniesienia wadium w formie pieniądza pomimo takiego wymogu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza, że wadium nie zostało wniesione, ale co najwyżej, że nie zostało wykonane jedno z postanowień specyfikacji.

91. Sygn. akt: KIO 1766/12, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2012 r.

Utrwalone i jednolite w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych należy uznać takie rozumienie powołanego przepisu art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z którego wynika obowiązek skutecznego, niejako „fizycznego” dostarczenia wadium zamawiającemu przed terminem składania ofert. Uznaje się więc, iż przed tym terminem w dyspozycji zamawiającego winna znaleźć się czy to gwarancja wadialna czy wadium wniesione w pieniądzu (na rachunku zamawiającego), tak, aby już od chwili składania ofert mógł skutecznie zabezpieczeniem wadialnym rozporządzać i ewentualnie zeń zaspokoić roszczenia przypisane ustawą. Środki pieniężne winny znaleźć się na rachunku zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, który w tym postępowaniu ustalony został na dzień 6 sierpnia 2012 r. godz. 10. Wynika to zarówno z brzmienia art. 45 ust. 3 ustawy, jak i postanowień ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanych na użytek tego postępowania, gdzie wyraźnie wyartykułowano wymaganie, by w razie wadium pieniężnego środki zostały uznane na rachunku zamawiającego przed terminem składania ofert. (...)

Istotne w tej mierze są właściwe regulacje zawarte w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 roku Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 roku Nr 72, poz. 665 ze zm.) [aktualnie Dz. U. t.j. z 2012 r. poz. 1376 – *przyp. red.*]. I tak, przepis art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych określa, na czym polega wniesienie wadium w pieniądzu. Zgodnie z tym przepisem, wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Posłużenie się przez ustawodawcę sformułowaniem „wpłacać na rachunek” jest w ocenie Izby równoznacz-

ne z koniecznością zaksięgowania środków pieniężnych na wskazanym rachunku. Wydanie dyspozycji dokonania wpłaty nie jest „wpłatą” w rozumieniu przepisu art. 45 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz jedynie podjęciem kroków zmierzających do dokonania takiej wpłaty. Potwierdzeniem powyższego jest przepis art. 63c ustawy Prawo bankowe, zgodnie z którym polecenie przelewu stanowi udzieloną bankowi dyspozycję dłużnika obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tą kwotą rachunku wierzyciela. Bank wykonuje dyspozycję dłużnika w sposób przewidziany w umowie rachunku bankowego. Z przepisu wynika zatem, że wydanie polecenia przelewu powoduje podjęcie ze strony banku określonych czynności mających na celu realizację wydanej dyspozycji na warunkach określonych w umowie rachunku bankowego. Sama dyspozycja nie jest zatem równoznaczna z dokonaniem wpłaty. Zdanie drugie przepisu art. 63c ustawy Prawo bankowe wprost wskazuje, że polecenie przelewu dokonywane jest w ramach stosunku prawnego łączącego bank z dłużnikiem, którego źródłem jest umowa rachunku bankowego. Polecenie przelewu nie jest samodzielną instytucją prawa bankowego, lecz narzędziem, z wykorzystaniem którego posiadacz rachunku realizuje przewidziane w umowie prawo przeprowadzania rozliczeń pieniężnych (tak: E. Woźniak. Polecenie przelewu w bankowości elektronicznej, CBKE Uniwersytet Wrocławski. Czerwiec 2005). Oznacza to zatem tyle, że ewentualne zasady dotyczące uznania rachunku dotyczą stosunku umownego pomiędzy posiadaczem rachunku a jego bankiem, nie wywołują natomiast skutku wobec podmiotu trzeciego (przykładowo, zamawiającego).

Art. 46 ust. 1

92. Sygn. akt: KIO 1098/12, Wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2012 r.

Zamawiający zaniechał obowiązku zwrotu wadium odwołującemu wynikającego z art. 46 ust. 1 Pzp. Stanowisko zamawiającego co do przyczyn zaniechania zwrotu jest całkowicie chybione. Ustawodawca nie uzależnił obowiązku zwrotu wadium od faktu, czy zwrot wadium wniesionego w innej formie niż pieniądze jest technicznie łatwe. Fakt trwałego połączenia dokumentu gwarancji z pozostałymi oświadczeniami i dokumentami nie zwalnia zamawiającego z powinności zwrotu wadium. Zamawiający winien przede wszystkim tak sformułować postanowienia specyfikacji, by zwrot wadium nie był utrudniony, a skoro tak się nie stało, to winien w uzgodnieniu z wykonawcą podjąć działania zmierzające do zachowania integralności i kompletności oferty po dokonaniu zwrotu.

Wniesienie środków ochrony prawnej wobec czynności unieważnienia postępowania nie zwalnia zamawiającego z obowiązku zwrotu wadium. Art. 46 ust. 3 Pzp stanowi bowiem, że w sytuacji rozstrzygnięcia odwołania zamawiający zobowiązany jest do żądania ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Ustawodawca uwzględnił zatem możliwość wniesienia odwołania i zmiany wyniku postępowania – unieważnienia czynności unieważnienia postępowania lub wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zwolnił jednak zamawiającego z obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium.

93. Sygn. akt: KIO 1336/12, Wyrok KIO z dnia 9 lipca 2012 r.

Wniesienie środków ochrony prawnej wobec czynności unieważnienia postępowania nie zwalnia zamawiającego z obowiązku zwrotu wadium. Art. 46 ust. 3 Pzp stanowi bowiem, że w sytuacji rozstrzygnięcia odwołania zamawiający zobowiązany jest do żądania ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Ustawodawca uwzględnił zatem możliwość wniesienia odwołania i zmiany wyniku postępowania – unieważnienia czynności unieważnienia postępowania lub wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zwolnił jednak zamawiającego z obowiązku niezwłocznego zwrotu wadium.

Zamawiający po unieważnieniu postępowania 17 stycznia 2012 r. winien niezwłocznie zwrócić wadium i zażądać od odwołującego wniesienia wadium dopiero po dokonaniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp zamawiający nie zwraca wadium zabezpieczającego wyłącznie ofertę najkorzystniejszą, a nie ofertę która dopiero po przeprowadzeniu badania i oceny może być uznana za najkorzystniejszą.

Skoro zamawiający zaniechał zwrotu wadium odwołującemu, nie może obecnie wywodzić z niewykonania obowiązku nałożonego przez art. 46 ust. 1 korzystnych dla siebie skutków. Nieprawidłowości działania zamawiającego nie sanuje fakt, że odwołujący nie domagał się zwrotu wadium. Z faktu, że odwołujący tego nie czynił nie wynika dopuszczalność przetrzymywania wadium przez zamawiającego, ani tym bardziej możliwość kształtowania sytuacji prawnej odwołującego, tak jakby był on zobowiązany do utrzymywania ciągłości zabezpieczenia swojej oferty.

Art. 46 ust. 4a

94. Sygn. akt: KIO 561/12, Wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r.

Gdyby Odwołujący w wyniku wskazanego wezwania do uzupełnienia dokumentów przedłożył w wyznaczonym terminie określone dokumenty podmiotowe, nawet jeśli w efekcie ich oceny okazało się, że nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu, brak byłoby podstaw – w ocenie Izby – do zastosowania wskazanego przepisu ustawy Pzp. Przedłożenie danych dokumentów po upływie terminu określonego w wezwaniu do uzupełniania dokumentów w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie może być traktowane jako uzupełnienie dokumentów w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe nie jest także usprawiedliwione, jeśli nawet czynność wykluczenia z postępowania następuje w sytuacji, gdy Zamawiający dysponuje już uzupełnionymi po upływie terminu do składania ofert danymi dokumentami podmiotowymi. Powyższe stanowiłoby bowiem nieuprawnioną nadinterpretację art. 46 ust. 4a ustawy Pzp i czyniło pole do nadużyć. Taki sposób postępowania nie wypełniałby też celu, dla którego wskazany przepis został powołany do życia. Nieuzupełnienie dokumentów w określonym w wezwaniu terminie skutkuje bowiem koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania, zatem wykonawca nieuzupełniający dokumentów w terminie miałby możliwości potencjalnego manipulowania wynikami postępowania pod kątem wyboru najlepszej z punktu widzenia zmówionych wykonawców ceny ofertowej w postępowaniu.

95. Sygn. akt: KIO 179012, Wyrok KIO z dnia 5 września 2012 r.

W ocenie Izby nie może budzić wątpliwości, że lakoniczne wezwanie do uzupełnienia dokumentów (Zamawiający w wezwaniu powtórzył fragment opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu z SIWZ, bez jakiegokolwiek sprecyzowania rzeczywistych braków, które dostrzegł w dokumentach załączonych do oferty Odwołującego) nie może rodzić żadnych skutków prawnych, w tym zatrzymania wadium. Dlatego zarzuty podniesione w odwołaniu są uzasadnione: wezwanie do uzupełnienia dokumentów było nieskuteczne, dlatego nie może pociągać za sobą rezultatu w postaci zatrzymania wadium. Przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych nie pozwala na zatrzymanie wadium w sytuacji, kiedy wykonawca udowodni, że zaniechanie uzupełnienia wynikało z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. W niniejszym postępowaniu Odwołujący udowodnił, że nie mógł uzupełnić dokumentów na podstawie wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego. Co więcej, Odwołujący interweniował, aby uzyskać bliższe informacje co do zakresu wezwania, lecz Zamawiający wniosek Odwołującego o dookreślenie wezwania zignorował. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, zatrzymanie wadium było niezgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych i Zamawiający powinien wadium zwrócić.

Art. 54**96. Sygn. akt: KIO 1315/12, KIO 1330/12, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2012 r.**

Tryb negocjacji z ogłoszeniem z założenia zapewnia możliwość wprowadzania zmian do opisu przedmiotu zamówienia i warunków przyszłej umowy, gdyż temu celowi, jak to wynika z art. 58 ust. 2 pzp, mają służyć rokowania prowadzone z wykonawcami, którzy złożyli oferty wstępne. Granice doprecyzowania i uzupełnienia zostały określone relatywnie szeroko w art. 59 ust. 2 pzp przez odwołanie się do kryterium istotności zmian w stosunku do pierwotnego opisu przedmiotu zamówienia czy warunków umowy. W ten sposób z mocy ustawy pzp przedmiotowy zakres negocjacji jest ograniczony dokonaniem przez zamawiającego w wyjściowej s.i.w.z. opisem przedmiotu zamówienia i sformułowanymi tam warunkami umowy, gdyż nie jest możliwa ich zasadnicza zmiana. Od strony podmiotowej krąg wykonawców jest z kolei ograniczony prowadzoną w pierwszym etapie postępowania kwalifikacją w oparciu o podmiotowe warunki udziału w postępowaniu. Z art. 58 ust. 1 pzp wynika jednak kolejny etap kwalifikacji i potencjalne zawężenie kręgu wykonawców biorących udział w negocjacjach, gdyż zamawiający ma prawo i obowiązek zaprosić do nich tylko tych wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Spośród przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pzp odpowiednie zastosowanie znajduje między odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści s.i.w.z. Ta przesłanka odrzucenia oferty powszechnie interpretowana jest w doktrynie i orzecznictwie przede wszystkim jako niezgodność w zakresie zaferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji w stosunku do wymagań przedmiotowych s.i.w.z. Zamawiający ma zatem obowiązek odrzucić ofertę wstępną za niezgodność z treścią s.i.w.z., pomimo braku ostatecznego kształtu któregośkolwiek z tych oświadczeń woli. W przypadku oferty wstępnej można wręcz mówić o ograniczonej mocy wiążącej tego oświadczenia woli wykonania zamówienia przedmiotu zamówienia, już choćby z tego powodu, że nie zawiera ono ceny. Nawet gdyby s.i.w.z. w wyniku negocjacji miała nie ulec zmianie (co świadczyłoby jednak o nieuzasadnionym wyborze tego trybu), to oferta taka nie może zostać wybrana i spowodować dojście do skutku odpłatnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przede wszystkim jednak w trybie tym, co do zasady, zamawiający mogą dopuścić proponowanie w ofertach wstępnych zmian opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy. Nie do zaakceptowania wydaje się sytuacja odrzucenia oferty wstępnej za zaproponowanie zmian do przedmiotu zamówienia lub warunków umowy, które następnie stałyby się przedmiotem negocjacji z pozostałymi wykonawcami i ostatecznie uległy zmianie przed zaproszeniem do składania ofert ostatecznych. Okoliczności te przemawiają za koniecznością zachowania ostrożności przy odpowiednim stosowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp – wyłącznie do przypadków, w których taka niezgodność z treścią s.i.w.z. już w przypadku treści oferty wstępnej rzeczywiście zachodzi.

Art. 82 ust. 1**97. Sygn. akt: KIO 1634/12, Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2012 r.**

Art. 82 ust. 1 ustawy Pzp zawiera zakaz składania przez wykonawcę w tym samym postępowaniu większej liczby ofert. Oznacza to więc, że wykonawca może złożyć w danym postępowaniu tylko jedną ofertę. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym w treści złożonej oferty znajdują się dwie pierwsze strony załącznika nr 1 do SIWZ „OFERTA NA PRZETARG NR 658/UW/2012/P11”, zawierające oświadczenia odwołującego co do oferowanej przez niego ceny ofertowej netto i brutto, przy czym każda z tych stron (pierwszych stron załącznika nr 1 do SIWZ) zawiera inną oferowaną cenę. W tej sytuacji stwierdzić należy, iż ten sam wykonawca (odwołujący) faktycznie złożył więcej niż jedną ofertę. A ponieważ za ofertę niezgodną z ustawą należy uznać taką ofertę, która narusza jakkolwiek przepis ustawy Pzp

lub przepis wykonawczy, wydany z upoważnienia ustawowego, a w tym konkretnym przypadku poprzez złożenie dwóch oświadczeń (a tym samym dwóch ofert) naruszony został art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, oferta ta podlega odrzuceniu. Powyższe stanowi bowiem samodzielną przesłankę odrzucenia oferty. Niedopuszczalnym jest więc, na obecnym etapie postępowania jakiegokolwiek wyjaśnianie i doprecyzowywanie tej kwestii. Niewątpliwym jest bowiem, że odwołujący złożył dwa odmienne oświadczenia woli. Bez znaczenia jest natomiast przyczyna, dla której tak się stało, w tym także podnoszona przez odwołującego okoliczność, iż do ostatniej chwili przed złożeniem oferty dokonywał on korekty ceny.

Art. 87 ust. 1

98. Sygn. akt: KIO 597/12, Wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r.

(...) zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych, zwłaszcza że przepis pozwala zamawiającemu na żądanie od wykonawców wyjaśnień, wobec wszystkich elementów treści oferty, a nie tylko dotyczących jakichś szczególnych sformułowań.

Z przepisu art. 87 ust. 1 pzp nie wynika jednakże, aby zamawiający w każdej sytuacji, w szczególności, kiedy jest pewien, że oferta jest niezgodna z SIWZ był bezwzględnie zobowiązany do występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień. Ustawodawca takiego wymogu nie zawarł, kwestia ta podlega indywidualnej ocenie w każdym postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący zaoferował inny sposób wykonania przedmiotu zamówienia niż oczekiwany przez zamawiającego, a opisany w SIWZ. To zdaniem Izby przesądzało o tym, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i oczekiwanego przez zamawiającego celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom. Dlatego też „wyjaśnianie kwestii dopuszczalności rozwiązań nie dopuszczonych SIWZ” w tej sytuacji nie wydaje się konieczne.

99. Sygn. akt: KIO 881/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.

(...) w punkcie 4.1 załącznika Odwołujący zaoferował skonkretyzowane, jednakże niezgodne z wymogami rozwiązanie. Zamawiający bowiem dopuścił w specyfikacji technicznej dwa możliwe warianty konstrukcji podwozia, Odwołujący natomiast zaoferował rozwiązanie oparte częściowo na każdym z tych wariantów. W ocenie Izby, z postanowień specyfikacji technicznej nie wynikała możliwość zastosowania różnych technologii do poszczególnych części podwozia. Wobec powyższego Zamawiający miał wszelkie podstawy stwierdzić, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. W żadnej mierze nie zmienia tego powoływany w odwołaniu fakt, że brakujące elementy opisu oferowanych pojazdów nie stanowiły kryteriów oceny ofert i nie podlegały punktacji. W ofercie należy bowiem skonkretyzować cechy przyszłego świadczenia wykonawcy w zakresie określonym przez Zamawiającego i pozwalającym mu ocenić spełnianie ustalonych wymagań, niezależnie od tego, czy elementy te stanowią kryteria oceny ofert.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić treść oferty w kwestionowanym zakresie, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Procedura przewidziana w przywołanym przepisie służy bowiem wyeliminowaniu wątpliwości co do poszczególnych elementów oświadczenia woli zawartych w ofercie, nie może natomiast prowadzić do nadawania jej nowej treści, co w rozpatrywanej sprawie miałoby miejsce. Za niedopuszczalne należy uznać uzupełnianie przez wykonawcę swojego zobowiązania i konkretyzowanie jego istotnych cech po otwarciu ofert, pod pozorem wyjaśniania treści oferty. Udzielając wyjaśnień na temat materiałów, z których wykonane będą poszczególne urządzenia oraz rozwiązań, jakie zostaną wykorzystane w oferowanych autobusach, Odwołujący w istocie złożyłby nową ofertę.

100. Sygn. akt: KIO 1222/12, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2012 r.

(...) wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Wyjaśnienia muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

101. Sygn. akt: KIO 1220/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż zarzut ten nie jest zasadny. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest taka ich prezentacja, aby stanowiły wyczerpujące uzasadnienie wątpliwości zamawiającego. Konsekwencje złożenia wyjaśnień niejasnych, zbyt ogólnikowych obciążają wykonawcę. W ocenie Izby na podstawie pisma Odwołującego z 29 maja 2012 r. zawierającego wyjaśnienia Zamawiający mógł dojść do przekonania o niespełnieniu wymaganego przez niego parametru wagi, który odnosił do aparatu z wszelkimi akcesoriami i wyposażeniem, co do którego Odwołujący potwierdził 120 kg. Stanowisko Zamawiającego wprawdzie nie znalazło należytego uzewnętrznienia w treści pisma z 4 czerwca 2012 r., a dopiero w odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający wyjaśnił, iż w oparciu o wyjaśnienia uznał, iż aparat nie spełnia kryterium wagowego, ponieważ waga 98 kg odnosiła się według Zamawiającego do aparatu wraz z akcesoriami, a ten zgodnie z twierdzeniem Odwołującego w takiej konfiguracji ważył 120 kg, co nie spełniało wymogów Zamawiającego, jednak równocześnie w oparciu o przyjętą przez siebie wykładnię SIWZ Zamawiający miał podstawy dla uznania, że wymagany przez niego parametr nie został potwierdzony.

102. Sygn. akt: KIO 1309/12, Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2012 r.

Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, iż regulacja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego – czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonych z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty.

103. Sygn. akt: KIO 1549/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.

Izba wyraża pogląd, iż nie jest dopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 i art. 87 ust. 1 Pzp określenie przez zamawiającego w siwz, iż wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień zamawiającemu w formie pisemnej w ciągu 2 dni, pod rygorem odrzucenia oferty. W tej kwestii Izba w pełni podziela stanowisko odwołującego, iż zamawiający zobowiązany jest każdorazowo, stosownie do potrzeb, uwzględniając złożoność pytania oraz czasochłonność przygotowania odpowiedzi, określić czas na złożenie wyjaśnień. Powinien także, ustalając termin udzielenia odpowiedzi, wziąć pod uwagę oczekiwaną przez siebie formę odpowiedzi (pisemna bądź inna, dopuszczona art. 27 ust. 1 i 2 Pzp) i termin na złożenie wyjaśnień wyznaczyć adekwatnie do niej. Zatem gdy wymaga wyjaśnień wyłącznie w formie pisemnej, powinien wyznaczyć termin odpowiednio dłuższy, tak aby także wykonawcy spoza miejsca siedziby zamawiającego mieli szansę, dokładając należytej staranności, dochować określonego przez zamawiającego terminu.

104. Sygn. akt: KIO 1716/12, Wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2012 r.

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez określone,

zaskarżone przez Odwołującego czynności i zaniechania Zamawiającego. Odwołujący w dostateczny sposób wykazał naruszenie wskazuje zasady udzielenia zamówień publicznych poprzez wskazanie konkretnych okoliczności (zarzutów) wskazujących na naruszenie tej podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych. Zamawiający m.in. w sposób nieuprawniony wzywał jednego wykonawcę (Przystępującego (...)) do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a zasadniczo do uzupełnienia treści oferty co do punktu serwisowego wyciągarki. Zgodnie z wymogami SIWZ, które nie są kwestionowane przez Zamawiającego, należało wskazać w tym zakresie minimum jeden punkt serwisowy na terenie województwa śląskiego, tymczasem wykonawca (...) wskazał jeden punkt serwisowy poprzez podanie konkretnego adresu tego serwisu w Krakowie. Jak słusznie podkreślił Odwołujący nie wymaga szczególnego dowodzenia okoliczność, że Kraków nie znajduje się na terenie województwa śląskiego tylko małopolskiego. Przystępujący (...) w wyniku wezwania uzupełnił tę informację, wskazując adres nowego – wcześniej w ofercie niewskazanego – punktu serwisowego znajdującego się na terenie województwa śląskiego (Katowice). Jednocześnie też Zamawiający informując Odwołującego o przyczynach odrzucenia jego oferty, wskazał na niezgodność tej oferty z treścią SIWZ z uwagi na brak wskazania adresu punktów serwisowych wymaganych w SIWZ bez jakiegokolwiek wcześniejszego wzywania tego wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty.

Art. 87 ust. 2 pkt 2

105. Sygn. akt: KIO 650/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Poprawienie oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp natomiast nie może być obwarowane koniecznością spełniania dodatkowych przesłanek, w tym oceny istotności tych zmian, ponieważ takiego rygoru przepisy ustawy Pzp nie wprowadzają. Z tych też względów choćby ustawodawca dla poprawienia omyłek rachunkowych nie przewidział konieczności wyrażania zgody przez wykonawcę na poprawienie tego rodzaju omyłki. Z punktu widzenia prawidłowości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp ważne jest tylko stwierdzenie, że mamy do czynienia z oczywistym charakterem omyłki natury rachunkowej.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Przystępujący w swojej ofercie w Przedmiarze Robót PR.0 dokonał wyceny poszczególnych szesnastu pozycji tego przedmiaru, zgodnie z wymogami SIWZ. Dokonane podliczenie tych wartości – suma poszczególnych pozycji przedmiaru wskazana przez Przystępującego nie daje jednak prawidłowego matematycznego wyniku sumowania tych wartości. Niewątpliwie zatem mamy w tym przypadku do czynienia z matematycznym błędem w sumowaniu poszczególnych wycenionych przez wykonawcę pozycji kosztorysu. Błąd ten, mający charakter oczywistej omyłki – niezamierzonego działania ze strony wykonawcy, co nasuwa się automatycznie, samodzielnie, poprzez analizę samej oferty, bez konieczności wyjaśniania tego przez wykonawcę, stanowi błąd rachunkowy, tj. oczywistą omyłkę rachunkową. Taką omyłkę zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający ma obowiązek poprawić.

Przepis ten wymaga także od zamawiającego takiego poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie, które uwzględniałyby również konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek. Niewątpliwie konsekwencją poprawienia omyłki rachunkowej w jednym z kosztorysów ofertowych jest poprawienie ostatecznej (łącznej) ceny ofertowej, która stanowi sumę cen z poszczególnych kosztorysów. Tym samym zatem w tym zakresie również było wymagane w omawianym stanie faktycznym dokonanie poprawienia łącznej ceny ofertowej i obniżenie jej do wartości, która stanowiła sumę prawidłowo wyliczonych wartości poszczególnych kosztorysów ofertowych z uwzględnieniem także doliczenia odpowiedniej wartości podatku od towarów i usług. Również w tym zakresie przepisy ustawy Pzp nie przewidują jakiegokolwiek obostrzenia tych poprawek w kontekście np. „istotności”, a więc dopuszczalnego pułapu zmiany wartościowej oferty np. o 20% czy każdą inną wartość.

106. Sygn. akt: KIO 1776/12, Wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2012 r.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego: Zamawiający powinien poprawić ofertę Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Oczywiście było, że wpisana przez Odwołującego kwota nie odpowiada prawidłowej sumie. Nie było również sporne, jaka kwota odpowiadała prawidłowej sumie (Zamawiający podał ją w odpowiedzi na odwołanie, została również dopisana odręcznie do oferty Odwołującego nad nieprawidłową kwotą), kwota ta była wynikiem prostego działania matematycznego.

Zamawiający, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, uznał, że nie ma podstaw do poprawienia powyżej pomyłki, bowiem wg niego nie jest oczywista – podana przez Odwołującego suma może być prawidłowa, natomiast błąd może tkwić w którymś ze składników sumy. Rzeczywiście, jest taka możliwość – ale taka ewentualność może tkwić w każdym działaniu matematycznym – równie dobrze można snuć takie przypuszczenia przy prawidłowej sumie. W ocenie Izby, bardziej prawdopodobne – w tych okolicznościach oczywiście – jest, że nastąpiła w ofercie Odwołującego omyłka w sumowaniu. Skoro tak Zamawiający powinien ją poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako oczywistą omyłkę rachunkową, przez wpisanie prawidłowej kwoty odpowiadającej rzeczywistej sumie 11 pozycji z oferty Odwołującego.

Art. 87 ust. 2 pkt 3**107. Sygn. akt: KIO 556/12, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.**

Przenosząc powyższe rozważania na grunt badanej sprawy trzeba podkreślić, iż przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliguje zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezgodność treści oferty z treścią siwz, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z siwz ma charakter omyłki oraz poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W stanie faktycznym sprawy uwzględnienia wymaga także fakt, iż zamawiający przewidział w siwz (rozdział IV, pkt 5.1–5.4 i 5.6 siwz, pkt 1 formularza ofertowego, § 7 ust. 1 i 2 oraz § 9 ust. 3 projektu umowy) wynagrodzenie kosztorysowe. Wbrew twierdzeniom odwołującego o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia nie przesądza brzmienie § 7 ust. 2 projektu umowy, bowiem koszty wymienione w tym postanowieniu umowy, których – jak twierdzi odwołujący na podstawie literalnego brzmienia tego postanowienia projektu umowy – wykonawca nie był zobowiązany ująć w kosztorysie ofertowym, powinny być przez niego w kosztorysie uwzględnione, co wynika wprost z rozdziału IV, pkt 5.3 i 5.4 siwz. Za ryczałtowym charakterem wynagrodzenia nie przemawia także treść § 8 ust. 13 projektu umowy przewidującego możliwość obniżenia wynagrodzenia w przypadku wad. Strony, niezależnie od rodzaju wynagrodzenia, mogą umówić się, że w określonych okolicznościach zostanie ono zmienione. Izba zgadza się, iż postanowienia siwz nie są w zakresie dotyczącym wynagrodzenia umownego w pełni spójne i jednoznaczne (przykładowo powoływane przez odwołującego postanowienia STWiOR lub brzmienie rozdziału IV, pkt 5.5 siwz), jednak kompleksowa analiza postanowień siwz nie pozostawia wątpliwości, iż wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy zdefiniowany w art. 629 kc, tj. wynagrodzenie ustalone na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów (w praktyce ustalane dopiero na podstawie kosztorysu powykonawczego, co zamawiający w § 9 ust. 3 projektu umowy przewidział). Powołany przepis znajduje zastosowanie do robót budowlanych w drodze analogii, co potwierdził Sąd Nazywszy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 29 września 2009 r. (sygn. akt III CZP 41/09). W konsekwencji kosztorys ofertowy stanowi treść oferty, nie ma on zatem waloru pomocniczego, jakby to miało miejsce w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Tym samym błędy w kosztorysie ofertowym odwołującego wskazane przez

zamawiającego w pkt 1–9 pisma z 16 marca 2012 r. stanowią o niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz. Rozstrzygnięcia wymaga dopuszczalność ich poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

108. Sygn. akt: KIO 589/12, KIO 596/12, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.

Analizując stwierdzone powyżej nieprawidłowości – w harmonogramie stanowiącym załącznik do oferty odwołującego (...) i oferty konsorcjum (...) – pod kątem możliwości ich poprawy, w oparciu o wskazania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba miała na względzie, iż zamawiający dysponował danymi umożliwiającymi samodzielne przeprowadzenie takiej czynności. Nakłady rzeczowe oraz terminy wykonania – dla wymienionych pozycji harmonogramu w zakresie: parkingi (poz. 31), drogi (poz. 30 i 31), chodniki (poz. 31), zieleń, w tym wycinka drzew i krzewów (poz. 35), instalacja chłodnicza-freonowa (poz. 16) – były możliwe do przyjęcia wprost z opisów zawartych w odnośnych przywołanych w formularzu harmonogramu pozycji, opisów zawartych w przedmiarach, szczegółowych projektach technicznych wykonania robót i narzuconych w nich kolejności technologicznych realizacji poszczególnych robót (tak co do rozdziału na odrębne etapy, jak i w obrębie I, czy też etapu II inwestycji). Wykonawca sporządzając harmonogram był zobowiązany ustalić przerób dla poszczególnych pozycji, obejmując właśnie zakres prac wynikający z projektów wykonawczych w odniesieniu do poszczególnych etapów, odpowiednio dla wskazanych w harmonogramie miesięcy przewidywanej realizacji zamówienia.

109. Sygn. akt: KIO 621/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.

(...) każda omyłka w ofertach musi być traktowana indywidualnie przez zamawiającego i to zamawiający musi podjąć każdorazowo konkretną decyzję czy może zakwalifikować omyłkę do omyłek, które można poprawić na podstawie art. 89 ust. 2 Pzp [chodzi o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp – przyp. red.], czy należy usterkę w ofercie zakwalifikować inaczej. Odwołujący nie wykazał, że omyłka w innej ofercie, którą to omyłkę zamawiający poprawił, była omyłką identycznego rodzaju, co wykazane przez zamawiającego usterki w ofercie odwołującego. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający w takiej samej sytuacji odnoszącej się do różnych wykonawców postąpił w różny sposób czym by naruszył art. 7 ust. 1 Pzp – zasadę zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Również odwołujący nie wykazał, że zamawiający był obowiązany uznać – w przedstawionych okolicznościach postępowania – omyłkę w ofercie odwołującego na kwotę 52 zł, jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją, która to omyłka nie powodowała istotnych zmian w treści oferty i zamawiający był obowiązany dokonać poprawy tej omyłki zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

110. Sygn. akt: KIO 757/12, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r.

(...) przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp obliuguje zamawiającego do poprawiania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezgodność treści oferty z treścią siwz, jeżeli zachodzą łącznie dwie okoliczności: stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z siwz ma charakter omyłki oraz poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Niewątpliwie, zważywszy, że wynagrodzenie przewidziane przez zamawiającego ma charakter kosztorysowy, treść kosztorysu stanowi treść oferty (oświadczenie woli wykonawcy w rozumieniu kodeksu cywilnego). STWiORB opisuje przedmiot zamówienia, co wynika nie tylko z treści siwz, ale także wprost z art. 31 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz STWiORB. § 12 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004 r. Nr 202, poz. 2072 [aktualnie: Dz. U.

Nr 202, poz. 2072 ze zm. – przyp. red.) wskazuje, że specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych stanowią opracowania zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót. Zamawiający zobowiązany jest dla każdej pozycji przedmiaru robót podać m.in. numer STWiORB, zawierającej wymagania dla danej pozycji przedmiaru (§ 10 ust. 1 pkt 3 cytowanego rozporządzenia). Zatem pominięcie w kosztorysie ofertowym pozycji STWiORB powinno być przez zamawiającego co najmniej wyjaśnione na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający niewątpliwie jednak był także uprawniony, aby dokonać poprawy stwierdzonej w tym zakresie niezgodności, przez dopisanie adekwatnych numerów pozycji STWiORB do kosztorysu ofertowego odwołującego, w szczególności, że – jak oświadczył na rozprawie – dane zawarte w kosztorysie ofertowym odwołującego umożliwiły mu samodzielne przyporządkowanie, do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, pominiętych numerów pozycji STWiORB (zamawiający jest w stanie ustalić prawidłową treść oświadczenia woli (oferty) odwołującego). Taka ingerencja w treść oferty pozostawałaby bez wpływu na cenę poszczególnych pozycji kosztorysowych, ich ilość i opis. Wszystkie pozycje przedmiaru robót zostały wycenione zgodnie z ich zakresem i ilościami, przy uwzględnieniu prawidłowych podstaw wyceny. Stanowiłaby tylko uzupełniające doprecyzowanie, że wykonawca, wyceniając i realizując przedmiot zamówienia, będzie uwzględniał treść odpowiednich postanowień STWiORB, tym samym dokonanie omawianych korekt w kosztorysie ofertowym odwołującego nie stanowi istotnej ingerencji w treść oferty.

111. Sygn. akt: KIO 758/12, KIO 774/12, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r.

Brak jakichkolwiek informacji powoduje, że zamawiający nie ma żadnej możliwości poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego Izba stoi na stanowisku, że brak powyższych danych w ogóle nie może być zakwalifikowany jako omyłka. Omyłka to niezamierzone niedopatrzenie czy przeoczenie jakiegoś faktu, tymczasem na rozprawie odwołujący się podnosił, że w przypadku artykułów gospodarstwa domowego nie podał wymaganych danych, ponieważ nie jest pewien, czy wskazane przez niego modele nie zostaną wycofane z rynku, co powodowałoby niemożność świadczenia. Z kolei w przypadku pozostałych artykułów, w stosunku do których nie podano wymaganych danych, odwołujący twierdził, iż produkty te stanowią indywidualne wyroby, mające zostać wyprodukowane specjalnie dla zamawiającego, a zatem nie mają one nadanych symboli określających produkt. Z powyższego wynika, że działania odwołującego się były zamierzone, co wyklucza możliwość zakwalifikowania ich jako omyłki. Tym samym brak jest możliwości dokonywania jakichkolwiek poprawek w tej części oferty odwołującego.

112. Sygn. akt: KIO 1213/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.

„Inna omyłka”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest również poprawienie omyłek nie mających takiego charakteru, byleby poprawa nie spowodowała istotnej zmiany treści oferty. Każdorazowo, o tym, czy dana zmiana ma charakter istotny, czy też nie należy rozstrzygać biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy. Jedynym więc ograniczeniem zakresu poprawienia omyłki jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną.

113. Sygn. akt: KIO 1436/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.

W ocenie składu orzekającego, zaproponowany przez Odwołującego sposób poprawy omyłek jest nieprawidłowy – przy takim działaniu matematycznym kwota podatku VAT nie odpowiadałaby stawce 8% (kwota podatku VAT, którą Odwołujący chciałby „przenieść” z ofert do poprawionego działania, była obliczona dla niewłaściwej kwoty netto, uwzględniającej nieprawidłową wielkość powierzchni).

Pogląd Odwołującego sprowadza się do stanowczego, wyraźnego rozróżnienia między kwotą podatku VAT, a jego stawką. Rzeczywiście są to odmienne pojęcia, ale niewątpliwie dysponując stawką podatku VAT i wartością netto, można obliczyć kwotę podatku VAT; dysponując wartością netto i kwotą podatku VAT – można wyliczyć, jaka stawka VAT została zastosowana. A zatem okoliczność, że wykonawcy w formularzach ofertowych nie wskazywali stawki podatku VAT (nie było takiego obowiązku), a jedynie kwotę, nie stała na przeszkodzie ustaleniom, jaka stawka została zastosowana. W rezultacie Zamawiający, po poprawieniu kwoty netto, miał prawo konsekwentnie, zgodnie z zasadami matematyki, poprawić dalsze elementy równania z pkt 1b formularza ofertowego. Reasumując, Zamawiający zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprawił w ofercie Przystępującego (i innych wykonawców) omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ w zakresie wielkości powierzchni, a dalsze działania były jedynie matematycznymi konsekwencjami poprawienia tejże omyłki, co nie spowodowało istotnych zmian w treści ofert zakwestionowanych odwołaniem.

114. Sygn. akt: KIO 1501/12, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2012 r.

Izba stwierdziła, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uchybieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający był zobowiązany do dokonania w kwestionowanym zakresie poprawy oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający może odrzucić ofertę jedynie w ściśle określonych przypadkach, m.in. jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni siwz (art. 82 ust. 3 Pzp). Instytucja przewidziana w art. 87 ust. 2 Pzp służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, w których z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń, odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z siwz (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., sygn. akt: XII GA 429/09 oraz wyrok KIO z 5 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2743/11).

Weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią SIWZ służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji. (...)

Zamiarem ustawodawcy w odniesieniu do komentowanego przepisu było umożliwienie udzielenia zamówienia wykonawcom, którzy złożyli oferty obciążone nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty – nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Z przepisu tego wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych, które zawierają różnego rodzaju niedoskonałości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Taką intencję ustawodawca wyraził w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [Dz. U. Nr 223, poz. 1778 – *przyp. red.*]. W uzasadnieniu projektu tej ustawy stwierdzono, że: „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzu-

cenie ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami."

(...) Tym samym dokonanie omawianej korekty w Harmonogramie rzeczowo-finansowym Odwołującego nie stanowi istotnej ingerencji w treść oferty. Izba nie oceniła stwierdzonych w kosztorysie ofertowym Odwołującego omyłek jako „istotne”, dzieląc w tej kwestii pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 102/09), że kwalifikator „istotnych zmian” „należy odnosić do całości treści oferty (...) biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty”. Dalej Sąd wyjaśnił, iż „ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę treści oferty, musi być dokonane na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia”. Izba podkreśla, iż niewątpliwie przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocenym. Odniesienie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do konkretnego przypadku podlega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, jest doniosłe faktycznie lub prawnie (tak wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1064/11). W konsekwencji na gruncie badanej sprawy niedoskonałości w treści oferty odwołującego uznać należało za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym (brak jakiegokolwiek wpływu na cenę ofertową).

115. Sygn. akt: KIO 1747/12, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r.

Natomiast podnoszona przez niego okoliczność, iż w kosztorysie znajduje się 16 pozycji o identycznym opisie i cenie jednostkowej stanowi jedynie argument na nieistotność tej „omyłki”, a nie jest wskazaniem sposobu jej poprawienia. Odwołujący na rozprawie (odpowiadając na pytanie przewodniczącej) nie potrafił sprecyzować na czym poprawienie tej niezgodności miałoby polegać, podkreślając jedynie konieczność dopisania brakującej pozycji, jak i okoliczność, iż cena oferty nie powinna się zmienić. Uzupełnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji. Skoro jednak cena oferty jest prawidłowo wyliczona i obejmuje cały przedmiot zamówienia poprawienie niezgodności poprzez dopisanie brakującej pozycji jest niemożliwe, gdyż o wartość tej brakującej pozycji należałoby obniżyć którąś z pozycji kosztorysu, a ten zabieg nie byłby już możliwy do wykonania samodzielnie przez zamawiającego.

Art. 89 ust. 1 pkt 1

116. Sygn. akt: KIO 1291/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 15 czerwca 2012 roku, zamawiający powiadomił wykonawców uczestniczących w postępowaniu (ofertę złożył jedynie odwołujący) o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu decyzji, że w toku badania oferty odwołującego – jedynej złożonej w postępowaniu – stwierdzono,

że formularz oferty oraz wykaz cen, nie zostały opatrzone podpisem, który jest niezbędny dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli (oferty) wykonawcy.

(...) oferta odwołującego została złożona z zachowaniem formy pisemnej i jest podpisana przez osobę uprawnioną do reprezentowania odwołującego. Dla zachowania formy pisemnej, zgodnie z art. 78 § 1 kc konieczne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie, obejmującym treść oświadczenia woli. Zgodnie z przywołanym również przez odwołującego orzeczeniem Naczelnego Sądu Administracyjnego 10 listopada 2006 roku, Sygn. akt II FSK 1144/05 podpis w rozumieniu art. 78 § 1 kc nie musi być czytelny. Podpis jest to swoisty dla danej osoby, charakterystyczny, powtarzalny znak graficzny, wywodzący się od jej imienia i nazwiska, niebędący koniecznie pełnym imieniem i nazwiskiem, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła. Umieszczony na stronach oferty nieczytelny podpis (parafa) jest na tyle charakterystyczny i powtarzalny, że z łatwością można stwierdzić, iż pochodzi on od tej samej osoby, która złożyła na szereg innych stron oferty nieczytelny podpis na pieczęci – Prezes Zarządu – Grzegorz M.

Podkreślenia wymaga również okoliczność, że przepisy Pzp nie stawiają wymogów co do podpisania każdej strony oferty, a dla zachowania formy pisemnej wystarczające jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie w taki sposób, aby wynikało kto podpisał dany dokument oraz, że wolą osoby składającej ten podpis, jest objęcie całości oświadczenia woli złożonego w tym dokumencie. W świetle powyższego, należy uznać, że samo złożenie podpisu wraz z pieczęcią na stronie 8 formularza oferty, będącego ostatnią stroną tego formularza jest wystarczające dla stwierdzenia zachowania formy pisemnej tego dokumentu. Podpis wraz z pieczęcią został złożony w miejscu do tego wyznaczonym przez zamawiającego na formularzu a umieszczenie go na końcu dokumentu świadczy niewątpliwie o tym, że wolą osoby składającej ten podpis jest objęcie całości oświadczenia woli złożonego w formularzu oferty. Niezależnie od tego, niejako dodatkowo na stronach formularza oferty znajdują się w prawnym, dolnym rogu nieczytelne parafy.

117. Sygn. akt: KIO 1542/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że jeden z wykonawców – pan Mirosław M. – złożył w przedmiotowym postępowaniu dwie oferty: ofertę nr 1 – wspólnie z X Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. oraz ofertę nr 3 – wspólnie z panem Włodzimierzem G., działając z nim w ramach spółki cywilnej. Bezsporne jest, że w przypadku konsorcjum ofertę podmiotami są wykonawcy tworzący to konsorcjum. Zdaniem Izby, analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku wspólników spółki cywilnej. Podkreślić należy, że spółka cywilna jest stosunkiem zobowiązaniowym łączącym jej wspólników. W obrocie prawnym występują więc wspólnicy spółki cywilnej, a sama spółka nie jest podmiotem praw i obowiązków, nie może zatem składać oświadczeń woli. W konsekwencji, oświadczenie woli jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Również wspólnicy, a nie spółka, mogą być stroną przyszłej umowy o zamówienie publiczne.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego Izba podkreśla, że dla oceny przedmiotowej kwestii nie ma znaczenia fakt, iż konsorcjum jest umową nienazwaną, zaś spółka cywilna jest stosunkiem prawnym regulowanym przepisami Kodeksu cywilnego. W obu przypadkach mamy bowiem do czynienia ze stosunkiem zobowiązaniowym łączącym strony umowy, która to umowa nie prowadzi do powstania odrębnego podmiotu. Nietrafna jest również argumentacja Odwołującego, że w przypadku spółki cywilnej – odmiennie niż w przypadku konsorcjum – jeden wspólnik nie jest pełnomocnikiem drugiego wspólnika. Przywołana różnica dotyczy jedynie reprezentacji podmiotów działających wspólnie w stosunkach zewnętrznych, w żaden sposób nie zmienia ona faktu, że oświadczenia woli nie składa spółka cywilna, ale jej wspólnicy. Bezpodstawną jest również teza Odwołującego, że analogiczna do rozpatrywanej sprawy jest sytuacja, w której osoba fizyczna składa ofertę w swoim imieniu i za-

razem jako członek zarządu np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Abstrahując w tym miejscu od oceny powyższej sytuacji pod kątem ewentualnego czynu nieuczciwej konkurencji, podkreślić należy zasadniczą różnicę pomiędzy wspomnianymi przypadkami, związaną z faktem, że członek zarządu spółki kapitałowej działa jako organ osoby prawnej, która samodzielnie nabywa prawa i zaciąga zobowiązania. Oświadczenie członka zarządu jest więc – odmiennie niż w przypadku spółki cywilnej – oświadczeniem samej spółki.

Nie ma również znaczenia, że ofertę nr 3 podpisał pan Włodzimierz G., a nie pan Mirosław M. Nie zmienia to bowiem faktu, że jest to oświadczenie woli dwóch wykonawców (reprezentowanych przez jednego z nich), którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Obojętne dla oceny przedmiotowej kwestii jest, że Konsorcjum (...) zostało wykluczone z postępowania z powodu niewniesienia wadium. Nie zmienia to bowiem faktu, że jeden wykonawca, działając wspólnie z innymi wykonawcami, złożył dwie oferty. Taka okoliczność w postępowaniu zaistniała i nie sanują jej czynności dokonane przez Zamawiającego po złożeniu ofert.

Należy więc stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu pan Mirosław M. złożył – wbrew przepisowi art. 82 ust. 1 ustawy Pzp – dwie oferty. Zatem ocena Zamawiającego, że są one niezgodne z ustawą, a w konsekwencji podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, była uzasadniona. Na marginesie Izba zaznacza, że powyższa okoliczność może również uzasadniać tezę, że złożenie tych ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji (co jednak nie było przedmiotem oceny Zamawiającego i zarzutem odwołania).

Art. 89 ust. 1 pkt 2

118. Sygn. akt: KIO 579/12, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.

(...) żądane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kosztorysy ofertowe stanowiły merytoryczną treść oferty bowiem Zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania zamówienia, dla których istotne są właśnie kosztorysy ofertowe. Te szczególne rozwiązania sprowadzają się do tego, że w oparciu o kosztorysy ofertowe i przewidziane tam ceny jednostkowe, które można wywieźć z ceny za poszczególne pozycje podzielone przez ilość wymaganych w tym zakresie prac (jednostek), miały być rozliczane prace, z których Zamawiający może zrezygnować w trakcie wykonania zamówienia. Z tego też względu brak załączenia właściwego – według określonych przez Zamawiającego w SIWZ wymagań – kosztorysu ofertowego skutkować będzie uniemożliwieniem rozliczenia wskazanej inwestycji budowlanej, według przyjętych w SIWZ rozwiązań. Tak, więc, pomimo braku jednoznacznego określenia kosztorysowego charakteru wynagrodzenia przyjęto w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba stwierdziła, że szczególne zapisy SIWZ, a także wzoru umowy w tym postępowaniu wskazane powyżej uzasadniają potrzebę załączenia do oferty przez wykonawców kosztorysów ofertowych sporządzonych na zasadach określonych w SIWZ jako merytoryczna treść oferty, odnosząca się do sposobu wykonania zamówienia i jego rozliczenia.

119. Sygn. akt: KIO 643/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Siwz (wraz z wyjaśnieniami) jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim

nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Żeby stwierdzić, iż w okolicznościach danej sprawy zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (niezgodność treści oferty z treścią siwz niepodlegająca korekcie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) zamawiający zobowiązany jest porównać treść siwz z treścią oferty (oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 kc w zw. z art. 14 Pzp) i gdy stwierdzi niemożliwe do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz nie dające się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Pzp niezgodności, zobowiązany jest do odrzucenia oferty. Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia siwz były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury.

120. Sygn. akt: KIO 656/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.

(...) zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również w treści załączników do niej nie przekazał jednoznacznego komunikatu o formie dokonywanej oceny ofert, pod kątem ich zgodności z s.i.w.z., bazując w większości na oświadczeniach wykonawców (np. oświadczenie o spełnieniu przez jednostkę centralną „urządzenia” wymagania wydajnościowego mierzonego w programie testującym (...)). Jeżeli zatem zamawiający, żądając spełnienia wymaganej funkcjonalności nie sprecyzował, w jaki sposób ta ocena będzie dokonywana, to nie może następnie obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami swojego zaniechania. Odwołujący odpowiadając na tak sformułowane żądania, zinterpretował je w sposób prawidłowy i bez znaczenia pozostaje w tym zakresie odmienna interpretacja zamawiającego, która nie została uszczegółowiona na etapie ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przedstawiona została dopiero na etapie rozprawy. W powyższym zakresie rozstrzygającą pozostaje treść s.i.w.z. i załączników do niej, która nie budzi żadnych wątpliwości, co do sposobu jej rozumienia.

121. Sygn. akt: KIO 991/12, KIO 1003/12, Wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2012 r.

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający wymagał złożenia opisu nie jakichkolwiek urządzeń, lecz urządzeń proponowanych, czyli takich, jakie wykonawca zamierza dostarczyć temu konkretnemu zamawiającemu. Wykonawca nie mógł się zatem powoływać na to, że jest to opis standardowy. W żadnym miejscu oferty wykonawca nie wskazał, że wbrew sporządzonemu opisowi, jego intencją nie było w rzeczywistości oferowanie rozwiązania z elementami automatyki. W szczególności za nieskuteczne Izba uznała powoływanie się na ogólne oświadczenie znajdujące się w formularzu ofertowym, że wykonawca wykona roboty budowlane zgodnie z SIWZ. Zgodnie z wielokrotnie wyrażanym przez Izbę poglądem wykonawca nie może powoływać się na ogólne oświadczenie o zgodności robót budowlanych z SIWZ, w sytuacji gdy bardziej szczegółowy dokument, którego celem miało być potwierdzenie zgodności oferowanego rozwiązania z SIWZ temu przeczył. Celem dokumentu było bowiem potwierdzenie prawidłowości oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym. Natomiast zapewnienie przez wykonawcę dopiero w odwołaniu, iż elementy automatyki nie zostały zaofero-

wane należało uznać za spóźnione. Zgodzić się należało również z zamawiającym, iż zastosowanie instytucji wezwania do wyjaśniania treści oferty wynikającej z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp było w okolicznościach danej sprawy niedopuszczalne. Skorzystanie z tej instytucji doprowadziłoby do niedozwolonej w świetle art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp zmiany treści ofert, gdyż wykonawca musiałby złożyć oświadczenie sprzeczne ze złożoną przez niego specyfikacją techniczną proponowanej oczyszczalni, co prowadziłoby do zmiany treści oferty.

122. Sygn. akt: KIO 1058/12, Wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012 r.

Zrozumienie istoty wynagrodzenia ryczałtowego ma niebagatelne znaczenie dla oceny złożonych ofert. Należy uświadomić sobie bowiem, iż z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że o zakresie świadczenia, do którego wykonania wykonawca będzie zobowiązany za określoną w ofercie kwotę, nie decyduje kosztorys ofertowy, ale szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Jeżeli zatem wykonawca jakichś robót nie wycenił lub je pominął, a ich wykonanie wynikało z dokumentacji projektowej, wykonawca nie ma prawa żądać za nie dodatkowego wynagrodzenia. Jeżeli zaś pominięte roboty wchodziły w zakres przedmiotowy zamówienia, brak wyceny ich wartości nie zwalnia wykonawcy z obowiązku ich wykonania (wyrok z dnia 15.01.2010 r. Sądu Okręgowego w Kielcach, sygn. akt VII Ga 163/09).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż brak wyceny określonych pozycji kosztorysowych nie oznacza, iż wykonawca nie będzie zobowiązany do wykonania prac w nich ujętych i to w ramach ustalonego wynagrodzenia. Brak wyceny tej pozycji nie będzie również stanowił przeszkody dla rozliczenia inwestycji, bowiem cena za realizację inwestycji została określona w ofercie i tylko to cena ma charakter wiążący. Należy bowiem podkreślić, że w okolicznościach towarzyszących sporządzeniu oferty, kosztorys ofertowy miał znaczenie jedynie pomocnicze dla wykonawcy przy szacowaniu kwoty, za którą jest w stanie podjąć się realizacji zamówienia. Skoro wykonawca zaniechał wyceny określonych pozycji, to konsekwencje tegoż zaniechania ponosi sam wykonawca, ale są one jedynie takie, iż wykonawca będzie zobowiązany do realizacji całego przedmiotu zamówienia, określonego przez Zamawiającego, za cenę podaną w ofercie. Konsekwencją braku wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, nie jest zaś wadliwość oferty Odwołującego, polegająca na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem zakres świadczenia, przyjmując ryczałtowy charakter zamówienia i wynikające z istoty tegoż wynagrodzenia skutki, odpowiada temu wynikającemu z SIWZ. Zatem, stwierdzić należy, iż błędy rachunkowe, zawarte w kosztorysie sporządzonym przez Odwołującego, nie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a tym samym nie mogły być podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego.

123. Sygn. akt: KIO 1150/12, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r.

Po pierwsze, rzeczywiście istniały pewne rozbieżności w SIWZ (co zresztą Zamawiający przyznał), zarówno pomiędzy dokumentacją projektową, a przedmiarem, oraz pomiędzy poszczególnymi wskazówkami w opisie technicznym co do rodzaju tynku. Takie rozbieżności nie mogą wywoływać dla wykonawcy negatywnego skutku. Po drugie, Zamawiający udzielając odpowiedzi na zadane pytanie co do charakteru kosztorysu ofertowego, powstrzymał się od zajęcia stanowiska w tej mierze, a jedynie wskazał, że podstawą wyceny jest dokumentacja projektowa, a więc – w konsekwencji – nie przedmiary. Zatem trudno obecnie twierdzić, że Odwołujący, składając ofertę zgodną z przedmiarem, złożył ofertę niezgodną z SIWZ; Zamawiający mógłby ewentualnie twierdzić, że doszło do nieprawidłowej wyceny (wobec wskazówki, że w tym zakresie decydująca jest dokumentacja projektowa), jednak rozbieżności w tym zakresie w samej dokumentacji projektowej również nie mogą negatywnie rzutować na sytuację wykonawcy w postępowaniu. Po trzecie, zaoferowana cena jest ceną ryczałtową i jako taka obejmuje również elementy, które mogą nie być wskazane w przedmiarze, a są konieczne do realizacji przedmiotu zamówienia, zatem ewentualna niezgodność pomiędzy

kosztorysem ofertowym a dokumentacją projektową nie wywołuje żadnego skutku – i tak wykonawca, zgodnie z postanowieniami SIWZ i projektu umowy, zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. Po czwarte, Zamawiający nie przypisał żadnego skutku, wiążącego się ze złożeniem kosztorysu ofertowego, w takiej sytuacji, wobec pozostałych uregulowań SIWZ, należy przyjąć, że miał on jedynie charakter pogładowy, i trudno nawet twierdzić, że stanowił on treść oferty w ścisłym znaczeniu.

Niezależnie od powyższego, trudno byłoby zaakceptować pogląd Zamawiającego, zgodnie z którym to na Odwołującym ciążył obowiązek ustalenia, jakie wskazówki zawarte w załączonej do SIWZ dokumentacji technicznej są właściwe, i żądać od niego, aby doprowadził do zgodności pomiędzy dokumentacją projektową a przedmiotami, będącymi podstawą sporządzania kosztorysów inwestorskich. W przedmiarach zawarte były konkretne podstawy wyceny – z Katalogów Nakładów Rzeczowych (stanowiących bazę normową do kosztorysowania), wskazywały one na zakres prac, taki, jak ostatecznie podano w kosztorysie inwestorskim (zgodnie z oświadczeniem Odwołującego na rozprawie, niezakwestionowanym przez Zamawiającego), a więc – malowanie tynku. Zamawiający nie mógł się spodziewać, że to Odwołujący samodzielnie dokona wykładni sprzecznych postanowień opisu technicznego i przyporządkuje z własnej inicjatywy nowe podstawy wyceny z KNR-ów, odpowiednio do oczekiwań Zamawiającego, lecz bez jego skonkretyzowanych wskazówek.

W niniejszym postępowaniu rzeczywiście ostatecznie z niespójnych wskazówek w opisie technicznym można wywieść, że należy pokryć elewacje tynkiem barwionym w masie, jednak nie ma to znaczenia dla oceny kosztorysu ofertowego Odwołującego ze względu na opisaną wyżej argumentację. Opis przedmiotu zamówienia powinien być jasny, jednoznaczny, i obowiązek dochowania wskazówek ustawowych w tej mierze ciąży na Zamawiającym. Odwołujący jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, zatem nie było podstaw do odrzucenia jej oferty.

124. Sygn. akt: KIO 1295/12, Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2012 r.

Oznacza to, że w niniejszym stanie faktycznym sporny dokument (kosztorys ofertowy) niewątpliwie nie był wymagany. Zamawiający nie zawarł bowiem w treści SIWZ jednoznacznych postanowień dotyczących obowiązku jego złożenia wraz z ofertą. Tym samym odrzucenie oferty wykonawcy, który tego rzekomego obowiązku nie wypełnił jest nieuprawnione. W niniejszym stanie faktycznym wynagrodzenie ma bowiem charakter ryczałtowy. Wykonawca jest więc zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Natomiast „załączone przedmiary robót służą tylko do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i nie są podstawą do wyliczenia ceny”. Podnoszone obecnie przez zamawiającego okoliczności mające uzasadniać jego żądanie, tj. dofinansowanie inwestycji przez Ministerstwo (...), jak i Urząd Marszałkowski Województwa (...) i związane z tym obowiązki dotyczące rozliczenia przedmiotowej inwestycji, nie znajdują uzasadnienia. Zamawiający powinien był bowiem zadbać o swoje interesy na wcześniejszym etapie postępowania i stosownie postanowienia zawrzeć w treści SIWZ. SIWZ jest bowiem takim dokumentem w postępowaniu, który ma decydujące znaczenie dla wykonawców, gdyż określa stawiane im wymagania, zawiera opis przedmiotu zamówienia, wyznaczając jednocześnie zakres ich obowiązków na etapie wykonania zamówienia. Dlatego też powinna ona być jednoznacznie sformułowana, zaś wszelkie nieściśności i braki nie mogą obciążać wykonawców. Tym samym Izba uznała, iż nieuprawnionym było odrzucenie oferty odwołującego.

125. Sygn. akt: KIO 1359/12, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2012 r.

Izba wskazuje, iż ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 – do odrzucenia oferty, o ile jej

treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, iż o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu, w złożonej ofercie przez Odwołującego brak jest zgodności pomiędzy oświadczeniem, jakie złożył Odwołujący, a wymaganiami Zamawiającego. Nie została również dowiedziona przez Odwołującego zgodność oświadczenia woli złożonego przez Odwołującego z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. (...)

Oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada wymaganiami określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jej uchybienia niemożliwe są do poprawy zgodnie z obowiązującym przepisem art. 87 ustawy, co prowadzi do wniosku, uwzględniając specyficzny charakter postępowania o udzielenie zamówienia, iż niemożliwym było przyjęcie przez Zamawiającego złożonej przez Odwołującego oferty.

Odwołujący podnosił, że brak dokonanej zmiany w kosztorysie ofertowym, który w ocenie Odwołującego jest dokumentem pomocniczym uwzględniający pkt 3 i 4 formularza oferty, przesądza o tym, że Odwołujący miał wolę zaferowania przedmiotu zamówienia, tj. wykonania drenażu z rur dwuwarstwowych perforowanych PE. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Izba w tym względzie podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie i piśmiennictwie, że generalne oświadczenie wykonawcy o zaakceptowaniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykonaniu przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zastępuje wymaganych szczegółowych opisów dotyczących, np. przedmiotu zamówienia, sposobu realizacji zamówienia itp. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 czerwca 2010 roku sygn. akt KIO/1045/10).

126. Sygn. akt: KIO 1549/12, Wyrok KIO z dnia 8 sierpnia 2012 r.

W tym kontekście także za niezgodne z ustawą, z art. 89 ust. 1 Pzp Izba uważa określenie w siwz skutku niezłożenia wyjaśnień. Ustawa wskazuje na katalog przestępstw odrzucenia oferty. Ich badanie przez zamawiającego każdorazowo winna cechować należyta staranność z uwzględnieniem reguł wykładni oświadczeń woli wynikających z kodeksu cywilnego oraz wszelkich okoliczności sprawy. Nie może zyskać akceptacji Izby zatem przesądzenie już w siwz, iż niezłożenie wyjaśnień zawsze będzie oznaczało konieczność odrzucenia oferty ubiegającego się o zamówienie wykonawcy. Takich postanowień siwz nie sposób pogodzić z wyrażonymi w art. 7 ust. 1 Pzp podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych. Powołane motywy legły u podstaw rozstrzygnięcia Izby sprowadzającego się do nakazania zamawiającemu modyfikacji treści siwz poprzez wykreślenie spornych jej postanowień.

127. Sygn. akt: KIO 1747/12, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r.

Sanować powyższego nie może oświadczenie (woli) odwołującego zawarte na stronie 1 formularza ofertowego, z którego to wynika, iż odwołujący zaferował wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Oświadczenie to nie wpływa bowiem na ocenę merytoryczną oferty, gdyż zgodności treści oferty z treścią SIWZ, nie można wywodzić na podstawie samego oświadczenia wykonawcy, jeżeli z pozostałych, żądanych przez zamawiającego dokumentów oferty okoliczność ta nie wynika.

128. Sygn. akt: KIO 1755/12, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób kategoryczny wymagał złożenia kalkulacji cenowej, a nieprzedłożenie takiego dokumentu skutkuje sankcją odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Zamawiającego, że powyższy dokument miał jedynie charakter pomocniczy. Jeśli Zamawiający nie miał zamiaru weryfikować ofert w oparciu o wymaganą kalkulację, nie żądałby jej na etapie składania ofert. Dodatkowo – biorąc pod uwagę postanowienia specyfikacji – wymagana kalkulacja miała stanowić również opis przedmiotu zamówienia (pełniła podwójną funkcję co wynikało z pkt VI ppkt 9 SIWZ). Informacje w niej zawarte niewątpliwie dotyczą m.in. obiektów Zamawiającego, czy też typu filtra, jak i producenta, jednak to te właśnie informacje mogły mieć istotny wpływ na kalkulację zaproponowanej przez wykonawcę ceny oraz wskazywały sposób świadczenia zamówienia. Zatem stanowiły treść oferty, co sam Zamawiający potwierdził w VI ppkt 9 SIWZ.

Wątpliwe oraz niespójne jest również twierdzenie Zamawiającego, że powyższy dokument – tj. kalkulacja cenowa – miała wyłącznie charakter pomocniczy, biorąc pod uwagę deklarację Zamawiającego, iż w przypadku gdyby wykonawca pominął którąś z pozycji w kalkulacji, to rozważałby wystąpienie do wykonawcy o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro powyższy dokument miał charakter wyłącznie pomocniczy i nie stanowił treści oferty, to niezasadnym byłoby – w świetle złożonych wyjaśnień – występowanie o jakiegokolwiek wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty. W konsekwencji powyższy dokument w ocenie Izby nie podlegał uzupełnieniu i niezłożenie go wraz z ofertą skutkowało jej odrzuceniem.

Art. 89 ust. 1 pkt 3**129. Sygn. akt: KIO 1287/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.**

Na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucenia ofert, spełniających przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. – *przyp. red.*], bądź naruszających postanowienia ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.). W przekonaniu Izby, zamawiający wykazał zaistnienie powyższych okoliczności poprzez podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty odwołującego i spółki X. Z okoliczności faktycznych tej sprawy wynika, że odwołujący firma Y Piotr T. oraz X Sp. z o.o. mają siedzibę w tym samym miejscu, korzystają wspólnie z potencjału technicznego i osobowego. Ponadto, Piotr T. jest zarówno współnikiem jak i Wiceprezesem X Sp. z o.o. uprawnionym do jej jednoosobowej reprezentacji. Dawało to więc odwołującemu możliwość samodzielnego decydowania, zarówno w odniesieniu do złożenia ofert przez ww. podmioty, jak i ukształtowania cen tych ofert oraz wszystkich innych elementów. Wprost z wymienionych faktów, wynika zatem działanie we wzajemnym porozumieniu i pełnej wiedzy o tych ofertach, które z założenia ustawowego winny ze sobą uczciwie konkurować. W zaistniałych uwarunkowaniach, Izba nie dopatrzyła się innego celu uczestniczenia w przetargu przez wymienione podmioty ściśle ze sobą powiązane, jak tylko uzyskanie przedmiotowego zamówienia za droższą cenę, przy wykorzystaniu określonych mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych – nakazujących wzywanie wykonawców do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału, czy też wykorzystania możliwości uchylecia się od zawarcia umowy przez wybranego wykonawcę. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że wykonawcy: Y i X działali w porozumieniu, którego celem było uzyskanie zamówienia za kwotę wyższą, oferowaną przez firmę X. Świadczy o tym niezłożenie kompletnej oferty przez Y – oferta tańsza. W sytuacji, gdyby oferta firmy X klasyfikowała się jako kolejna po ofercie Firmy Y, oferta tej firmy jako niespełniająca warunków postępowania, przy celowym braku uzupełnienia dokumentu – co pozostawało w gestii odwołującego – zostałaby odrzucona, a wybrana zostałaby

oferta droższa firmy X, przy czym zamówienie wykonywane byłoby również przez Y jako podwykonawcę. Z całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu odrzuconych ofert wynika, iż działanie wykonawcy proponującego cenę niższą było ukierunkowane na wybór oferty wykonawcy proponującego cenę wyższą. Trafnie również podnosił zamawiający, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia wybór kolejnej oferty, jeżeli wykonawca wybrany uchyla się od zawarcia umowy, chyba że postępowanie podlegałoby unieważnieniu. W przeświadczeniu Izby, odwołujący mógł liczyć na taki rozwój sytuacji, że oferta X Sp. z o.o. będzie drugą sklasyfikowaną w kolejności najniżej ceny, zatem gdyby odwołujący uchylił się od uzupełnienia dokumentów, czy zawarcia umowy, zamówienie mogłoby przypaść w udziale X Sp. z o.o. za cenę (odliczając kwotę 30 000 wadium) około 300 000,00 zł wyższą. Powyższe dowodzi, zdaniem Izby, że odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Działanie takie uderzało w innych uczestników przetargu i w ich uzasadnione interesy gospodarcze wyboru prawidłowej oferty – utrudniając przy tym dostęp do rynku. Nawet jeżeli określone działanie nie mieściłoby się w katalogu czynów wyraźnie zakazanych przez Uznk, czy inną ustawę, a naruszało jedynie dobre obyczaje – zagrażając interesom innego wykonawcy, konkretnie firmy Z – Izba była uprawniona na podstawie klauzuli generalnej – jako uniwersalnego zakazu nieuczciwej konkurencji, uznać konkretny czyn za zabroniony i orzec podstawy do zastosowania przez zamawiającego sankcji przewidzianych w ustawie Pzp.

Okoliczności sprawy wskazują, iż podstawowe znaczenie należało przypisać jednak niewątpliwemu „porozumieniu” towarzyszącemu złożeniu kwestionowanych ofert. W warunkach, gdzie odwołujący znał treść własnej oferty i oferty X Sp. z o.o. – które samodzielnie ukształtował, składając pod nimi swój podpis – w przekonaniu Izby, można mówić o swoistej zмовie przetargowej, jako kolejnym zakazanym działaniu, wyczerpującym stan faktyczny niniejszej sprawy. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego podał, iż jego zastrzeżenia budziło działanie wykonawców w porozumieniu – co wyczerpuje dyspozycję zмовy przetargowej – nazwanej tak wprost w odpowiedzi na odwołanie. Definicję zмовy przetargowej zawiera art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.), zgodnie z którym zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Dokonując przełożenia definicji zмовy przetargowej na komentowany stan faktyczny, okoliczności świadczą, że sytuacja taka miała miejsce – a celem byłoby wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, poprzez możliwe uchylenie się wykonawcy Y Piotr T. od uzupełnienia dokumentów lub zawarcia umowy i doprowadzenia do zawarcia umowy za droższą cenę z X Sp. z o.o. Zatem dla wywiedzenia zмовy przetargowej – nie można wykluczyć celowego działania zarówno po stronie odwołującego, jak i po stronie X Sp. z o.o., skoro wyłączne decyzje w tym zakresie skupiał odwołujący. Dla stwierdzenia porozumienia (zмовy przetargowej) nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to – co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzały i mogły one osiągnąć.

130. Sygn. akt: KIO 1306/12, Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2012 r.

Jak słusznie zauważono w odwołaniu ustawa nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji, lecz odsyła w tym zakresie do uznk [*ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. – przyp. red.)*]. Ustawa ta w art. 3 zawiera definicję ogólną czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Szczegółowa specyfikacja

czynów nieuczciwej konkurencji zawarta jest w przepisach art. 5–17 tej ustawy. Wśród wielu czynów zaliczanych do nieuczciwej konkurencji wymienia w art. 15 ust. 1 czyn polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Przepis ten specyfikuje w sposób przykładowy czyny, które naruszają uczciwą konkurencję poprzez utrudnianie dostępu do rynku. Nie jest to jednak katalog zamknięty. Utрудnianiem dostępu do rynku może być każde nieuczciwe działanie innego przedsiębiorcy, które powoduje eliminowanie z wolnej gry rynkowej innych przedsiębiorców rzetelnie oferujących swoje towary czy usługi. Izba zgadza się także z odwołującym, że zaoferowanie czasów reakcji patroli interwencyjnych, które w normalnym funkcjonowaniu agencji ochrony są nierzeczywiste, tylko w celu pozyskania zamówienia może zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, który uniemożliwia innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu i rzetelnie sporządzającym swoją ofertę, pozyskanie zamówienia tylko z tego powodu, że zaoferowali realne czasy interwencji. Skoro zamawiający w ramach kryteriów oceny oferty niejako zapremiował szybkość przedmiotowej reakcji grupy interwencyjnej, to powyższe działanie zdaje się skłaniać wykonawców do wskazywania jak najkrótszych parametrów w tym zakresie, nawet jeśli byłyby one nierealne do wykonania. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, takie działania nakierowane by były na uzyskanie przedmiotowego zamówienia – zmierzały do wygrania za wszelką cenę przetargu prowadzonego przez zamawiającego, nawet jeśli w tym celu podano nierealny czas reakcji grupy interwencyjnej, co w istocie stanowiłoby zachowanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w działalności gospodarczej, godzące w zasady uczciwej konkurencji. Takim zachowaniem z całą pewnością jest oferowanie świadczenia w konkretnych warunkach niewykonalnego do spełnienia (mowa tu o spornym czasie reakcji grupy interwencyjnej) po to tylko, by uzyskać zamówienie (tak też w wyroku KIO z 16 czerwca 20120 r., sygn. akt KIO 1059/10).

Art. 89 ust. 1 pkt 4

131. Sygn. akt: KIO 601/12, Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r.

Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, ewentualnie wyjaśnienia takie mają w ogólnie nie zostać złożone (art. 90 ust. 3). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, iż nawet przy podejrzeniu granicznym z pewnością, powstaniu należyście uzasadnionego domniemania faktycznego, czy nawet zgromadzeniu stosownych dowodów, iż zaoferowana cena spełnia cechy ceny o takim charakterze, zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności niejako ekskulpujących, np. przez wykazanie okoliczności przykładowo wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp.

Tym samym z ustalenia i potwierdzenia (udowodnienia) – w znaczeniu ustalenia prawdy materialnej – wystąpienia ceny rażąco niskiej, jako podstawy odrzucenia oferty, zwalnia zamawiającego jedynie niezłożenie przez wykonawcę wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Pzp lub okoliczność, iż z samych wyjaśnień wynika, iż cena taka wystąpiła. Tudzież uznać można, iż zamawiający będzie zwolniony z pełnego udowodnienia wykonawcy, iż oferowana przezeń cena jest rażąco niska w przypadku gdy wystąpi domniemanie faktyczne wystąpienia ceny tego typu, a wykonawca obalić takiego domniemania nie zdoła.

(...) rynek i dyktowany przezeń poziom cen, w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Dowodzenie wystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych nakładów materiałowych czy pracy, a następnie ich rynkowych kosztów. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe należy powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych,

najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wyagań rynku, przerzuciłyby na wykonawcę, którego cena jest rozpatrywana.

132. Sygn. akt: KIO 684/12, KIO 686/12, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 r.

(...) nawet gdyby wystąpiła sytuacja, że w oparciu o dowody zebrane przez Zamawiającego czy dostarczone np. przez innego wykonawcę, iż zaofferowana cena spełnia cechy ceny rażąco niskiej, to i tak Zamawiający musi najpierw na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, dać wykonawcy możliwość do wypowiedzenia się i wykazania okoliczności wskazujących na nie potwierdzenie domniemania faktycznego wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie.

Taki obowiązkowy tryb wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego co do zaistnienia rażąco niskiej ceny oferty wynika z wprost z przepisu art. 90 ust. 1 – „zamawiający (...) zwraca się do wykonawcy”... Podobne stanowisko w tym zakresie prezentuje również ETS, który w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. (sygn. akt: C-599/10) – w sprawie wniosku o interpretację art. 2 (zasada równości), art. 51 (wezwanie do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów) i art. 55 (wyjaśnienie rażąco niskiej ceny) dyrektywy 2004/18/WE orzekł, „że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne, co ma zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach”.

