

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 22

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE  
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 22

WARSZAWA, wrzesień 2016

# ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

## ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ  
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 22

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

Małgorzata Stręciwillk (Urząd Zamówień Publicznych)

Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)

Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)

Izabela Niedziątek-Bujak (Krajowa Izba Odwoławcza)

Ewa Sikorska (Krajowa Izba Odwoławcza)

Izabela Królikowska (Urząd Zamówień Publicznych)

### **Pod kierownictwem:**

Małgorzaty Stręciwillk

### **Opracowanie techniczne:**

Izabela Królikowska

Anna Karpeta

### **Wydawca:**

Urząd Zamówień Publicznych

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

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

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA

Wydział Wydawnictw

 CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

Zam. 603/W/C/2016

Warszawa 2016 r.

## SPIS TREŚCI

<b>WPROWADZENIE</b> . . . . .	<b>13</b>
<b>WYKAZ SKRÓTÓW</b> . . . . .	<b>14</b>
<b>Art. 2 pkt 13</b> . . . . .	<b>15</b>
1. Sygn. akt: KIO 1168/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r. . . . .	15
<b>Art. 7 ust. 1</b> . . . . .	<b>16</b>
2. Sygn. akt: KIO 1201/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. . . . .	16
3. Sygn. akt: X Ga 207/13, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 27 czerwca 2013 r. . . . .	16
4. Sygn. akt: VIII Ga 432/13, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 10 lipca 2014 r. . . . .	16
<b>Art. 7 ust. 3</b> . . . . .	<b>17</b>
5. Sygn. akt: KIO 873/15, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r. . . . .	17
<b>Art. 8</b> . . . . .	<b>18</b>
6. Sygn. akt: KIO 733/15, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2015 r. . . . .	18
7. Sygn. akt: KIO 761/15, KIO 764/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r. . . . .	18
8. Sygn. akt: KIO 851/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r. . . . .	19
9. Sygn. akt: KIO 1045/15, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2015 r. . . . .	21
10. Sygn. akt: KIO 1229/15, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2015 r. . . . .	21
11. Sygn. akt: KIO 1377/15, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2015 r. . . . .	22
12. Sygn. akt: KIO 1401/15, KIO 1403/15, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r. . . . .	22
13. Sygn. akt: KIO 1483/15, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2015 r. . . . .	23
14. Sygn. akt: KIO 1730/15, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r. . . . .	24
15. Sygn. akt: III Ca 1904/14, Wyrok SO w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r. . . . .	24
<b>Art. 9 ust. 1</b> . . . . .	<b>25</b>
16. Sygn. akt: KIO 1663/15, Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r. . . . .	25
<b>Art. 14 [aktualnie art. 14 ust. 1]</b> . . . . .	<b>25</b>
17. Sygn. akt: X Ga 207/13, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 27 czerwca 2013 r. . . . .	25
18. Sygn. akt: V Ca 2266/14, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 października 2014 r. . . . .	26
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 2 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 3]</b> . . . . .	<b>27</b>
19. Sygn. akt: KIO 1254/15, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2015 r. . . . .	27
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 3 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 3]</b> . . . . .	<b>27</b>
20. Sygn. akt: KIO 1240/15, Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2015 r. . . . .	27
<b>Art. 22 ust. 1 pkt 4 [aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 2]</b> . . . . .	<b>28</b>
21. Sygn. akt: KIO 1244/15, KIO 1247/15, KIO 1255/15, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2015 r. . . . .	28

<b>Art. 22 ust. 2 [aktualnie art. 22 ust. 2 i ust. 2a]</b> . . . . .	<b>29</b>
22. Sygn. akt: KIO 1142/15, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2015 r. . . . .	29
<b>Art. 22 ust. 4 [aktualnie art. 22 ust. 1a]</b> . . . . .	<b>31</b>
23. Sygn. akt: KIO 1018/15, Wyrok KIO z dnia 27 maja 2015 r. . . . .	31
24. Sygn. akt: XII Ga 211/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r. . . . .	31
<b>Art. 23 ust. 1</b> . . . . .	<b>32</b>
25. Sygn. akt: XIX Ga 406/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 21 lipca 2014 r. . . . .	32
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 4–8 i pkt 10–11 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 13 i pkt 14]</b> . . . . .	<b>32</b>
26. Sygn. akt: KIO 1528/15, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2015 r. . . . .	32
<b>Art. 24 ust. 1 pkt 3 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 15 i art. 24 ust. 5 pkt 8]</b> . . . . .	<b>32</b>
27. Sygn. akt: KIO 1434/15, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r. . . . .	32
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 1 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 19]</b> . . . . .	<b>33</b>
28. Sygn. akt: KIO 781/15, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2015 r. . . . .	33
29. Sygn. akt: KIO 1523/15, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 r. . . . .	33
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 2 [aktualnie art. 89 ust. 1 pkt 7b]</b> . . . . .	<b>34</b>
30. Sygn. akt: KIO 552/15, KIO 571/15, KIO 576/15, Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2015 r. . . . .	34
31. Sygn. akt: XXIII Ga 584/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 16 maja 2013 r. . . . .	35
32. Sygn. akt: II Ca 796/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 8 października 2014 r. . . . .	35
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 3 [aktualnie art. 24 ust 1 pkt 16 i pkt 17]</b> . . . . .	<b>35</b>
33. Sygn. akt: KIO 802/15, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r. . . . .	35
34. Sygn. akt: KIO 830/15, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2015 r. . . . .	36
35. Sygn. akt: KIO 1083/15, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r. . . . .	37
36. Sygn. akt: KIO 1273/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. . . . .	37
37. Sygn. akt: KIO 1731/15, Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2015 r. . . . .	37
38. Sygn. akt: KIO 1759/15, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2015 r. . . . .	39
39. Sygn. akt: XIX Ga 179/13, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r. . . . .	40
40. Sygn. akt: XII Ga 659/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 5 grudnia 2014 r. . . . .	40
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 4 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 12]</b> . . . . .	<b>40</b>
41. Sygn. akt: KIO 1217/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r. . . . .	40
42. Sygn. akt: KIO 1543/15, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r. . . . .	41
43. Sygn. akt: VII Ga 179/14, Wyrok SO w Kielcach z dnia 17 października 2014 r. . . . .	41
44. Sygn. akt: XII Ga 39/14, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 2 kwietnia 2015 r. . . . .	42
<b>Art. 24 ust. 2 pkt 5 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 23]</b> . . . . .	<b>43</b>
45. Sygn. akt: KIO 1083/15, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r. . . . .	43