133. Sygn. akt: KIO 848/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp. Przywołany przepis stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny oferty.

W postępowaniu zamawiający ustalił wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 2.998.607,62 zł, z czego wartość przewidywanych zamówień uzupełniających wynosi 977.063,42 zł. Cena oferty X Sp. z o.o. wynosi 1.837.442,88 zł, oferty Y – 2.094.213,74 zł, Z S.A. – 2.209.642,85 zł. Odwołujący złożył ofertę z najwyższą ceną – 2.306.226,38 zł.

Izba zważyła, że punktem odniesienia przy badaniu, że cena oferty jest rażąco niska, a tym samym stwierdzenia podstawy do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia jest przedmiot zamówienia, a nie jedynie jego wartość. Dostrzec trzeba, że odwołujący za wyjątkiem odniesienia się do ceny własnej oferty oraz wartości przedmiotu zamówienia, nie powołał żadnych okoliczności świadczących o nierealności ceny oferty X Sp. z o.o., lub o braku możliwości realizacji zamówienia za kwotę podaną w ofercie. Tymczasem cena rażąco niska, to cena skalkulowana nierzetelnie, z pominięciem realiów rynkowych, za którą nie można zrealizować przedmiotu zamówienia.

Samo odniesienie się do ceny oferty X Sp. z o.o. za pomocą kryterium arytmetycznego Izba uznała – w okolicznościach sprawy – za niewystarczające. Odwołujący błędnie odnosi cenę oferty X Sp. z o.o. do wartości zamówienia uwzględniającej wartość przewidywanych zamówień uzupełniających. Tymczasem stosownie do art. 36 ust. 2 pkt 3 oraz art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp zamówienia uzupełniające stanowią nową umowę – nowe zamówienie, udzielane dotychczasowemu wykonawcy w trybie z wolnej ręki, które będzie odrębnie wynagradzane. Zatem wartością, do której należy odnieść cenę oferty X Sp. z o.o. dla potrzeb ustalenia, że cena oferty może być ceną rażąco niską, jest wartość zamówienia podstawowego, z pominięciem wartości przewidywanych zamówień uzupełniających – 2.021.544,20 zł.

Należy zwrócić uwagę, że cena oferty X Sp. z o.o. nie odbiega w istotny sposób od cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Wbrew stanowisku odwołującego, przyjmując za punkt odniesienia ceny ofert innych wykonawców uwzględnia się ceny ofert złożonych w postępowaniu (co do zasady, zwłaszcza w postępowaniach, gdzie złożono dużo ofert, średnią cenę grupy ofert z kolejnymi cenami po cenie oferty badanej), a nie jedynie ceny ofert nieodrzuconych. Niezasadne jest pominięcie przy ustaleniu, czy zachodzi podstawa do wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, niekwestionowanych cen ofert, które zostały odrzucone z innych przyczyn. Nie ma zatem racji odwołujący, wskazując wyłącznie cenę oferty własnej z największą ceną, jako uzasadnienie naruszenia art. 90 Pzp.

134. Sygn. akt: KIO 1209/12, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2012 r.

Przy ocenie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny – tak w pierwszej fazie, kiedy zamawiający decyduje się na skierowanie zapytania do wykonawcy o wyjaśnienie elementów jego ceny, jak i w drugiej fazie tej oceny, gdy zamawiający ocenia udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia – należy wartość cenową oferty odnosić do przedmiotu zamówienia. Wartość przedmiotu zamówienia to przede wszystkim wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego z należytą starannością w trybie art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, która dla celów porównania z ceną ofertową należy podnieść o wartość podatku VAT. Ta wartość stanowi podstawowy element porównania ceny ofertowej pod kątem jej realności. Wielokrotnie zdarza się jednak, że szacunek wartości przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego odbiega od realiów rynkowych i gospodarczych, w których konkretne oferty w konkretnym postępowaniu są składane. Z tych też względów dla prawidłowej weryfikacji, czy oferta zawiera cenę realną, czy też rażąco niską, (...) obok wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT, (...) pod uwagę także inne wyznaczniki, takie jak ceny ofert złożonych w danym postępowaniu, czy też ceny rynkowe na dane usługi, produkty czy roboty budowlane.

Art. 89 ust. 1 pkt 5

135. Sygn. akt: KIO 684/12, KIO 686/12, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 r.

(...) Izba ustaliła, że bezsporne w sprawie jest iż po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nieograniczonym [*chodzi o przetarg ograniczony – przyp. red.*] jeden z członków konsorcjum dokonał przekształceń prawno organizacyjnych, polegających na wniesieniu całego majątku tej firmy do innego podmiotu gospodarczego, która skutkowałą modyfikacją podmiotową składu Konsorcjum Wykonawców. Oceniając powyższe Zamawiający uznał, że oferta złożona została przez konsorcjum w innym składzie niż to wynikało z zaproszenia do złożenia oferty i w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt. 5 ofertę tego konsorcjum odrzucił. (...)

Jak wyżej wskazano przedmiotowe postępowanie toczy się w trybie przetargu ograniczonego. W ramach procedury przetargu ograniczonego można wyodrębnić dwie fazy – składania wniosków o dopuszczenie od przetargu oraz składania ofert. W postępowaniu może uczestniczyć tylko i wyłącznie wykonawca, który złożył uprzednio wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy i nie podlega wykluczeniu w oparciu o przepisy art. 24 ust 1 i 2 ustawy Pzp. Tylko wykonawca zweryfikowany przez Zamawiającego – uznany za wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu i zdolnego do realizacji zamówienia może otrzymać zaproszenie do złożenia oferty. Tym samym należy stwierdzić, że zaproszenie do złożenia oferty jest kontynuacją – następstwem ustaleń dokonanych na etapie oceny złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w stosunku do danego wykonawcy. Z tego faktu należy wywodzić że dokonana weryfikacja wykonawcy – konsorcjum przesądziła o możliwości zaproszenia do złożenia oferty.

W przedmiotowej postępowaniu mam do czynienia z sytuacją, kiedy jeden z członków konsorcjum – Firma (...) Piotr K. dokonuje zbycia przedsiębiorstwa w dniu 1 listopada 2011 roku i w tym dniu następuje przeniesienia jego przedsiębiorstwa-praw majątkowych i nie majątkowych do spółki komandytowej. Zaproszenie do złożenia oferty konsorcjum otrzymało w dniu 12 grudnia 2011 roku, a więc po terminie wniesienia całości praw do spółki komandytowej. To zaproszenie nie było adresowane do Konsorcjum wykonawców, w skład którego wchodziła spółka komandytowa, lecz dotyczyło konsorcjum, którego członkiem był Piotr K. prowadzący przedsiębiorstwo jako osoba fizyczna, na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. Tym samym w danym momencie zaproszenie skierowano do konsorcjum, którego członek już nie istniał w tej formie organizacyjnej, w szczególności zarówno co do majątku jak i posiadanego doświadczenia, gdyż zostało ono przeniesione na spółkę komandytową. Dlatego też uprawnienie do złożenia oferty nie mogło podzielić losu prawnego przedsiębiorstwa i zostać wniesione jako aport do spółki komandytowej. W oparciu o powyższe zasadne jest stwierdzenie, że w chwili przesłania zaproszenia do złożenia oferty dla konsorcjum X konsorcjum to nie było jako całość zweryfikowane przez Zamawiającego, bo w jego składzie nastąpiła istotna zmiana mająca bezpośredni skutek dla całego konsorcjum. (...)

Zgodnie z art. 47 i art. 51 ust. 1 Pzp uprawnienie do złożenia oferty powstaje z chwilą otrzymania zaproszenia do jego złożenia. W przedmiotowej sprawie nastąpił brak tożsamości podmiotowej między podmiotami składającymi wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a składem składającym ofertę, co ma kolosalne znaczenie w postępowaniu w tym trybie, gdyż w pierwszym etapie następuje weryfikacja podmiotowa uczestników konsorcjum. Zmiana w składzie konsorcjum oznaczałaby, że w postępowaniu bierze udział inny wykonawca niż ten, którego badano, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. W konsekwencji Odwołujący nie jest wykonawcą uprawnionym do złożenia oferty, gdyż tego uprawnienia nie posiada jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. To pociąga za sobą konieczność uznania, że uprawnienie to na podstawie art. 23 ust. 3 Pzp nie istnieje po stronie wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum.

Podnieść należy w oparciu o powyższe ustalenia, że podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie przystępując do postępowania muszą pamiętać, o tym, że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które przebiega etapowo, jak to ma miejsce w przypadku przetargu ograniczonego, niedopuszczalne są zmiany w składzie konsorcjum w trakcie postępowania po zakwalifikowaniu wykonawcy do kolejnego etapu. Zmiany w składzie konsorcjum mogą mieć miejsce do momentu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu, w postępowaniach etapowych. Potem zmiana w składzie konsorcjum oznaczałaby, że w postępowaniu bierze udział inny wykonawca niż ten, którego badano, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zmiana składu przedstawicieli w konsorcjum jest jednoznaczna zmianą oferenta.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

136. Sygn. akt: KIO 639/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.

(...) obowiązek weryfikacji prawidłowości zastosowanej stawki obciąża Zamawiającego także wtedy, gdy Zamawiający w SIWZ nie podał wiążących wskazówek co do określonej stawki podatku VAT. Konsekwencją braku stosownej regulacji w SIWZ dotyczy jedynie możliwości poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Błąd w zastosowanej stawce podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który, o ile nie podlega korekcie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, skutkować winien odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Tym samym Zamawiający był zobligowany do weryfikacji, czy zastosowana dla obliczenia ceny jednostkowej oraz wartości oferty stawka podatku VAT jest zgodna z przepisami prawa.

Art. 89 ust. 1 pkt 8**137. Sygn. akt: KIO 1389/12, Wyrok KIO z dnia 19 lipca 2012 r.**

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez (...) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, z uwagi na jej nieważność w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Podnosił, iż osoba, która złożyła ofertę w imieniu powołanego Wykonawcy, zaniechała przybiccia pod treścią oferty pieczęci imiennej, zaś podpis, którym opatrzyła ofertę przypomina parafę i nie pozwala na wyróżnienie imienia i nazwiska, a tym samym na „jednoznaczne stwierdzenie danych podpisującego”. Tymczasem, zdaniem Odwołującego, w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, własnoręczny podpis, o którym mowa w art. 78 kc, to podpis, z którego wynika brzmienie nazwiska, ale także imienia. Bez takiego podpisu, w ocenie Odwołującego, oferta (...) jest nieważna.

Izba ustaliła, iż oferta złożona przez (...) została opatrzona czytelnym, ręcznym zapisem pełnego nazwiska pełnomocnika. W ocenie składu orzekającego okoliczności te uznać należy za wystarczające, aby uznać, że oferta została podpisana w sposób wypełniający wymagania art. 78 kc, który wymaga, dla zachowania pisemnej formy czynności prawnej, złożenia własnoręcznego podpisu. Skład orzekający stanął na stanowisku, iż podpis taki musi obejmować co najmniej nazwisko, przy czym powołany przepis nie wymaga, aby podpis był czytelny. Podpis nieczytelny powinien jednak być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę. Izba uwzględniła tu argumentację Sądu Najwyższego w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 30 grudnia 1993 r., sygn. akt III CZP 146/93. Mając to na uwadze Izba uznała, iż zarzut podnoszony przez Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 90**138. Sygn. akt: KIO 882/12, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 r.**

Wyjaśnienia złożone przez odwołującego należało uznać za wyjątkowo ogólne, uniemożliwiające zamawiającemu dokonanie nawet próby przesądzenia, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Wykonawca posłużył się ogólnymi sformułowaniami, nawiązującymi do nieskonkretyzowanych okoliczności, w oparciu o które nie sposób wywieść, jakie w istocie elementy cenotwórcze uwzględniono w cenie, a także, w jaki sposób zasygnalizowane przez odwołującego w wyjaśnieniach okoliczności (oszczędności i brak potrzeby ponoszenia wyszczególnionych wydatków, jak np. preferencyjne warunki zakupu, amortyzacja i spłacenie sprzętu) przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Z wyjaśnień tych nie wynika również, iż odwołujący założył jakikolwiek zysk na inwestycji. Na podstawie tak sformułowanych wyjaśnień zamawiający nie mógł w żaden sposób przeanalizować poprawności kalkulacji ceny, a w konsekwencji zamawiający nie miał żadnych podstaw do ustalenia, czy ma ona charakter rynkowy. Co więcej, odwołujący w treści odwołania sam przyznał, że wyjaśnienia przedstawione przez niego zamawiającemu były niepełne, zaś w trakcie rozprawy przyznał, że zarówno w ofercie, jak i w wyjaśnieniach nie wskazał istotnego składnika cenotwórczego jakim jest zysk (marża).

W miejsce szczegółowych wyjaśnień, które odwołujący winien złożyć zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie odwołujący wniósł odwołanie. Jednakże kalkulacja znajdująca się dopiero w odwołaniu i składane na jej poparcie dowody nie mogły zastąpić samych wyjaśnień, które winny zostać złożone w toku badania i oceny ofert. W świetle przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca ma bowiem obowiązek złożyć wyjaśnienia w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Dopuszczenie możliwości złożenia wyjaśnień dopiero na etapie postępowania odwoławczego stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, oznaczałoby przedłużenie prawa do ich złożenia poza termin wyznaczony przez zamawiającego z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga również, iż w świetle art. 180 ust. 1

ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów, czy wyjaśnień składanych zamawiającemu a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania.

**139. Sygn. akt: KIO 1126/11, KIO 1154/11, KIO 1158/11,
Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 r.**

(...) oświadczenia składane przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny mają przekonać zamawiającego, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy – pozwalający oczekiwać z racjonalną pewnością, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie wykonana należycie za oferowaną cenę. Wyjaśnienia takie muszą mieć charakter indywidualny i uzasadniać wysokość konkretnej ceny ofertowej za dany przedmiot świadczenia w sposób możliwy do obiektywnej weryfikacji. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień winien mieć na względzie, że czynność wezwania ma doniosłe znaczenie prawne. Wyjaśnienia ogólnikowe nie uzasadniające wysokości ceny ofertowej nie rozwiewające wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny niosą skutek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia udzielone przez (...) w żaden sposób nie uzasadniają wysokości ceny oferty tak dalece odbiegającej od cen ofert pozostałych wykonawców oraz od wartości przedmiotu zamówienia. W kręgu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu są wykonawcy o różnym rozmiarze przedsiębiorstwa, znaczących obrotach i stosujący nowoczesne metody zarządzania. Każdy z punktów wyjaśnień odwołującego dotyczy w równym stopniu jego konkurentów oferujących cenę znacznie wyższą. Nadto, w ocenie Izby, odwołujący nie wskazał na znaczenie któregokolwiek z elementów dla ceny oferty, udzielona odpowiedź nie zawiera też żadnych zindywidualizowanych i zobiektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny. Odpowiedź analizowana wg zasad doświadczenia życiowego i poprawnego rozumowania nie prowadzi do ustalenia rzetelności ceny oferty.

140. Sygn. akt: KIO 1145/12, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy o charakterze wyjaśniającym, również uprawnia zamawiającego do zwrócenia się do wykonawców o złożenie stosownych wyjaśnień, o ile cena oferty jest wątpliwa co do jej wysokości, stosownie do ceny przedmiotu zamówienia, cen innych ofert, czy cen rynkowych. W ocenie Izby, nie ma uzasadnienia, by na podstawie faktu, że zamawiający zwrócił się do jednego wykonawcy o złożenie wyjaśnień przy różnicy ceny jego oferty w stosunku do ceny przedmiotu zamówienia i pozostałych dwóch ofert w granicach 51%–57%, a do drugiego wykonawcy będącego w innej sytuacji pod względem ceny, nie sformułować zarzutu naruszenia wskazanych przepisów. Odwołujący przedstawił zarzuty w tym zakresie wyłącznie na tej podstawie. Fakt, że obie oferty zawierają ceny niższe niż ustalona przez zamawiającego cena zamówienia, szczególnie, że dotychczasowym wykonawcą usługi jest odwołujący, który zaoferował cenę oferty niższą od kwoty wskazanej przez zamawiającego o ponad 7%, potwierdza okoliczności konkurencji wykonawców.

141. Sygn. akt: KIO 1166/12, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2012 r.

(...) wyjaśnienia nie zawierały innych czynników cenowych i kosztotwórczych, w szczególności żadnego z elementów wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu. Nie negując prawa wykonawcy do samodzielnego konstruowania zakresu składanych wyjaśnień, należy zauważyć, że pominięcie w wyjaśnieniach elementów oczekiwanych przez zamawiającego, przy jednoczesnym złożeniu wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwo-

ści leżących u podstaw wezwania, pociąga za sobą sankcję w postaci odrzucenia oferty. Wykonawca działający z należytą starannością winien odpowiednio zareagować na wezwanie zamawiającego mając na względzie skutki, jakie ustawa wiąże z instytucją wyjaśnień.

Odwołujący może, bądź za pomocą dowolnych środków dowodowych wzmacniać prezentowaną argumentację, lub też poprzestać na wyjaśnieniach, co czyni jednak wyłącznie na własne ryzyko. Zatem w okolicznościach sporu podstawą odrzucenia oferty odwołującego może być wyłącznie brak wskazania w sposób przekonujący obiektywnych czynników uzasadniających w danych okolicznościach sprawy wysokość zaoferowanej ceny. Złożenie wyjaśnień wystarczająco szczegółowych, umotywowanych oraz przekonywujących, że cena nie jest rażąco niska, jest obowiązkiem wykonawcy.

142. Sygn. akt: KIO 1292/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.

Należy zauważyć, że zgodnie z wykładnią językową art. 90 ust. 1 Pzp punktem odniesienia przy analizie ceny oferty jest przedmiot zamówienia, a nie jedynie jego wartość. Oznacza to, że zamawiający jest uprawniony do zwrócenia się o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, w każdym przypadku, gdy powźmie wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania zamówienia przez danego wykonawcę za cenę wskazaną w ofercie.

Prezentowany pogląd potwierdza również wykładnia celowościowa art. 90 ust. 1 Pzp. *Ratio legis* instytucji wyjaśniania ceny oferty jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Dla uzyskania racjonalnej pewności, że dany wykonawca wywiąże się prawidłowo ze swego zobowiązania, posłużenie się samym kryterium arytmetycznym (relacji ceny oferty do wartości przedmiotu zamówienia) może być zawodne. Oczywiście i poparte doświadczeniem życiowym jest stwierdzenie, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia znajdują się w różnej sytuacji ekonomicznej i finansowej, różni ich też organizacja prowadzonych przedsiębiorstw. Cena, za którą jeden wykonawca może wykonać zamówienie zgodnie z treścią zobowiązania zawartego w ofercie i osiągnąć zysk, dla innego wykonawcy będzie niewystarczająca, aby umowę w sprawie zamówienia publicznego wykonać należycie i bez straty na prowadzonej działalności gospodarczej.

Skoro zamawiający powziął wątpliwości, co do ceny oferty i występuje do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, to winien w treści wezwania wskazać wykonawcy, jakich informacji oczekuje. Nakazują to zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zawarte w art. 7 ust. 1 Pzp. Żądanie wyjaśnień rodzi doniosłe skutki prawne – niezłożenie wyjaśnień przez wykonawcę lub udzielenie wyjaśnień niewystarczających prowadzi do odrzucenia oferty wykonawcy. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem wyrażanym przez Sądy Okręgowe złożenie wyjaśnień ogólnikowych, nie rozpraszających wątpliwości zamawiającego zrównane jest w skutkach z brakiem złożenia wyjaśnień w ogóle. Istotne jest zatem, aby wyjaśnienia precyzyjnie odnosiły się do kwestii istotnych dla zamawiającego. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy z treści wezwania będzie jasno wynikać, jakie wątpliwości zamawiający powziął w toku badania wysokości ceny oferty.

Na konieczność precyzyjnego sformułowania wezwania wskazał również Trybunał Sprawiedliwości wyroku z 29 marca 2012 r. (sygn. akt. C-599/10). Zamawiający postąpił zgodnie z przywołanymi zasadami. W wezwaniu do wyjaśnień ceny skierowanych do odwołującego pismem z 6 czerwca 2012 r. wskazał, że oczekuje przedstawienia kalkulacji cen jednostkowych za jednorazową konserwację kserokopiarek i urządzeń wielofunkcyjnych – 3,50 zł oraz kalkulację stawek roboczogodzin z tytułu naprawy sprzętu – 3,50 zł uwzględniające wszystkie elementy cenotwórcze. Nakazał wskazanie: kosztów robocizny ubezpieczenia społecznego, dojazdu, podatku VAT, zysku i innych kosztów.

Żądanie zamawiającego było jasne i precyzyjne. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest złożenie wyjaśnień precyzyjnych, należycie umotywowanych, rozpraszających wątpliwości zamawiającego. Oczywiście jest, że wyjaśnienia winny czynić

zadość żądaniom wskazanym w wezwaniu. Jeżeli odwołujący uznał, że został wezwany bezpodstawnie lub żądania zamawiającego zawarte w treści wezwania są nadmierne, winien w stosownym czasie wnieść odwołanie. Nie budzi wątpliwości Izby, że czynność wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jest samoistną czynnością zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, od której przysługują środki ochrony prawnej.

143. Sygn. akt: KIO 1363/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.

Zamawiający w dniu 6 czerwca 2012 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie można się zgodzić z odwołującym, że treść ww. wezwania ograniczyła wykonawcę co do zakresu wyjaśnień. Zamawiający zaproponował w wezwaniu kilka istotnych elementów oferty do wyjaśnienia, wskazując je „w szczególności”, co nie oznacza jednak, że wykonawca powinien był ograniczyć składane wyjaśnienia tylko do tych punktów. Nie oznacza to również, że zamawiający miał obowiązek ocenić złożone wyjaśnienia wyłącznie w zakresie tych elementów. Zamawiający ma obowiązek ocenić wyjaśnienia w kontekście całego przedmiotu zamówienia i tym samym przedmiotu oferty. Wykonawca ma natomiast obowiązek przedstawić wyjaśnienia przekonujące i rzeczowe co do pełnego zakresu wyceny oferty. Wykonawca powinien przedstawić także dowody na poparcie swoich twierdzeń, gdyż to po stronie wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach okoliczności, które potwierdzałyby, że cena oferty pokrywa wszelkie koszty realizacji zamówienia.

144. Sygn. akt: KIO 1429/12, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2012 r.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego nie powinna być wyłącznie ustalona przez niego wartość zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Ze stanowiska zamawiającego wynika, iż w jego ocenie brak było podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kwestii rażąco niskiej ceny wobec wykonawcy (...) SA. Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku ceny zaoferowanej przez przystępującego istniały podstawy do żądania złożenia przez niego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaoferowana cena w sposób znaczny odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i ceny drugiego wykonawcy.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamó-

wienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... etc. Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Z uwagi na treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie mogła uwzględnić żądania odwołującego się co do nakazania odrzucenia oferty przystępującego się. W przypadku zaistnienia wątpliwości co do zaferowania rażąco niskiej ceny obowiązkiem zamawiającego jest wszczęcie postępowania wyjaśniającego w tym zakresie. Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Dalsze czynności zamawiającego powinny wynikać z ustaleń dokonanych na podstawie przeprowadzonego postępowania.

145. Sygn. akt: KIO 1513/12, Wyrok KIO z dnia 26 lipca 2012 r.

Rację ma Odwołujący twierdząc w odwołaniu, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stwarza swoiste domniemanie rażąco niskiej ceny – i jeżeli wykonawca niełoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie (przy czym akceptuje się pogląd, że wyjaśnienia zbyt ogólnikowe traktuje się jak wyjaśnienia, które nie zostały złożone), to przyjmuje się, że złożył on ofertę z rażąco niską ceną.

146. Sygn. akt: KIO 1487/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.

Rozpoznając odwołanie w zakresie wskazanego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącego podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że w piśmie z dnia 3 lipca 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia – zgodnie z art. 90 ustawy Pzp – wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca w piśmie z dnia 5 lipca 2012 r. stwierdził, że (...) „zapropozowana przez (...) sp. z o.o. wartość kontraktu posiada znamiona rażąco niskiej ceny.” Tym samym w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy odwołanie podlega oddaleniu, albowiem mając na uwadze treść udzielonych wyjaśnień Zamawiający był w pełni uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby istotną okolicznością rozstrzygającą, czy oferta powinna zostać odrzucona jako zawierająca cenę rażąco niską, są także wyjaśnienia składane przez wykonawcę wezwanego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co jednoznacznie wynika z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W tym przypadku wykonawca w miejsce przedłożenia stosownych wyjaśnień przyznał, że cena podana w ofercie jest rażąco niska i w konsekwencji przyjęcie, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 było prawidłowe.

147. Sygn. akt: KIO 1649/12, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012 r.

Izba stwierdziła, że przystępujący w żaden sposób nie wykazał, iż zaferowana przez niego cena za realizację poszczególnych elementów wynika z obiektywnych czynników czy wyjątkowo sprzyjających warunków, które nie są dostępne dla innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Odwołujący na rozprawie w sposób skuteczny wykazał, że znajduje się w co najmniej tak samo dobrej sytuacji, jak przystępujący. Odwołujący oświadczył, jest członkiem grupy X, która ma około 10% rynku sprzedaży biletów lotniczych w Polsce, co stanowi duży atut do negocjacji umów z liniami. Odwołujący wskazał, że posiada cztery umowy zawarte z A, B, C i D, które to twierdzenie poparł złożonymi do akt postępowania kopiami umów. Zaznaczył przy tym, że posiada lepszą pozycję na rynku niż przystępujący, bowiem istnieje na rynku od 21 lat, w tym od 15 przynależy do grupy X. Ponadto, Izba dała wiarę odwołującemu, który

stwierdził, iż dostarczanie biletów drogą elektroniczną jest metodą powszechną od kilku lat, posiadanie doświadczonej kadry to wymóg bycia członkiem IATA, zaś *call center, hot line*, tj. stały kontakt klienta z biurem, jest standardem. Dodatkowo, odwołujący wskazał, iż jako członek grupy X ma możliwość otoczenia klienta opieką w ponad 600 miejscach na świecie za pomocą siostrzanych biur X. Na potwierdzenie powyższego odwołujący złożył Biuletyn Agencji IATA nr 4/2008 z dnia 15 kwietnia 2008 r., gdzie wskazano, iż ostateczny termin wprowadzenia systemu elektronicznego wystawiania biletów oraz zwrot biletów papierowych to dzień 1 czerwca 2008 r., oraz dokument zawierający wyjaśnienia i cel LCC 24 Engine Hot Line, które Izba wzięła pod uwagę rozpoznając odwołanie. Odwołujący podniósł również, że sprzyjającym warunkiem wykonywania zamówienia nie jest, wbrew twierdzeniom przystępującego, rozbudowana sieć teleinformatyczna – rozwój informatyzacji jest rzeczą naturalną i niezbędną – odwołujący jest w posiadaniu narzędzia Internet (...), które umożliwia klientowi wyszukiwanie, porównywanie i rezerwowanie ofert przewoźników tradycyjnych i nisko kosztowych, na dowód czego odwołujący złożył dokument „Informacje dodatkowe na temat (...)” oraz umowę zawartą pomiędzy odwołującym, a (...) Polska Sp. z o.o. Izba rozpoznając przedmiotowy spór uwzględniła również twierdzenia odwołującego, że sprzyjającym warunkiem wykonywania zamówienia nie może być jest ugruntowana pozycja na rynku sprzedaży biletów lotniczych – odwołujący wykazał, że na rynku jest kilkudziesięciu agentów z kilkunastoletnim stażem, których wielkość sprzedanych biletów jest znaczna, co z kolei daje im możliwość wykorzystania tego faktu w negocjacjach z liniami lotniczymi. Odwołujący na potwierdzenie powyższego złożył listę członków zrzeszenia agentów IATA w Polsce.

Art. 92

148. Sygn. akt: KIO 875/12, Wyrok KIO z dnia 14 maja 2012 r.

(...) rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie jest miejscem dla przedstawiania uzasadnienia – uprzednio podejmowanych czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy. Izba bowiem weryfikuje przeprowadzone działania zamawiającego, pod względem przestrzegania wzorca ustawowego, a nie zastępuje zamawiającego w jakichkolwiek czynnościach. Może poddawać ocenie czynności, w takim kształcie, jak zostały faktycznie przez zamawiającego dokonane i podane do wiadomości oraz stanowiły podstawę do zaskarżenia, a nie w formie poddanej szerokiej interpretacji w odpowiedzi na odwołanie.

149. Sygn. akt: KIO 889/12, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 r.

Należy zauważyć, że niewłaściwe było nieprzedstawienie przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego czynności eliminacji Odwołującego z postępowania. W informacji brak było wskazania, jakie konkretne okoliczności faktyczne uzasadniają decyzję Zamawiającego. Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, jaki jest powód eliminacji Odwołującego z postępowania. Powód ten Zamawiający sformułował dopiero w trakcie rozprawy, uzasadniając, iż Odwołujący w wykazie nie dopisał przy każdej z wyszczególnionych osób, iż określone w latach doświadczenie w charakterze wykładowcy jest doświadczeniem w zakresie szkoleń co do określonego modułu, do którego ta osoba została przypisana. Co więcej, Zamawiający w informacji o odrzuceniu nie wskazał także (poza przytoczeniem artykułu) podstawy faktycznej niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Trudno zatem stwierdzić, jakie były okoliczności faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego. Wykonawca ma pełne prawo do otrzymania wyczerpującego uzasadnienia decyzji Zamawiającego, zwłaszcza tych, które eliminują wykonawcę z udziału w postępowaniu. Na Zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swojej decyzji w taki sposób, aby Odwołujący miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia lub odrzucenia swojej oferty także dlatego, aby miał możliwość ewentualnego podniesienia argumentacji w odwołaniu.

150. Sygn. akt: KIO 1159/12, Wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2012 r.

Odnosząc się do sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba zgadza się z odwołującym, że uzasadnienie faktyczne wykluczenia go z postępowania nie było wyczerpujące i odbiegało od standardów starannego działania obowiązujących zamawiającego, jako podmiotu odpowiadającego za prawidłowe przeprowadzenie postępowania. Faktem jest, iż powołane wyżej przepisy nie określają, jak szczegółowe powinno być uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego, jednak nie jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, że uzasadnienie podane w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy czy wykluczeniu go z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej, zatem treść zawiadomienia – z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej – ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji ich praw w postępowaniu i musi w sposób pełny obrazować przyczyny podjętych wobec wykonawcy decyzji (tak też wyroki KIO z 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10).

151. Sygn. akt: KIO 1367/12, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2012 r.

Izba stoi na stanowisku, że zawiadomienie, o którym mowa w art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w tym zawiadomienie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych – w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia wykonawców – ma na tyle doniosłą rolę w postępowaniu, że i Zamawiający i wykonawcy powinni je traktować jako stanowcze i ostateczne – a wykonawcy, jeżeli z nim się nie zgadzają, powinni wnosić środki ochrony prawnej w odniesieniu do każdej podstawy tamże wskazanej, choćby lakonicznie.

152. Sygn. akt: KIO 1554/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.

Odnosnie odrzucenia oferty Odwołującego, Izba stwierdziła, że Odwołujący trafnie wskazywał, iż opisując podstawy odrzucenia oferty, Zamawiający faktycznie nie przytoczył odpowiednich postanowień SIWZ. Niemniej jednak nie może to przesądzać o nieważności czynności odrzucenia oferty: Zamawiający zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne; nie jest zobowiązany powoływać się na określone postanowienia SIWZ, chociaż jest oczywiste, że zwiększa to klarowność stanowiska Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający podał podstawy faktyczne odrzucenia oferty w sposób opisowy, bez odwołania się do konkretnych postanowień SIWZ, co jednak nie odbiera czynności odrzucenia oferty waloru ważności.

153. Sygn. akt: KIO 1711/12, Wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Argumenty jakie podniósł na rozprawie Zamawiający nie stanowiły podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania – Zamawiający nie podał tej argumentacji w piśmie z 7 lipca 2012 roku (tych argumentów do dnia rozprawy nie było). Podkreślić należy, że uzasadnienie podane w informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (porównaj wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu określenie w piśmie informującym o wykluczeniu z postępowania tylko jednej podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania prowadzi do wniosku, że tylko ta przyczyna stanowiła faktyczną podstawę czynności Zamawiającego i Odwołujący w odwołaniu podnosi naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaniem przez Zamawiającego czynności w oparciu o podane przez Zamawiającego przyczyny faktyczne. Pamiętać należy, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek

przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia czy odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10).

Art. 93 ust. 1 pkt 4

154. Sygn. akt: KIO 1554/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, Odwołujący twierdził, że Zamawiający, sprzecznie z dyspozycją tego przepisu – która nakłada na niego obowiązek unieważnienia postępowania, w przypadku, gdy cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty – zaniechał unieważnienia postępowania. Przed otwarciem ofert, Zamawiający podał, że kwota, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to kwota 32.779.500 złotych; cena oferty (...), którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą to kwota 33.702.480,77 złotych.

Izba w niniejszym składzie całkowicie podziela pogląd wyrażony dotychczas w orzecznictwie, że wykonawcy nie mają uprawnień do badania na gruncie Prawa zamówień publicznych, możliwości finansowych Zamawiającego, który zdecydował się przeznaczyć na realizację zamówienia więcej środków, niż początkowo zamierzał. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych ogranicza możliwość unieważnienia postępowania w taki sposób, że Zamawiający nie ma podstaw unieważnienia postępowania, gdy kwota najkorzystniejszej oferty mieści się w puli środków, o której przed otwarciem ofert ogłosił, że zamierza ją przeznaczyć na realizację zamówienia. Możliwość zwiększenia tych środków zależy od możliwości finansowych Zamawiającego, i wykonawcy na podstawie Prawa zamówień publicznych nie mogą twierdzić, że Zamawiający w rzeczywistości posiada więcej środków, niż zamierzał początkowo przeznaczyć, ani – jak w przypadku niniejszego odwołania – że brak było podstaw do zwiększenia środków na realizację danego zamówienia w stosunku do środków początkowo zakładanych. Podobnie stwierdziła Izba w sprawie KIO 1645/11, „Zamawiający jest związany kwotą, którą zgodnie z art. 86 ust. 3 Pzp podał przed otwarciem ofert tylko niejako „od dołu”, tzn. nie może w celu uzasadnienia unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazać innej, niższej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tym samym zobowiązany jest udzielić zamówienia wykonawcy, który zaferował cenę mieszczącą się w kwocie pierwotnie podanej. Może natomiast dowolnie, co najwyższej ograniczany przez odrębne przepisy dotyczące jego działalności, podnosić wskazaną przez siebie kwotę i nie unieważniać w takiej sytuacji postępowania. Zastrzeżenie poczynione w ww. przepisie: „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”, należy interpretować jak okres warunkowy odnoszący się nie do hipotetycznych możliwości finansowych zamawiającego, ale do jego decyzji w przedmiocie zwiększenia środków, które chce wydać na sfinansowanie zamówienia.”

Art. 93 ust. 1 pkt 7

155. Sygn. akt: KIO 1547/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.

Spór w niniejszej sprawie zasadza się przede wszystkim na ustaleniu czy zaistniały przesłanki do unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że ustanowione przez zamawiającego w pkt XIX specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteria oceny ofert umożliwiają wybór oferty najkorzystniejszej w sposób obiektywny, nie budzący wątpliwości. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w zakresie doniosłości i roli kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i skutków ich nieprawidłowego usta-

nowienia. Jednakże Izba uznała, że ustanowione kryterium doświadczenia, sposób jego opisanie, nie pozwala na dowolność przy ocenie ofert.

W ocenie Izby, wątpliwości wypływające z umiejscowienia znaku mniejszości (<) po cyfrze „5” można by powziąć w przypadku zapoznania się wyłącznie z ostatnim z trzech wierszy opisu kryterium doświadczenia „5 < lat – 0 pkt”, ale po zapoznaniu się z całą treścią kryterium doświadczenia (do czego zobowiązani są wykonawcy) jednoznacznie można stwierdzić, że wolą zamawiającego było przyznanie:

- 20 pkt za posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w świadczeniu usług żywienia zbiorowego w liczbie lat większej niż 8,
- 10 pkt za posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w świadczeniu usług żywienia zbiorowego w liczbie lat od 5 do 8,
- 0 pkt za posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w świadczeniu usług żywienia zbiorowego w liczbie lat poniżej 5.

Umiejscowienie znaku mniejszości za cyfrą „5” należałoby ewentualnie uznać za oczywistą omyłkę pisarską, która jednak w żaden sposób nie wpływa na ważność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że dokonanie oceny ofert w ramach kryterium doświadczenia powinno odbywać się przez przyporządkowanie liczby lat doświadczenia wykazanego przez danego wykonawcę do jednego z opisanych przez zamawiającego w pkt XIX ppkt 2 przedziałów, co może prowadzić do jednego tylko wyniku, możliwego do obiektywnego stwierdzenia zarówno przez zamawiającego, jak i przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający opisał kryterium doświadczenia w sposób szczegółowy i precyzyjny, a przedziały ustanowione przez zamawiającego są rozłączne, nie zachodzą na siebie, co nie pozwala na swobodną, subiektywną ocenę.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że nie zaistniała wada postępowania uzasadniająca jego unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Art. 93 ust. 3

156. Sygn. akt: KIO 1582/12, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2012 r.

Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach podejmowanych czynności zamawiającego, może się do nich odnieść – decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, co przesądziło o uwzględnieniu odwołania z przyczyn formalnych – bez możliwości rozpatrzenia zarzutów merytorycznych – dotyczących braku możliwości przyjęcia oferty odwołującego za wskazaną cenę, wobec podanej kwoty – jaką zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Art. 96 ust. 3

157. Sygn. akt: KIO 1495/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.

Na wstępie wskazać należy, że art. 96 ust. 2 Pzp stanowi, że oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja ze zebrania wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości treści siwz, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert,

a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (ust. 3).

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy przede wszystkim stwierdzić należy, że zamawiający zgodnie z żądaniem odwołującego udostępnił (...) protokół postępowania, który zgodnie z art. 96 ust. 2 Pzp jest jawny. Pozostałe dokumenty przetargowe, których udostępnienia żądał (...), tj. raport początkowy aukcji, protokół końcowy niewątpliwie stanowią załączniki to protokołu postępowania. Podczas, gdy treść art. 96 ust. 3 Pzp zezwala zamawiającemu na udostępnienie załączników do protokołu – z wyjątkiem ofert, które są jawne od chwili ich otwarcia – dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania.

Art. 179 ust. 1

158. Sygn. akt: KIO 589/12, KIO 596/12, Wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.

Odwołujący, konsorcjum X wykazał legitymację do wniesienia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 589/12, skoro jego oferta, jako zawierająca najkorzystniejszą cenę została odrzucona. Zatem był uprawniony aby skarżyć – jak dowodził – niezgodne z ustawą Pzp, czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej oferty, które godzą w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Izba nie podzieliła jednak sposobu myślenia odwołującego, że posiada on także interes w skarżeniu ofert wykonawców, którzy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wyższą niż odwołujący, tj. konsorcjum A i wykonawcy B S.A. Interes odwołującego w tym postępowaniu, sprowadzał się wyłącznie do obronienia własnej oferty – co gwarantowałoby jej wybór przez zamawiającego, zgodnie z ustalonym kryterium najniższej ceny – a w następstwie unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej – oferty konsorcjum A. Odwołujący natomiast starał się narzucić, aby postępowanie było prowadzone dwutorowo. Bronił swojej oferty, a jednocześnie – na wypadek, gdyby strategia ta okazała się nieskuteczna – wskazywał także na niezgodność ofert: konsorcjum A oraz B S.A. z treścią SIWZ – dążąc tym samym do ewentualnego unieważnienia postępowania, skutkiem braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

Izba nie odmawia interesu w skarżeniu czynności zamawiającego, wobec ofert wszystkich wykonawców, które mogłyby poprzedzać odwołującego się wykonawcę w ocenie ofert – stanowiących przeszkodę w uzyskaniu zamówienia. Natomiast, nie dostrzega takiego interesu odwołującego X, w skarżeniu ofert, które obiektywnie, (według ustalonego kryterium ceny) – mogą otrzymać jedynie ocenę gorszą niż odwołujący.

Zdaniem Izby, interes odwołującego konsorcjum X musiał być utożsamiany z możliwością doznania szkody w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu – w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Ustawodawca w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp używa określenia „jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.” Zatem, nawet gdyby oferta odwołującego została oceniona jako podlegająca odrzuceniu, przesłanka wykazania szkody lub możliwości szkody w danym postępowaniu – przez wybór innych następujących w kolejności ofert – nie zostaje wykazana. Interes wykonawcy, to jego własny interes sprowadzający się do uzyskania zamówienia i osiągnięcia korzyści w wyniku realizacji zawartej umowy w oznaczonym postępowaniu. Izba nie podziela poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania, wskazując że oferty konkurentów są wadliwe. Omawiane pojęcie interesu – obejmuje sferę uprawnień wykonawcy, która prowadzi do uzyskania zamówienia publicznego w toczącym się postępowaniu, a nie w postępowaniu hipotetycznym, przyszłym, wszczętym ewentualnie na nowo po unieważnieniu obecnego postępowania. Nie wiadomo bowiem, czy zamawiający po unieważnieniu postępowania, ogłosiłby

nowe postępowanie, a jeżeli tak, to czy na identyczny przedmiot zamówienia. Unieważnienie postępowania prowadzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a skutkiem tego jest niezawarcie umowy. Nie dochodzi zatem do uzyskania zamówienia publicznego. Wniosek, co do ewentualnego nakazania unieważnienia postępowania przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należy uznać za nie mieszczący się w kategorii zarzutów na czynności, czy zaniechania zamawiającego, na które można skutecznie wnieść środek ochrony prawnej w oznaczonym postępowaniu. Izba również nie podziela poglądów, że odwołanie w kwestionowanym zakresie było dopuszczalne, z uwagi na weryfikację ogółu czynności zamawiającego, pod względem przestrzegania zawartych w ustawie Prawo zamówień publicznych procedur i zachowania zasad równego traktowania wykonawców.

Z wymienionych wyżej względów, Izba nie poddała ocenie zarzutów odwołującego, konsorcjum X, zgłaszanych wobec ofert: konsorcjum A oraz wykonawcy B S.A., gdyż z braku wykazania interesu – w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – zarzuty w tym zakresie podlegały oddaleniu. Wykazanie przez wykonawcę – konsorcjum X, że jego oferta została bezpodstawnie odrzucona, stanowiło wystarczające uzasadnienie zarzutu naruszenia przez zamawiającego zasad postępowania określonych art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. uchybieniu zasadzie równego traktowania wykonawców.

159. Sygn. akt: KIO 599/12, Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2012 r.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż na tym etapie postępowania może wyrażać się on m.in. w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności względnej i nie podlegała unieważnieniu z powodu wady postępowania. Taką wadę postępowania o udzielenie zamówienia może stanowić naruszenie zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 pzp) oraz art. 29 ust. 1 pzp przez Zamawiającego. Jednocześnie zaniechania Zamawiającego prowadzące do naruszenia tych przepisów narażają Odwołującego na szkodę, zarówno gdy z ich powodu nie będzie mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia, jak i razie wyboru jego oferty najkorzystniejszej, z uwagi na możliwość unieważnienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

160. Sygn. akt: KIO 629/12, Wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2012 r.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Powtórzona czynność zamawiającego, kwestionowana przez odwołującego, nie nastąpiła zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania po umorzeniu [postępowania – *przyp. red.*] odwoławczego przez Izbę. Tym samym odwołujący kwestionuje czynności nowe, które uniemożliwiają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia w obu jego częściach. Przy czym zamawiający nie dokonał wyboru oferty Konsorcjum (...), ale unieważnił czynność oceny ofert i odrzucenia tej oferty w zadaniu nr 1 – oferta Konsorcjum (...) może więc w wyniku powtórnej oceny ofert zostać ponownie odrzucona, a zamówienie w zakresie zdania nr 1 uzyska odwołujący. Również w przypadku postulowanego unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zadaniu nr 2 odwołujący hipotetycznie może uzyskać zamówienie w tym zakresie. *Ergo*: odwołujący posiada

interes w uzyskaniu zamówienia w obu częściach, może ponieść szkodę polegającą na jego nieuzyskaniu, a jego odwołanie dotyczące unieważnienia odwołania [postępowania – *przyp. red.*] nie podlega odrzuceniu w oparciu o żadną przesłankę wymienioną w art. 189 ust. 2 Pzp.

161. Sygn. akt: KIO 622/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w zadaniach: 2., 4., 5., 7., 10. i 12. Jednocześnie podjęte przez Zamawiającego czynności i zaniechania objęte zarzutami odwołania narażają Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Zdaniem Izby Zamawiający błędnie podniósł w odpowiedzi na odwołanie zarzut braku interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Po pierwsze – w odwołaniu zostały podniesione zarzuty, których uwzględnienie otwiera Odwołującemu realną szansę na uzyskanie zamówienia. Oczywiście bezpodstawne jest zatem twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący w dacie wniesienia odwołania od czynności eliminujących go z postępowania nie miał możliwości uzyskania zamówienia. Po drugie – żądanie unieważnienia postępowania zostało sprecyzowane nie jako wyłączone, lecz obok zasadniczych żądań zmierzających do przywrócenia Odwołującego do postępowania z jednoczesnym wyeliminowaniem z niego obu Przystępujących. Po trzecie – zupełnie bezpodstawne jest wywodzenie braku interesu Odwołującego na podstawie antycypowanego przez Zamawiającego rezultatu ponownego badania i oceny ofert. Przyszłe czynności Zamawiającego, które zamierza podjąć względem Odwołującego, są bez znaczenia dla niniejszego postępowania odwoławczego.

162. Sygn. akt: KIO 665/12, KIO 666/12, Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj odwołujący nie legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp przepisem środka ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 22 kwietnia 2009 r. (Sygn. akt XII Ga 133/09), „wskazane w art. 179 ust. 1 i 2 Pzp okoliczności uzasadniające poszukiwanie ochrony prawnej w drodze środków odwoławczych mają charakter przesłanek materialnoprawnych, czyli przesłanek zasadności wnoszonego środka. Ich zaistnienie nie wpływa na możliwość wszczęcia procedur odwoławczych, lecz warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Brak uszczerbku w interesie prawnym [w aktualnym brzmieniu przepisu usunięto przydawkę „prawny” – *przypis Izby*] wykonawcy w uzyskaniu zamówienia albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy nie oznacza bowiem, że postępowanie odwoławcze nie może się rozpocząć, lecz jedynie, że odwołanie wniesione w takich warunkach zostanie oddalone”.

Przy rekonstrukcji normy prawnej wynikającej z powoływanego wyżej przepisu należy podkreślić znaczenie pojęcia interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz związaną z tym możliwość poniesienia szkody wynikającej z naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego. Interes w uzyskaniu zamówienia w świetle brzmienia ww. przepisu, w ślad za ustalonym orzecznictwem, sprowadzić można do zainteresowania uzyskaniem zamówienia przez wykonawcę oraz do możliwości jego uzyskania. Natomiast wskazana szkoda ma nie tylko pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z popełnionym przez zamawiającego naruszeniem przepisów (być jego skutkiem), ale winna być również realna i możliwa do zdefiniowania i określenia względem danego zamówienia. Należy przy tym podkreślić okoliczność, iż pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia (a tym samym i możliwą szkodę związaną z jego nieuzyskaniem)

przepis odnosi do „danego” zamówienia, co należy utożsamić z zamówieniem objętym postępowaniem o jego udzielenie, którego dane środki ochrony prawnej dotyczą. Tym samym interes w uzyskaniu zamówienia, ani szkoda związana z brakiem lub niemożliwością jego uzyskania, nie dotyczą hipotetycznych, przysłych zamówień, ale winny być rozpatrywane względem możliwości udzielenia bądź nieudzielenia danego zamówienia dokonywanego w ramach konkretnego postępowania przetargowego (lub prowadzonego w innym trybie).

163. Sygn. akt: KIO 718/12, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2012 r.

Zdaniem Izby odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Złożył ofertę – i to najkorzystniejszą – zatem niewątpliwie ubiegając się, jako wykonawca, o zamówienie w tym postępowaniu ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Do rozstrzygnięcia pozostaje, czy w stanie faktycznym sprawy odwołujący poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku wskazywanych w odwołaniu naruszeń ustawy. W tym miejscu zasadne jest wskazanie, że ani w kodeksie cywilnym, ani w Pzp 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 Pzp 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 Pzp. Konieczne jest tym samym wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom Pzp, 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 zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy wymaga podkreślenia, że powoływane w odwołaniu uchybienia dotyczą oceny ofert konkurencji – wykonawców, którzy uzyskali mniejszą niż odwołujący liczbę punktów i zajęli w rankingu ofert drugie (konsorcjum X) i trzecie (konsorcjum Y) miejsce. W okolicznościach sprawy potwierdzenie się zarzutów odwołania pozostawałoby bez wpływu na możliwość uzyskania przez odwołującego przedmiotowego zamówienia. Zaniechanie odrzucenia ofert niżej sklasyfikowanych niż oferta odwołującego w żadnym razie nie wpływa na sferę ochrony interesów odwołującego związanych z ochroną prawa do uzyskania przezeń zamówienia. Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób pozostanie oferty konkurencji w postępowaniu, może skutkować wyrządzeniem mu szkody, zagrażając jego pozycji, jako składającemu ofertę najkorzystniejszą. Składanie środków ochrony prawnej w stosunku do ofert i wykonawców zajmujących niższą pozycję w rankingu jest zbędne, także uwzględniając powoływaną przez odwołującego zasadę koncentracji środków ochrony prawnej. W przypadku dokonania ponownej oceny ofert, na tę czynność przysługiwać będzie odwołującemu prawo wniesienia odwołania i termin na jej zakwestionowanie będzie liczony zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp, tj. od przesłania przez zamawiającego informacji o nowej czynności/zaniechaniu zamawiającego. Odwołanie zatem nie będzie wówczas mogło być uznane za spóźnione i w związku z tym odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołanie zostanie odrzucone natomiast, gdy dotyczyć będzie czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu (art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp) lub odwołujący powoła się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego (art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp). Zdaniem Izby jednak ta ostatnia przesłanka odrzucenia odwołania nie aktualizuje się w sytuacji,

gdy Izba oddaliła odwołanie ze względu na brak legitymacji czynnej po stronie odwołującego – wówczas nie dochodzi bowiem do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp. W konsekwencji należy wskazać, że odwołujący nie poniósł i nie może ponieść szkody w wyniku powołanych w odwołaniu naruszeń ustawy.

164. Sygn. akt: KIO 733/12, KIO 738/12, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2012 r.

(...) wnoszący odwołanie wykonawcy mają interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Tak jak ustaliła Izba kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu stanowiła cena i wykonawca X składając oferty na dwa zadania B i E przedstawił najniższe ceny w zakresie tych zadań. Podobnie wykonawca Y także złożył oferty na dwa zadania D i I oraz również z najniższą ceną. Tym samym oferty tych wykonawców na podstawie dokumentów złożonych w tych ofertach mogłyby być potencjalnie uznane za najkorzystniejsze. Tym samym – w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – wykonawcy mieli interes we wnoszeniu odwołań w dniu 13.04.2012 r., albowiem konsekwencją kwestionowanych wezwań na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogło być wykluczenie każdego z wykonawców z postępowania, co uniemożliwiłoby uzyskanie w zakresie wskazanych zadań zamówienia i tym samym skutkowałoby poniesieniem przez tych wykonawców szkody, o której stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba na marginesie zauważa, że po wniesieniu odwołań wykonawcy [pismo z dnia 16.04.12 nr.: BTO2d-6213-131/2012] zostali wykluczeni z postępowania. Co prawda oferta wykonawcy X w zakresie zadania B została również odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jednakże o odrzuceniu oferty na tej podstawie wykonawca został powiadomiony w tym samym piśmie z dnia 16.04.2012 r. doręczonym wykonawcom w dniu 17 kwietnia br., a zatem termin zaskarżenia tej czynności, jak i czynności wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie oferty – upływa w dniu 27 kwietnia br.

165. Sygn. akt: KIO 795/12, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2012 r.

Analiza odwołania doprowadziła Izbę do przekonania, że odwołujący zakwestionował jedynie czynność odrzucenia jego oferty, a pominął czynność wykluczenia go z postępowania. Odwołanie nie wskazuje czynności wykluczenia odwołującego z postępowania w podanych przez zamawiające w informacji o wynikach postępowania okolicznościach faktycznych i prawnych.

Odwołujący nie zarzucił zamawiającemu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez wykluczenie go z postępowania. Nie odniósł się również do okoliczności związanych z wykluczeniem – nie wskazał, czy ocena wykazu osób uznaje za prawidłową, czy też nie. Uzasadnienie odwołania w pkt III zawiera wprawdzie wskazanie na konieczność zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp przed czynnością wykluczenia, jednak nie wiadomo w żaden sposób jakiego dokumentu czynność uzupełnienia miałaby dotyczyć, gdyż nie został on wymieniony w treści odwołania. (...)

Zatem wykluczenie odwołującego pozostaje prawnie skuteczne i złożona przez niego oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą, a on sam nie może uzyskać zamówienia. Tym samym odwołujący nie spełnia przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 Pzp.

166. Sygn. akt: KIO 835/12, Wyrok KIO z dnia 10 maja 2012 r.

Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie wykonawca ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, stanowiący materialnoprawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Izba ustaliła, iż odwołujący w dniu 16.04.2012 r. został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy ponieważ nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, do których uzupełnienia został wezwany w piśmie z dnia 23.03.2012 r. Wnosząc od-

wołanie w dniu 26.04.2012 r. wykonawca nie kwestionował istnienia podstaw do wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, podnosił jedynie dodatkowe okoliczności wskazujące na konieczność wykluczenia go z postępowania jeszcze z innej podstawy prawnej, tj. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. W ocenie składu orzekającego, wykonawca wykluczony z postępowania, który wskazuje dodatkowo na dalsze podstawy swojego wykluczenia z postępowania, nie dąży do uzyskania zamówienia, czym wykazuje brak interesu w jego uzyskaniu. Należy również zauważyć, iż podnoszone w odwołaniu okoliczności dotyczące braku zabezpieczenia oferty odwołującego wadium, dodatkowo podważają zasadność stwierdzenia nawet hipotetycznej możliwości uzyskania zamówienia, uzasadniającej skorzystanie z środka ochrony praw wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro odwołujący nie kwestionuje zasadności wykluczenia go z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to ewentualne zaniechanie wykluczenia go również z innej dodatkowej podstawy prawnej, w żaden sposób nie wpływa na stwierdzenie, iż zaniechanie zamawiającego pozbawia tego wykonawcę szansy na uzyskanie zamówienia, a wniesienie odwołania ma na celu przywrócenie go do postępowania. Działania odwołującego wskazują na dążenie do podtrzymania decyzji zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania, co w ocenie Izby stoi w sprzeczności z treścią art. 179 ust. 1 ustawy, czyniąc wniesione odwołanie bezskutecznym. Brak wykazania legitymacji do wniesienia odwołania powodował pozostawienie zarzutów bez rozpoznania i oddalenie odwołania.

167. Sygn. akt: KIO 935/12, Wyrok KIO z dnia 16 maja 2012 r.

(...) Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia, które w jego ocenie naruszają zasadę uczciwej konkurencji i utrudniają mu dostęp do zamówienia. Odwołujący w żądaniach odwołania wskazał co prawda na konieczność unieważnienia postępowania, wyjaśniając w toku rozprawy, iż powyższe wynika z faktu, że nie widzi on u Zamawiającego woli naprawy niniejszego postępowania i otwarcia się na konkurencję. Odwołujący wskazał też, że alternatywnym wnioskiem w tym zakresie mogłaby być modyfikacja przywołanych w odwołaniu zapisów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu z wykreśleniem metody UV. Uwzględniając powyższe podkreślić należy, że Izba przy orzekaniu – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – związana jest zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania. Skoro Odwołujący w toku rozprawy wskazał na alternatywny wniosek modyfikacji zapisów SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a byłoby to na tym etapie postępowania jeszcze obiektywnie możliwe, należało uznać, że Odwołujący w wystarczający sposób wykazał wypełnienie przesłanki uszczerbku w interesie w uzyskaniu zamówienia na skutek określonych czynności Zamawiającego i narażenie go na poniesienie w tym zakresie ewentualnej szkody. Tym samym przesłanka materialnoprawna, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona.

168. Sygn. akt: KIO 1263/12, Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 r.

Izba stwierdza po stronie odwołującego interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący złożył uprzednio odwołanie w sprawie 858/12 w następstwie, którego zamawiający ponowił badanie i ocenę wniosków o dopuszczenie do składania ofert. W poprzednim badaniu i ocenie wniosków odwołujący nie uzyskał ilości punktów zapewniających zaproszenie do składania ofert. W aktualnym badaniu i ocenie wniosków, będącym przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego również nie uzyskał ilości punktów gwarantujących uzyskanie zaproszenia do składania ofert. Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu do składania ofert zostaną zaproszeni wykonawcy z pierwszej piątki. Natomiast odwołujący w pierwszej ocenie zajął ósme miejsce, a w drugiej ocenie zajął dziewiąte miejsce. Stąd posiada interes do wniesienia odwołania.

169. Sygn. akt: KIO 1399/12, Wyrok KIO z dnia 18 lipca 2012 r.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu. Wbrew stanowisku zamawiającego, nie można przesądzać na podstawie samego regulaminu świadczenia usług przez odwołującego, zawartości jego strony internetowej, że odwołujący nie będzie mógł świadczyć usług pocztowych w obrocie krajowym oraz międzynarodowym, w tym z uwzględnieniem zasad doręczeń wynikających z przepisów dotyczących doręczeń w sprawach cywilnych oraz w sprawach karnych. Możliwe jest przy tym zawarcie odpowiednich umów z podwykonawcami czy umów mających za przedmiot wspólną realizację zamówienia (konsorcjum). Z tego względu nie podzielono wniosku zamawiającego o braku po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

170. Sygn. akt: KIO 1418/12, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r.

Zdaniem Izby samo zakwalifikowanie się do dalszego etapu postępowania nie jest jeszcze w pełni realizacją interesów odwołującego. Celem, dla którego wykonawcy biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest bowiem samo uczestnictwo w procedurze przetargowej, ale wygranie przetargu i uzyskanie danego zamówienia. Tym samym wykonawcy mają interes w tym, by do kolejnego etapu postępowania przeszła jak najmniejsza liczba konkurentów, a już w szczególności w wyeliminowaniu tych wykonawców, którzy nie powinni być zaproszeni do składania ofert ze względu na to, że w ogóle nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Oczywiście jest, że im większa liczba wykonawców ma możliwość złożyć ofertę, tym mniejsze jest prawdopodobieństwo uzyskania zamówienia przez odwołującego. W przypadku natomiast, gdy za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania, lecz skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie został z postępowania wykluczony, *de facto* nastąpi eliminacja odwołującego – nie przez jego wykluczenie, ale przez to, że finalnie nie uzyska on zamówienia.

171. Sygn. akt: KIO 1420/12, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r.

(...) jeśli wykonawca nie zakwestionowałby oceny wniosków pozostałych wykonawców na tym etapie postępowania, zgodnie z przyjętymi w ustawie Prawo zamówień publicznych zasadami korzystania ze środków ochrony prawnej (terminy na ich wnoszenie), nie mógłby on już podnosić wskazanych w niniejszym odwołaniu zarzutów w momencie, kiedy ta szkoda się urzeczywistni, czyli w stosunku do oferty wybranej. Zatem zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia i w wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania tego zamówienia.

172. Sygn. akt: KIO 1199/12, KIO 1205/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.

Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania co najmniej możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wy-

niku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, biorąc pod uwagę, iż konsorcjum Y wykazało interes, a możliwości poniesienia szkody nawet nie uprawdopodobniło, zasadnym jest przyjęcie, że na gruncie badanej sprawy nie jest legitymowane do wniesienia odwołania.

173. Sygn. akt: KIO 1506/12, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r.

Izba nie podzieliła też poglądu przystępującego, który wskazał na uchybienia w ofercie odwołującego i uznał, że oferta podlega odrzuceniu, w związku z czym odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania. Izba zważyła, że badanie spełnienia przez odwołującego się wykonawcę przesłanek interesu i szkody – materialnoprawnych przesłanek wniesienia odwołania – wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp – następuje w odniesieniu do zarzutów odwołania. Art. 192 ust. 7 Pzp wyłącza możliwość rozpoznania zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu. Zarzuty odwołania dotyczą prawidłowości wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, zatem badanie oferty odwołującego jest niedopuszczalne.

Niewątpliwie odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

174. Sygn. akt: KIO 1526/12, Wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2012 r.

Izba, rozpoznając odwołanie na rozprawie ustaliła, że odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak wypełnienia materialnoprawnej przesłanki rozpatrzenia odwołania, opisanej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jak ustalono w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego byli wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie, tj. Konsorcjum X w składzie: Jacek G., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: A Jacek G. oraz B S.C. Ewa i Remigiusz O. Potwierdzeniem powyższego jest treść oferty złożona w przedmiotowym postępowaniu, do której dołączona została umowa konsorcjum z dnia 25 kwietnia 2012 r. zawarta pomiędzy tymi dwoma firmami, jak również dokumenty podmiotowe załączone do oferty, odnoszące się także do drugiego z konsorcjantów, w tym także list referencyjny przedłożony na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia w postępowaniu. Okoliczność tę potwierdził także w toku posiedzenia przed Izłą sam Odwołujący. Jednocześnie Izba ustaliła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez Jacka G., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: A Jacek G. Cała treść odwołania, jak i załączone do niego dokumenty nie wskazują na działanie tego podmiotu (firmy) w imieniu i na rzecz dwóch podmiotów. Żadne sformułowanie zawarte w treści odwołania nie pozwala na twierdzenie, że odwołanie zostało złożone przez wykonawcę, który ubiega się o dane zamówienie publiczne, a tylko przez jedną firmę prowadzoną przez Pana Jacka G., która to firma przymiotu wykonawcy w tym postępowaniu – stosownie do definicji pojęcia „wykonawca”, zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, nie posiada. O zamówienie publiczne ubiegają się bowiem wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne, a nie firma A Jacek G. Tym samym zatem Odwołujący, składając samodzielnie odwołanie, nie wykazał – zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – że wskutek dokonania określonych czynności przez Zamawiającego, co do których podniesione zostały zarzuty odwołania, utracił szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Skoro bowiem Odwołujący nie jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu (nie ubiega się samodzielnie o zamówienie publiczne), wskazując na określone w treści odwołania rzekome naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, nie wykazał interesu w podnoszeniu tych zarzutów. Tym samym Izba w związku z brakiem wykazania po stronie Odwołującego uszczerbku w interesie tego podmiotu, wyrażającym się w pozbawieniu go szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia jako wykonawcy, nie mogła merytorycznie rozpoznać zarzutów odwołania.

W przypadku braku zmaterializowania się przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (...) [powyższe skutkuje – *przyp. red.*] koniecznością oddalenia odwołania bez merytorycznego odniesienia się do zarzutów odwołania.

175. Sygn. akt: KIO 1687/12, Wyrok KIO z dnia 20 sierpnia 2012 r.

(...) ochroną w ramach postępowania odwoławczego objęte jest pozbawienie możliwości pozyskania danego zamówienia na skutek naruszeń ustawy Pzp dokonanych przez Zamawiającego (tj. wykonawca nie uzyskałby zamówienia, gdyby zaniechał wniesienia środka ochrony prawnej), nie zaś pozyskanie tego zamówienia na korzystniejszych dla wykonawcy warunkach. Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp badany jest na moment wniesienia odwołania, przy czym pojęcie wniesienia odwołania oznacza jego fizyczny wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w przewidzianej ustawą Pzp formie – pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp).

(...) Tym samym na dzień wniesienia odwołania, tj. 7 sierpnia 2012 r., aukcja była zakończona, a Odwołujący był wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Fakt, że Odwołujący sporządził odwołanie przed zakończeniem aukcji z formalnego punktu widzenia pozostaje bez znaczenia dla przydania mu interesu w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ten bada się na dzień wniesienia odwołania, a w tej dacie wyniki aukcji były już znane. Powyższe czyni zasadnym stwierdzenie, iż w dniu 6 sierpnia 2012 r. Odwołujący uzyskał zamówienie, co pozbawia go legitymacji do wniesienia odwołania, skoro jego interes w uzyskaniu zamówienia nie doznał uszczerbku, a przeciwnie – został zrealizowany wygraną aukcją.

176. Sygn. akt: KIO 1760/12, Wyrok KIO z dnia 29 sierpnia 2012 r.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania ustalono, iż wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego byli wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie: X Sp. z o.o. i Y Sp. z o.o. Potwierdzeniem powyższego jest treść oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, do której dołączona została m.in. umowa konsorcjum z dnia 25 czerwca 2012 r. zawarta pomiędzy tymi dwoma firmami, jak również dokumenty podmiotowe załączone do oferty, odnoszące się do obu ww. podmiotów. Okoliczność tę potwierdził także odwołujący w toku posiedzenia przed Izbą.

Jednocześnie Izba ustaliła, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione przez X Sp. z o.o. Zarówno treść odwołania, jak i dołączone do niego dokumenty w żaden sposób nie wskazują na działanie tego podmiotu w imieniu i na rzecz ww. dwóch firm.

Izba stwierdziła, iż X Sp. z o.o. nie posiada przymiotu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 2 pkt 11 ustawy Pzp definiuje wykonawcę jako osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. X Sp. z o.o. nie ubiega się o udzielenie zamówienia, nie złożyła oferty, jak też nie zawarła umowy w sprawie zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie odwoławcze. O zamówienie publiczne ubiegają się bowiem wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś X Sp. z o.o. Tym samym odwołujący, składając samodzielnie odwołanie, nie wykazał że wskutek dokonania określonych czynności przez zamawiającego, co do których podniesione zostały zarzuty odwołania, utracił szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia – w sytuacji, gdy odwołujący nie jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu, nie ubiega się samodzielnie o zamówienie publiczne, wskazując na określone w treści odwołania naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego nie wykazał interesu w podnoszeniu tych zarzutów.

Art. 180 ust. 1**177. Sygn. akt: KIO 1483/12, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r.**

Rozstrzygając przedmiotową sprawę Izba zważyła, że rozpoznaniu przez Izbę mogą podlegać zarzuty dotyczące zgodności z ustawą Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). W niniejszej sprawie Izba zobowiązana jest zatem rozstrzygnąć czy dokonana przez zamawiającego czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz dokonana w konsekwencji powyższego czynność unieważnienia postępowania są zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Zasadnicze znaczenie dla rozpoznania postawionych przez odwołującego zarzutów mają informacje, jakimi dysponował zamawiający dokonując ww. czynności, tj. przede wszystkim dokumenty złożone przez odwołującego w celu wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Należy bowiem wskazać, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu spełnienia postawionych w postępowaniu warunków. Obowiązek ten aktualizuje się na etapie składania oferty, ewentualnie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp). Na podstawie podanych w tych trybach informacji, dokumentów, Izba zobowiązana jest ocenić prawidłowość podjętej przez zamawiającego decyzji. Jakikolwiek wykazywanie spełnienia warunków na późniejszym etapie postępowania, w tym w postępowaniu odwoławczym, jest działaniem spóźnionym.

Art. 180 ust. 2**178. Sygn. akt: KIO 895/12, Postanowienie KIO z dnia 14 maja 2012 r.**

W art. 180 ust. 2 Pzp ustawodawca ustanowił generalną regułę niedopuszczalności wnoszenia odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (*arg. a contrario* z art. 180 ust. 2 Pzp). Wyjątek od zasady stanowią czynności wymienione w sposób enumeratywny w przywołanym przepisie, tj. dopuszczalne jest wniesienie odwołania wobec wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenia odwołującego z postępowania lub odrzucenia oferty odwołującego. Ustawodawca, dopuścił wniesienie odwołania jedynie wobec czynności, bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy wykonawcy. Katalog tych czynności ma charakter zamknięty.

Art. 180 ust. 2 Pzp nie pozwala na wnoszenie odwołania wobec zaniechania wykluczenia lub odrzucenia oferty innego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu. Brak jest zatem podstaw prawnych do podnoszenia zarzutów wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Przywołany przepis daje możliwość korzystania z efektywnych środków ochrony prawnej i przyznaje prawo do wniesienia odwołania w postępowaniach o zamówienie publiczne, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp wyłącznie w celu ochrony najważniejszych interesów wykonawcy. Zarzuty odwołującego dotyczą wyłącznie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Rozpatrywanie ich przez Izbę jest niedopuszczalne.

179. Sygn. akt: KIO 1713/12, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2012 r.

Przed wszystkim wskazać należy, że zarzuty zawarte w odwołaniu, tj. naruszenia:

- art. 29 ust. 1–3 Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz
- art. 30 ust. 1, 4 i 6 Pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia bez zachowania Polskich Norm przenoszących normy europejskie oraz określenie wymaganych para-

metrów technicznych nie mających uzasadnienia w postępowaniu bez zachowania realnej możliwości zachowania równoważności, w tym poprzez zawężenie wymaganych parametrów do rozwiązań nie mających żadnego uzasadnienia technicznego i funkcjonalnego dla zamawiającego, a powodujących realny brak możliwości zastosowania innych rozwiązań niż sugerowane przez zamawiającego w postępowaniu

– nie mogą stanowić przedmiotu rozpoznania, gdyż zgodnie z treścią art. 180 ust. 2 Pzp, w przypadku zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wykonawcy nie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania dotyczącego ww. czynności zamawiającego.

Art. 180 ust. 3

180. Sygn. akt: KIO 1225/12, KIO 1229/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie musi wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Formułowanie zarzutów odwołania leży wyłącznie w sferze uprawnień podmiotowych wykonawcy, który sam decyduje, jakie czynności lub zaniechania zamawiającego oraz z jakich przyczyn faktycznych i prawnych, kwestionuje. Zarzuty odwołania nie mogą być domniemane przez Izbę. Mogą jedynie podlegać ewentualnemu uzupełnieniu na podstawie art. 187 ust. 3 Pzp jedynie w sytuacji, gdy niemożliwe jest nadanie odwołaniu prawidłowego biegu. Zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych, zatem zaniechanie odwołującego wskazania wszystkich przyczyn odrzucenia oferty jako osnowy faktycznej zarzutu oraz brak odniesienia się w treści odwołania powoduje, iż zarzut wobec nich nie został podniesiony w ogóle i Izba stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp nie może się odnieść do tej podstawy eliminacji odwołującego z postępowania. Należy bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznaje jedynie zarzuty podniesione w odwołaniu. Próba wzruszenia czynności zamawiającego, odniesienie się do powołanych podstaw odrzucenia oferty na etapie rozprawy jest działaniem spóźnionym, wskazane na etapie rozprawy okoliczności faktyczne nie ujęte w odwołaniu kreują bowiem nowy zarzut.

Art. 182 ust. 1

181. Sygn. akt: KIO 1506/12, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2012 r.

Przystępujący wskazał, że zamawiający w różnych terminach zamieścił informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty na swojej stronie internetowej i przesłał wykonawcom, którzy złożyli oferty. Podniósł, że termin na wniesienie odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty rozpoczął swój bieg od dnia zamieszczenia informacji na stronie zamawiającego – wcześniejszego, niż dzień przesłania informacji wykonawcom, gdyż stosownie do art. 182 ust. 3 Pzp termin na wniesienie odwołania winien być liczony od dnia, z którym można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Izba nie podzieliła tego poglądu. Dostrzeżenia wymaga, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej według ścisłych reguł wynikających z przepisów ustawy. Przepisy stanowią, że o dokonaniu czynności w postępowaniu zamawiający informuje przez oświadczenie skierowane do oznaczonego kręgu wykonawców. O czynnościach w postępowaniu informowani są albo jedynie wykonawcy, których ta czynność dotyczy (przykładowo w razie wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia treści oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp lub wyjaśnienia treści lub ceny oferty na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 90 ust. 1 Pzp) albo wszyscy wykonawcy (przykładowo w przypadku informacji

o wynikach postępowania przesyłanej na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp). W odniesieniu do wszystkich czynności lub zaniechań zamawiającego wynikających z czynności zamawiającego, w odniesieniu do której ustawa ustala opisany obowiązek informacyjny, do liczenia terminu na wniesienie odwołania przez wykonawców – odbiorców oświadczenia, zastosowanie znajdzie art. 182 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem odwołanie winno być wniesione w zawitym terminie liczonym od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania.