---

46. Sygn. akt: KIO 1273/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. . . . .	43
47. Sygn. akt: KIO 1431/15, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r. . . . .	45
<b>Art. 25 ust. 1 pkt 1 . . . . .</b>	<b>46</b>
48. Sygn. akt: KIO 1543/15, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r. . . . .	46
<b>Art. 26 ust. 2b [aktualnie art. 22a] . . . . .</b>	<b>46</b>
49. Sygn. akt: KIO 791/15, KIO 814/15 z dnia 29 kwietnia 2015 r. . . . .	46
50. Sygn. akt: KIO 812/15, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2015 r. . . . .	47
51. Sygn. akt: KIO 857/15, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r. . . . .	47
52. Sygn. akt: KIO 1142/15, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2015 r. . . . .	47
53. Sygn. akt: KIO 1104/15, Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2015 r. . . . .	49
54. Sygn. akt: KIO 1233/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. . . . .	49
55. Sygn. akt: KIO 1305/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r. . . . .	50
56. Sygn. akt: KIO 1244/15, KIO 1247/15, KIO 1255/15, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2015 r. . . . .	51
57. Sygn. akt: KIO 1022/15, KIO 1026/15, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r. . . . .	51
58. Sygn. akt: KIO 1439/15, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r. . . . .	52
59. Sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r. . . . .	53
60. Sygn. akt: KIO 1583/15, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r. . . . .	53
61. Sygn. akt: KIO 1570/15, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r. . . . .	54
62. Sygn. akt: V Ca 243/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 maja 2013 r. . . . .	55
63. Sygn. akt: X Ga 287/13, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 26 listopada 2013 r. . . . .	55
<b>Art. 26 ust. 2e [aktualnie art. 22a ust. 5] . . . . .</b>	<b>56</b>
64. Sygn. akt: KIO 1583/15, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r. . . . .	56
<b>Art. 26 ust. 3 [aktualnie art. 26 ust. 3 i ust. 3a] . . . . .</b>	<b>56</b>
65. Sygn. akt: KIO 586/15, Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2015 r. . . . .	56
66. Sygn. akt: KIO 884/15, Wyrok KIO z dnia 12 maja 2015 r. . . . .	57
67. Sygn. akt: KIO 918/15, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r. . . . .	57
68. Sygn. akt: KIO 1348/15, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2015 r. . . . .	58
69. Sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r. . . . .	58
70. Sygn. akt: KIO 1606/15, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r. . . . .	59
71. Sygn. akt: KIO 1574/14, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r. . . . .	59
72. Sygn. akt: XIX Ga 179/13, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r. . . . .	59
73. Sygn. akt: IX Ga 128/13, Wyrok SO w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2013 r. . . . .	59
74. Sygn. akt: V Ca 3156/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 grudnia 2013 r. . . . .	59
75. Sygn. akt: V Ca 3201/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 grudnia 2013 r. . . . .	60
76. Sygn. akt: II Ca 238/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r. . . . .	61
77. Sygn. akt: XII Ga 39/14, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 2 kwietnia 2015 r. . . . .	62

---

<b>Art. 26 ust. 4</b> . . . . .	<b>63</b>
78. Sygn. akt: KIO 1068/15, KIO 1070/15, KIO 1084/15, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2015 r. . . . .	63
79. Sygn. akt: IX Ga 128/13, Wyrok SO w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2013 r. . . . .	63
80. Sygn. akt: XIX Ga 216/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 2 czerwca 2014 r. . . . .	63
<b>Art. 29 ust. 1</b> . . . . .	<b>63</b>
81. Sygn. akt: KIO 719/15, Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2015 r. . . . .	63
82. Sygn. akt: KIO 773/15, KIO 775/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r. . . . .	64
83. Sygn. akt: KIO 1332/15, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2015 r. . . . .	64
84. Sygn. akt: KIO 1738/15, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r. . . . .	64
<b>Art. 29 ust. 2</b> . . . . .	<b>65</b>
85. Sygn. akt: KIO 1372/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r. . . . .	65
86. Sygn. akt: KIO 1588/15, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2015 r. . . . .	65
87. Sygn. akt: II Ca 2332/13, Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 lipca 2014 r. . . . .	65
<b>Art. 29 ust. 4 pkt 4 [aktualnie art. 29 ust. 3a]</b> . . . . .	<b>66</b>
88. Sygn. akt: KIO 1559/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r. . . . .	66
<b>Art. 45</b> . . . . .	<b>66</b>
89. Sygn. akt: KIO 1058/15, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2015 r. . . . .	66
<b>Art. 46 ust. 1</b> . . . . .	<b>67</b>
90. Sygn. akt: II Ca 796/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 8 października 2014 r. . . . .	67
<b>Art. 46 ust. 4a i ust. 5</b> . . . . .	<b>68</b>
91. Sygn. akt: KIO 1125/15, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r. . . . .	68
92. Sygn. akt: KIO 1110/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r. . . . .	68
93. Sygn. akt: KIO 1122/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. . . . .	69
94. Sygn. akt: X Ga 189/13, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r. . . . .	69
<b>Art. 67 ust. 1 pkt 3</b> . . . . .	<b>70</b>
95. Sygn. akt: KIO 691/15, Wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2015 r. . . . .	70
<b>Art. 82 ust. 3</b> . . . . .	<b>70</b>
96. Sygn. akt: KIO 1854/14, Wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r. . . . .	70
<b>Art. 86 ust. 3</b> . . . . .	<b>71</b>
97. Sygn. akt: KIO 622/15, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015 r. . . . .	71
<b>Art. 87 ust. 1</b> . . . . .	<b>71</b>
98. Sygn. akt: KIO 820/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r. . . . .	71
99. Sygn. akt: KIO 829/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r. . . . .	72
100. Sygn. akt: KIO 965/15, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r. . . . .	72

---

101. Sygn. akt: KIO 1090/15, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2015 r. . . . .	72
102. Sygn. akt: KIO 1464/15, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r. . . . .	73
103. Sygn. akt: KIO 1740/15, Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2015 r. . . . .	73
<b>Art. 87 ust. 2 pkt 3 . . . . .</b>	<b>73</b>
104. Sygn. akt: KIO 873/15, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r. . . . .	73
105. Sygn. akt: KIO 898/15, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r. . . . .	74
106. Sygn. akt: KIO 1299/15, KIO 1331/15, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2015 r. . . . .	75
107. Sygn. akt: KIO 1423/15, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r. . . . .	75
108. Sygn. akt: KIO 1472/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r. . . . .	75
109. Sygn. akt: KIO 1567/15, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2015 r. . . . .	77
110. Sygn. akt: KIO 1559/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r. . . . .	77
111. Sygn. akt: X Ga 143/13, Wyrok SO w Kielcach z dnia 20 grudnia 2013 r. . . . .	77
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 2 . . . . .</b>	<b>77</b>
112. Sygn. akt: KIO 778/15, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2015 r. . . . .	77
113. Sygn. akt: KIO 978/15, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r. . . . .	78
114. Sygn. akt: KIO 1068/15, KIO 1070/15, KIO 1084/15, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2015 r. . . . .	79
115. Sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r. . . . .	79
116. Sygn. akt: KIO 1559/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r. . . . .	80
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 3 . . . . .</b>	<b>80</b>
117. Sygn. akt: KIO 587/15 KIO 599/15, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015 r. . . . .	80
118. Sygn. akt: KIO 1292/15, Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r. . . . .	81
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 4 . . . . .</b>	<b>81</b>
119. Sygn. akt: KIO 818/15, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r. . . . .	81
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 5 . . . . .</b>	<b>82</b>
120. Sygn. akt: KIO 1525/15, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r. . . . .	82
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 6 . . . . .</b>	<b>82</b>
121. Sygn. akt: X Ga 174/14, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 29 maja 2014 r. . . . .	82
<b>Art. 89 ust. 1 pkt 8 . . . . .</b>	<b>82</b>
122. Sygn. akt: VI Ga 71/13, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 lipca 2013 r. . . . .	82
<b>Art. 90 ust. 1–3 . . . . .</b>	<b>84</b>
123. Sygn. akt: KIO 802/15, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r. . . . .	84
124. Sygn. akt: KIO 876/15, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r. . . . .	84
125. Sygn. akt: KIO 932/15, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2015 r. . . . .	85
126. Sygn. akt: KIO 925/15, Wyrok KIO z dnia 21 maja 2015 r. . . . .	85



127. Sygn. akt: KIO 992/15, Wyrok KIO z dnia 27 maja 2015 r. . . . .	86
128. Sygn. akt: KIO 1071/15, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. . . . .	86
129. Sygn. akt: KIO 1143/15, Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2015 r. . . . .	87
130. Sygn. akt: KIO 1104/15, Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2015 r. . . . .	87
131. Sygn. akt: KIO 1249/15, KIO 1250/15, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2015 r. . . . .	88
132. Sygn. akt: KIO 1326/15, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2015 r. . . . .	88
133. Sygn. akt: KIO 1410/15, KIO 1415/15, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r. . . . .	88
134. Sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r. . . . .	89
135. Sygn. akt: KIO 1586/15, KIO 2230/14, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r. . . . .	89
136. Sygn. akt: KIO 1601/15, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2015 r. . . . .	90
137. Sygn. akt: XXIII Ga 1388/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 22 października 2013 r. . . . .	91
138. Sygn. akt: V Ca 3600/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 6 lutego 2014 r. . . . .	91
139. Sygn. akt: III Ca 1904/14, Wyrok SO w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r. . . . .	92
<b>Art. 91 . . . . .</b>	<b>92</b>
140. Sygn. akt: KIO 1107/15, KIO 1114/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r. . . . .	92
141. Sygn. akt: KIO 1607/15, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r. . . . .	93
142. Sygn. akt: V Ca 533/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 czerwca 2013 r. . . . .	94
<b>Art. 91c . . . . .</b>	<b>94</b>
143. Sygn. akt: KIO 530/15, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2015 r. . . . .	94
<b>Art. 92 ust. 1 . . . . .</b>	<b>95</b>
144. Sygn. akt: KIO 652/15, Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2015 r. . . . .	95
145. Sygn. akt: KIO 1117/15, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. . . . .	95
146. Sygn. akt: KIO 1220/15, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2015 r. . . . .	96
147. Sygn. akt: KIO 1262/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r. . . . .	97
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 4 . . . . .</b>	<b>97</b>
148. Sygn. akt: KIO 961/15, Wyrok KIO z dnia 22 maja 2015 r. . . . .	97
149. Sygn. akt: KIO 1132/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r. . . . .	98
150. Sygn. akt: KIO 1408/15, Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2015 r. . . . .	99
151. Sygn. akt: KIO 1375/15, KIO 1391/15, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2015 r. . . . .	100
152. Sygn. akt: KIO 1587/15, KIO 1589/15, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r. . . . .	100
153. Sygn. akt: VI Ga 23/14, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 kwietnia 2014 r. . . . .	101
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 6 . . . . .</b>	<b>101</b>
154. Sygn. akt: KIO 686/15, Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r. . . . .	101
155. Sygn. akt: KIO 1089/15, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2015 r. . . . .	102
156. Sygn. akt: KIO 1500/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r. . . . .	103
<b>Art. 93 ust. 1 pkt 7 . . . . .</b>	<b>104</b>
157. Sygn. akt: KIO 830/15, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2015 r. . . . .	104

---

158. Sygn. akt KIO 1294/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r. . . . .	104
159. Sygn. akt: VII Ga 143/13, Wyrok SO w Kielcach z dnia 20 grudnia 2013 r. . . . .	106
<b>Art. 96 ust. 3 i 5 . . . . .</b>	<b>107</b>
160. Sygn. akt: KIO 606/15, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2015 r. . . . .	107
<b>Art. 132 . . . . .</b>	<b>107</b>
161. Sygn. akt: XII Ga 479/13, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 21 listopada 2013 r. . . . .	107
<b>Art. 139 ust. 1 . . . . .</b>	<b>108</b>
162. Sygn. akt: KIO 794/15, KIO 800/15, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2015 r. . . . .	108
163. Sygn. akt: XXIII Ga 924/14, Wyrok SO w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r. . . . .	108
<b>Art. 142 ust. 5 . . . . .</b>	<b>109</b>
164. Sygn. akt: KIO 1204/15, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015 r. . . . .	109
<b>Art. 149 ust. 1 . . . . .</b>	<b>110</b>
165. Sygn. akt: KIO 1240/15, Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2015 r. . . . .	110
<b>Art. 179 ust. 1 . . . . .</b>	<b>110</b>
166. Sygn. akt: KIO 1201/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. . . . .	110
167. Sygn. akt: KIO 1254/15, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2015 r. . . . .	110
168. Sygn. akt: KIO 1155/15, KIO 1156/15, KIO 1162/15, Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 r. . . . .	111
169. Sygn. akt: KIO 1375/15, KIO 1391/15, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2015 r. . . . .	111
170. Sygn. akt: KIO 1372/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r. . . . .	111
171. Sygn. akt: KIO 1426/15, KIO 1433/15, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 r. . . . .	112
172. Sygn. akt: KIO 1484/15, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2015 r. . . . .	112
173. Sygn. akt: KIO 1519/15, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 r. . . . .	113
174. Sygn. akt: KIO 1563/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r. . . . .	113
175. Sygn. akt: KIO 1570/15, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r. . . . .	113
176. Sygn. akt: KIO 1738/15, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r. . . . .	114
<b>Art. 180 ust. 3 . . . . .</b>	<b>114</b>
177. Sygn. akt: KIO 798/15, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r. . . . .	114
178. Sygn. akt: KIO 758/15, Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2015 r. . . . .	114
179. Sygn. akt: KIO 1563/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r. . . . .	115
180. Sygn. akt: KIO 1543/15, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r. . . . .	115
<b>Art. 180 ust. 5 . . . . .</b>	<b>116</b>
181. Sygn. akt: XIX Ga 179/13, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r. . . . .	116
<b>Art. 182 ust. 1 . . . . .</b>	<b>116</b>
182. Sygn. akt: KIO 873/15, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r. . . . .	116

183. Sygn. akt: KIO 1305/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r. . . . .	117
184. Sygn. akt: KIO 1659/15, Postanowienie KIO z dnia 12 sierpnia 2015 r. . . . .	117
185. Sygn. akt: XII Ga 238/13, Wyrok SO w Krakowie z dnia 27 sierpnia 2013 r. . . . .	118
186. Sygn. akt: III CZP 90/13, Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2014 r. . . . .	119
<b>Art. 182 ust. 3 . . . . .</b>	<b>119</b>
187. Sygn. akt: KIO 1229/15, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2015 r. . . . .	119
188. Sygn. akt: KIO 1401/15, KIO 1403/15, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r. . . . .	120
<b>Art. 185 ust. 2–4 . . . . .</b>	<b>120</b>
189. Sygn. akt: KIO 787/15, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r. . . . .	120
190. Sygn. akt: KIO 851/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r. . . . .	120
191. Sygn. akt: KIO 909/15, Postanowienie KIO z dnia 18 maja 2015 r. . . . .	121
192. Sygn. akt: KIO 1342/15, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2015 r. . . . .	121
193. Sygn. akt: KIO 1022/15, KIO 1026/15, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r. . . . .	121
194. Sygn. akt: KIO 1504/15, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r. . . . .	122
195. Sygn. akt: KIO 1493/15, Postanowienie KIO z dnia 28 lipca 2015 r. . . . .	122
196. Sygn. akt: KIO 1586/15, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r. . . . .	122
197. Sygn. akt: X Ga 652/13, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r. . . . .	123
<b>Art. 186 ust. 2 . . . . .</b>	<b>123</b>
198. Sygn. akt: KIO 1122/15, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r. . . . .	123
199. Sygn. akt: KIO 1127/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r. . . . .	124
<b>Art. 187 ust. 3 . . . . .</b>	<b>125</b>
200. Sygn. akt: KIO 837/15, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2015 r. . . . .	125
<b>Art. 187 ust. 7 . . . . .</b>	<b>125</b>
201. Sygn. akt: KIO 1237/15, Postanowienie KIO z dnia 23 czerwca 2015 r. . . . .	125
<b>Art. 187 ust. 8 . . . . .</b>	<b>126</b>
202. Sygn. akt: KIO 1623/15, KIO 1647/15, Postanowienie KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r. . . . .	126
203. Sygn. akt: III Ca 1053/14, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 12 września 2014 r. . . . .	127
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 1 . . . . .</b>	<b>128</b>
204. Sygn. akt: KIO 971/15, Postanowienie KIO z dnia 25 maja 2015 r. . . . .	128
205. Sygn. akt: KIO 1027/15, Postanowienie KIO z dnia 3 czerwca 2015 r. . . . .	128
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 2 . . . . .</b>	<b>128</b>
206. Sygn. akt: II Ca 506/13, Postanowienie SO w Bielsku-Białej z dnia 17 września 2013 r. . . . .	128
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 4 . . . . .</b>	<b>129</b>
207. Sygn. akt: XII Ga 659/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 5 grudnia 2014 r. . . . .	129