Art. 182 ust. 3 Pzp znajduje zastosowanie *verba legis* w odniesieniu do czynności innych, niż określone w art. 182 ust. 1 – zatem wyłącznie takich, o których zamawiający nie informuje wykonawców bezpośrednio przez przesłanie informacji o czynności. O czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający jest zobowiązany poinformować wykonawców zgodnie z wymaganiami art. 92 ust. 1 Pzp. Do liczenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności i zaniechań zamawiającego, których podstawą jest czynność wyboru najkorzystniejszej oferty stosuje się art. 182 ust. 1 Pzp, nie zaś art. 182 ust. 3 Pzp. Termin ten winien być liczony od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, nie zaś od dnia zamieszczenia informacji o wynikach postępowania na stronie zamawiającego, nawet jeśli termin zamieszczenia informacji na stronie jest wcześniejszy.

Art. 182 ust. 2

182. Sygn. akt: KIO 887/12, Wyrok KIO z dnia 14 maja 2012 r.

Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej. (...)

Izba wyraża pogląd, że to dzień publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wyznacza najwcześniejszy dopuszczalny początek biegu terminu na wnoszenia odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym zakreśla początek biegu terminu na przesłanie zamawiającemu kopii odwołania. Art. 42 ust. 1 Pzp stanowi bowiem, że zamawiający udostępnia specyfikację na swojej stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zamawiający nie zastosował się do przywołanego przepisu, gdyż zamieścił specyfikację 4 dni przed publikacją ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Z naruszenia przepisów ustawy nie może zatem wywodzić korzystnego dla siebie skutku w postaci odrzucenia odwołania. Zamieszczenie specyfikacji na stronie internetowej z uchybieniem bezwzględnie obowiązującego przepisu ustawy, nie może być uznane za czynność dokonaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, skoro ustawodawca wiąże wszczęcie postępowania z przekazaniem ogłoszenia (art. 40 ust. 1 i 6 Pzp) i pozwala na udostępnienie specyfikacji dopiero od dnia jego publikacji (art. 42 ust. 1 Pzp).

183. Sygn. akt: KIO 894/12, Wyrok KIO z dnia 17 maja 2012 r.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzut ujęty w pkt 1 odwołania, tj. niezgodny z przepisami ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez sformułowanie pkt III. 3.2) Wiedza i doświadczenie Ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 7.2.2) posiadania wiedzy i doświadczenia SIWZ w sposób niejednoznaczny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz ograniczający konkurencję przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co narusza art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (Odwołujący sprecyzował, iż powyższe przepis został powołany błędnie i powinno być art. 22 ust. 1–3 ustawy Pzp) jest spóźniony. Jego podnoszenie na

obecnym etapie postępowania po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej należy uznać za dokonane po terminie. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp 5-dniowy termin do wniesienia odwołania wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia biegnie od zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej, co miało miejsce 3 kwietnia 2012 r. (okoliczność bezsporna) i od tej daty należało liczyć termin na wniesienie odwołania w tym zakresie. Odwołanie zostało zatem wniesione po upływie terminu przewidzianego w ustawie Pzp do kwestionowania postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, co wypełnia przesłankę, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

184. Sygn. akt: KIO 1354/12, Postanowienie KIO z dnia 11 lipca 2012 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia ma formalny charakter – stanowi ciąg uporządkowanych i mających swe źródło w przepisach ustawy czynności zamawiającego. Jego cechą jest szybkość – stąd ustawodawca dopuścił możliwość kwestionowania czynności lub zaniechań zamawiającego dotyczących poszczególnych etapów postępowania jedynie w ściśle określonych ustawowych terminach.

Zamawiający prowadzi badane postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, w którym – jak stanowi art. 47 Pzp – w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu, a oferty mogą składać wykonawcy zaproszeni do składania ofert. Zgodnie z art. 51 ust. 4 *in initio* Pzp wraz z zaproszeniem do składania ofert zamawiający przekazuje wykonawcy specyfikację istotnych warunków zamówienia. Jeśli odwołujący uważał, że z jasno wyrażone oczekiwania zamawiającego nie są możliwe do spełnienia, winien wnieść odwołanie w terminie przewidzianym ustawą na kwestionowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Profesjonalny charakter działalności odwołującego uzasadnia zwiększone oczekiwania, co do znajomości obowiązującego prawa i wynikających z niego następstw (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp). Z postępowania odwołującego – nie wypełnienia jednoznacznych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – i zachowania zamawiającego związanego ustalonymi przez siebie wymaganiami i domagającego się ich przestrzegania przez wykonawców – nie można wywieść żadnej nowej okoliczności, nieznanej uprzednio odwołującemu.

Podstawą zarzutu odwołującego są okoliczności wynikające z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Termin na zakwestionowanie postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być przywrócony przez czynność zamawiającego odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania. Nie do zaakceptowania jest pogląd, zgodnie z którym wykonawca może w każdej chwili złożyć odwołanie wskazujące na wadliwość postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli wada była mu znana od chwili zapoznania się z specyfikacją istotnych warunków zamówienia lub obiektywnie była możliwa do stwierdzenia z jej treści. Pogląd przeciwny prowadziłoby do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na każdym etapie postępowania, co jest niedopuszczalne. Taka sytuacja uniemożliwiłaby bowiem szybkie i efektywne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej przewidziane w ustawie mają charakter zawity i nie mogą zostać przywrócone w żadnym przypadku. Upływ terminu powoduje wygaśnięcie prawa.

Art. 182 ust. 3

185. Sygn. akt: KIO 583/12, Wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r.

Skoro odwołanie, stosownie do art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zo-

bowiązany na podstawie ustawy, nie można wnieść odwołania na czynność dokonaną przez innego wykonawcę, a nie przez Zamawiającego. Zastrzeżenie dokumentów w ofercie przez wykonawcę [jako tajemnica przedsiębiorstwa – *przyj. red.*] jest jego decyzją i prawem, natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie skuteczności i celowości takiego zastrzeżenia. Obowiązek ten nie został nałożony wprost ustawą, jednak jego istnienie jest niepodważane zarówno przez orzecznictwo sądowe (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05), jak Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 338/09, i inne). Oczywiście jest, że Zamawiający, aby dokonać rzetelnego badania skuteczności zastrzeżenia potrzebuje odpowiedniego czasu – mało prawdopodobne jest, że wiążących ustaleń w tym zakresie będzie można dokonać tuż po otwarciu ofert. Konieczna może być wymiana korespondencji z wykonawcą, który utajnił dokumenty oraz analiza każdego dokumentu, który został zastrzeżony jako tajny. Tak więc Izba stwierdziła, że Zamawiający wyraźnie, odpowiadając na wniosek wykonawcy o udostępnienie ofert do wglądu wskazał, że trwa badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy. Następnie sukcesywnie ujawniał kolejne dokumenty, aby w dniu 4 kwietnia br. ujawnić całość. Działania Zamawiającego były rozciągnięte w czasie, ale z tej okoliczności nie można czynić mu zarzutu, bowiem na ostateczną decyzję w tym zakresie Zamawiający ma w ocenie Izby czas do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest jednym z etapów czynności badania i oceny ofert. Gdyby Zamawiający, odpowiadając na wezwanie Odwołującego do udostępnienia dokumentów, wyraźnie wskazał, że zakończył już badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odmawia jej ujawnienia, to wówczas rozpocząłby się bieg terminu do wniesienia odwołania. Skoro podstawą do wniesienia odwołania może być wyłącznie sprzeczna z przepisami czynność (zaniechanie) Zamawiającego, to termin na wniesienie odwołania na zaniechanie ujawnienia dokumentów zastrzeżonych w ofercie jako tajne, biegnie bądź od dnia poinformowania przez Zamawiającego, iż uznaje tajemnicę za zastrzeżoną skutecznie, bądź od dnia ogłoszenia wyniku postępowania. Żaden z tych terminów nie rozpoczął biegu – w ocenie Izby – przed wniesieniem odwołania. Powyższe nie stoi w sprzeczności z zasadą, że oferty są jawne z chwilą ich otwarcia (art. 96 ust. 3 Prawa zamówień publicznych) – zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest prawem wykonawcy i wyjątkiem od obowiązującej reguły jawności ofert; stąd też odpowiedni tryb postępowania, i konieczność badania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

186. Sygn. akt: KIO 640/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Izba nie podziela stanowiska przedstawionego przez odwołującego, że datą, od której termin na wniesienie odwołania winien być liczony jest dzień gdy odwołujący mógł powziąć informację o dokonanym zastrzeżeniu, tj. w dniu otwarcia oferty przystępującego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanej przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następstwem stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności ww. zastrzeżenia jest czynność ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne w chwili, gdy zamawiający po przeprowadzeniu odpowiedniego badania dokona własnego rozstrzygnięcia, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawny wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania. Zamawiający bada takie informacje i w zależności od przyjętej oceny udostępnia je wykonawcom albo odmawia ich udostępnienia.

W sytuacji, gdy zamawiający jeszcze nie dokonał czynności badania i oceny ofert, kwestionowanie zastrzeżenia oznaczałoby podnoszenie zarzutu do czynności samego wykonawcy, który dokonał zastrzeżenia, nie zaś działań lub zaniechań zamawiającego. Skoro odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechań zamawiającego wskazanych w ustawie, to badanie skuteczności dokonanego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element czynności badania i oceny ofert. Należy przy tym zauważyć, że ustawa nie określa zamawiającemu terminu, w jakim badanie zastrzeżenia powinno być zakończono. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa winien być liczony od dnia przesłania przez zamawiającego informacji, z której wynika uznanie dokonanego zastrzeżenia za skuteczne.

W rozpatrywanej sprawie zamawiający nie zajął dotychczas stanowiska co do zasadności zastrzeżeń wykonawców, nie ma jednak podstaw do zarzucania mu z tego powodu zaniechania czynności, do której jest na tym etapie zobowiązany. Na brak stanowiska zamawiającego zwrócił także uwagę odwołujący w uzasadnieniu odwołania. Należy przy tym zauważyć, że zamawiający winien dokonać badania z należytą starannością, a przepisy ustawy nie określają terminu dokonania badania skuteczności zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa. Istotnie ustawodawca nie uregulował trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ma zatem podstaw prawnych, aby określać zamawiającemu prowadzącemu postępowanie konkretny termin na dokonanie badania zastrzeżenia. Postulat szybkości postępowania, a nawet niezwłoczności badania nie może przeważać nad zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, wymagającymi rzetelnego dokonania czynności.

187. Sygn. akt: KIO 776/12, Wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r.

(...) że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła w tym zakresie wnioski Zamawiającego i Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako złożonego po terminie. Izba uznała, że termin na podniesienie zarzutów wobec zaniechania oddajenia trzech ofert złożonych przez Przystępującego X oraz Y rozpoczął swój bieg od poinformowania przez Zamawiającego wykonawców o czynności oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Dopiero od tego momentu Odwołujący mógł powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesionego odwołania. Dopiero bowiem od dokonania i poinformowania wykonawców o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu można mieć pewność, że Zamawiający zakończył procedurę związaną z weryfikacją zastrzeżonej we wskazanych ofertach tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby termin na zaskarżenie w tym zakresie nie może rozpocząć swojego biegu od momentu otwarcia ofert z uwagi na to, że od tego momentu Zamawiający dopiero rozpoczyna czynności badania i oceny ofert, a więc również czynność weryfikacji ofert pod kątem zastrzeżonych w nich informacji. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przed wyborem oferty najkorzystniejszej w sposób jednoznaczny i pewny dla wszystkich wykonawców, w tym w szczególności dla Odwołującego, nie wyraził swojego oświadczenia o zakończeniu procedury weryfikacji zastrzeżonych w ofertach informacji.

Co do udostępnienia w dniu 21 lutego 2012 r. Odwołującemu ofert pozostałych wykonawców bez zastrzeżonych części tych ofert Izba stwierdziła, że ten moment nie może stanowić podstawy do rozpoczęcia biegu terminu na złożenie odwołania, ponieważ Zamawiający w sposób wyraźny nie potwierdził Odwołującemu, że procedura weryfikacji zastrzeżonej części ofert została zakończona. Potwierdzeniem tego jest okoliczność, iż po udostępnieniu Odwołującemu w dniu 21 lutego 2012 r. ofert wskazanych wykonawców Zamawiający jeszcze w dniu 1 i 15 marca 2012 r. prowadził procedurę wyjaśniania prawidłowości zastrzeżenia informacji we wskazanych ofertach.

Art. 183 ust. 1**188. Sygn. akt: KIO 1684/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.**

Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze przez Izbę. Zatem każda inna czynność w postępowaniu o zamówienie publiczne poza zawarciem umowy jest możliwa do podjęcia przez Zamawiającego pomimo toczącego się postępowania odwoławczego. Tak więc, jeśli w toku postępowania wykonawca zaskarży w trybie odwoławczym postanowienia SIWZ, a czas na rozstrzygnięcie tych zarzutów ulegnie przesunięciu poza pierwotnie wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert, Zamawiający – zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp – ma prawo w dalszym ciągu prowadzić to postępowanie, oceniając zasadność zarzutów odwołania i zasadność podjęcia w tym zakresie pewnego ryzyka, że w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania dotyczących postanowień SIWZ po otwarciu ofert koniecznym będzie unieważnienie takiego postępowania. Zamawiający może także w takiej sytuacji przesunąć termin składania ofert do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę.

Art. 183 ust. 2–6**189. Sygn. akt: KIO/W 2/11, Postanowienie KIO z dnia 10 stycznia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza, mając na uwadze fakt, iż do dnia złożenia przez Zamawiającego przedmiotowego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy nie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie oraz mając na uwadze pismo Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 roku, sygn. UZP/DO/AR/135/216/11, uznała, iż przedmiotowe postępowanie należało umorzyć na podstawie przepisu art. 183 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 183 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych Izba umarza, w formie postanowienia, postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 2, jeżeli jego rozpoznanie stało się bezprzedmiotowe, w szczególności z powodu:

- 1) ogłoszenia przez Izbę orzeczenia przed rozpoznanieniem wniosku,
- 2) cofnięcia wniosku.

Przesłanki skutkujące umorzeniem postępowania, wskazane w przepisie art. 183 ust. 5 ustawy Pzp nie stanowią, w ocenie Izby katalogu zamkniętego.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w piśmie z dnia 5 stycznia 2011 roku wskazał, iż „Zasady dotyczące wnoszenia środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały uregulowane w Dziale VI ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [...]. W niniejszej sprawie, adresatem pisma jest Komendant (...) PSP w W. Jednocześnie informuję, iż na dzień 4.01.2011 roku do Prezesa KIO nie wpłynęło odwołanie (...) sp.j. w M. [...]. Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie przewidują możliwości wniesienia odwołania do Prezesa KIO za pośrednictwem zamawiającego. W związku z powyższym, brak jest podstaw do nadania biegu sprawie i wszczęcia postępowania odwoławczego.” Zatem, w tym stanie rzeczy, wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w myśl art. 183 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uznała za bezprzedmiotowy i orzekła jak w sentencji.

190. Sygn. akt: KIO/W 4/11, Postanowienie KIO z dnia 13 stycznia 2011 r.

(...) Zamawiający w uzasadnieniu wniosku, poza wskazaniem ewentualnych przyczyn odrzucenia odwołania, które to przyczyny nie podlegają badaniu w ramach badania możliwości zastosowania art. 183 ust. 2 ustawy Pzp, nie podał dostatecznych argumentów pozwalających na zastosowanie instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy, która to instytucja ma

charakter wyjątkowy. Zamawiający w swej argumentacji, odnoszącej się do przesłanek zastosowania instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy oparł się jedynie na okolicznościach ogólnikowych, wskazując iż niemożność zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie objętym przedmiotowym postępowaniem doprowadzi do sytuacji, w której Zamawiający będzie miał poważny problem z zapewnieniem właściwej ochrony osób i mienia znajdujących się w granicach Filharmonii (...), na potwierdzenie powyższego nie przedkładając żadnych dowodów. Z uzasadnienia wniosku nie wynikają więc żadne konkretne informacje, które pozwoliłyby na dokonanie oceny możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego. Tymczasem Izba, uchylając zakaz zawarcia umowy nie może opierać się na ogólnikach. Natomiast Zamawiający nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż okoliczności te spowodują negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie. Izba, rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, nie dokonuje oceny zasadności wniesionego odwołania, w tym także podstaw jego odrzucenia.

191. Sygn. akt: KIO/W 3/11, Postanowienie KIO z dnia 14 stycznia 2011 r.

Zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp Izba umarza w formie postanowienia postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jeżeli jego rozpoznanie stało się bezprzedmiotowe z powodu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku. Wydanie przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2011 r. postanowienia o zwrocie odwołania oznacza, iż zamawiający ma możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym rozpoznawanie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy stało się bezprzedmiotowe. Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 1 oraz art. 183 ust. 4 ustawy Pzp postanowiono jak w sentencji.

192. Sygn. akt: KIO/W 5/11, Postanowienie KIO z dnia 1 lutego 2011 r.

W dniu 1 lutego 2011 r. Izba ogłosiła wyrok w sprawie wszczętej w wyniku wniesienia odwołania przez odwołującego (...) sp. z o.o. w W., sygn. akt KIO 132/11, przed rozpoznaniem wniosku. Rozpoznanie wniosku stało się bezprzedmiotowe, stąd na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) Izba umorzyła postępowanie.

193. Sygn. akt: KIO/W 7/11, Postanowienie KIO z dnia 30 marca 2011 r.

Biorąc pod uwagę, iż Zamawiający w dniu 29.03.2011 r. cofnął skutecznie złożony w dniu 28.03.2011 r. wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy Izba jest zobligowana na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp do umorzenia postępowania wszczętego na skutek złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Tym samym zachodzi przesłanka do umorzenia postępowania wszczętego na skutek złożenia wniosku, o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

194. Sygn. akt: KIO/W 8/11, Postanowienie KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.

Zamawiający przez interes publiczny rozumie potencjalne ryzyko utraty części dofinansowania i w konsekwencji brak możliwości budowy nowego budynku oraz rozbudowy obiektu objętego zamówieniem. Zamawiający nie wykazał żadnych negatywnych skutków wynikają-

cych z zawarcia umowy po 15 kwietnia 2011 r., zwłaszcza, że, jak wskazuje sam wnioskodawca, rozpoczęcie robót budowlanych rozpocząć się ma dopiero 15 maja 2011 roku. Zamawiający powołał się na umowę dofinansowania i określony w niej termin kwalifikowania wydatków, nie przedstawiając żadnych dowodów, z których można by wywieść realne zagrożenie utraty finansowania zamówienia. Potencjalne ryzyko utraty dofinansowania nie może stanowić wystarczającego argumentu przesądzającego o wyższości interesu publicznego nad interesem wszystkich, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku. Tym samym zdaniem Izby, zamawiający nie wykazał, że na skutek natychmiastowego niezawarcia umowy w niniejszym postępowaniu powstaną negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

Izba zwraca uwagę, że możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, zgodnie z art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w treści przepisu art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyrażenie przez Izbę zgody na zawarcie umowy w trybie art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako wyjątek od zasady, nie może być interpretowane w sposób rozszerzający.

Ponadto Izba wskazuje, iż Zamawiający, jako gospodarz postępowania winien z należytą starannością przewidzieć terminy związane z prowadzonym postępowaniem. Zamawiający winien zważyć, w szczególności możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej, z której mogą wynikać opóźnienia w terminie udzielenia zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą merytoryczne przesłanki uchylecia zakazu zawarcia umowy wskazane w art. 183 ust. 2 zd. 2 ustawy, albowiem zdaniem Izby z faktu niezawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia, bezpośrednio nie wynikają negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

195. Sygn. akt: KIO/W 10/11, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r.

Izba zapoznała się, że złożonym wnioskiem oraz załącznikami i przedstawioną argumentacją, jednakże Izba postanowiła, jak w sentencji, z uwagi na jego bezprzedmiotowy charakter. Należy bowiem wyjaśnić, że wniosek dotyczy uchylecia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W przedmiotowym stanie faktycznym tak w dniu 7.04.2011 r., czy też w dniu 8.04.2011, ani do dnia wydania przedmiotowego postanowienia nie wpłynęło żadne odwołanie złożone przez (...) Bartosz Ł. Jednocześnie należy zauważyć, że wobec faktu, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu 5 ofert została przekazana przez Zamawiającego w dniu 29.03.2011 r. (zgodnie z informacją na jego stronie internetowej) upłynęły stosowne terminy na składanie środków ochrony prawnej przez Wykonawców, których oferty zostały odrzucone (z uwagi także na podprogowy charakter postępowania). W konsekwencji należy uznać, że upłynął termin, o którym jest mowa w art. 94 ust. 1 Pzp (termin *standstill*) i brak jest przeszkód do zawarcia umowy.

W ocenie Izby przedmiotowy stan faktyczny nosi znamiona pozwalające do jego zakwalifikowania do sytuacji o której stanowi art. 183 ust. 5 Pzp, tym bardziej, że wskazane w niniejszym przepisie sytuacje mają charakter przykładowy, z uwagi na jego otwarty katalog – „w szczególności”.

196. Sygn. akt: KIO/W 12/11, Postanowienie KIO z dnia 18 maja 2011 r.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż Zamawiający, już na etapie przygotowywania postępowania, uwzględniał w swych planach możliwość zakończenia realizacji przedmiotu zamówienia w listopadzie 2011 r. Określając kryteria oceny preferował on tych Wykonawców, którzy zdecydują się określić w swych ofertach termin wykonania krótszy, aniżeli zrobił to on sam w SIWZ. Niemniej jednak musiał on też uwzględniać sytuację, w której żaden z Wykonawców, którzy złożą mu oferty, nie zdecyduje się na określenie innego, niż wskazany w SIWZ, terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Poddaje to w wątpliwość podnoszone przez Zamawiającego argumenty o pilnej potrzebie realizacji przedmiotu zamówienia oraz o grożących w niej opóźnieniach.

Izba uznała, iż Zamawiający nie wykazał, aby nie wyrażenie przez Izbę zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze mogłoby spowodować jakiegokolwiek skutki negatywne dla interesu publicznego. W ocenie Izby w ustalonych okolicznościach wszystkie interesy, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegają ochronie, dla której uchylenia Izba nie stwierdziła przesłanek.

197. Sygn. akt: KIO/W 13/11, Postanowienie KIO z dnia 18 maja 2011 r.

W świetle przepisu art. 183 ust. 1 ustawy Pzp zakaz zawarcia umowy, w przypadku wniesienia odwołania, obowiązuje Zamawiającego do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. W rozpatrywanej sprawie z sytuacją taką nie mamy do czynienia, bowiem Zamawiający złożył wniosek, jak sam wskazuje, po wydaniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. W sytuacji, w której odwołanie zostało rozpoznane i został ogłoszony wyrok (sygn. akt KIO 910/11) złożenie wniosku jest bezprzedmiotowe. Zamawiającemu przysługiwało prawo do wniesienia przedmiotowego wniosku po wniesieniu odwołania, ale do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. W obecnym stanie, Zamawiający po upływie terminu na uzupełnienie dokumentów i uzyskania stanowiska wykonawcy w przedmiocie poprawienia omyłek, zobowiązany jest dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zachowaniem terminów, o których mowa w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp. Jeśli zaś po wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawca wniesienie odwołanie, Zamawiający dopiero wtenczas będzie mógł skorzystać z uprawnień ustanowionych w przepisie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp.

Reasumując, uprawnienie do złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przysługuje jedynie w sytuacji, w której zostało wniesione odwołanie, a nie został jeszcze ogłoszony wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze. Wniesienie wniosku po ogłoszeniu orzeczenia przez Izbę jest bezprzedmiotowe, bowiem zakaz wynikający z przepisu art. 183 ust. 1 nie obowiązuje.

198. Sygn. akt: KIO/W 15/11, Postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2011 r.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż zamawiający w żaden sposób nie udowodnił okoliczności, na które się powołuje, a których ocena warunkuje możliwość uwzględnienia wniosku. W szczególności nie opisał dokładnie jakiego minimalnie okresu potrzeba na realizację usługi, czy, w jakim najpóźniej dniu należy rozpocząć jej realizację. Powyższe terminy wraz z dokładnym opisem sekwencji poszczególnych etapów realizacji usługi mogłyby ewentualnie pozwolić na ocenę skali zagrożenia interesu publicznego, na który zamawiający się powołuje. Na podstawie ogólnikowych deklaracji zamawiającego, co do konieczności jak najszybszego zawarcia przedmiotowej umowy Izba nie jest w stanie stwierdzić czy względem

przewidywanego terminu rozpoznania odwołania zagrożenie interesu publicznego jest w tym przypadku rzeczywiste, czy tylko deklarowane przez zamawiającego.

Ponadto zamawiający nie wykazał właściwie na czym miałby polegać interes publiczny w wykonaniu/nie wykonaniu przedmiotowego zamówienia w określonym czasie. Izba wskazuje, iż interes zamawiającego w postaci terminowego wydatkowania przyznaných środków budżetowych i groźba ich zwrotu do budżetu państwa, nie jest interesem publicznym, który może przesądzić o uchyleniu zakazu, o którym mowa w art. 183 ustawy. Z całości pisma zamawiającego domniemywać jedynie można, iż interes publiczny będzie polegał w tym przypadku na tym, iż dzieci, których nie stać na wypoczynek wakacyjny w tym roku z wypoczynku takiego nie skorzystają.

199. Sygn. akt: KIO/W 20/11, Postanowienie KIO z dnia 4 lipca 2011 r.

Przywołane przez zamawiającego bliżej nie zdefiniowane zagrożenia wynikające z niezawarcia przedmiotowej umowy przed dniem 3 lipca 2011 r. (pierwsze spotkanie zaplanowano na 3 lipca 2011 r.) takie, jak potencjalne ryzyko wystąpienia negatywnych skutków w zakresie obsługi organizacyjnej parlamentarnego wymiaru Prezydencji, poważne problemy logistyczne, jak również ewentualny negatywny wpływ tej sytuacji na jakość świadczonych usług nie stanowią uzasadnienia dla zastosowania na gruncie badanej sprawy instytucji opisanej art. 183 ust. 2 Pzp. Zamawiający nie sprecyzował na czym miałyby polegać mające wyłącznie charakter hipotetyczny poważne problemy logistyczne czy organizacyjne.

Zważyć także trzeba, iż – jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – kolejne spotkania, dla którego usługi cateringowe będzie miał świadczyć wykonawca, z którym zostanie zawarta przedmiotowa umowa (po wskazanym przez zamawiającego 3–5 lipca 2011 r.), planowane są na 17–19 lipca 2011 r. oraz 25–27 lipca 2011 r. Termin posiedzenia w celu rozpoznania odwołania wniesionego w niniejszym postępowaniu został wyznaczony na 8 lipca 2011 r., zatem wyrok bądź postanowienie kończące sprawę zostanie wydane przed terminem kolejnych spotkań. Tym samym nie jest wykluczone, iż już kolejne spotkanie będzie mogło być obsługiwane przez wykonawcę, wybranego przez zamawiającego zgodnie z ustawą. Okoliczność ta przemawia także za uznaniem, iż ewentualne negatywne skutki dla interesu publicznego, które mogłyby wynikać z niezawarcia niezwłocznie umowy na cały okres Prezydencji z wykonawcą, którego wybór oferty być może okaże się nieprawidłowy, nie mogą być ocenione jako przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba wskazuje ponadto, iż zamawiający powinien wszcząć postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem, licząc się z możliwością skorzystania z wykonawców z przysługujących im zgodnie z ustawą środków ochrony prawnej. Tym samym zamawiający, wysyłając ogłoszenie o zamówieniu w dniu 20 kwietnia 2011 r., w omawianym zakresie nie dochował należytej staranności już w fazie przygotowywania postępowania zmierzającego do zapewnienia obsługi cateringowej. W przedstawionym Izbie wniosku zamawiający nie powołał żadnych okoliczności, które uzasadniałyby wysłanie ogłoszenia o przetargu dopiero dnia 20 kwietnia 2011 r. W konsekwencji, wobec nie udowodnienia przez zamawiającego, iż natychmiastowe niezawarcie umowy spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie, wniosek zamawiającego nie mógł zostać uwzględniony. Analiza stanu faktycznego sprawy wskazuje, iż nie zachodzi konieczność odstąpienia od zasady zakazu zawierania umów w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

200. Sygn. akt: KIO/W 28/11, Postanowienie KIO z dnia 6 września 2011 r.

(...) Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że zaistniała przesłanka określona w art. 183 ust. 2 ustawy Pzp. Podniesione przez Zamawiającego argumenty nie wskazują, że zawarcie umowy po ogłoszeniu przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego, w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż argumentacja Zamawiającego, dotycząca powtórnego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie ma znaczenia dla oceny ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 183 ust. 2 ustawy Pzp. Poprawność czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podlega badaniu w niniejszym postępowaniu, ale w postępowaniu odwoławczym. Ponadto, korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej nie może być oceniane jedynie jako działanie zamierzające do ochrony własnych interesów ekonomicznych wykonawcy, a tym samym godzące w interes publiczny.

Izba nie dostrzega zagrożenia dla zakończenia realizacji całego projektu inwestycyjnego w terminie wskazanym przez Zamawiającego, tj. do końca listopada 2011 r., biorąc pod uwagę, iż termin dostawy został określony na 8 tygodni. Zaś, brak możliwości wyposażenia laboratoriów z początkiem roku akademickiego, ale w terminie nieco późniejszym (ok. 1 miesiąc później) nie powoduje, zdaniem Izby, na tyle negatywnych skutków dla interesu publicznego, żeby wymagało zapobieżenia w postaci pozbawienia wykonawców ochrony prawnej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z tych względów, w opinii Izby, nie można mówić o uszczerbku w interesie publicznym, a jedynie o pewnym opóźnieniu w realizacji zamówienia, która to okoliczność, jakkolwiek niekorzystna, nie może być utożsamiana z faktycznym uszczerbkiem w interesie publicznym.

201. Sygn. akt: KIO/W 30/11, Postanowienie KIO z dnia 23 września 2011 r.

Wniesione odwołanie dotyczy wyłącznie czynności wykluczenia wykonawcy i zatrzymania wniesionego wadium wraz z odsetkami w postępowaniu dla Zadania nr 1, 2, 4, 5 i 6. Odwołanie nie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. zadaniach, gdyż nawet w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania przez KIO zwrotu wadium wraz z odsetkami na rzecz odwołującego, ranking ofert w przedmiotowym postępowaniu, odpowiednio dla każdego z zadań i tak nie może ulec zmianie, tj. oferta odwołującego nie zostanie uznana za najkorzystniejszą w żadnym z pięciu zadań.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zobowiązana jest zbadać, czy zachodzą przesłanki określone w przepisie art. 183 ust. 2 Pzp: Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślić należy, że rozpatrując wniosek Izba nie bada zasadności wniesionego odwołania – co jest badane na rozprawie w ramach postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, w ocenie Izby, zamawiający wystarczająco uprawdopodobnił, że w związku z wniesionym odwołaniem korzyści związane z ochroną interesu odwołującego – w świetle przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia przez Izbę odwołania – są niewspółmiernie niższe od negatywnych skutków dla interesu publicznego faktu niezawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby, zamawiający przedstawił istotne powody, dla których zawarcie umowy jest pilne. Odnosząc się natomiast do interesu odwołującego się wykonawcy, należy zauważyć, iż nie jest on w żaden sposób związany z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nie

może mieć wpływu na wynik postępowania w żadnej z pięciu części zamówienia, w których odwołujący złożył ofertę.

Izba zważyła, że w okolicznościach niniejszej sprawy, w wyniku zawarcia umowy o zamówienie publiczne, interes odwołującego nie dozna uszczerbku, ponieważ uwzględnienie wniesionego odwołania nie może mieć spowodować zmiany wyniku postępowania, rozumianego jako wybór oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji Izba uznała, że wniesione odwołanie w postępowaniu, w świetle przesłanki umożliwiającej uchylenie zakazu zawarcia umowy, o której mowa w art. 183 ust. 2 zd. drugie Pzp nie może tamować możliwości zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

202. Sygn. akt: KIO/W 31/11, Postanowienie KIO z dnia 29 września 2011 r.

W ocenie Izby niewątpliwie niezawarcie umowy do czasu wydania orzeczenia w sprawie złożonego do Izby odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, który w niniejszym przypadku związany jest w sposób pośredni z możliwością świadczenia usług medycznych przez placówkę służby zdrowia, stanowiącą istotne zabezpieczenie medyczne w regionie Województwa (...). W przypadku nie podpisania do dnia 30 września 2011 r. umowy w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego oraz wobec faktu, iż Zamawiający w związku z działaniami restrukturyzacyjnymi Szpitala zrezygnował z zakupu nowej bielizny szpitalnej, istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo niemożności świadczenia przez Szpital określonych usług zdrowotnych, albo co najmniej poważnych zakłóceń w ich świadczeniu. Zamawiający w tym zakresie – biorąc pod uwagę wskazane przez siebie okoliczności – uprawdopodobnił zdaniem Izby możliwość zagrożenie dla interesu publicznego związanego z zapewnieniem możliwości świadczenia usług medycznych przez dużą placówkę służby zdrowia.

Co do wypełnienia drugiej przesłanki odnoszącej się do konieczności zważenia przez Izbę okoliczności związanych z naruszeniem interesu publicznego z ochroną wszystkich interesów, których prawdopodobieństwo uszczerbku zachodzi w związku z zachowaniami Zamawiającego, które to zachowania są kwestionowane w toku postępowania odwoławczego, czyli praw wykonawców występujących w postępowaniu, Izba uznała, że również ta druga przesłanka, o której stanowi art. 183 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp, została wykazana przez Zamawiającego. Jak wskazano we wniosku Zamawiającego, ale również jak wynika z treści samego odwołania, zarzuty Odwołującego odnoszą się do innej oferty złożonej w postępowaniu, w sytuacji gdy Zamawiający w tym właśnie postępowaniu dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Swoją interes przy wnoszeniu odwołania wykonawca ten wyraża poprzez wskazanie, że brak wykluczenia jego konkurenta w postępowaniu ma wpływ na sposób realizacji zamówienia przez Odwołującego, poprzez utrudnianie mu przez wskazanego wykonawcę kontaktów pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym świadczącym usługi objęte przedmiotem zamówienia na rzecz Zamawiającego.

Powyższe okoliczności w zestawieniu z interesem publicznym, wyrażającym się w potencjalnym zagrożeniu zabezpieczenia ochrony zdrowia określonej społeczności lokalnej, nie może stanowić w tym przypadku przeciwwagi dla interesu publicznego.

203. Sygn. akt: KIO/W 35/11, Postanowienie KIO z dnia 8 listopada 2011 r.

Brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia dla konieczności wykonania monitoringu przeciwpowodziowego w określonym terminie oraz podania negatywnych skutków ewentualnego jego niewykonania. Izba nie może domyślać się na czy mogą polegać negatywne skutki dla interesu publicznego braku jego wykonania. Rolą Izby jest dokonanie oceny czy przedstawione argumenty, uzasadniają uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Izba wskazuje, iż interes zamawiającego w postaci braku możliwości wykorzystania przyznanych środków budżetowych i tym samym groźba ich zwrotu do budżetu państwa, nie jest interesem publicznym, który może przesądzić o uchyleniu zakazu, o którym mowa w art. 183 ust. 2 ustawy pzp. Natomiast powołanie się Zamawiającego na bezzasadność wniesionego odwołania i żądania jego odrzucenia, w niniejszym postępowaniu – o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed jego rozpatrzeniem przez Izbę, jest bezprzedmiotowe, gdyż Izba przy rozpatrywaniu tego wniosku nie bada zasadności odwołania, lecz zasadność wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Izba podkreśla, że samo wskazanie możliwości wystąpienia negatywnych skutków niezawarcia umowy bez ich szczegółowego wykazania i uprawdopodobnienia wystąpienia nie jest wystarczającą przesłanką do uchylenia zakazu zawarcia umowy. Zamawiający chcąc wykorzystać przyznaną terminową dotację powinien wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z odpowiednim wyprzedzeniem, licząc się z możliwością skorzystania przez wykonawców z przysługujących im zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych, środków ochrony prawnej. Natomiast z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że Zamawiający dokonał wszczęcia postępowania w dniu 11.10.2011 roku, a więc na miesiąc przed upływem ważności promesy przyznanej dotacji budżetowej.