---

<b>Art. 189 ust. 2 pkt 5</b> . . . . .	<b>129</b>
208. Sygn. akt: KIO 991/15, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r. . . . .	129
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 6</b> . . . . .	<b>130</b>
209. Sygn. akt: XII Ga 479/13, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 21 listopada 2013 r. . . . .	130
<b>Art. 189 ust. 2 pkt 7</b> . . . . .	<b>130</b>
210. Sygn. akt: KIO 1201/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. . . . .	130
<b>Art. 189 ust. 3.</b> . . . . .	<b>130</b>
211. Sygn. akt: V Ca 696/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 22 lipca 2013 r. . . . .	130
<b>Art. 189 ust. 7.</b> . . . . .	<b>131</b>
212. Sygn. akt: KIO 1089/15, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2015 r. . . . .	131
<b>Art. 190 ust. 1–7</b> . . . . .	<b>131</b>
213. Sygn. akt: KIO 935/15, Wyrok KIO z dnia 20 maja 2015 r. . . . .	131
214. Sygn. akt: KIO 1651/15, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2015 r. . . . .	132
215. Sygn. akt: KIO 1672/15, Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r. . . . .	132
216. Sygn. akt: IV Ca 409/13, Wyrok SO w Słupsku z dnia 1 sierpnia 2013 r. . . . .	133
217. Sygn. akt: XII Ga 211/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r. . . . .	133
218. Sygn. akt: VIII Ga 432/13, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 10 lipca 2014 r. . . . .	134
219. Sygn. akt: V Ca 2266/14, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 października 2014 r. . . . .	135
<b>Art. 191 ust. 2</b> . . . . .	<b>136</b>
220. Sygn. akt: KIO 1372/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r. . . . .	136
221. Sygn. akt: X Ga 652/13, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r. . . . .	136
<b>Art. 192 ust. 2</b> . . . . .	<b>136</b>
222. Sygn. akt: KIO 1201/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. . . . .	136
223. Sygn. akt: KIO 1242/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r. . . . .	137
224. Sygn. akt: KIO 1022/15, KIO 1026/15, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r. . . . .	137
<b>Art. 192 ust. 3</b> . . . . .	<b>138</b>
225. Sygn. akt: VII Ga 150/14, Wyrok SO w Kielcach z dnia 3 października 2014 r. . . . .	138
<b>Art. 192 ust. 7</b> . . . . .	<b>138</b>
226. Sygn. akt: KIO 981/15, Wyrok KIO z dnia 26 maja 2015 r. . . . .	138
227. Sygn. akt: III Ca 1904/14, Wyrok SO w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r. . . . .	139
<b>Art. 192 ust. 9</b> . . . . .	<b>139</b>
228. Sygn. akt: XII Ga 73/13, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r. . . . .	139
229. Sygn. akt: X Ga 95/13, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 14 czerwca 2013 r. . . . .	140
230. Sygn. akt: V Ca 750/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 czerwca 2013 r. . . . .	140

<b>Art. 192 ust. 9 i 10</b> . . . . .	<b>141</b>
231. Sygn. akt: VIII Ga 243/13, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2013 r. . . . .	141
232. Sygn. akt: II Ca 506/13, Postanowienie SO w Bielsku-Białej z dnia 17 września 2013 r. . . . .	141
233. Sygn. akt: V Ca 2696/13, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 17 października 2013 r. . . . .	142
234. Sygn. akt: VI Ga 102/13, Postanowienie SO w Toruniu z dnia 21 października 2013 r. . . . .	142
235. Sygn. akt: II Ca 725/14, Postanowienie SO w Bielsku-Białej z dnia 16 stycznia 2015 r. . . . .	143
<b>Art. 196 ust. 6</b> . . . . .	<b>143</b>
236. Sygn. akt: XXIII Ga 1074/14, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 26 czerwca 2014 r. . . . .	143
<b>Art. 198a ust. 1</b> . . . . .	<b>144</b>
237. Sygn. akt: III Ca 1053/14, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 12 września 2014 r. . . . .	144
<b>Art. 198a ust. 2</b> . . . . .	<b>144</b>
238. Sygn. akt: II Ca 1173/13, Postanowienie SO w Białymstoku z dnia 27 listopada 2013 r. . . . .	144
239. Sygn. akt: X Ga 27/14, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 12 marca 2014 r. . . . .	144
240. Sygn. akt: II Ca 238/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r. . . . .	145
241. Sygn. akt: II Ca 2332/13, Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 lipca 2014 r. . . . .	145
242. Sygn. akt: X Ga 393/14, Postanowienie SO w Poznaniu z dnia 30 września 2014 r. . . . .	146
243. Sygn. akt: X Ga 460/14, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 października 2014 r. . . . .	146
244. Sygn. akt: XII Ga 659/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 5 grudnia 2014 r. . . . .	147
245. Sygn. akt: II Ca 1328/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2015 r. . . . .	147
246. Sygn. akt: III Ca 1904/14, Wyrok SO w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r. . . . .	148
<b>Art. 198b</b> . . . . .	<b>149</b>
247. Sygn. akt: XIX Ga 732/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 22 grudnia 2014 r. . . . .	149
<b>Art. 198d</b> . . . . .	<b>149</b>
248. Sygn. akt: I Ca 286/13, Wyrok SO w Łomży z dnia 11 grudnia 2013 r. . . . .	149
<b>Art. 198f ust. 2</b> . . . . .	<b>149</b>
249. Sygn. akt: XIX Ga 385/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 sierpnia 2014 r. . . . .	149
250. Sygn. akt: III Ca 1053/14, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 12 września 2014 r. . . . .	150
251. Sygn. akt: II Ca 898/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 30 października 2014 r. . . . .	150
<b>Art. 198f ust. 3</b> . . . . .	<b>150</b>
252. Sygn. akt: XIX Ga 731/13, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 9 grudnia 2013 r. . . . .	150
253. Sygn. akt: XIX Ga 385/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 sierpnia 2014 r. . . . .	150
254. Sygn. akt: V Ca 2208/14, Wyrok SO w Warszawie z dnia 9 września 2014 r. . . . .	151
<b>Indeks rzeczowy</b> . . . . .	<b>153</b>
<b>Akty prawne przywołane w orzeczeniach</b> . . . . .	<b>155</b>

## WPROWADZENIE

*Szanowni Państwo,*

Koncepcja wydawania przez Urząd Zamówień Publicznych publikacji poświęconej orzecznictwu w zakresie zamówień publicznych, zapoczątkowana jeszcze w 2003 r., a funkcjonująca z mojej inicjatywy od sierpnia 2008 r. w odnowionej formule współpracy z Krajową Izbą Odwoławczą, w dalszym ciągu cieszy się zainteresowaniem, a Zeszyty orzecznicze mają grono wiernych czytelników. Te okoliczności skłoniły mnie do kontynuowania tej publikacji przede wszystkim w celu popularyzacji orzecznictwa dotyczącego zamówień publicznych oraz ukazywania pojawiających się w nim określonych kierunków interpretacji przepisów Prawa zamówień publicznych.