204. Sygn. akt: KIO/W 36/11, Postanowienie KIO z dnia 10 listopada 2011 r.

Powołanie się Zamawiającego na bezzasadność wniesionego odwołania, w niniejszym postępowaniu – o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozpatrzeniem odwołania przez Izbę, jest bezprzedmiotowe, gdyż Izba przy rozpatrywaniu tego wniosku nie bada zasadności odwołania, lecz zasadność wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Izba podkreśla, że samo wskazanie możliwości wystąpienia negatywnych skutków w postaci hipotetycznej możliwości niedostarczenia samochodów w terminie określonym w ogłoszeniu (to jest 12 grudnia 2011 r.), bez ich szczegółowego wykazania i uprawdopodobnienia wystąpienia, nie jest wystarczającą przesłanką do uchylenia zakazu zawarcia umowy.

Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający nie wykazał, iż wskutek braku natychmiastowego zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu powstaną negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

205. Sygn. akt: KIO/W 38/11, Postanowienie KIO z dnia 15 grudnia 2011 r.

(...) zamawiający w żaden sposób nie udowodnił okoliczności, na które się powołuje, a których ocena warunkuje możliwość uwzględnienia wniosku. W szczególności nie opisał dokładnie, w jakim wzajemnym stosunku pozostają do siebie zmienna typu postulowane, kilkudniowe przyspieszenie zawarcia umowy w sprawie zamówienia, a skutki jego późniejszego rozpoczęcia dla interesu publicznego. Powyższe terminy wraz z dokładnym opisem sekwencji poszczególnych etapów realizacji usługi, a także opis skutków opóźnienia jego realizacji, mogłyby ewentualnie pozwolić na ocenę skali zagrożenia interesu publicznego, na który zamawiający się powołuje. Na podstawie ogólnikowych deklaracji i informacji podanych przez zamawiającego, co do konieczności jak najszybszego zawarcia przedmiotowej umowy Izba nie jest w stanie stwierdzić czy względem przewidywanego terminu rozpoznania odwołania zagrożenie interesu publicznego jest w tym przypadku rzeczywiste czy tylko deklarowane przez zamawiającego. Ponadto zamawiający nie wykazał właściwie na czym miałyby polegać interes publiczny w wykonaniu/nie wykonaniu przedmiotowego zamówienia w określonym czasie. Izba wskazuje przy tym, iż interes zamawiającego w postaci terminowego wydat-

kowania przyznanych środków budżetowych, nie jest interesem publicznym, który może przesądzić o uchyleniu zakazu, o którym mowa w art. 183 ustawy.

206. Sygn. akt: KIO/W 41/11, Postanowienie KIO z dnia 16 grudnia 2011 r.

Izba uznała, że niezawarcie umowy do czasu wydania orzeczenia w sprawie złożonego do Izby odwołania spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego, którego zagrożenie w niniejszym przypadku wiąże się w sposób bezpośredni z ewentualnym opóźnieniem rozbiórki budynków zagrażających zawaleniem się. W okolicznościach tej sprawy rozbiórka budynków powinna być wykonana niezwłocznie, gdyż nie można wykluczyć realnego zagrożenia zdrowia i życia mieszkańców B. Powyższe okoliczności potwierdza decyzja nr (...) Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 7 listopada 2011 r. z rygorem natychmiastowej wykonalności. W oparciu o wskazane wyżej okoliczności Izba uznała, że zamawiający w tym zakresie niewątpliwie uprawdopodobnił możliwość zagrożenia dla interesu publicznego związanego z zapewnieniem bezpieczeństwa mieszkańców, w tym bezpieczeństwa ruchu drogowego i pieszego w rejonie ulicy, przy której są położone zdewastowane budynki.

Izba uznała także, że przesłanka, wymagająca zważenia przez Izbę okoliczności związanych z naruszeniem interesu publicznego z ochroną wszystkich interesów, których prawdopodobieństwo uszczerbku zachodzi w związku z zachowaniami zamawiającego, które są kwestionowane w postępowaniu odwoławczym, a zatem w szczególności interesów wykonawców występujących w postępowaniu, o której stanowi art. 183 ust. 2 zdanie drugie Pzp, została spełniona. Jak wynika z treści złożonego odwołania, zarzuty odwołującego dotyczą odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty w kontekście uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Postępowanie prowadzone jest w sprawie udzielenia zamówienia publicznego o wartości nieprzekraczającej tzw. progów unijnych. Wniesione odwołanie znajduje się na etapie uzupełnienia braków formalnych (wpis, kopia odwołania). W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że korzyści związane, w tym przypadku, z koniecznością ochrony, w szczególności, interesu ekonomicznego danego podmiotu gospodarczego, który mógł zostać naruszony w wyniku czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, podjętej przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zestawieniu z interesem publicznym, wyrażającym się w potencjalnym zagrożeniu bezpieczeństwa życia i zdrowia ludzi, nie mogą przewyższać nad negatywnymi skutkami dla interesu publicznego, które mogłyby nastąpić w przypadku braku natychmiastowego zawarcia umowy w sprawie wykonania rozbiórki budynków w związku z oczekiwaniem przez zamawiającego na ostateczne orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie wniesionego odwołania.

207. Sygn. akt: KIO/W 44/11, Postanowienie KIO z dnia 23 grudnia 2011 r.

W uzasadnieniu wniosku zamawiający wskazał, iż wniesione przez wykonawcę, (...) Sp. z o.o. w W. odwołanie uniemożliwia zawarcie umów dotyczących ww. części zamówienia, a brak ich zawarcia do dnia 27 grudnia 2011 r. doprowadzi do pozostawienia bez ochrony obiektów wojskowych ważnych dla obronności państwa, co jest niedopuszczalne ze względu na dobrze pojęty interes społeczny i obronność państwa.

(...) uzasadnienie wniosku jest właściwie całością uzasadnienia i zawartej w nim argumentacji, w którym zamawiający odnosi się do okoliczności związanych z wypełnieniem przesłanek ww. przepisu. Pozostała część uzasadnienia wniosku nie zmierza do wykazania konieczności natychmiastowego zawarcia umów, ale stanowi uzasadnienie dla wykluczenia (...) z postępowania i ewentualnego oddalenia odwołania w tym przedmiocie.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż zamawiający w żaden sposób nie udowodnił okoliczności, na które się powołuje, a których ocena warunkuje możliwość uwzględnienia wniosku. Nie opisał nawet dokładnie negatywnych skutków dla interesu publicznego, do których brak zawarcia umów we wskazanym terminie może doprowadzić. Na podstawie

ogólnikowych deklaracji zamawiającego, co do konieczności zawarcia przedmiotowej umowy Izba nie jest w stanie stwierdzić czy względem przewidywanego terminu rozpoznania odwołania zagrożenie interesu publicznego jest w tym przypadku rzeczywiste czy tylko deklarowane przez zamawiającego.

208. Sygn. akt: KIO/W 46/11, Postanowienie KIO z dnia 27 grudnia 2011 r.

Przepis ust. 2 stanowi, że na wniosek zamawiającego Izba może uchylić zakaz, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W doktrynie przez interes publiczny rozumie się określoną wartość motywacyjną wspólną dla wielu podmiotów, a konkretyzującą się w razie konfliktu z przeciwstawnymi celami (interesami) prywatnymi. Z punktu widzenia jednostki, interes publiczny jest kategorią zbiorczą, przeciwstawną interesowi indywidualnemu, nawet w razie, gdy ta sama jednostka również korzysta z odnośnego dobra publicznego. Interesem publicznym jest interes określonej grupy (społeczności, wspólnoty) odpowiadający potrzebom odczuwanym przez członków grupy – często jako reakcja na pojawiające się lub choćby tylko możliwe zagrożenia albo też artykułowane przez organ publiczny w ramach jego kompetencji formalnych.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego uznaje się pojęcie interesu publicznego za pojęcie niedookreślone, którego funkcja w procesie stosowania prawa sprowadza się do wyposażenia decydującego w możliwości reagowania na sytuacje faktyczne doniosłe prawnie, społecznie i gospodarczo, niemieszczące się w ramach oceny typowych jednostkowych stanów faktycznych. Pojęcie interesu publicznego powinno być definiowane każdorazowo w kontekście określonych warunków społecznych i politycznych oraz prawa konkretnej jednostki. Odwołanie się przez ustawodawcę do „ważnego interesu publicznego” nie oznacza pełnej swobody określania rodzaju chronionego interesu, ponieważ przy jego ustalaniu muszą być uwzględniane regulacje konstytucyjne i hierarchia wartości wynikająca z zasady demokratycznego państwa prawnego. Zdaniem Trybunału do kategorii interesu publicznego zaliczyć należy te wartości, które są wskazywane w art. 31 ust. 3 Konstytucji – (bezpieczeństwo lub porządek publiczny, bądź ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób.) – (wyroki TK: z dnia 20 kwietnia 2011 r., sygn. akt Kp 7/09, z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. akt SK 15/02, z dnia 8 lipca 2010 r., sygn. akt K 46/07 i z dnia 8 lipca 2010 r., sygn. akt K 46/07).

209. Sygn. akt: KIO/W 48/11, Postanowienie KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.

Podkreślić w tym miejscu należy, że rozpatrując wniosek o uchylenie ww. zakazu, Izba nie rozstrzyga co do zasadności wniesionego odwołania. Odwołanie jest bowiem badane w ramach odrębnego postępowania – odwoławczego.

Uwzględniając okoliczności niniejszej sprawy Izba stwierdziła, że zamawiający nie wykazał w złożonym wniosku okoliczności uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający nie wykazał okoliczności, które mogłyby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, które mogły zostać naruszone w wyniku czynności zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywiście jest, iż w ramach pełnienia doniosłej misji, jako telewizja publiczna – zamawiający jest zobowiązany m.in. do produkcji programów informacyjnych. Z tego względu podejmowane przez zamawiającego działania muszą uwzględniać interes publiczny związany z przekazem bieżących informacji. To na zamawiającym niewątpliwie spoczywa odpowiedzialność za jakość świadczonych usług w powyższym zakresie. Nie ulega również wątpli-

wości, że temu celowi służyć ma realizacja przedmiotowego zamówienia. Zauważyć jednakże należy, że zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jest związany przepisami prawa, w tym procedurą odwoławczą przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych, zapewniającą wykonawcom możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej. Okoliczność, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęło odwołanie, nie jest zatem okolicznością niespodziewaną lub nadzwyczajną, gdyż wynika wprost z obowiązujących przepisów prawa. Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek przewidzieć i uwzględnić w ramach czasowych postępowania czas niezbędny na wypełnienie procedur wynikających z przepisów prawa, tak, aby w określonym terminie możliwe było zawarcie umowy w sprawie danego zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (sekcja II pkt 3) zamawiający określił „czas trwania zamówienia lub termin realizacji” jako „Okres w miesiącach: 48 (od udzielenia zamówienia)”. Jest to zatem termin, który będzie dotrzymany pomimo zawarcia umowy po dniu 1 stycznia 2012 r. Tak określony termin nie wiąże się w żaden sposób ze wskazaną przez zamawiającego we wniosku datą „1 stycznia 2012 r.” Zamawiający nie podał we wniosku żadnego uzasadnienia, z którego wynikałoby, że umowa w sprawie zamówienia musi być zawarta w tym dniu. Nie zawarł również jakiegokolwiek wyjaśnienia co do tego, w jaki sposób do tej pory powyższy zakres usług informacyjnych był realizowany. Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia zamawiającego, iż niezawarcie umowy w sprawie zamówienia z dniem 1 stycznia 2012 r. może spowodować po stronie zamawiającego wyższe koszty lub nakłady pracy związane z koniecznością zapewnienia świadczenia telewizyjnego przekazu informacyjnego na rzecz społeczeństwa, niemniej jednak, w ocenie Izby, powyższe okoliczności nie mogą być utożsamiane z interesem publicznym, gdyż dotyczą – podmiotu, jakim jest zamawiający. Niepodpisanie umowy z dniem 1 stycznia 2012 r. nie determinuje wprost możliwości wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego w postaci braku możliwości realizacji transmisji. Wskazane okoliczności – dodatkowe koszty i wysiłek organizacyjny, jako leżące wyłącznie po stronie zamawiającego, zdaniem Izby, nie powinny skutkować negatywnie dla interesu publicznego.

Tym samym, Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, iż brak zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu z dniem 1 stycznia 2012 r. spowoduje negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie. Nie jest zatem możliwe w okolicznościach niniejszej sprawy odstąpienie od zasady zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

210. Sygn. akt: KIO/W 3/12, Postanowienie KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.

Na etapie oceny zasadności złożonego wniosku Izba nie bada ani prawidłowości, ani skuteczności wniesienia odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, który miałby uzasadnić ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów (w tym interesu wnoszącego odwołanie). Zamawiający we wniosku winien należycie sprecyzować ten interes publiczny, a także uzasadnić dlaczego w jego ocenie interes publiczny ma tak dużą wagę, że należałoby uchylić zakaz zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, co zasadniczo może sprowadzać się do wykazania, że istnieje potrzeba niezwłocznego zawarcia umowy, bez przewidzianego prawem oczekiwania na orzeczenie Izby, które zakończy postępowanie odwoławcze.

W ocenie składu orzekającego Izby część okoliczności podniesionych przez Zamawiającego wskazuje na negatywne skutki dla interesu ekonomicznego jego kontrahentów (wstrzyma-

nie produkcji, straty, brak zatrudnienia) lub jego samego (naliczenie kar umownych), co nie może być utożsamiane z kategorią interesu publicznego. Ponadto Zamawiający nie ma pewności, lecz przypuszcza, że skutki takie mogą nastąpić, a podstawą do tego są wyłącznie rozmowy telefoniczne z odbiorcami dostaw drewna. Zamawiający nie sprecyzował przy tym od kiedy zaistniała z jego strony zwłoka, a zatem nie można wykluczyć, iż wynika ona ze zbyt późnego wszczęcia postępowania lub jego przewlekłości, niezwiązanej bezpośrednio z wniesionym odwołaniem. Zamawiający musi bowiem liczyć się z korzystaniem przez wykonawców środków ochrony prawnej, w szczególności w stosunku do czynności kończących prowadzone postępowanie. Również strat w hodowli lasu dla Zamawiającego, czy nawet Skarbu Państwa nie można uznać za negatywne skutki dla interesu publicznego. Status Zamawiającego jako państwowej jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, reprezentującej Skarb Państwa w zakresie zarządzanego mienia, nie oznacza, iż uszczerbek w hodowli lasu, za którą odpowiada, stanowi jednocześnie negatywny skutek dla interesu publicznego. Również w tym przypadku ze złożonego wniosku nie wynika dlaczego podpisanie umowy w normalnym trybie miałyby uniemożliwić wykonanie bliżej niesprecyzowanych czynności gospodarczych koniecznych do wykonania w warunkach zimowych, biorąc pod uwagę, że rozpatrzenie odwołania nastąpi jeszcze przed połową tej pory roku, gdyż może już nastąpić 19 stycznia, a najpóźniej powinno nastąpić 24 stycznia 2012 r. Zamawiający nie przedstawił również żadnych argumentów, które przemawiałyby za tym, iż interes gospodarczy – jego lub jego kontrahentów, czy nawet Skarbu Państwa, należałoby przedłożyć nad interes poszukującego ochrony prawnej wykonawcy wnoszącego odwołanie.

211. Sygn. akt: KIO/W 7/12, Postanowienie KIO z dnia 5 marca 2012 r.

Odwołujący nie złożył oferty na zadanie 3 i 4 i odwołanie nie dotyczy tych części. Zatem rozpoznanie wniosku zamawiającego o uchylenie zakazu zawarcia umowy w zakresie zadań 3 i 4 jest bezprzedmiotowe, co uzasadnia umorzenie postępowania na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 1 Pzp. Zamawiający w odniesieniu do części zamówienia, których zarzuty odwołania nie dotycząc, jest uprawniony do zawarcia umowy po upływie terminu na wniesienie odwołania dotyczącego tych części.

212. Sygn. akt: KIO/W 11/12, Postanowienie KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu zasadne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołań wniesionych w postępowaniu.

Interes publiczny jest w tym przypadku łatwo identyfikowalny, a jego waga nie budzi wątpliwości. Bezpieczeństwo życia i zdrowia funkcjonariuszy, a także sprawność działań Policji przekładającą się bezpośrednio na bezpieczeństwo wszystkich uczestników turnieju UEFA EURO 2012 i osób, na których przebieg turnieju może w jakikolwiek sposób oddziaływać, należy uznać za cel priorytetowy. Właśnie na Oddziałach Prewencji spocznie główny ciężar zabezpieczenia porządku publicznego i niezakłóconego przebiegu turnieju. Przy czym należy wskazać, iż ww. turniej jest prawdopodobnie największą imprezą masową organizowaną w Polsce, w której udział wezmą setki tysięcy kibiców i turystów z całego świata. Spodziewana skala działań Policji związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa na stadionach, jak i poza nimi, w tym również ochroną piłkarzy, sztabów szkoleniowych, delegacji oficjalnych... etc..., przewyższa zakresem wszystkie dotychczasowe operacje przez nią wykonywane. W związku z powyższym należy umożliwić doposażenie Oddziałów Prewencji we wszystkie dostępne środki techniczne podnoszące efektywność ich działań, w tym również montaż i użytkowanie środków łączności montowanych w kaskach funkcjonariuszy, pozwalających na sprawne dowodzenie i organizację pododdziałów zarówno podczas zabezpieczania porządku publicznego, jak i w trakcie jego przywracania (zwłaszcza podczas walki z tłumem).

Izba nie znajduje podstaw do kwestionowania wyliczeń co do czasu potrzebnego na wykonanie zamówienia przedstawionych przez zmwawiającego. Uwzględniając możliwość różnorakiego przebiegu postępowań odwoławczych, w tym również ich przeciągnięcie poza instrukcyjne terminy wskazane w ustawie, a także hipotetyczną możliwość dalszego korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej wobec czynności nowych i powtarzanych, powstaje realne ryzyko niemożliwości wykonania zamówienia przed Euro 2012. W związku z powyższym negatywne skutki dla interesu publicznego wynikające z niezawarcia umowy w jak najbliższym terminie w ocenie Izby są znaczące i przewyższają ewentualne korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, co do których zachodzi ewentualność doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zmwawiającego.

213. Sygn. akt: KIO/W 12/12, Postanowienie KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Izba uznała, że zmwawiający nie wykazał, iż przesunięcie terminu zawarcia umowy o zamówienie publiczne w związku z postępowaniem odwoławczym (termin posiedzenia Izby w sprawie przedmiotowego odwołania został wyznaczony na dzień 20 kwietnia 2012 r., tj. za 3 dni), spowoduje wystąpienie negatywnych skutków dla interesu publicznego przewyższającego korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zmwawiającego. W okolicznościach dotyczących rozpatrywanego wniosku należy zauważyć, iż umowa z Samorządem Województwa (...) o przyznanie pomocy Nr (...) w ramach działania „Podstawowe usługi dla gospodarki i ludności wiejskiej” objętego PROW na lata 2007–2013 została zawarta przez Gminę (...) w dniu 8 czerwca 2011 r., tj. ponad rok temu. Zmwawiający nie wyjaśnił jakie przyczyny spowodowały, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego zostało wszczęte dopiero pod koniec lutego 2012 r. Termin realizacji zamówienia został przewidziany na 31 lipca 2012 r. (sekcja II.2 ogłoszenia o zamówieniu), tymczasem we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy zmwawiający informuje, że Gmina zobowiązała się do wykonania i rozliczenia niniejszego zadania do dnia 30 września 2012 r., a jednocześnie w innym miejscu wniosku wskazuje, że „Realizacja nastąpić ma w 2012 r.” W oparciu o powyższe rozbieżne informacje nie sposób ustalić faktycznych zobowiązań zmwawiającego w powyższym zakresie. Zmwawiający nie przedstawił przy tym żadnych dokumentów na potwierdzenie powoływanych okoliczności.

Podkreślić należy, że dla uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze istotne jest ustalenie okoliczności, czy omawiany ustawowy zakaz zawarcia umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Biorąc pod uwagę przedstawioną przez zmwawiającego argumentację, Izba uznała, iż zmwawiający nie wykazał powyższych okoliczności. Jak wskazuje sam zmwawiający „Mieszkańcy oczekują kilka lat na wybudowanie przydomowych oczyszczalni ścieków na ich nieruchomościach, z pewnością opóźnienie realizacji inwestycji znacznie obniży standard życia mieszkańców, stanowiąc dalsze zagrożenie dla środowiska przyrodniczego oraz nie podniesie atrakcyjności gminy”. W ocenie Izby powyższe okoliczności nie stanowią negatywnych skutków dla interesu publicznego na tyle istotnych, aby uzasadniały one zastosowanie instytucji o wyjątkowym charakterze, o której mowa w art. 183 ust. 2 Pzp. Zauważyć również należy, że rozpoznając wniosek, o którym mowa w art. 183 ust. 2 Pzp, Izba nie rozstrzyga o zasadności lub niezasadności odwołania, które jest rozpoznawane w ramach innego postępowania – odwoławczego.

214. Sygn. akt: KIO/W 16/12, Postanowienie KIO z dnia 14 maja 2012 r.

Należy zauważyć, iż interesu publicznego nie możemy każdorazowo wiązać z rodzajem podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, czy też z rodzajem wykonywanej przez dany podmiot działalności. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy

p.z.p. podmiotami zamawiającymi są, co do zasady podmioty, które wykonują działalność, czy też świadczą usługi o charakterze powszechnym, na rzecz publicznego kręgu odbiorców, bądź których działalność nastawiona jest na funkcjonowanie w sektorze publicznym. Takie bowiem rozumowanie może prowadzić do wniosku, że w każdym przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przedmiot zamówienia wiąże się z działalnością Zamawiającego zawsze będzie wypełniona przesłanka interesu publicznego.

Skład orzekający zwraca uwagę, że możliwość uchylecia zakazu zawarcia umowy przed wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, zgodnie z art. 183 ust. 2 ustawy p.z.p., stanowi wyjątek od zasady wyrażonej w treści przepisu art. 183 ust. 1 ustawy p.z.p. Zgodnie z tą podstawową zasadą Zamawiający nie może zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu wydania przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Uwzględniając zatem powyższe wypełnienie przesłanek ustawowych pozwalających na wyrażenie przez Izbę zgody na zawarcie umowy w trybie art. 183 ust. 2 ustawy p.z.p., jako wyjątek od zasady, nie może być interpretowane w sposób rozszerzający.

215. Sygn. akt: KIO/W 17/12, Postanowienie KIO z dnia 29 maja 2012 r.

Z uwagi na to, że zamawiający nie przedstawił we wniosku okoliczności wskazujących na spełnienie przesłanek ustawowych z art. 183 ust. 2 ustawy Pzp do uchylecia zakazu zawarcia umowy po jego stronie (niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego), Izbie brak podstaw formalnych i prawnych do uwzględnienia wniosku zamawiającego. Bowiem samo wskazanie we wniosku zamawiającego, że wskutek wniesionego odwołania przez spółkę (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wystąpi prawdopodobieństwo braku możliwości udzielenia i wykonania przedmiotowego zamówienia, nie świadczy wprost o negatywnym skutku dla publicznego interesu wskutek niezawarcia umowy.

216. Sygn. akt: KIO/W 21/12, Postanowienie KIO z dnia 4 lipca 2012 r.

W sprawie tego odwołania postanowieniem z dnia 4 lipca 2012 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, działając na podstawie art. 187 ust. 6 ustawy Pzp, dokonał zwrotu odwołania, uznając, że wpis od odwołania nie został uiszczony do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania, tj. do dnia 18 czerwca 2012 r. W związku z powyższym nie wystąpiły przesłanki do wydania merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie złożonego wniosku o uchyleniu zakazu zawarcia umowy. Z tych też względów postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku przez Zamawiającego podlega umorzeniu, jako bezprzedmiotowe, zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp. Na podstawie tego przepisu Izba umarza postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, w sytuacji gdy jego rozpoznanie stało się bezprzedmiotowe, w szczególności, jeśli ogłoszone zostało przez Izbę orzeczenie w sprawie złożonego odwołania przed rozpoznanieniem wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. W niniejszej sprawie postanowienie Prezesa Izby z dnia 4 lipca 2012 r. o zwrocie odwołania wniesionego w ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przed wydaniem przedmiotowego postanowienia w sprawie złożonego przez Zamawiającego wniosku, zostało wydane i ogłoszone w trybie przewidzianym w § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 [ze zm. – *przyp. red.*]).

217. Sygn. akt: KIO/W 22/12, Postanowienie KIO z dnia 12 lipca 2012 r.

Zamawiający nie podał, że nie posiada żadnych zapasów tego surowca, jednakże okoliczność taką potwierdza treść odwołania, w którym wykonawca Kopalnia (...) Sp. z o.o. pisze: „W tym miejscu należy zaznaczyć, że Zamawiający nie może pozwolić sobie na rezygnację z części zamówienia dostawy mączki kamienia wapiennego, które zostało objęte trzecią częścią postępowania. Nie posiada bowiem wystarczającej ilości produktu koniecznego do odsiar-

czania spalin jakie emituje. W tym celu realizuje zakupy mączki kamienia wapiennego w systemie bieżących małych zamówień „z wolnej ręki”, które przy obecnym zużyciu zabezpieczają jego potrzeby na okres 4–5 dni. Zamówienia te realizowane są przez Odwołującego.”

W ocenie Izby, zamawiający wykazał, że zawarcie umowy z wykonawcami wybranymi do realizacji części 1 oraz 2 zamówienia – w terminie po ogłoszeniu przez Izbę wyroku lub postanowienia, kończącego postępowanie odwoławcze – może wywołać, lub wywoła negatywne skutki dla interesu publicznego. Sytuacja opisana we wniosku, pozwala na obiektywne ustalenie istnienia negatywnych skutków dla interesu publicznego w przypadku przedłużenia się procedury zawarcia umowy i negatywnych konsekwencji dla możliwości prawidłowego funkcjonowania przedsiębiorstwa zamawiającego, którego działalność wiąże się z zaspakajaniem istotnych potrzeb o charakterze powszechnym.

Z drugiej strony, wątpliwe jest zagrożenie interesu wykonawcy Kopalni (...) Sp. z o.o. w K. w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferty nie zostały wybrane jako najkorzystniejsze w wymienionych częściach 1 i 2 zamówienia, a wykonawca nie podnosił zarzutów wobec czynności zamawiającego wyboru ofert na wymienione części, a jedynie ewentualnie wnosił o unieważnienie postępowania w zakresie części 1 oraz 2 zamówienia, gdyż uważał, że zachodzą podstawy do unieważnienia przedmiotowego postępowania przetargowego w całości.

Biorąc po uwagę powyższe, Izba uznała, że negatywne skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, zostały wykazane przez zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości i uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

218. Sygn. akt: KIO/W 24/12, Postanowienie KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.

Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, iż niezawarcie umowy o zamówienie publiczne w związku z postępowaniem odwoławczym przed Izbą spowoduje wystąpienie negatywnych skutków dla interesu publicznego przewyższających korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego. Przyczyny wskazane przez Zamawiającego odnoszące się do zagrożenia zachowania harmonogramu realizacji inwestycji oraz poważnymi negatywnymi skutkami dla interesu publicznego mają charakter ogólnikowy i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Podobnie argumentacja dotycząca narażenia na ewentualność zwrotu części dotacji lub zapłaconia kar umownych nie konkretyzuje tych okoliczności, a ponadto odnosi się do ryzyk i interesu Zamawiającego, którego nie sposób utożsamiać z interesem publicznym, nawet wówczas gdy Zamawiający jest instytucją *non-profit*. Ponadto argumentacja dotycząca konsekwencji finansowych dla wykonawców wyłonionych/wyłanianych do realizacji innych zamówień w ramach inwestycji (...) nie wypełnia przesłanki negatywnych skutków dla interesu publicznego przewyższających korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy także zauważyć, iż Zamawiający planując harmonogram postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest uwzględnić uprawnienie do składania środków ochrony prawnej, którego realizacja nie powinna mieć istotnego wpływu na możliwość terminowego wykonania zamówienia.

219. Sygn. akt: KIO/W 25/12, Postanowienie KIO z dnia 31 sierpnia 2012 r.

Uchylając zakaz zawarcia umowy, Izba uwzględniła okoliczność, że w niniejszej sprawie termin rozpoczęcia wykonania zamówienia ma niewątpliwie kluczowe znaczenie, gdyż nie-

zawarcie umowy uniemożliwi wykonywanie transportu i opieki w czasie przewozu uczniów szkół podstawowych i gimnazjów w rozpoczynającym się z dniem 3 września 2012 r. roku szkolnym 2012/2013. Powyższe natomiast pozbawia możliwości prawidłowej realizacji nie tylko nałożonego ustawą o systemie oświaty z dnia 7 września 1991 r. (t.j. Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 z późn. zm.) obowiązku zapewnienia transportu uczniom, skoro brak jest w tym względzie alternatywnego sposobu poprzez zwrot kosztów przejazdu środkami komunikacji publicznej z uwagi na niedostosowanie tras i rozkładów jazdy komunikacji publicznej, ale także właściwego wykonywania obowiązku szkolnego. Zdaniem Izby są to niewątpliwie elementy, które mogą spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. W tym przypadku Izba uznała także, że negatywne konsekwencje niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

220. Sygn. akt: KIO/W 26/12, Postanowienie KIO z dnia 5 września 2012 r.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający podał, iż wykonawca wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu Gwaranta odwołującego do zapłaty wadium. Jednocześnie zamawiający wskazuje, iż odwołanie nie dotyczy czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania ani wyboru oferty najkorzystniejszej, co w ocenie zamawiającego przesądza o wyniku postępowania. Ponadto zamawiający wskazał, iż w związku z wniesieniem odwołania i ustawowym zakazem zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę na uszczerbek narażony został interes Skarbu Państwa, poprzez utrudnienie realizacji niezbędnych dla zachowania zdolności bojowej wojsk części zamiennych do pojazdów bojowych. W ocenie zamawiającego uszczerbek ten znacząco przenosi korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazywał na negatywne skutki związane z możliwymi zakłóceniami w utrzymaniu gotowości technicznej wojsk, a także w procesie szkolenia, w tym jednostek ekspedycyjnych, prowadzących działania poza granicami kraju.

Odnosząc się do treści złożonego wniosku skład orzekający Izby przychylił się do argumentacji Zamawiającego, uznając, że wypełnione zostały przesłanki do wyrażenia zgody na zawarcie umowy w niniejszym postępowaniu przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania, o których stanowi art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, jeżeli jej niezawarcie mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby zamawiający wykazał możliwość wystąpienia negatywnych skutków dla interesu publicznego poprzez zakłócenie utrzymania gotowości technicznej wojsk, w tym jednostek ekspedycyjnych prowadzących działania poza granicami kraju.

221. Sygn. akt: KIO/W 28/12, Postanowienie KIO z dnia 10 września 2012 r.

(...) zamawiający w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które warunkują możliwość uwzględnienia wniosku, tj. nie wykazał, jakie to negatywne skutki dla interesu publicznego mają wystąpić z powodu niezawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego w bliżej nieokreślonym, nieprzekraczalnym terminie. W szczególności nie jest notoryjną wiedza na temat, jakie skutki będzie miał brak zawarcia przedmiotowej umowy. Nie wskazano również, jakie skutki dla interesu publicznego będzie miało domniemane, (bo niewskazane wprost przez zamawiającego) opóźnienie w zawarciu umowy. Wreszcie nie

wskazano, w jakim nieprzekraczalnym terminie przedmiotowa umowa winna być zawarta, gdy tymczasem termin rozpoznania niniejszego wniosku tylko o dwa dni wyprzedza wyznaczoną datę rozprawy w sprawie ww. odwołań. Izba stwierdza także, że przedmiotem tego zamówienia są sukcesywne dostawy leków i tym samym zawarcie umowy na całość przedmiotu zamówienia nie jest warunkiem koniecznym dla jego realizacji na gruncie przepisów ustawy Pzp.

222. Sygn. akt: KIO/W 39/12, Postanowienie KIO z dnia 5 listopada 2012 r.

Ewentualność, iż dane odwołanie zostanie odrzucone (o ile nie zostanie wcześniej zwrócone w przypadku nieusunięcia przez odwołującego braków formalnych) lub oddalone jako niezasadne, nie jest powiązana z przesłanką negatywnych skutków dla interesu publicznego i ich rozmiarów związanych z opóźnieniem zawarcia umowy w sprawie zamówienia.

W świetle powyższego stwierdzić należy, iż zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, a nawet nie wskazał okoliczności, na które się generalnie (przez zacytowanie dyspozycji ww. przepisu) powołuje, a których ocena warunkuje możliwość uwzględnienia wniosku. Nie opisał w szczególności na czym miałyby polegać w tym przypadku interes publiczny, a także negatywne skutki dla tego interesu związane z brakiem natychmiastowego zawarcia umowy w sprawie zamówienia, czyli spowodowane odsunięciem jej podpisania do czasu rozpatrzenia odwołania przez Izbę.

223. Sygn. akt: KIO/W 42/12, Postanowienie KIO z dnia 21 listopada 2012 r.

Izba ustaliła, co następuje: postępowanie prowadzone przez Zamawiającego obejmuje 196 pakietów. Odwołanie sygn. akt KIO 2522/12, w związku z którym wniesiono wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zostało wniesione w dniu 15 listopada br., termin rozprawy wyznaczono na 23 listopada br. Odwołanie dotyczy pakietów 5, 6, 7, 22, 36, 41, 42, 43, 44, 45, 58, 62, 64, 81, 88, 91, 123, 136, 152, 153, 156, 164, 169, 174, 180, 185. Dla pakietów 6, 7, 22, 36, 43, 44 Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych.

Izba musiała rozważyć, czy brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, przewyższający korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez Zamawiającego czynności. W ocenie Izby, z uzasadnienia wniosku Zamawiającego wynika jedynie, iż w skonkretyzowany sposób mogłoby dojść do zagrożenia interesu publicznego przez zagrożenie ciągłości leczenia 8 pacjentów na Oddziale Onkologicznym. Zamawiający wskazał kilku pacjentów (łącznie 8 osób), którzy leczeni byli w październiku trzema lekami objętymi postępowaniem (ten ostatni fakt zresztą nie został wskazany przez Zamawiającego wprost, tak jak Zamawiający nie przyporządkował w załączonym do wniosku wykazie 30 leków do odpowiednich pakietów, w których prowadzone jest postępowanie). Izba jednak samodzielnie, na podstawie ogłoszenia o zamówieniu, przyporządkowała leki, o których mowa w piśmie z dnia 16 listopada 2012 r., tj. Vinblastyna (2 pacjentów), Vincristin (3 pacjentów), Erbitux (3 pacjentów) odpowiednio do pakietów: 5, 41 i 42. Przy założeniu, że wskazani pacjenci nadal są leczeni na Oddziale Onkologicznym, a ich liczba może się zwiększyć, Izba uznała, że wobec niskiego stanu magazynowego wskazanych leków można uchylić zakaz zawarcia umowy dla tych pakietów.

W pozostałym zakresie – we wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy Zamawiający nie podał, których pakietów dotyczy wniosek; w wykazie 30 leków załączonych do wniosku nie przyporządkował ich do 196 pakietów postępowania. Izba podjęła samodzielnie taką próbę, ale leku o nazwie „Fragmin”, obejmującego pozycje 5–8 wykazu załączonego do wniosku nie udało się przyporządkować do żadnego pakietu. Dla siedmiu leków z wykazu „zabezpieczenie na liczbę dni” wynosi „0” – nie wiadomo jak długo trwa taki stan i dlaczego

Zamawiający do niego dopuścił – przecież, jeżeli wystąpiły przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, np. niespodziewany i nagły wzrost ilości pacjentów, Zamawiający powinien udzielić zamówienia na tejże podstawie. Zatem w korelacji z uzasadnieniem Zamawiającego nie sposób ustalić, jaki może być związek obecnego etapu prowadzonego postępowania (wniesienie odwołania) z negatywnym skutkiem dla interesu publicznego (zagrożeniem zdrowia i życia pacjentów) dla większości pakietów, w których wniesiono odwołanie. Izba taki związek odnalazła jedynie dla trzech pakietów, tj. 5, 41 i 42.

Wywody Zamawiającego w uzasadnieniu wniosku, o tym, że 16 listopada 2012 r. upływa termin związania ofertą są niezrozumiałe (termin związania ofertą ulega zawieszeniu w związku z wniesieniem odwołania – art. 182 ust. 6 Prawa zamówień publicznych), tak samo jak wzmianka o niemożliwości podpisania przygotowanych aneksów dla 8 pakietów (nie wiadomo, o jakie aneksy chodzi i dla jakich pakietów). Izba wskazuje, że uchylenie zawarcia umowy jest wyjątkiem od reguły nakazującej powstrzymanie się od zawarcia umowy do czasu wydania przez Izbę orzeczenia – i w razie zawarcia umowy przed wydaniem orzeczenia, Zamawiający powinien się liczyć z konsekwencjami wynikającymi z ewentualnego późniejszego rozstrzygnięcia. Zauważyć należy, że wydaje się, iż Zamawiający do tej pory nie dokładał starań, aby umowy w związku z postępowaniem zawrzeć możliwie najszybciej (jak chociażby czas wniesienia wniosku o uchylenie zakazu: wniosek datowany 15 listopada br. wpłynął do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 listopada br.).

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności w sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu jest możliwe uchylenie zakazu zawarcia umowy dla pakietów 5, 41 i 42; w pozostałym zakresie Zamawiający nie umotywował swojego wniosku w sposób wystarczający.

224. Sygn. akt: KIO/W 47/12, Postanowienie KIO z dnia 29 listopada 2012 r.

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone przez Zamawiającego obejmuje 17 pakietów. Odwołanie sygn. akt KIO 2575/12, w związku z którym wniesiono wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy, zostało wniesione w dniu 23 listopada br., termin rozprawy wyznaczono na 4 grudnia br. W odwołaniu wykonawca wskazuje, iż ma niezaprzeczalny interes w złożeniu odwołania bowiem złożona przez niego oferta byłaby najkorzystniejsza w zakresie Pakietów 1, 4, 5, 6, 8, 10, 12, 15, 17 natomiast wniosek zamawiającego dotyczy Pakietów nr 2 i 3.

Izba musiała rozważyć, czy brak wyrażenia zgody na zawarcie umowy wywoła skutek negatywny dla interesu publicznego, przewyższający korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku na skutek podjętych przez Zamawiającego czynności. W ocenie Izby, z uzasadnienia wniosku Zamawiającego wynika, iż w skonkretyzowany sposób mogłoby dojść do zagrożenia interesu publicznego przez zagrożenie ciągłości leczenia około 20 pacjentów dziennie lekiem Adriblastin oraz około 15 pacjentów dziennie lekiem Farmorubicin. Izba uznała, że wobec zerowego stanu magazynowego wskazanych leków można uchylić zakaz zawarcia umowy dla tych pakietów.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności w sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu jest możliwe uchylenie zakazu zawarcia umowy dla pakietów 2 i 3. Izba przychyliła się do wniosku zamawiającego, uznając, że niezakupienie leków i powstanie zagrożenia zdrowia i życia pacjentów powodować będzie negatywne skutki dla interesu publicznego.

225. Sygn. akt: KIO/W 57/12, Postanowienie KIO z dnia 2 stycznia 2013 r.

W ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego, iż:

- „niezawarcie umowy w 2012 roku spowoduje negatywne skutki w postaci ryzyka utraty finansowania przedsięwzięcia,

- brak zwłoki zamawiającego we wszczęciu i prowadzeniu postępowania,
 - zawarcie umowy w roku 2012 oraz realizacja zamówienia mają kluczowe znaczenie dla interesu publicznego”,
 - oczywista bezzasadność zarzutów sformułowanych w treści odwołania,
- nie wyczerpuje przesłanek, o których mowa w art. 183 ust. 2 zdanie 2 ustawy.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż interesu publicznego nie możemy każdorazowo wiązać z rodzajem podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, czy też z rodzajem wykonywanej przez dany podmiot działalności. Zgodnie bowiem z przepisami ustawy p.z.p. podmiotami zamawiającymi są, co do zasady podmioty, które wykonują działalność, czy też świadczą usługi o charakterze powszechnym, na rzecz publicznego kręgu odbiorców, bądź których działalność nastawiona jest na funkcjonowanie w sektorze publicznym. Takie bowiem rozumowanie może prowadzić do wniosku, że w każdym przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym przedmiot zamówienia wiąże się z działalnością Zamawiającego zawsze będzie wypełniona przesłanka interesu publicznego. W ocenie Izby przesłanki wystąpienia interesu publicznego nie wyczerpuje ryzyko utraty finansowania w związku z upływającym rokiem budżetowym, gdyż to od zamawiającego, jako dysponenta przyznanych środków, zależy jak skutecznie będzie realizował przyjęty plan finansowy. Ponadto zamawiający wskazywał, iż niezawarcie umowy do końca 2012 roku zagraża ciągłości pracy zamawiającego co w ocenie Izby nie znajduje uzasadnienia. Stanowi o tym choćby fakt, iż zamawiający wyznaczył termin na realizację przedmiotu zamówienia do 21 stycznia 2013 r.

Art. 185 ust. 1–5

226. Sygn. akt: KIO 872/12, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2012 r.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Firma Handlowo Usługowa Krzysztof G. Przesłanie przystąpienia do postępowania odwoławczego faksem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej jest w obecnym stanie prawnym nieskuteczne. Ustawodawca zastrzegł bowiem w ustawie Pzp w art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp formę, w jakiej należy wnieść zgłoszenie przystąpienia do Prezesa KIO. Przepis ten wskazuje, że przystąpienie należy wnieść w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 [aktualnie Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm. – *przyp. red.*]), zgodnie z którym z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. Ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie niespełniające wymogów co do formy wniesienia nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu (por. postanowienie z 17 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2419/10).

227. Sygn. akt: KIO 1029/12, KIO 1031/12, Wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2012 r.

Izba uznała, że Przystępujący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 1031/12 po stronie Odwołującego, ponieważ zgłosił przystąpienie w wymaganym terminie i wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Strony, po której przystępuje. Przystę-

pujący [był wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który złożył ofertę droższą od oferty odwołującego – *przyp. red.*] mianowicie wskazał, że jest dealerem marki samochodu zaferowanej w postępowaniu przez Odwołującego, i dzięki jego wygranej (i w konsekwencji uzyskania przez niego zamówienia) pozycja marki zostanie wzmocniona. Izba stwierdziła, że „interes”, o którym mowa w art. 185 ust. 2 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych, nie został przez ustawodawcę w żaden sposób dookreślony (przykładowo jako interes prawny, czy interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu), a więc wystarczy wyłączenie wykazanie „interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia (...)”. Zatem w ocenie Izby zgłaszający przystąpienie może się powoływać na jakikolwiek interes, w tym również faktyczny, związany z rozstrzygnięciem postępowania na korzyść strony, po której przystępuje. Dlatego Izba stwierdziła, że korzyść Przystępującego wynikająca z potencjalnej możliwości wzmocnienia pozycji oferowanej przez niego marki przez uzyskanie przedmiotowego zamówienia przez wykonawcę, który złożył ofertę konkurencyjną, jest wystarczająca dla wykazania interesu w przystąpieniu. W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego zgodnie z art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

228. Sygn. akt: KIO 1209/12, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2012 r.

Izba stwierdziła także skuteczność zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego dokonanych przez wykonawców X i Y po stronie Zamawiającego oraz Z po stronie Odwołującego. Izba oddaliła w toku posiedzenia z udziałem stron zgłoszoną przez Zamawiającego opozycję co do przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przez wykonawcę Z, uznając, że wykonawca ten wykazuje się interesem w zgłoszeniu swojego przystąpienia do postępowania odwoławczego. Izba uznała, że interes w zgłoszeniu przystąpienia nie może być zawężany do pojęcia: „interes w uzyskaniu zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, regulującym przesłankę materialnoprawną skuteczności składania środków ochrony prawnej, tj. złożenia odwołania, czy też skargi na orzeczenie KIO. Ustawodawca, regulując instytucję przystąpienia do postępowania odwoławczego, zdecydował się na inny sposób ukształtowania tej przesłanki skuteczności złożenia przystąpienia niż miało to miejsce w przypadku odwołania i skargi. Interes w zgłoszeniu przystąpienia wyraża się w tym przypadku tym, że wykonawca zgłaszający przystąpienie musi wykazać się interesem w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, tj. w tym przypadku Odwołującego. Izba stwierdziła więc, że pojęcie interesu w zgłoszeniu przystąpienia uregulowane w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp jest pojęciem szerszym niż pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym zatem wykazywanie przez Zamawiającego, że uwzględnienie odwołania nie pozwoli wykonawcy Z na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, nie może stanowić o nieskuteczności zgłoszenia przystąpienia.

229. Sygn. akt: KIO 1302/12, Postanowienie KIO z dnia 4 lipca 2012 r.

W toku posiedzenia, Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego firmy: (...) SA., nie spełnia wymogów wynikających z art. 185 ust. 2 Pzp. Zgłoszone przystąpienie w przywołanym terminie miało miejsca faxem, a następnie zostało potwierdzone pisemnie – po 3-dniowym terminie. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Nie ma także możliwości wezwania do uzupełnienia braków formalnych, jak w wypadku odwołania. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 [aktualnie Dz. U. Nr 48, poz. 280 *ze zm.* – *przyp. red.*]) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoław-

czej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji Izba, nie uznała zgłoszonego przystąpienia za skuteczne, uznając, że żadne przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie miały miejsca.

230. Sygn. akt: KIO 1439/12, Postanowienie KIO z dnia 16 lipca 2012 r.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 6 lipca 2012 r., pismem, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2012 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca (...) S.A., który wnosił o oddalenie odwołania. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało złożone z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż dla swej skuteczności winno ono wpłynąć do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej najpóźniej w terminie do 9 lipca 2012 r. Przedmiotowe przystąpienie zostało zaopatrzone prezentatą jego wpływu do Izby – w dniu 11 lipca 2012 r., albowiem zostało nadane przesyłką pocztową w dniu 9 lipca 2012 r. Z uwagi na uchybienie terminu 3 dni na złożenie przystąpienia od daty otrzymania kopii odwołania, Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy (...) S.A. do udziału w sprawie.

231. Sygn. akt: KIO 1602/12, KIO 1607/12, KIO 1613/12, KIO 1616/12, KIO 1617/12, KIO 1618/12, Wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2012 r.

Konsekwentnie uznano, że wykonawcom, którzy złożyli przystąpienia po stronie zamawiającego w sprawach, w których zamawiający podzielił część zarzutów odwołań [*w znaczeniu uwzględnienia części zarzutów odwołania – przyp. red.*], przysługuje możliwość prezentowania stanowiska odmiennego do tego, jakie prezentuje strona, do której złożone zostało przystąpienie (tutaj: zamawiający, który podzielił niektóre zarzuty odwołania). W przeciwnym bowiem wypadku przystępujący pozbawieni zostaliby możliwości obrony w postępowaniu, co jest szczególnie dolegliwe w zakresie zarzutów kierowanych wobec ich sytuacji (zarzuty dotyczące wykluczenia tych wykonawców oraz odrzucenia ich ofert), gdzie wykonawca nie ma innej, aniżeli przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, prawnej ścieżki obrony swojej pozycji w postępowaniu. Jakkolwiek bowiem przepis art. 185 ust. 5 ustawy przewiduje, że czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, to przy braku możliwości złożenia sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania, koniecznym staje się uznanie możliwości prezentowania przez wykonawcę, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego stanowiska odmiennego od tego, w którym zamawiający przyznaje zarzuty w zakresie godzącym w interes wykonawcy przystępującego. Podzielono w powyższej mierze stanowisko prezentowane w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2011 r. w spr. o sygn. akt KIO 2626/11 i 2633/11.

Art. 185 ust. 7

232. Sygn. akt: KIO 692/12, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2012 r.

(...) brak jest podstaw do zawieszenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 177 § 1 pkt 1 Kpc ze względu na proces cywilny, wywołany złożeniem w dniu 5 kwietnia 2012 r. pozwu do Sądu Okręgowego w Gliwicach. Przepis art. 185 ust. 7 ustawy stanowi, że do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sędzię polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Brak odesłania w przepisach ustawy do odpowiedniego stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w części procesowej, wyłącza możliwość zawieszenia postępowania do czasu rozstrzygnięcia sporu w odrębnym postępowaniu.

Ponadto należy podkreślić, że inny charakter ma postępowanie cywilne (w rozpoznawanej sprawie wniesiono pozew o zapłatę), a inny charakter postępowanie odwoławcze, którego celem jest rozpoznanie zarzutów odwołującego od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (przepis art. 180 ust. 1 ustawy wyznacza granice odwołania, a przepis art. 192 ust. 7 ustawy granice rozpoznania odwołania – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu).

Art. 186 ust. 2 i 3

233. Sygn. akt: KIO 580/12, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2012 r.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż art. 186 ust. 3 *in fine* ustawy Pzp uznać należy za przepis o charakterze proceduralnym. Przemawia za tym chociażby systematyka ustawy. Dział VI ustawy Pzp, w którym mieści się powołany przepis, zawiera w sobie przepisy proceduralne, pozwalające wyegzekwować na Zamawiającym określone działania, do którego podjęcia jest on zobowiązany przepisami regulującymi postępowanie o udzielenie zamówienia. Przepis ten stanowi *quasi*-substytut rozstrzygnięcia o zasadności żądań przez Izbę, oczywiście przy zastrzeżeniu wszystkich odmienności, wynikających z faktu nierozpoznania merytorycznego zarzutów przez Izbę. Pamiętać należy, że przepisy ustawy Pzp nie dają Izbie możliwości kontrolowania oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tak w kontekście zgodności tegoż oświadczenia z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego, czy też tego, czy działanie Zamawiającego zmierza do obejścia prawa. Dlatego też Izba zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp umarza postępowanie, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do tego postępowania po stronie Zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Tym samym, wobec umorzenia postępowania odwoławczego, Izba nie jest władna rozstrzygnąć o zasadności zarzutów, a tym samym o żądaniach Odwołującego. Mając to na uwadze ustawodawca uznał za stosowne wskazanie Zamawiającemu, że jeżeli uzna w całości zarzuty podniesione przez Odwołującego, powinien dokonać także odpowiednich czynności, zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu. Art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie należy jednak traktować jako przepisu prawa materialnego. Co prawda jego adresatem jest również Zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą, nie zaś postępowania o udzielenie zamówienia. Za proceduralnym charakterem tegoż przepisu przemawia też omówione wcześniej jego powiązanie z art. 185 ust. 6 oraz art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp oraz wywiedzione przez Izbę z tegoż powiązania wnioski odnoszące się do skutków naruszenia drugiego z tych przepisów.

Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, w świetle powyższych rozważań, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwołującego. Dokonując jednak czynności, których wykonanie ma stanowić spełnienie żądania uznanego w całości odwołania, Zamawiający musi jednak mieć na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom Odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp. W innym przypadku może on zostać pociągnięty do odpowiedzialności, zaś obciążona wadą umowa może zostać unieważniona. Tak też, pod kątem naruszenia przepisów regulujących przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, Izba będzie weryfikowała prawidłowość czynności dokonanych przez Zamawiającego

po wcześniejszym uznaniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które to czynności nie zostały wykonane zgodnie z żądaniami sformułowanymi w tym odwołaniu.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż naruszenie przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie może stanowić samoistnej podstawy do wniesienia odwołania. Stwierdzenie przez Izbę takiego naruszenia nie stanowi podstawy dla decyzji o uwzględnieniu odwołania, ale rodzi po jej stronie obowiązek merytorycznego rozpoznania i rozstrzygnięcia, czy nowe, podjęte po uznaniu w całości zarzutów podniesionych we wcześniejszym odwołaniu, są zgodne przepisami ustawy Pzp.

234. Sygn. akt: KIO 668/12, Postanowienie KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Zgodnie ze zdaniem drugim powołanego przepisu Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Dlatego też uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów i umorzenie w takim przypadku przez Izbę postępowania odwoławczego, rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek uczynienia zadość wszystkim żądaniom zawartym w uwzględnionym odwołaniu. Zaniechanie realizacji tego obowiązku może być dla Odwołującego podstawą wniesienia kolejnego odwołania, którego zasadność będzie następnie przedmiotem oceny Izby.

235. Sygn. akt: KIO 1684/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.

Podkreślenia wymaga okoliczność, że zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w SIWZ przed rozstrzygnięciem przez KIO sprawy zarzutów odwołania dotyczących SIWZ nie można wywodzić z art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Przepisy te stanowią jedynie, że zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania w całości i jeśli do tego toczącego się postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego albo taki przystępujący wykonawca nie wniósł sprzeciwu co do uwzględniania zarzutów odwołania, Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jednocześnie w takiej sytuacji przywołane przepisy stanowią, że zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Na skutek takiego – zgodnego z żądaniem odwołania postępowania zamawiającego – niemożliwe jest podnoszenie zarzutów przez wykonawców w zakresie tych czynności zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp (ewentualne odwołanie byłoby odrzucone). Gdyby jednak zamawiający wykroczył poza żądania odwołania albo dokonał czynności w postępowaniu w sposób odmienny od żądań odwołania, dyspozycja wskazanego przepisu nie ziściłaby się i takie czynności podlegałyby zaskarżeniu w odrębnym trybie odwoławczym.

Art. 187 ust. 2

236. Sygn. akt: KIO 1488/12, Postanowienie KIO z dnia 24 lipca 2012 r.

Zgodnie z art. 187 ust. 2 ustawy Pzp wpis uiszcza się najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania. W rozpoznawanej sprawie, Prezesowi Izby wraz z odwołaniem został przedstawiony dowód uiszczenia wpisu w dniu 13 lipca 2012 r. Tym samym Odwołujący nie dochował terminu określonego w art. 187 ust. 2 ustawy Pzp. Ustawodawca nie przewidział możliwości przywrócenia powołanego terminu, zgodnie zaś z art. 187 ust. 6 w zw. z art. 187 ust. 7 ustawy Pzp jego niedochowanie przez Odwołującego rodzi po stronie Izby obowiązek zwrócenia odwołania. Odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Uwzględniając powyższe Izba postanowiła, zwrócić odwołanie wniesione przez wykonawcę: Zbigniewa K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) Zbigniew K. w G.

237. Sygn. akt: KIO 1684/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.

Izba uznała także, że odwołanie nie podlega zwrotowi z racji nieopłacenia go wpisem, o co wnosił Zamawiający. Wpis od odwołania w tej sprawie został bowiem uiszczony w wymaganej kwocie, na właściwy numer rachunku bankowego i w dacie na złożenie odwołania. Wskazanie w opisie tytułu przelewu niewłaściwego numeru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy jednoczesnym braku w tym czasie jakiegokolwiek innego postępowania o zamówienie prowadzonego przez tego samego Zamawiającego, w którym odwołania składałby ten sam Odwołujący się, należy potraktować jako oczywistą omyłkę pisarską bez wpływu na skuteczność opłacenia odwołania.

Art. 187 ust. 6**238. Sygn. akt: KIO 1044/12, Postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2012 r.**

Zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 [ze zm. – *przyp. red.*]) (dalej „rozporządzenie w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań”) do odwołania załącza się dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu. Z kolei § 9 ww. rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań obliguje Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku gdy odwołanie zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 5–8, bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2, do wezwania odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania. Tym samym zgodnie z powołaną wyżej regulacją niedołączenie do odwołania dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu uznawane jest za brak formalny odwołania uniemożliwiający nadanie mu prawidłowego biegu, z którym wiąże się obowiązek wezwania do uzupełnienia braku w terminie 3 dni od doręczenia wezwania, powiązany z rygorem zwrotu odwołania, o czym odwołujący winien być pouczone. Jeżeli zatem w wyznaczonym 3-dniowym terminie odwołujący nie uzupełni w prawidłowy sposób stwierzonego braku formalnego (tj. nie dołączy dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu), odwołanie, zgodnie z pouczeniem, podlega zwrotowi bez jakichkolwiek skutków prawnych, jakie wiążą się z wniesieniem odwołania. Przepisy rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań nie różnicują dokumentów wymienionych w § 4 ust. 2, a zatem brak któregokolwiek z nich uznawany jest za brak formalny uniemożliwiający nadanie odwołaniu biegu obligujący do wezwania do uzupełnienia z zastrzeżeniem rygoru zwrotu odwołania. Nie ma zatem legislacyjnych podstaw, aby w odniesieniu do dowodu przesłania kopii odwołania zamawiającemu stosować reguły odmiennie, w szczególności dopuszczając wyjaśnienie/potwierdzenie tej okoliczności na etapie postępowania przed składem orzekającym Izby, rezygnując z rygoru zwrotu wskazanego w pouczeniu. Brzmienie § 9 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań jest w tej mierze jednoznaczne. Uzupełnienie dokumentu niewłaściwego należy uznać za tożsame z bezskutecznym upływem terminu wyznaczonego na uzupełnienie braku, gdyż brak formalny wstrzymujący rozpoznanie odwołania, pozostał nieusunięty.

Uwzględniając powyższe, w stanie faktycznym niniejszej sprawy Izba stwierdziła, iż zachodzi przesłanka zwrotu odwołania na podstawie art. 187 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 187 ust. 7 ustawy Pzp, ponieważ Odwołujący, wezwany pod rygorem zwrotu odwołania do uzupełnienia w terminie 3 dni od doręczenia wezwania braków formalnych odwołania, w tym w zakresie dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu, w wyznaczonym terminie nie uzupełnił odwołania o dowód przesłania jego kopii Zamawiającemu, jako że dołączony przez niego dowód dotyczy innego odwołania (sygn. akt KIO 1045/12), co zostało bezspornie ustalone i co Odwołujący przyznał.

239. Sygn. akt: KIO 1705/12, Postanowienie KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Co ważne, przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości przywrócenia terminu wyznaczonego na uzupełnienie braków formalnych. Zgodnie z art. 187 ust. 6 ustawy Pzp z chwilą kiedy termin ten upłynie, nie jest możliwym skuteczne uczynienie zadość wezwaniu skierowanemu do wykonawcy w trybie art. 187 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego też, za nieistotną dla rozstrzygnięcia Izba oceniła okoliczność, iż Odwołujący w dniu 14 sierpnia 2012 r. doręczył Prezesowi Izby pełną treść odpisu z KRS, w tym również tę jego część, która obejmowała informację o składzie zarządu Odwołującego oraz sposobie jego reprezentacji. Uczynił to bowiem po upływie trzydniowego terminu wyznaczonego przez Prezesa Izby.

Art. 189 ust. 2 pkt 1**240. Sygn. akt: KIO 563/12, Postanowienie KIO z dnia 30 marca 2012 r.**

Analiza dokumentacji nie pozostawia wątpliwości, iż zamówienie udzielane przez Zamawiającego jest zamówieniem sektorowym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Okoliczność ta nie była kwestionowana przez strony. Zgodnie z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tym samym, aby przepisy ustawy miały zastosowanie do tego postępowania, jego wartość powinna być równa lub przekraczać kwotę 5 000 000 Euro. W rozpoznawanym przypadku stanowi ona równowartość jedynie 531 828,13 Euro. Kierując się tak dokonanymi ustaleniami, Izba uznała, iż w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, tym samym odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

Na dokonane przez Izbę rozstrzygnięcie, wpływu nie może mieć fakt, iż ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający może przekazać Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie, którego publikacja ze względu na wartość zamówienia nie jest obowiązkowa. Dlatego też sam fakt ukazania się ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nie może być traktowany przez Wykonawców, jako wiążące wskazanie na przepisy mające zastosowanie do sprawy, która ich dotyczy.

Art. 189 ust. 2 pkt 2**241. Sygn. akt: KIO 1344/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.**

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, jako złożonego przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający uzasadnił ten wniosek faktem, że składając w dacie wniesienia odwołania wykonawca nie był związany ofertą, co zdaniem Zamawiającego powoduje, że nie był podmiotem uprawnionym do wniesienia tego środka ochrony prawnej. Odnosząc się do zgłoszonego wniosku, wskazać należy, że powyższy przepis określa negatywną przesłankę formalnoprawną, której wystąpienie uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie odwołania. Upływ terminu związania ofertą takiej okoliczności nie stanowi. Pokreślić przy tym należy, że kwestia upływu tego terminu jest w przedmiotowej sprawie istotą sporu, wymagającą merytorycznej oceny.

242. Sygn. akt: KIO 1747/12, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2012 r.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, w tym także – podnoszonego przez

przystępującego – art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Istotą pełnomocnictwa rodzajowego jest bowiem umocowanie określonej osoby, czy też podmiotu do działania w imieniu i na rzecz mocodawcy w określonego rodzaju sprawach. Dla wypełniania wymogu rodzajowości pełnomocnictwa w sprawach z zakresie zamówień publicznych wymagane jest więc wskazanie w jego treści co najmniej umocowania do reprezentacji w sprawach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i takie umocowanie w treści kwestionowanego pełnomocnictwa (załączonego do odwołania) niewątpliwie się znajduje. Obejmuje ono bowiem umocowanie pełnomocnika do „reprezentowania mocodawcy ubiegającego się w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych” i upoważnia pełnomocnika m.in. do „wnoszenia (...) odwołań (...)”.

Art. 189 ust. 2 pkt 3

243. Sygn. akt: KIO 1136/12, Postanowienie KIO z dnia 11 czerwca 2012 r.

(...) zamawiający pismem z dnia 27 kwietnia 2012 r. poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym odwołującego o tym jakich wykonawców zamierza zaprosić do udziału w aukcji elektronicznej. Zamawiający w niniejszym piśmie poinformował również o tym jakich wykonawców wykluczył z postępowania i oferty, których wykonawców odrzucił. Ponadto w piśmie z dnia 22 maja 2012 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania, a także ponownie wskazał, że o odrzuconych ofertach poinformował wykonawców pismami z dnia 7 marca 2012 r. oraz 27 kwietnia 2012 r.

Tym samym informacja z dnia 27 kwietnia 2012 r. jest jednocześnie informacją dla wykonawcy o tym, że zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował oferty wykonawców wskazanych w powyższym piśmie, w tym również (...). Zatem należy uznać, że w dacie 27 kwietnia 2012 r. odwołujący powziął wiadomość o tym, którzy wykonawcy zostaną zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej.

W ocenie Izby czynność zakwalifikowania wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. W takim przypadku odwołanie – zgodnie ze wskazanym przepisem – wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ponieważ informację o tym, których wykonawców zamawiający zaprosi do udziału w aukcji odwołujący otrzymał w dniu 27 kwietnia 2012 r. (potwierdzenie w aktach sprawy), termin na wniesienie środka odwoławczego w zakresie zaniechania odrzucenia ofert wykonawców zaproszonych do udziału upływał w dniu 7 maja 2012 roku. Wniesienie odwołania w dniu 1 czerwca 2012 r. – jak to miało miejsce w rozpoznawanym przypadku – należy uznać za dokonane z naruszeniem terminu do jego wniesienia.

244. Sygn. akt: KIO 1164/12, Postanowienie KIO z dnia 13 czerwca 2012 r.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia siwz na stronie internetowej. Odwołujący kwestionuje postanowienia siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, które nie uległy zmianie od momentu zamieszczenia siwz na stronie internetowej, tj. od dnia 24 maja 2012 r. Zatem od tego momentu należy liczyć początek biegu terminu na wniesienie odwołania. Sam fakt zadania pytania do siwz nie powoduje przerwy biegu terminu na wniesienie odwołania, do czasu uzyskania odpowiedzi, zatem jeśli odwołujący uważał, że treść siwz jest niejednoznaczna, bo z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, w jaki sposób zadanie ma być wykonane i brak tej informacji uniemożliwiał mu złożenie oferty, to powinien był złożyć odwołanie nie później niż do 29 maja 2012 r. Niezależnie od tej skorzystania ze środków ochrony prawnej mógł także złożyć

zapytanie, jednak złożenie zapytania nie może powodować przedłużenia terminu zawitego dla wniesienia odwołania. Jedynie wniesienie odwołania wobec postanowień siwz zmodyfikowanych na skutek zapytań podlega odrębnemu liczeniu terminu na skorzystanie ze środka ochrony prawnej. W przedmiotowej sprawie na skutek wyjaśnień treści siwz przez zamawiającego do modyfikacji siwz nie doszło. Tym samym odwołujący wnosząc odwołanie wobec postanowień siwz zamieszczonych na stronie internetowej w dniu 24 maja 2012 r., w dniu 4 czerwca 2012 r. dokonał tej czynności po terminie na wniesienie odwołania określonym w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy. W tej sytuacji odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

245. Sygn. akt: KIO 1219/12, Postanowienie KIO z dnia 18 czerwca 2012 r.

(...) po wejściu w życie nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. [ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – *przyp. red.*] dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach ustawy Pzp po jej nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. brak ustanowienia domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca musiał zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

246. Sygn. akt: KIO 1281/12, Postanowienie KIO z dnia 28 czerwca 2012 r.

Nie ulega wątpliwości, że skoro zamawiający przekazał odwołującym drogą elektroniczną zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w dniu 6 czerwca 2012 r. termin na wniesienie odwołania, ze względu na wartość zamówienia, upłynął w dniu 11 czerwca 2012 r. zgodnie z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 2 (część pierwsza) ustawy. Skoro zamawiający nie przedstawił dowodu przesłania informacji o unieważnieniu postępowania w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy, należało przyjąć termin na wniesienie odwołania ustalony zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 (część druga) ustawy, tj. 10 dni od przesłania informacji w inny sposób niż wskazany w art. 27 ust. 2 ustawy. Zamawiający przedstawił dowód przesłania informacji drogą pocztową w dniu 06.06. 2012 r., więc 10-dniowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 16 czerwca 2012 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby w formie właściwej (wymaganej przepisami ustawy) w dniu 19 czerwca 2012 r., a więc po upływie ustawowego terminu. Izba wskazuje, że przepis art. 180 ust. 4 ustawy stanowi, że odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, co wyklucza skuteczne wniesienie odwołania faksem lub drogą mailową.

247. Sygn. akt: KIO 1562/12, Postanowienie KIO z dnia 7 sierpnia 2012 r.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest mniejsza niż tzw. progi unijne wnosi się „w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób”. Informację o czynności zamawiającego przesłano odwołującemu faksem w dniu

16 lipca 2012 r. (okoliczność otrzymania pisma w tej dacie potwierdził także odwołujący), a więc w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, zatem ustawowy termin na wniesienie odwołania upływał w sobotę dnia 21 lipca 2012 r. A ponieważ sobota nie jest dniem ustawowo wolnym od pracy dla zachowania ustawowego terminu odwołanie winno być wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej najpóźniej w dniu 21 lipca 2012 r. W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2012 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, gdyż po wejściu w życie nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie. W przepisach ustawy Pzp po jej nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. [ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – przyp. red.] brak ustanowienia domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie bowiem stanowiły, że „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w ustawie przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca musiał zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Reasumując, uznać należy, że odwołanie, które wpłynęło w dniu 23 lipca 2012 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Art. 189 ust. 2 pkt 5

248. Sygn. akt: KIO1486/12, KIO 1489/12, Postanowienie KIO z dnia 1 sierpnia 2012 r.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5) ustawy Pzp. Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

(...) Podstawą wniesionego przez tego wykonawcę odwołania jest informacja Zamawiającego o dokonaniu czynności wykluczenia Odwołującego Konsorcjum A z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawarta w piśmie z dnia 4 lipca 2012 r. i przesłana w tej samej dacie Odwołującemu. Wskazana czynność Zamawiającego została dokonana przez Zamawiającego na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2012 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1275/12. Wyrokiem tym Izba uwzględniła odwołanie złożone przez Konsorcjum X i nakazała Zamawiającemu Y S.A. w K. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórne dokonanie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem okoliczności ogłoszenia w dniu 13 czerwca 2012 r. upadłości A S.A. oraz nakazała wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A S.A w upadłości układowej, B Sp. z o.o., C S.A., D S.A. z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższe wskazuje, że czynności stanowiące przedmiot zaskarżenia w odwołaniu, które Izba rozpoznaje aktualnie, zostały wykonane przez Zamawiającego zgodnie z przywołanym wyrokiem KIO. W takiej sytuacji – jeśli przywołany wyrok Izby w ocenie Konsorcjum A narusza jego interes i został wydany z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa – stronie postępowania odwoławczego lub jego uczestni-

kowi, a takim niewątpliwie było Konsorcjum A, wskazane w wyroku jako przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, przysługuje w oparciu o art. 198a ust. 1 ustawy Pzp skarga na ten wyrok do Sądu Okręgowego w Krakowie (według pouczenia zawartego w wyroku KIO z dnia 3 lipca 2012 r.). Do oceny sądu powszechnego będzie należała w tym zakresie ocena, czy zasadnym było nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum A z postępowania wskazanym wyrokiem KIO i tym samym czy zasadne było dokonanie tej czynności przez Zamawiającego. Ocena tej czynności przez Izbę w niniejszym postępowaniu odwoławczym stanowiłaby rozstrzygnięcie tej samej sprawy ponownie przez Izbę, co w świetle regulacji ustawy Pzp, nie jest dopuszczalne.

Ustawodawca w przepisach ustawy Pzp przewidział w ramach korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej możliwość korzystania z nich w trybie instancyjnym. Podstawowym środkiem ochrony prawnej służącym ochronie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest odwołanie składane do Krajowej Izby Odwoławczej i przez nią rozpoznawane. Dopiero od nieprawidłowego rozstrzygnięcia sprawy odwołania przez Izbę przysługuje możliwość wniesienia skargi na orzeczenie Izby do sądu powszechnego. Sąd ten zaś w przypadku stwierdzenia zasadności skargi na orzeczenie KIO zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka co do istoty sprawy, a więc wypowiada się merytorycznie co do zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 198f ust. 2 ustawy Pzp). Sąd okręgowy zatem w oparciu o skargę Konsorcjum A złożoną na wskazany wyrok Izby z dnia 3 lipca 2012 r. może ocenić zasadność nakazania Zamawiającemu wykluczenia wskazanego wykonawcy z postępowania. Sąd ten może więc oceniać merytorycznie zasadność tej czynności, a tym samym pośrednio również zasadność zarzutów podnoszonych przez wskazanego wykonawcę w aktualnie rozpoznawanym przez Izbę odwołaniu, co do wykluczenia go z postępowania. W taki właśnie sposób zostały ukształtowane przepisy ustawy Pzp w zakresie środków ochrony prawnej, które nie przewidują możliwości merytorycznego rozpoznania przez Izbę zarzutów odwołania, odnoszących się do czynności Zamawiającego, które stanowią wykonanie wcześniejszego wyroku Izby (art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Powyższe nie stanowi naruszenia przepisów dyrektyw odwoławczych, na co powoływał się w toku posiedzenia pełnomocnik Odwołującego Konsorcjum A. Stwierdzić należy, że w polskim systemie odwoławczym ustawodawca przyznał kompetencję do rozstrzygania spraw odwoławczych niezależnemu organowi, którym jest Krajowa Izba Odwoławcza. Rozstrzygnięcia wydawane przez ten organ zapewniają wykonawcom realną możliwość ochrony swoich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zapewniając im także możliwość uzyskania zamówienia publicznego w wyniku rozpoznania odwołania przez Izbę, niezależnie od możliwości uzyskania przez podmiot w tym zakresie odszkodowania. Powyższe wynika z zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, który został uregulowany w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Sądowa kontrola orzeczeń wydawanych przez Izbę dzięki regulacji zawartej w art. 197f ust. 2 ustawy Pzp także zapewnia wykonawcy szanse na merytoryczne rozpoznanie zarzutów podniesionych w odwołaniu i w zależności od etapu postępowania o zamówienie publiczne także możliwość pozyskania danego zamówienia publicznego albo też merytoryczne rozstrzygnięcie sądu, które może stanowić dodatkowo podstawę do uzyskania odszkodowania dochodzonego w odrębnym trybie.