Formuła Zeszytów wydawanych przez Urząd Zamówień Publicznych we współpracy z Krajową Izbą Odwoławczą zasadniczo nie uległa zmianie. W ramach tego wydawnictwa publikować będziemy tezy orzecznicze wybrane z orzeczeń wydawanych przez KIO oraz sądy okręgowe rozpatrujące skargi na orzeczenia Izby. Jako Redaktor Naczelny Zeszytów podjęłam decyzję o poszerzeniu składu Zespołu Redakcyjnego o kolejnego przedstawiciela Izby, wzmacniając tym samym platformę wymiany wiedzy i doświadczeń pomiędzy UZP a KIO – dwoma istotnymi instytucjami w systemie zamówień publicznych.

Aktualnie oddajemy w Państwa ręce 22 numer Zeszytów Orzecznich, który obejmuje analizę orzecznictwa KIO za okres kwiecień – sierpień 2015 r. oraz orzecznictwa sądów okręgowych za 2013 r. i 2014 r. Analizie poddano ok. 1150 orzeczeń KIO wydanych we wskazanym okresie oraz ponad 300 orzeczeń sądowych, czego efektem jest ponad 250 wybranych tez orzecznich.

Przy pracy nad tym Zeszycem mieliśmy oczywiście świadomość następujących, istotnych zmian w Prawie zamówień publicznych, które weszły w życie 28 lipca br. Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020) wprowadziła do regulacji Prawa zamówień publicznych poważne zmiany dotyczące przede wszystkim procedury udzielania zamówienia publicznego, które są wynikiem w szczególności implementacji do naszych krajowych przepisów nowych dyrektyw unijnych. Przy analizie orzecznictwa staraliśmy się dokonywać takiego wyboru tez orzecznich, aby uwzględnił on wprowadzone do przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zmiany. Temu celowi ma również służyć wprowadzone w treści publikacji dodatkowe przyporządkowanie wybranych tez orzecznich do nowych jednostek redakcyjnych znowelizowanych przepisów ustawy.

Z merytorycznego punktu widzenia mogę Państwu polecić wybrane przez Zespół Redakcyjny orzeczenia KIO, odnoszące się do dyspozycji art. 8 ustawy Pzp (tajemnica przedsiębiorstwa) oraz art. 90 ust. 1–3 ustawy Pzp (badanie rażąco niskiej ceny), w których Izba pokazała w jaki sposób interpretować nowe przepisy wprowadzone do ustawy Pzp nowelizacją z 2014 r. (ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych – Dz. U. 2014 poz. 1232). Warto polecić także wybrane orzeczenia sądów okręgowych dotyczące orzekania przez Izbę o kosztach postępowania odwoławczego (art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp) oraz dotyczące procedury wnoszenia i rozpoznawania skarg na orzeczenia KIO przez sądy okręgowe (art. 198a, 198b, 198d i 198f ustawy Pzp).

Prezes  
Urzędu Zamówień Publicznych



Małgorzata Stręciwilk

Warszawa, 1 września 2016 r.

## WYKAZ SKRÓTÓW

<b>art.</b>	– artykuł
<b>BZP</b>	– Biuletyn Zamówień Publicznych
<b>CEDIG</b>	– Centralna Ewidencja Działalności Gospodarczej
<b>CPV</b>	– Wspólny Słownik Zamówień
<b>cyt.</b>	– cytowanego
<b>Dz. U.</b>	– Dziennik Ustaw
<b>Dz. U. UE</b>	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
<b>ETS, TS UE,</b>	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
<b>KC, K.c., Kc, kc lub k.c.</b>	– Kodeks Cywilny
<b>KIO</b>	– Krajowa Izba Odwoławcza
<b>KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.</b>	– Kodeks postępowania cywilnego
<b>KRK</b>	– Krajowy Rejestr Karny
<b>KRS</b>	– Krajowy Rejestr Sądowy
<b>KRUS</b>	– Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego
<b>KSH lub ksh</b>	– Kodeks Spółek Handlowych
<b>lit.</b>	– litera
<b>nr</b>	– numer
<b>OSNC</b>	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna
<b>OTK</b>	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
<b>PKD</b>	– Polska Klasyfikacja Działalności
<b>pkt</b>	– punkt
<b>poz.</b>	– pozycja
<b>Pr. Bank.</b>	– ustawa Prawo bankowe
<b>przyp. red.</b>	– przypis redakcyjny
<b>SN</b>	– Sąd Najwyższy
<b>SO</b>	– Sąd Okręgowy
<b>SIWZ, s.i.w.z. lub siwz</b>	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
<b>tj.</b>	– tekst jednolity
<b>UE</b>	– Unia Europejska
<b>u.k.s.c.</b>	– ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych
<b>UOKIK, uokik</b>	– ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów
<b>US</b>	– Urząd Skarbowy
<b>UZP</b>	– Urząd Zamówień Publicznych
<b>Ustawa Pzp, Pzp, P.z.p., PZP, pzp, Pr.z.p., u.p.z.p. lub p.z.p.</b>	– ustawa Prawo zamówień publicznych
<b>WSA</b>	– Wojewódzki Sąd Administracyjny
<b>VAT</b>	– Podatek od towarów i usług
<b>ZA</b>	– Zespół Arbitrów
<b>Zb. Orz</b>	– Zbiór Orzeczeń
<b>zd.</b>	– zdanie
<b>ze zm.</b>	– ze zmianami
<b>ZNKU, u.z.n.k., UZNK, znku, Znk lub z.n.k.</b>	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
<b>ZUS</b>	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych



## Art. 2 pkt 13

### 1. Sygn. akt: KIO 1168/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r.

Nie można uznać, że zamawiający rozdzielił zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest dostawa wyrobów medycznych, za które wykonawca otrzyma wynagrodzenie, i nieodpłatną umowę użyczenia, która nie stanowi zamówienia publicznego. Co więcej, zamawiający tak ukształtował warunki zamówienia, że złożenie oferty na dostawę wyrobów medycznych automatycznie rodzi zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy użyczenia, zatem zmiana SIWZ dokonana przez zamawiającego ma charakter jedynie redakcyjny i nie jest doniosła prawnie, gdyż nie kształtuje więzi między stronami w sposób wskazany w uzasadnieniu orzeczenia wydanego w sprawie KIO 719/15. Użyczenie stołu angiograficznego w dalszym ciągu objęte jest zamówieniem publicznym. Nie może być wątpliwości, że jeśli wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, to jego oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie odpowiadałaby wymaganiom zamawiającego co do wykonania zamówienia jasno wskazanym w SIWZ.

Pogląd ten wzmacnia przewidziane w § 8 ust. 1 tiret trzecie i czwarte umów dotyczących dostawy wyrobów medycznych (Załącznik (...) do SIWZ) odstąpienie od umowy na dostawę wyrobów medycznych w przypadku nie zawarcia umowy użyczenia stołu angiograficznego lub nie niewykonania przez wykonawcę umowy użyczenia. Po pierwsze: ponieważ prawo do odstąpienia od umowy dotyczy niewykonania zobowiązań przez dłużnika wynikających z danej umowy, uznać należy, że przygotowanie projektu umowy użyczenia w odrębnym dokumencie ma jedynie techniczny charakter. Po drugie: zamawiający nie tylko wzmocnił w ten sposób zobowiązanie wykonawcy do udostępnienia mu stołu angiograficznego, ale również zabezpieczył sobie możliwość uzyskania stołu o wymaganych parametrach. Użyte w tiret czwartym pojęcie niewykonania umowy użyczenia obejmuje nie tylko niedostarczenia zamawiającemu stołu, ale również takie sytuacje, gdy stół wprawdzie został dostarczony, ale nie spełnia wymagań opisanych przez zamawiającego w załączniku nr 2 do umowy użyczenia.

W konsekwencji, mimo że wymogi techniczne i funkcjonalne stołu angiograficznego podlegają wprost ocenie w ramach badania i oceny ofert z punktu widzenia opisu przedmiotu zamówienia, to zamawiający faktycznie dokona takiej oceny pod względem opisu zawartego w SIWZ na etapie wykonania umowy. Na marginesie jedynie można zauważyć, że takie działanie nosi cechy obejścia prawa oraz naraża wykonawców na arbitralność zamawiającego po podpisaniu umowy. Wykonawca podpisując umowę na dostawę wyrobów medycznych nie ma bowiem pewności, czy stół angiograficzny dostarczony zamawiającemu zostanie przyjęty i zamawiający uzna, że wykonawca prawidłowo wykonał umowę.

Podsumowując, zamawiający nie tylko nie wykonał prawidłowo wyroku Izby z 23 kwietnia 2015 r. i nie zlikwidował objęcia nieodpłatnej umowy użyczenia zakresem odpłatnego zamówienia publicznego, lecz ściśle powiązał udzielenie zamówienia na dostawę wyrobów medycznych z zobowiązaniem wykonawcy do zawarcia umowy użyczenia stołu angiograficznego. W konsekwencji usunięcie przez zamawiającego z pkt (...) SIWZ kodów Wspólnego Słownika Zamówień dotyczące urządzeń medycznych (33.10.00.00-1) i Urządzeń do diagnostyki sercowo-naczyniowej (a) 33.12.30.00-8) jest niewystarczającym wykonaniem przez zamawiającego orzeczenia Izby, skoro omawiane wymagania w dalszym ciągu utrzymują naruszenia art. 29 ust. 1 i 2. W świetle dokumentacji postępowania, wszystkich wymogów SIWZ, nieodpłatne użyczenie nadal stanowi część zamówienia publicznego, czemu Izba sprzeciwiła się we wcześniejszym orzeczeniu.



**Art. 7 ust. 1****2. Sygn. akt: KIO 1201/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.**

(...) każde uszczegółowienie przedmiotu zamówienia (np. opisanie parametrów dostawy, określenie warunków jego realizacji, nałożenie dodatkowych obowiązków umownych...etc.), postawienie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu czy rozbudowanie kryteriów oceny ofert prowadzi do ograniczenia konkurencji. Poza przypadkami najprostszych dostaw czy usług, postanowienia specyfikacji zawsze będą faworyzować niektórych wykonawców i dyskryminować innych. W szczególności na przykład nie istnieje taki opis przedmiotu zamówienia, który na równi odpowiadałby wszystkim wykonawcom obecnym na rynku. W każdym z takich przypadków będą wykonawcy, którzy w związku z właściwościami podmiotowymi czy profilem ich oferty, nie będą mogli w ogóle konkurować o uzyskanie zamówienia lub ich szanse uzyskania zamówienia będą relatywnie mniejsze, np. wymagany sposób i zakres jego realizacji będzie dla nich mniej opłacalny lub w ogóle nie do przyjęcia.

Jak już wskazano, każde ograniczenie konkurencji występujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia (nawet to z pozoru naturalne i nieodzowne), podlegają badaniu i ocenie pod względem dopuszczalności stopnia takiego ograniczenia, jak i ich ogólnej, materialnej zgodności z przepisami.

Reasumując powyższe, stwierdzić należy, iż z jednej strony nie można przyznać wykonawcom czy organom orzekającym lub kontrolującym przestrzeganie przepisów ustawy, uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w SIWZ, z drugiej strony należy również odmówić zamawiającym prawa do zupełnie dowolnego kształtowania wymagań specyfikacji (w tym warunków umowy), które mogą prowadzić do nadmiernego ograniczenia konkurencji w stopniu ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego wykraczającym. Tym samym, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, w konkretnych okolicznościach i warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych.

**3. Sygn. akt: X Ga 207/13, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 27 czerwca 2013 r.**

Postępowanie Zamawiającego, polegające na samodzielnym poszukiwaniu przesłanek przemawiających za wyborem oferty najbardziej cenowo atrakcyjnej, z pominięciem stanowiska strony, która ofertę tę złożyła, narusza zasadę równego traktowania wszystkich podmiotów, które zgłosiły swoje oferty w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Sąd Okręgowy nie podziela przy tym sugestii strony skarżącej co do tego, że takie postępowanie odpowiada aktualnym tendencjom, które uzewnętrzniają się w orzecznictwie i kolejnych nowelizacjach prawa. Argument ten ma charakter publicystyczny. Ignoruje tę okoliczność, że ustawa Pzp ma, w pierwszym rzędzie, charakter proceduralny, a uczestnicy postępowania zachowują autonomię, charakterystyczną dla obrotu cywilnego. Nie można zaakceptować postępowania zamawiającego, które wykracza poza weryfikację treści oferty, w tym stanowiących jej elementy oświadczeń (wymóg złożenia których wynika z ustawy). Ewentualne ustalenie przez zamawiającego, w toku badania przedłożonej dokumentacji, że treść oświadczenia, stanowiącego istotny element oferty nie jest właściwa, a zawarte w dokumentacji dane pozwalają na przedstawienie stanowiska odmiennego, korzystniejszego z punktu widzenia oferenta, w żadnym razie nie może skutkować czynieniem ustaleń z pominięciem już złożonego oświadczenia.

**4. Sygn. akt: VIII Ga 432/13, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 10 lipca 2014 r.**

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego

i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania. W momencie przystąpienia Polski do Unii Europejskiej zasady te nabrały dodatkowego znaczenia, gdyż stosowane są nie tylko dla wykonawców krajowych, ale także zapewniają przestrzeganie odpowiednich regulacji dyrektyw oraz przepisów traktatowych. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. W zakresie przedmiotu zamówienia takie ograniczenie, nieuzasadnione celem udzielania zamówienia, może polegać na wskazaniu wąskiej grupy (bądź jednego) produktów lub usług. Zasada równego traktowania wykonawców zabrania zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych. Potwierdza to art. 10 Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki transportu i usług pocztowych. Wskazuje on, że instytucje zamawiające zapewniają równe, i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Oznacza to, że, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest według jasnych i z góry sprecyzowanych reguł i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich zachowania, zaś zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów. Pomimo braku w prawie zamówień publicznych bezpośredniego odwołania do zasady przejrzystości obowiązuje ona również w krajowym porządku prawnym, co wynika z utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (zob. wyroki ETS: z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de Botti, Zb. Orz. 2005, s. 1–7287; z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Emm. G. Lianakis AE i inni v. Dimos Alexandroupolis i inni, Zb. Orz. 2008, s. 1–251). Zasada przejrzystości oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

### **Art. 7 ust. 3**

#### **5. Sygn. akt: KIO 873/15, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r.**

Zamawiający jest uprawniony, a nawet zobowiązany do podejmowania czynności zmierzających do tego, by postępowanie zostało przeprowadzone poprawnie, wybór wykonawcy został dokonany w sposób prawidłowo, a co do umowy zawieranej w następstwie zamówienia publicznego nie zachodziły jakiegokolwiek wątpliwości co do jej ważności. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić

do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć więc na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo.