Art. 189 ust. 2 pkt 6

249. Sygn. akt: KIO 753/12, Postanowienie KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r.

(...) w przedmiotowym postępowaniu będącym postępowaniem o wartości zamówienia, mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, złożone odwołanie dotyczy innego zakresu, niż określony w art. 180

ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych (czyli dla robót budowlanych o wartości poniżej 5 150 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od następujących czynności Zamawiającego: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny czynności, w stosunku do których przysługuje prawo do wniesienia odwołania. Izba stwierdziła, że odwołanie będące przedmiotem rozpatrzenia w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie dotyczy żadnej z tej czynności, a zatem odwołanie to musi podlegać odrzuceniu.

Art. 189 ust. 2 pkt 7

250. Sygn. akt: KIO 1280/12, Wyrok KIO z dnia 3 lipca 2012 r.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, braki formalne odwołania zostały usunięte w terminie oraz uiszczono wpis od odwołania. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na nieprzesłanie Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, ponieważ kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu w dniu 18 czerwca 2012 r. po godzinach urzędowania (godz. 18.13), a zatem nie mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (faksem lub drogą elektroniczną). Izba zważyła, że Zamawiający nie obalił domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Niewątpliwie przesłanie kopii odwołania w dniu 18 czerwca 2012 r. nastąpiło przed upływem 5-dniowego terminu do wniesienia odwołania, który upływał w tym dniu o g. 24.00 (art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 111 Kc oraz art. 115 Kc – 17 czerwca 2012 r. – niedziela). Okoliczność, iż nastąpiło to po godzinach urzędowania Zamawiającego nie była wystarczająca do obalenia domniemania, iż Zamawiający mógł się zapoznać z treścią przesłanej kopii odwołania. Niewątpliwie potencjalna możliwość odebrania poczty elektronicznej istniała w dniu 18 czerwca 2012 r. po godzinach urzędowania. Obalenie domniemania wynikającego ze zdania 2 art. 180 ust. 5 ustawy Pzp wymagałoby wykazania przez Zamawiającego, iż zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiałaby Zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania, a takiego dowodu Zamawiający nie przeprowadził. Należy zatem uznać, iż Zamawiający miał możliwość zapoznania się z treścią odwołania. Bez znaczenia zatem pozostaje, czy wiadomość mailowa wpłynęła do Zamawiającego w godzinach pracy oraz kiedy faktycznie Zamawiający zapoznał się z treścią odwołania.

251. Sygn. akt: KIO 1684/12, Wyrok KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.

Z dowodu przesłania kopii odwołania Zamawiającemu (automatycznego wydruku ze skrzynki pocztowej) wynika, iż załączono do tej korespondencji załącznik w formacie PDF o nazwie: „(...) odwołanie K.". Korespondencja mailowa została przesłana Zamawiającemu

6 sierpnia 2012 r. o godz. 16.15. Powyższe w sposób wystarczający potwierdza przekazanie Zamawiającemu kopii odwołania w terminie na złożenie odwołania do Izby. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, który obaliłby wskazane domniemanie, w szczególności – w dodatkowo wyznaczonym przez Izbę na wniosek Zamawiającego terminie – nie przedłożył raportu z korespondencji przychodzącej do Zamawiającego na wskazany adres mailowy w dniu 6 sierpnia 2012 r. Przesłanie korespondencji mailowej Zamawiającemu po jego godzinach pracy w kontekście dotrzymania terminów wynikających z przepisów zawartych w dziale VI ustawy Pzp – co podnosił w toku posiedzenia Zamawiający – nie ma żadnego znaczenia w tym zakresie. Podkreślić należy, że terminy przewidziane w ustawie Pzp liczone są zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, tj. w dniach. Zamawiający zatem potencjalnie w terminie na złożenie odwołania mógł zapoznać się z jego treścią. Odnoszenia powyższej możliwości do sytuacji indywidualnie każdego z podmiotów zamawiających, w zależności od jego godzin pracy, czy też innych okoliczności (np. obciążenie pracą, nieobecność w pracy pracownika odpowiedzialnego za prowadzenie zamówienia publicznego itp.), także w świetle przywołanych regulacji Kodeksu cywilnego, nie można uznać za zasadne.

Art. 189 ust. 6

252. Sygn. akt: KIO 1363/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.

Z uwagi na zastrzeżenie przez odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r., Dz. U. Nr 153, poz. 1503) informacji zawartych w ofercie oraz w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, rozprawa została przeprowadzona w części z wyłączeniem jawności, na postawie art. 189 ust. 6 Pzp. Z tego też względu w uzasadnieniu nie zostały zawarte szczegółowe informacje, podlegające ochronie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Art. 190 ust. 1

253. Sygn. akt: KIO 566/12, Wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r.

(...) o ile można zgodzić się z tezą prezentowaną w odwołaniu, że w momencie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, to już w momencie skorzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, to na nim spoczywa obowiązek udowodnienia, że złożone informacje nie są nieprawdziwe. Tymczasem Odwołujący ograniczył się do gołosłownych twierdzeń, nie popartych jakimikolwiek wnioskami dowodowymi. Nie pojął nawet próby obrony swojej oferty i złożonych oświadczeń. Nie wykazał się jakąkolwiek aktywnością dowodową.

254. Sygn. akt: KIO 542/12, Wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2012 r.

Izba stwierdziła, że dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wystarcza wprowadzić zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuując w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradyktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp) a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie uprawnia do takiego wniosku.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14

ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

255. Sygn. akt: KIO 1346/12, Wyrok KIO z dnia 11 lipca 2012 r.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza). Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez niego oferta nie powinna zostać odrzucona z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że działalność Odwołującego polegająca na wykonywaniu instalacji wodno-kanalizacyjnych (do których się odwoływał w swojej argumentacji) objęta jest polisą nr (...). Odniesienie się Odwołującego do faktu ubezpieczenia w Wariancie 2, wskazuje jedynie na to, że ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej związane jest z prowadzoną działalnością i posiadany mieniem z wyłączeniem odpowiedzialności cywilnej związanej z wprowadzaniem produktu do obrotu. Odwołujący nie wykazał, że przez odniesienie się do Wariancie 2 ubezpieczone są wszystkie rodzaje działalności Odwołującego, w tym związane z przedmiotem zamówienia. Odwołujący, powołując się na ogólne warunki ubezpieczenia, z których miało wynikać, że ubezpieczenie obejmuje wszystkie rodzaje działalności Odwołującego, nie przedstawił ich i nie potrafił wskazać konkretnego postanowienia. Tym samym Odwołujący nie udowodnił, że spełnia ukształtowane przez Zamawiającego wymagania w zakresie posiadania zdolności ekonomicznej.

256. Sygn. akt: KIO 1630/12, Wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012 r.

A ponieważ art. 29 ust. 2 ustawy Pzp posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” oznacza to, że na odwołującym ciąży jedynie obowiązek uprawdopo-

dobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na zamawiającym. Skoro jednak zamawiający uwzględnił odwołanie *de facto*, podzielając stanowisko odwołującego ciężar dowodu obciąża wnoszącego sprzeciw (przystępującego), który to – w takiej sytuacji – powinien był udowodnić, iż zamawiający w tym konkretnym stanie faktycznym nie utrudnił uczciwej konkurencji poprzez opis przedmiotu zamówienia, gdyż ofertę jest w stanie złożyć więcej niż jeden lub kilku wykonawców.

Art. 191 ust. 2

257. Sygn. akt: KIO 1710/12, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2012 r.

Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, tym samym musi swój wyrok dostosować m.in. do realnych okoliczności, które istnieją w danym postępowaniu przetargowym. Orzekając, Izba powinna też kierować się zasadami logiki oraz uwzględnić konsekwencje swojego wyroku dla stron.

Art. 191 ust. 3

258. Sygn. akt: KIO 841/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.

Izba orzeka biorąc pod uwagę stan z chwili zamknięcia rozprawy, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego. Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie było podstaw do otwarcia zamkniętej rozprawy. Pismo przystępującego z dnia 11 maja 2012 roku nie zawiera nowych okoliczności istotnych dla sprawy, a przedstawia jedynie argumentację, dotyczącą okoliczności już powołanych. Nadto wskazać należy, że argumentacja ta mogła zostać przez Przystępującego powołana przed zamknięciem rozprawy. Z powyższych względów Izba pominęła przy wydawaniu wyroku treść pisma Przystępującego z dnia 11 maja 2012 roku.

Art. 192 ust. 2

259. Sygn. akt: KIO 848/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.

Art. 192 ust. 2 Pzp nakazuje Izbie uwzględnienie odwołania wyłącznie w razie stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Naruszenie przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający uznał ofertę X Sp. z o.o za najkorzystniejszą, mimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania. Pozostałe zarzuty, które znalazły potwierdzenie w postępowaniu odwoławczym nie mają znaczenia dla wyniku postępowania. Wpływu na wynik postępowania nie ma zaniechanie zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w stosunku do Y S.A. i Z Sp. j., ani zaniechanie oceny, czy informacje zastrzeżone przez Y S.A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Oferty obu tych wykonawców zostały odrzucone, a wykonawcy nie wnieśli odwołań wobec czynności odrzucenia ich ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie może mieć znaczenia dla wyniku postępowania udostępnienie informacji o wyniku postępowania na stronie internetowej zamawiającego w zakresie większym niż wynikający z art. 92 ust. 2 Pzp, ani tym bardziej brak podpisu jednego z członków komisji

przetargowej pod protokołem ZP-PN, skoro odwołujący nie wywodził, że ma to jakiegokolwiek znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

260. Sygn. akt: KIO 935/12, Wyrok KIO z dnia 16 maja 2012 r.

Co do pierwszego zarzutu dotyczącego niezgodności zapisów SIWZ z treścią ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Izba uznała zarzut za zasadny, jednak z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie oddaliła, stwierdzając brak wpływu stwierdzonego przez Izbę naruszenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt III.2.1, III.2.3 nie są tożsame z zapisami SIWZ określonymi w pkt 10.1.1.2 (str. 10), pkt 10.1.1.3 (str. 12) Tomu I IDW. Niezgodność ta dotyczyła opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz potencjału osobowego w zakresie braku wpisania w treści ogłoszenia o zamówieniu wymogów odnoszących się do wymaganej metody renowacji kanalizacji (ze wskazaniem określenia: „przy pomocy UV”). Okoliczność ta nie była sporną pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikami. Izba przy orzekaniu w zakresie tego zarzutu wzięła pod uwagę czynność Zamawiającego zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu dokonaną w dniu 7 maja 2012 r., która dostosowywała treść ogłoszenia o zamówieniu do postanowień SIWZ we wskazanym powyżej zakresie. Tych okoliczności Izba, wydając przedmiotowe orzeczenie, nie mogła pominąć. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba zobowiązana jest na dzień wydania wyroku w sprawie wniesionego odwołania, stwierdzając naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp, dokonać ustalenia, czy to naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej. W związku z naprawieniem wady ogłoszenia o zamówieniu przez samego Zamawiającego Izba nie mogła na moment orzekania w sprawie stwierdzić, że naruszenie to ma jakiegokolwiek wpływ na wynik postępowania.

261. Sygn. akt: KIO 1366/12, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2012 r.

Izba ustaliła, iż Zamawiający przed otwarciem posiedzenia i rozprawy zmienił niektóre zapisy SIWZ zgodnie z wymaganiami (zarzutami) Odwołującego, zamieszczając także informację o zmianie na swojej stronie internetowej. Uwzględnił niektóre żądania Odwołującego. Fakt dokonania modyfikacji nie był kwestionowany przez Odwołującego. Powyżej przedstawiona sytuacja ma zasadniczy wpływ na proces orzekania Izby. Izba ocenia sprawę, biorąc pod uwagę istniejące okoliczności faktyczne obowiązujące na dzień, do którego strony i uczestnicy postępowania mogli przytaczać fakty i dowody, zatem dzień zamknięcia rozprawy.

262. Sygn. akt: KIO 1444/12, KIO 1446/12, KIO 1451/12, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2012 r.

Stosownie do treści art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszym postępowaniu odwoławczym, Zamawiający uwzględnił jeden z zarzutów podniesionych w odwołaniach przez wykonawców X, konsorcjum Y i Z. Izba również uwzględniła jeden z zarzutów podniesionych przez tych wykonawców w odwołaniach. Powyższe okoliczności nie wpływają jednak na fakt, że uzasadniona była czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu ofert tych wykonawców. W toku postępowania odwoławczego uzasadnione okazały się podstawy odrzucenia ofert tych wykonawców w oparciu o inne okoliczności faktyczne. Z tego też względu Izba nie uwzględniła odwołania, gdyż nawet pomimo uwzględnienia dwóch zarzutów postawionych przez Odwołujących, w mocy pozostaje decyzja Zamawiającego o odrzuceniu ofert Odwołujących, a tym samym sytuacja Odwołujących nie ulegnie zmianie i wynik postępowania o udzielenie zamówienia pozostaje taki sam, jak przed wniesieniem odwołania.

263. Sygn. akt: KIO 1551/12, Wyrok KIO z dnia 1 sierpnia 2012 r.

Izba ponadto zwraca uwagę, że w niniejszej sprawie termin składania ofert – wg aktualnego stanu upływa z dniem 10 sierpnia br. Zatem gdyby nawet przyjąć, że był on pierwotnie zbyt krótki na możliwość skutecznego domagania się odpowiedzi, to tak sformułowany zarzut w aktualnym stanie wobec jego faktycznego wydłużenia pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym w tym zakresie ma zastosowanie dyrektywa, o której stanowi przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie, z którym odwołanie podlega uwzględnieniu, jeżeli Izba stwierdza naruszenie przepisów ustawy, które może mieć wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne.

264. Sygn. akt: KIO 1790/12, Wyrok KIO z dnia 5 września 2012 r.

Jednak Izba nie mogła uwzględnić odwołania, a to ze względu na przepis art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Bowiem, jeżeli nawet by uznać, że Odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania w związku z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, to odwołania nie można byłoby uwzględnić, ponieważ nie miałyby to wpływu na wynik postępowania. Odwołujący bowiem na rozprawie oświadczył, że gdyby Zamawiający od razu go wykluczył z postępowania ze wskazaniem faktycznych podstaw wykluczenia, to nawet by się nie odwoływał od takiej decyzji, ale skoro wezwanie było niejednoznaczne, to nie dano mu szansy złożenia wyjaśnień, co wyczerpuje według niego znamiona braku możliwości udzielenia odpowiedzi. Przyznał, że gdyby Zamawiający nie zatrzymał wadium, to nie kwestionowałby jego decyzji wynikającej z wykluczenia go z postępowania, które jednak nastąpiło po nieprawidłowym wezwaniu, nie dając mu możliwości uzupełnienia dokumentu.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący, którego oferta była druga w rankingu ofert, *de facto* potwierdził, że nie kwestionowałby decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania, gdyby nie wynikała z nieprawidłowego wezwania do uzupełnienia dokumentów i nie wiązała się z zatrzymaniem wadium, a więc – akceptuje on fakt wykluczenia go z postępowania. Zatem, choć Odwołujący ma rację co do zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego wezwania do uzupełnienia dokumentów i w konsekwencji – bezpodstawnego zatrzymania wadium, to odwołania nie można uwzględnić, ponieważ naruszenia te nie mają żadnego wpływu na wynik postępowania. Tym bardziej nie można uwzględnić wniosku Odwołującego o unieważnienie postępowania.

Art. 192 ust. 7**265. Sygn. akt: KIO 848/12, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2012 r.**

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że żądanie nakazania dokonania prawnej (sformułowanie odwołującego) oceny złożonych ofert i odrzucenia oferty (...) Sp. z o.o. jest niewystarczające dla rozpoznania zarzutów odwołania.

Art. 192 ust. 7 Pzp stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przywołany przepis statuuje zatem związanie Izby zarzutami, nie zaś żądaniami odwołania (*arg. a contrario*). Izba po rozpoznaniu odwołania, w razie stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy mających istotne znaczenie dla wyniku postępowania, nakazuje zamawiającemu dokonanie lub powtórzenie lub unieważnienie czynności na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp – adekwatnie do potwierdzonych zarzutów odwołania. Wyrok nakazujący ma na celu przede wszystkim przywrócić prowadzonemu postępowaniu o udzielenie zamówienia stanu zgodności z prawem, nie zaś wyłącznie uczynienie zadość żądaniu odwołania.

266. Sygn. akt: KIO 1135/12, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2012 r.

Przepis art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych nakazuje rozpatrywać odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Oznacza to, że zarzuty objęte

rozstrzygnięciem Izby muszą być tożsame pod względem podstawy faktycznej i prawnej z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. W przypadku przedmiotowego odwołania podstawą prawną zarzutów były przepisy art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 Prawa zamówień publicznych, art. 30 ust. 4 w związku z art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, podstawą faktyczną natomiast – konkretne postanowienia SIWZ, wymienione w odwołaniu, co do których Odwołujący oczekiwał zmiany. Po złożeniu odwołania rozszerzanie zarzutów odwołania przez dodawanie nowych podstaw faktycznych (wymienionych w piśmie „Doprecyzowanie wniosku co do rozstrzygnięcia”) jest w ocenie Izby niedopuszczalne. Rozszerzanie podstaw prawnych zarzutów odwołania jest niezgodne nie tylko z granicami orzekania, zakreślonymi w art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, ale również prowadziłoby do obejścia przepisów o terminach wnoszenia środków ochrony prawnej (art. 182 Prawa zamówień publicznych). Trzeba także zauważyć, że Zamawiający, dysponując treścią odwołania, opisującą skonkretyzowane zarzuty, podejmuje decyzję o ewentualnym uwzględnieniu odwołania. W konsekwencji, gdyby doszło do merytorycznego rozpatrzenia odwołania (co w tym przypadku nie nastąpiło ze względu na uwzględnienie odwołania), to nowe zarzuty odnoszące się do nowych podstaw faktycznych nie byłyby w ogóle rozpatrywane.

267. Sygn. akt: KIO 1209/12, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2012 r.

(...) stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – Izba jest związana wyłącznie granicami zarzutów odwołania. W tym przypadku natomiast Odwołujący zarzutu w treści odwołania *de facto* nie podniósł, wskazując jedynie na podstawę prawną rzekomego naruszenia, którego dopuścił się Zamawiający. W komparycji odwołania Odwołujący nie dookreślił w minimalny nawet sposób okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Także w uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał jedynie na treść opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie dookreślając, w jaki sposób i dlaczego przywołani przez niego trzej wykonawcy rzekomo nie spełniają tego warunku. Dopiero w toku rozprawy Odwołujący w sposób minimalny dookreślił ten zarzut, wskazując, że warunek ten nie może być spełniony przy wykazywaniu się przez wykonawców doświadczeniem, w ramach którego napraw gwarancyjnych nie wykonywali producenci dostarczanych macierzy. Powyższe doprecyzowanie w toku rozprawy świadczy dopiero o skonstruowaniu przez Odwołującego zarzutu, który nie został formalnie powołany w odwołaniu i jako taki nie podlega rozpoznaniu przez Izbę, stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp. Podkreślić należy, że przywołanie w treści odwołania jedynie przepisu prawa, który wedle Odwołującego został przez Zamawiającego naruszony bez określenia, w jaki sposób miałoby do tego dojść, poprzez dokonanie, jakiej czynności bądź jej zaniechanie i poprzez to doprecyzowanie okoliczności faktycznych określonego naruszenia, nie może stanowić o określeniu formalnego zarzutu odwołania, który w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp podlega rozpoznaniu przez Izbę. Z tych też względów Izba nie rozpoznawała dowodów przedłożonych w tym zakresie przez Odwołującego w toku rozprawy.

268. Sygn. akt: KIO 1495/12, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2012 r.

W kwestii powołanego w petitum odwołania naruszenia art. 77 w zw. z art. 91c ust. 5 Pzp oraz 91 ust. 1 Pzp 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, oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1039/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2488/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2011 r. o sygn. akt. KIO 2625/11).

Art. 192 ust. 9 i 10

269. Sygn. akt: KIO 1192/12, Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2012 r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie uznała wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, z uwagi na brak wykazania powiązania między pełnomocnikiem, a wystawcą przedłożonej kopii rachunku. Złożone w tym zakresie przez pełnomocnika oświadczenie podczas rozprawy, Izba uznała za nie wystarczające w tym zakresie, z uwagi na brak pisemnego potwierdzenia np. w postaci kopii umowy o pracę.

270. Sygn. akt: KIO 1225/12, KIO 1229/12, Wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2012 r.

Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba nie uwzględniła kosztów pełnomocnika zamawiającego – pełnomocnik przed zamknięciem rozprawy złożył wyłącznie spis kosztów obejmujący wynagrodzenie i koszty dojazdu na posiedzenie, tymczasem zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) do zaliczenia kosztów poniesionych przez zamawiającego w poczet kosztów postępowania odwoławczego niezbędne jest złożenie rachunku. Dokument złożony przez pełnomocnika zamawiającego zatytułowany „Spis kosztów” wskazuje kwotę należności i wierzycieli, nie wskazuje natomiast podmiotu zobowiązanego do zapłaty wynagrodzenia pełnomocnika.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

- A**
- Aukcja elektroniczna** – 157, 175, 243
- B**
- Błąd** – 136
- C**
- Cena** – 94, 96, 97, 105, 114, 115, 124, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 138, 139, 140, 142, 154, 158, 164, 181, 252
- **jednostkowa** – 115, 118, 136, 142
 - **rażąco niska** – 34, 131, 132, 1333, 134, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 164, 206, 252
 - **ryczałtowa** – 107, 122, 123, 124
- Certyfikat** – 45, 47
- Ciężar dowodowy** – 8, 18, 43, 48, 51, 95, 131, 143, 198, 253, 254, 255, 256
- Czyn nieuczciwej konkurencji** – 34, 117, 129, 130
- D**
- Dokumentacja projektowa** – 11, 81, 108, 122, 123, 124
- Dokumentacja techniczna** – 16, 73, 81, 99, 107, 108, 110, 121, 124
- Dokumenty** – 7, 20, 30, 31, 32, 33, 38, 43, 44, 45, 50, 55, 57, 59, 63, 65, 68, 70, 71, 84, 94, 95, 165, 166, 174, 181, 185
- **przedmiotowe** – 39, 44, 45, 46, 47, 68
 - **uzupełnianie** – 45, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 94, 95, 165, 166, 177, 181, 197, 259, 264
 - **wyjaśnienia** – 68, 69, 70, 71, 177, 181
 - **wykaz osób** – 7, 165
 - **wykaz wykonywanych zadań** – 8, 9, 11, 14, 60
 - **zobowiązanie podmiotu trzeciego** – 48, 49, 51, 53
- Domniemanie** – 36, 131, 132, 145, 180, 221, 247, 250, 251
- Dowody** – 34, 36, 49, 72, 75, 77, 78, 79, 81, 88, 131, 132, 138, 143, 147, 190, 194, 198, 205, 207, 218, 222, 250, 251, 253, 255, 256, 258, 261, 267
- Dostawa:**
- **leków** – 221
 - **samochodu** – 39, 204
 - **sprzętu medycznego** – 75, 76, 77
- Działalność gospodarcza** – 135
- E**
- ETS** – 36, 51, 56, 132, 142
- F**
- Fax** – 72, 226, 229, 246, 247, 250
- Formularz ofertowy** – 116, 121, 125
- G**
- Gwarancja** – 83, 88, 91
- **ubezpieczeniowa** – 82
 - **bankowa** – 82, 84, 97, 89
- I**
- Informacja o wyborze oferty/unieważnieniu postępowania** – 9, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 156, 165, 181, 195, 246
- Informacja publiczna** – 9
- Interes:**
- **prawny** – 227
 - **przystępującego** – 227, 228
 - **publiczny** – 190, 194, 196, 198, 199, 200, 201, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 2208, 209, 210, 212, 213, 214, 215, , 217, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225
 - **w uzyskaniu zamówienia** – 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 264, 268

K

- Kary umowne** – 17, 210, 218
- Konsorcjum** – 26, 28, 36, 169, 174, 176, 248
- Kosztorys** – 34, 63, 105, 107, 114, 115, 117, 118, 1222, 123, 124, 125, 135
- Koszty postępowania** – 269, 270
- Krajowa Izba Odwoławcza (KIO)** – 5, 10, 29, 30, 34, 35, 41, 49, 53, 55, 56, 66, 67, 72, 74, 114, 130, 150, 153, 185, 192, 197, 206, 223, 224, 226, 231
- Krajowy Rejestr Karny (KRK)** – 12, 31, 33
- Krajowy Rejestr Sądowy (KRS)** – 239
- Kryteria** – 39, 99, 130, 155, 158, 164, 196
- Kwota na sfinansowanie zamówienia** – 154

N

- Naczelný Sąd Administracyjny (NSA)** – 116
- Należyta staranność** – 15, 31, 41, 82, 86, 98, 102, 103, 126, 134, 141, 186, 194, 199, 243
- Należyte wykonanie zamówienia** – 15, 17
- Negocjacje bez ogłoszenie** – 178, 249
- Negocjacje z ogłoszeniem** – 96
- Niekaralność** – 31, 32, 33
- Nieprawdziwe informacje** – 38, 39, 40, 41, 42, 253
- Norma** – 47, 179
- Notariusz** – 30, 33

O

- Ogłoszenie o zamówieniu** – 45, 182, 183, 199, 203, 223, 240, 260
- Odpowiedzialność cywilna** – 22, 23, 255
- Odwołanie:**
- kopia – 182, 230, 238, 250, 251
 - oddalenie – 166, 174, 207, 213, 230, 260
 - odrzucenie – 2, 160, 163, 182, 183, 187, 190, 203, 235, 240, 241, 242, 247, 248, 249, 250

- uwzględnienie – 160, 201, 213, 228, 231, 233, 248, 259, 262, 263, 264, 266
- uzupełnienie – 180, 206, 222, 238, 239, 250
- wniesienie – 29, 142, 175, 176, 178, 179, 181, 184, 185, 187, 189, 197, 201, 220, 223, 228, 233, 234, 236, 237, 238, 241, 242, 244, 245, 246, 260, 261, 264, 266, 267, 268
- zwrot – 191, 216, 236, 237, 238

Oferta:

- badanie i ocena – 102, 116, 119, 138, 185, 186, 187, 200, 243, 248
- częściowa – 160, 207, 211, 217, 223, 224
- najkorzystniejsza (wybór) – 1, 58, 92, 93, 129, 154, 155, 157, 158, 173, 175, 178, 181, 183, 185, 187, 195, 197, 200, 201, 217, 220, 248, 259
- odrzucenie – 16, 45, 46, 61, 65, 74, 96, 97, 103, 106, 109, 110, 114, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 134, 136, 137, 141, 142, 144, 146, 148, 149, 150, 152, 153, 158, 160, 163, 164, 165, 178, 180, 184, 195, 206, 222, 231, 243, 249, 255, 265
- przygotowanie – 97, 117
- treść – 54, 98, 101, 102, 104, 107, 110, 112, 113, 114, 118, 121, 123, 125, 128, 131, 132, 133, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147
- wstępna – 96
- wyjaśnienie treści – 42, 56, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 110, 114, 121, 181, 187, 252

Omyłka:

- inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 54, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 136, 197
- pisarska – 39, 88, 155, 237
- rachunkowa – 105, 106, 122

Opłata skarbową – 27**Opozycja – 228****Orzeczenie – 163, 188, 189, 192, 197, 209, 217, 257, 258****Oświadczenie woli – 41, 53, 70, 72, 96, 97, 100, 110, 114, 116, 117, 119, 125, 126, 17**

P

Parafa – 116, 137

Pełnomocnictwo/Pełnomocnik – 26, 27, 228, 32, 72, 117, 137, 242, 269, 270

Pisemność – 48, 49, 103, 116, 137, 181, 226, 229, 246, 269

Placówka pocztowa – 245, 247

Podatek VAT – 15, 113, 134, 136

Podmiot trzeci – 22, 48, 49, 51, 52, 53, 64

Podpis – 116, 137, 259

Podwykonawca – 18, 129, 169

Polisa – 19, 21, 255

Postępowanie:

- cywilne – 29, 232
- odwoławcze – 13, 29, 43, 138, 148, 149, 168, 175, 177, 188, 200, 201, 202, 2209, 210, 212, 213, 214, 217, 218, 232, 233, 234, 235, 242, 248, 254, 255, 257, 262, 270
- przygotowanie – 34, 35, 36, 196, 199
- udzielenie zamówienia publicznego – 1, 2, 13, 43, 182, 199, 213, 233, 237, 242, 248, 257, 259, 260, 265
- skargowe – 228

Potencjał:

- ekonomiczny (finansowy) – 6, 19, 20, 21, 255
- kadrowy – 43, 129, 149, 260
- techniczny – 129

Prekwalifikacja – 40, 69

Prokurent – 22, 28

Progi unijne (UE) – 178, 179, 206, 240, 247, 249

Program Funkcjonalno-Użytkowy (PFU) – 36, 78

Proporcjonalność – 15, 183

Protokół z postępowania – 157, 259

Próbka – 54

Przedmiar robót – 105, 108, 110, 123, 124

Przedmiot zamówienia – 3, 34, 35, 36, 46, 68, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 96, 110, 1222, 123, 124, 125, 245, 254, 256

Przedsiębiorstwo – 16, 135

Przetarg nieograniczony – 182

Przetarg ograniczony – 135, 184

Przystąpienie/Przystępujący – 226, 227, 228, 229, 230, 231, 233, 235, 248, 256

R

Referencje – 8, 11, 15, 16, 17, 38, 60, 78, 174

Roboty budowlane – 7, 11, 18, 36, 41, 45, 46, 73, 81, 105, 107, 110, 118, 121, 1222, 123, 125, 194, 206

Roszczenie – 88

Rozprawa – 29, 180, 221, 224, 258

Równoważność – 74, 77, 79, 179

S

Sąd Apelacyjny (SA) – 254

Sąd Najwyższy (SN) – 1, 2, 10, 41, 72, 107, 137, 163, 185, 254

Sąd Okręgowy (SO) – 23, 42, 67, 84, 122, 162, 232, 248

Specyfikacja – 23, 35, 36, 45, 74, 76, 79, 89, 90, 99, 114, 119, 120, 136, 152, 169, 182, 183, 184, 188, 260, 266

– modyfikacja – 80, 81, 124, 125, 126, 167, 235, 245, 261

– zapytania i wyjaśnienia – 73, 80, 245

Spółka cywilna – 117

Spółka komandytowa – 135

Sprzeciw – 231, 233, 235, 256

Strona internetowa – 181, 183, 195

Szkoda – 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 169, 171, 172, 173

Ś

Środki ochrony prawnej – 92, 93, 138, 141, 142, 150, 151, 153, 156, 158, 160, 162, 163, 166, 171, 178, 179, 184, 194, 195, 199, 200, 203, 209, 210, 212, 218, 228, 241, 245, 248, 253, 266

Świadczenia – 41, 54, 73, 99, 122

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 4, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 38, 185, 186, 187, 252, 259

Termin:

- **odwołanie** – 150, 153, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 236, 239, 243, 245, 246, 247, 250, 251
- **realizacji zamówienia** – 196, 209, 213, 225
- **składania ofert** – 87, 91, 263
- **związania ofertą** – 87, 223, 241

Tłumaczenie – 47, 88

Trybunał Konstytucyjny – 208

U

Uczestnik postępowania – 227, 231, 233

Umorzenie postępowania – 160, 189, 191, 192, 193, 211, 216, 233, 234, 235

Umowa – 14, 29, 96

- **projekt** – 107
- **unieważnienie** – 155, 159
- **zakaz zawarcia** – 189, 190, 191, 192, 193, 194, 199, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225
- **zawarcie** – 1, 2, 129, 173, 188, 194, 197, 200, 201, 205, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 233

Unieważnienie postępowania – 61, 65, 93, 116, 129, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 167, 177, 246, 264

Uprawnienia – 7, 18, 43

Usługi:

- **ochrony** – 190, 207
- **medyczne** – 202
- **pocztowe** – 169
- **przewozu osób** – 219

W

Wadium – 37, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 117, 201, 220, 264

Wartość zamówienia – 9, 34, 35, 36, 133, 134, 144, 166, 246

Warunki udziału w postępowaniu – 6, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 38, 39, 42, 43, 48, 49, 50, 51, 55, 59, 61, 64, 65, 66, 69, 70, 71, 94, 95, 96, 129, 135, 166, 167, 170, 177, 178, 183, 249, 260, 267

Wiedza i doświadczenie – 8, 11, 14, 15, 16, 17, 25, 64, 70, 135, 155, 174, 177, 183, 260, 267

Wizja lokalna – 73

Wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – 135, 168, 171, 184

Wpis – 216, 236, 237, 250

Wykonawca – 22, 36, 135, 174, 176
– **zagraniczny** – 30, 31, 32, 33

Wykluczenie wykonawcy – 16, 27, 29, 31, 32, 35, 36, 40, 41, 42, 43, 46, 48, 50, 56, 58, 59, 60, 61, 64, 70, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 94, 117, 135, 149, 150, 151, 153, 164, 165, 166, 177, 178, 201, 202, 207, 220, 231, 243, 248, 249, 253, 259, 264

Wykładnia:

- **celowościowa** – 142
- **gramatyczna (językowa)** – 46, 142
- **prospółnotowa** – 42

Wynik postępowania – 1, 8, 40, 42, 92, 185, 201, 220, 243, 254, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 269

Z

Zamawiający – 214, 225

Zamówienia – 133

- **informatyczne** – 38
- **sektorowe** – 240
- **uzupełniające** – 133
- **z wolnej ręki** – 133, 178, 217, 223, 249

Zapytanie o cenę – 178, 249

Zarzuty – 104, 161, 163, 166, 167, 171, 173, 174, 176, 177, 180, 188, 206, 217, 225, 231, 232, 233, 234, 235, 248, 261, 262, 265, 266, 267, 268

- Zasada demokratycznego państwa prawnego** – 208
- Zasady udzielania zamówień publicznych:**
- **jawności** – 4, 5, 6, 9, 10, 156, 157, 185, 252
 - **języka polskiego** – 13
 - **równego traktowania** – 3, 42, 52, 57, 59, 61, 67, 74, 76, 104, 109, 119, 126, 138, 142, 156, 158, 186
 - **uczciwej konkurencji** – 3, 34, 35, 36, 42, 52, 57, 59, 66, 74, 75, 76, 77, 78, 104, 109, 119, 126, 129, 130, 138, 142,
- 156, 159, 167, 179, 183, 186, 254, 256, 259
- Zasady współzycia społecznego** – 233
- Za zgodność z oryginałem** – 28, 48
- Zespół Arbitrów (ZA)** – 10
- Zysk** – 138, 142
- Ż**
- Żądania** – 160, 161, 167, 180, 233, 234, 235, 248, 261, 265

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) – 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 13, 16, 19, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 119, 121, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 143, 144, 145, 146, 150, 151, 152, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 208, 201, 213, 214, 215, 216, 217, 220, 221, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 270
- 2) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – 208
- 3) Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.) – 72
- 4) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) – 28, 31, 49, 53, 72, 86, 107, 116, 117, 119, 125, 126, 137, 163, 184, 250, 251, 254, 255
- 5) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 ze zm.) – 29, 72, 232
- 6) Ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (t.j. Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 ze zm.) – 219
- 7) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 4, 7, 9, 129, 130, 186, 252, 259
- 8) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) – 7, 18
- 9) Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t.j. Dz. U. z 2012 r. Nr 0, poz. 1059) – 25
- 10) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r. Nr 0, poz. 1376) – 89, 91
- 11) Ustawa z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej (Dz. U. Nr 225, poz. 1635 ze zm.) – 27
- 12) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) – 129
- 13) Ustawa z dnia 4 września 2008 o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) – 114
- 14) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 245, 247
- 15) 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. 114–240) – 30, 36, 40, 42, 132

- 16) 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) – 20, 21, 28, 30, 31, 33, 47, 48, 50, 54
- 17) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – 269, 270
- 18) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.) – 13, 29, 72, 216, 226, 229, 238
- 19) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 0, poz. 231) – 20, 21, 28, 30, 33, 47, 48, 50, 54
- 20) Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz. U. Nr 108, poz. 953 ze zm.) – 7, 18
- 21) Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.) – 110
- 22) Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 11 lutego 2009 r. w sprawie wzorów i sposobu prowadzenia w formie elektronicznej centralnych rejestrów osób posiadających uprawnienia budowlane, rzeczoznawców budowlanych oraz ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie (Dz. U. Nr 23, poz. 136) – 7