Zamawiający powinien więc, jeśli dostrzeże – choćby po dokonaniu i zakomunikowaniu uczestnikom postępowania wyborze najkorzystniejszej oferty – że nie ustrzegł się istotnych nieprawidłowości w tym postępowaniu, podjąć działania w celu wyeliminowania nieprawidłowości w postępowaniu. Mieści się w tym również dopuszczalność unieważnienia dokonanego wyboru, ponowienia określonych czynności, przeprowadzenia ich na nowo, w sposób prawidłowy, a w konsekwencji – dokonanie nowej, już poprawnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nie stanowi przeszkody, że tej wadliwej czynności nie kwestionował żaden z wykonawców i że stanowi ona wynik samodzielnej analizy zamawiającego. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że w takim wypadku Zamawiający zobligowany byłby zawrzeć umowę, mimo wiedzy o takich wadach postępowania, które skutkowałyby wyborem jako najkorzystniejszej innej oferty.

## Art. 8

### 6. Sygn. akt: KIO 733/15, Wyrok KIO z dnia 27 kwietnia 2015 r.

Zdaniem składu orzekającego w aktualnym stanie prawnym brak jest podstaw do prowadzenia przez zamawiającego procedury wyjaśniania zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Należy mieć bowiem na względzie, że przepis art. 8 ust. 3 Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 19 października 2014 r. *Inadanyim przepisami ustawy z dnia 29.08.2014 r. (Dz. U. 2014 poz. 1232) – przyp. red.* nakłada na wykonawcę chcącego skorzystać z ochrony informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa obowiązek wykazania spełniania przez objęte nią dane przesłanek wynikających z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”. Przepis art. 8 ust. 3 Pzp nie pozostawia, w ocenie składu orzekającego, wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą zamawiającego nie jest już aktualnie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego w zakresie zasadności skorzystania z objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, co było charakterystyczne dla postępowań o udzielanie zamówień publicznych w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania i dopuszczenie możliwości złożenia przez wykonawcę wyjaśnień na wezwanie zamawiającego stanowiłoby, zdaniem Izby, naruszenie komentowanego przepisu.

### 7. Sygn. akt: KIO 761/15, KIO 764/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r.

Zamawiający obowiązany jest do badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach/wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu/ przy czym w obecnym stanie prawnym badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uległo zmianie w stosunku do poprzednio obowiązującego stanu prawnego. To na wykonawcy obecnie ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, tym samym ukształtowany w ustawie (Prawo zamówień publicznych) obowiązek należy odczytywać jako podjęcie przez wykonawcę niezbędnych działań w celu utrzymania niejawności złożonych informacji, co stanowi również wymóg konieczny, zgodnie z art. 11

ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do uznania, że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa taką tajemnicą stanowią. Pamiętać bowiem należy, że to na podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa ciąży obowiązek dbania o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w każdym przypadku działalności tego podmiotu. Natomiast zaniedbanie przez wykonawcę obowiązku utrzymania poufności danych informacji uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów. W efekcie w przypadku zaniedbania przez wykonawcę wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa prowadzi do tego, że zastrzeżenie tajemnicy będzie nieskuteczne. Określony w ustawie termin na zastrzeżenie informacji złożonych w ofercie, jak również wykazanie, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa – czyli spełnienie obu warunków ustawowych w określonym terminie – składa się na wykonanie po stronie zastrzegającego tajemnicę obowiązku powzięcia działań mających na celu zachowanie poufności przedstawionych informacji. Jeżeli wykonawca tego nie dokonał nie ma ustawowych podstaw do wzywania go do składania oświadczenia zawierającego wykazanie przyczyn objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciężących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji.

#### **8. Sygn. akt: KIO 851/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r.**

Zasada jawności przejawia się 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. Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Odstępstwa od tej podstawowej zasady należy traktować ściśle i ograniczać do sytuacji, kiedy potrzeba ochrony indywidualnego interesu wykonawcy, a niekiedy nawet podmiotów nie uczestniczących w postępowaniu, doznaje prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności i prawa do zapoznania się z zawartością ofert. W takim jednak wypadku, spełnione być muszą warunki, jakie przepisy stawiają dla możliwości traktowania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający

w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością. (...)

Po pierwsze, uznanie danej informacji za informację o charakterze handlowym nie powoduje automatycznie uznania jej za informację mającą wartość gospodarczą w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 UZNK. Ustawodawca w przywołanym przepisie wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacja ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo zakwalifikowanie określonej informacji do kategorii informacji handlowych nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Dalej Izba wskazuje, wykonawca X nie wykazał jaką wartość gospodarczą mają zastrzeżone informacje. Podkreślić bowiem należy, że wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwytty wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Te informacje muszą przy tym należeć do wykonawcy. Wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do przygotowania na potrzeby danego zamówienia zestawienia oferowanego sprzętu, z czym mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. W takim bowiem wypadku, z chwilą złożenia oferty wartość ta przestawałaby istnieć. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie. (...)

Wykonawcy więc oferowali urządzenia typowe i powszechnie dostępne. Dobór urządzenia był determinowany parametrami wymaganymi przez Zamawiającego i wskazanymi w SIWZ. Nie sposób więc zgodzić się z wykonawcą X, iż sam dobór urządzenia spełniającego wymogi Zamawiającego uznać należy za informację mającą wartość gospodarczą. Dobór takiego asortymentu wymagał posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w zakresie objętym zamówieniem, jednakże nie daje to podstawy do uznania samego zestawienia za dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. Od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia wymaga się posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, co gwarantuje prawidłową realizację zamówienia. Owa wiedza i doświadczenie umożliwia wykonawcom odpowiednie przygotowanie oferty spełniającej wymagania Zamawiającego i ewentualną realizację zamówienia. Nie stanowi



to jednak podstawy do zastrzegania informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Upatrywanie wartości gospodarczej w zysku, jaki wykonawca może uzyskać realizując zamówienie nie można uznać za właściwe. Gdyby przyjął stanowisko wykonawcy X za zasadne to w każdym postępowaniu wykonawcy mogliby się skutecznie powoływać na tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując, że oferty zawierają informacje o charakterze gospodarczym, gdyż otrzymanie zamówienia może wygenerować przychód dla spółki. W ocenie Izby przedmiotem ochrony jest każda informacja, która ma znaczenie dla pozycji jej dysponenta w życiu gospodarczym, a więc taka, której posiadanie stwarza możliwość bądź to uzyskania przewagi nad konkurentem, bądź przynajmniej pogorszenia jego ogólnej pozycji na rynku. Wykonawca X nie wykazał, że którakolwiek z powyższych okoliczności zachodzi. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że ujawnienie treści Załącznika nr (...) może dać jakąkolwiek przewagę nad konkurentem, gdyż zestawienie zawarte w Załączniku nr (...) jest wyłącznie przygotowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w celu spełnienia konkretnych i indywidualnych potrzeb Zamawiającego. Z chwilą wyboru oferty i zakończenia postępowania wartość gospodarcza przestałaby istnieć. Izba nie znalazła też podstaw do uznania, że ujawnienie Załącznika nr (...) może spowodować pogorszenie sytuacji wykonawcy X na rynku. Umożliwienie innym wykonawcom zweryfikowanie oferty wykonawcy X i ewentualne zmiana decyzji Zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej nie może stanowić podstawy do zastrzegania informacji przez wykonawców, gdyż stanowi ona naruszenie fundamentalnej zasady jawności postępowania. Podkreślenia również wymaga, że wykonawca X może być wyłącznie dysponentem Załącznika nr (...) jako zbioru określonych informacji przygotowanych w związku z postępowaniem. Wykonawca ten jednak, że może *[powinno być: „nie może” – przyp. red.]* skutecznie zastrzegać informacji dotyczących nazwy producenta, typ/model, nazwę/wersję oraz nr katalogowy produktu oferowanego. Dysponentem takich informacji są producenci sprzętu, nie zaś wykonawca. Skoro zaś producent nie obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o typie/modelu, nazwie czy wersji oferowanych urządzeń, to wykonawca X nie ma żadnych prawnych podstaw do zastrzegania takich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

#### **9. Sygn. akt: KIO 1045/15, Wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2015 r.**

Przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zdaniem odwołującego przejawem naruszenia jawności jest zwrócenie się przez zamawiającego do X w R. z prośbą o udzielenie informacji o zakresie realizowanej na jego rzecz inwestycji przez odwołującego i brak poinformowania o tym fakcie odwołującego. W ocenie Izby odwołujący pominął w tym zakresie treść § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), który daje zamawiającemu uprawnienie do zwracania się bezpośrednio do właściwego podmiotu (tu X w R.), na rzecz którego roboty budowlane były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Przepis te zawiera otwarty katalog sytuacji, w których zamawiający ma prawo wystąpić do właściwego podmiotu, jak również nie określa obowiązku dla zamawiającego, informowania o tym wykonawcy, którego wystąpienie dotyczy. W świetle powyższego, w ocenie Izby nie doszło do naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy, w sytuacji, gdy zamawiający skorzystał z przyznaných mu przepisami prawa uprawnień.

#### **10. Sygn. akt: KIO 1229/15, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2015 r.**

Izba uznała, że ujęte w ww. dokumencie, pod poz. (...), usługi, zrealizowane na rzecz podmiotów publicznych oraz odnoszące się do nich poświadczenia, nie zasługują na ochronę. Pomijając okoliczność, że informacje te są upubliczniane Izba stwierdziła, że Przystępujący posłużył się argumentem, że ww. zamówienia zostały udostępnione mu przez podmioty trzecie. Takie stwierdzenie nie stanowi *per se* o konieczności utajnienia omawianych informacji, jako że korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego ma neutralny charakter (nie jest okolicznością wyróżniającą wy-

konawcę, która stanowić miałaby o jego przewadze nad innymi podmiotami), bowiem każdy funkcjonujący w obrocie podmiot pozostaje w określonych relacjach biznesowych z innymi uczestnikami rynku. Nie jest również argumentem przemawiającym za trafnością stanowiska Przystępującego fakt, że został on zobowiązany przez podmioty udostępniające mu zasoby do zachowania tej okoliczności w poufności, bowiem podmioty takie muszą mieć świadomość, że udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiąże się, co do zasady, z jawnością treści ofert, a zatem z koniecznością upublicznienia takich informacji. Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy. (...)

Izba uznała, że nie było uzasadnione zastrzeżenie informacji o wykształceniu, kwalifikacjach, posiadanym doświadczeniu, czy podstawach dysponowania osobami ujętymi w wykazie, wobec czego nakazała Zamawiającemu odtajnienie tych informacji, z wyłączeniem imion i nazwisk osób, co jest wystarczającym środkiem przeciwdziałania przejęciu tych osób przez konkurencję. Ponadto, informacje, które podlegają ujawnieniu nie są na tyle unikalne, aby umożliwiły identyfikację personelu, przy pomocy którego Wykonawca X zamierza zrealizować zamówienie. Posługiwanie się argumentem, że osoby te – ze względu na posiadane kompetencje i nabyte doświadczenie (wpisujące się w treść warunku udziału w Postępowaniu) – stanowią dla Przystępującego cenny zasób, który musi być chroniony przed jego przejęciem nie uzasadnia utajnienia pełnej treści wykazu. Także okoliczność, że osoby w nim wymienione zostały udostępnione przez inne podmioty nie stanowi przesłanki odmowy udostępnienia części informacji w nim zawartych, bowiem fakt współpracy Przystępującego z określonymi podmiotami trzecimi jest – jak wspomniano – nie tylko neutralny, ale również został ujawniony w toku rozprawy.

#### **11. Sygn. akt: KIO 1377/15, Wyrok KIO z dnia 10 lipca 2015 r.**

O ile sam fakt zastrzeżenia tych informacji jest niewątpliwy (przystępujący w piśmie z dnia 2 czerwca 2015 r. oświadczył: (...) *zastrzegamy, że zawarte informacje w niniejszych wyjaśnieniach stanowią tajemnicę handlową przedsiębiorstwa*), o tyle nie sposób uznać, że jako przedsiębiorca powołujący się na tajemnicę przedsiębiorstwa przystępujący podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, tj. że spełniona została jedna z przesłanek uzasadniających zachowanie informacji w poufności (wedle rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – art. 11 ust. 4). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działania te – w świetle obowiązku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp – muszą polegać na wykazaniu, jednocześnie z samym zastrzeżeniem, że przedstawiane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. (...)

Ponieważ, poza – gołosłownym zresztą – stwierdzeniem, że informacje zawarte w wyjaśnieniach przystępującego zostały udostępnione wyłącznie pracownikom X w W. na potrzeby niniejszego postępowania, przystępujący nie przedstawił żadnej argumentacji, czy dowodów, skład orzekający Izby uznał, że przystępujący nie wypełnił nałożonego nań przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp obowiązku, wobec czego zastrzeżenie zachowania w poufności informacji zawartych w piśmie z dnia 2 czerwca 2015 r. i w załącznikach do niego, jest bezskuteczne, co zwalnia zamawiającego z obowiązku zachowania ich w poufności.

#### **12. Sygn. akt: KIO 1401/15, KIO 1403/15, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r.**

W obecnym stanie prawnym, czego Odwołujący nie dostrzegł, Zamawiający nie prowadzi postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy informacje zastrzeżone jako poufne stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dokonuje oceny powyższego na podstawie zawartych najczęściej w ofercie czy też wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, informacji pochodzących od wykonawcy, co do powodów takiego zastrzeżenia. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem wykazanie, do terminu składania ofert lub wniosków, że zastrzeżone infor-

macje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, powyższe prowadzi do wniosku, że brak takiego uzasadnienia albo też brak wykazania przedmiotowej okoliczności winien skutkować odtajnieniem przez zamawiającego zastrzeżonych informacji. Skoro ciężar przeprowadzenia dowodu na określoną okoliczność został nałożony na wykonawcę i ograniczono go w czasie, to zamawiający nie ma obowiązku ani nawet nie jest uprawniony do podjęcia dodatkowych czynności w tym przedmiocie (wezwania do uzupełnienia braku w postaci wykazania rzeczonych okoliczności czy też wezwania do wyjaśnień w zakresie informacji podanych jako uzasadnienie zastrzeżenia poufności określonych wiadomości).

### **13. Sygn. akt: KIO 1483/15, Wyrok KIO z dnia 28 lipca 2015 r.**

Analizując ww. przepisy [art. 8 ust. 1–3 ustawy Pzp – *przyp. red.*] wskazać należy, że wykonawca zastrzegający w treści swojej oferty informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Dowodzenie w tym zakresie spoczywa po stronie wykonawcy już w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym ocenie Izby może podlegać jedynie informacja (uzasadnienie), jaką w ofercie przedstawił wykonawca, zastrzegając określone treści tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej argumentacja przedstawiona przez odwołującego w ofercie złożonej zamawiającemu nie dowodzi okoliczności, iż informacje zastrzeżone na taką ochronę zasługują. Odwołujący bowiem w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wykazu oferowanego sprzętu oraz szczegółowej specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu podał ogólne, blankietowe informacje mogące nawet zostać uznane za generyczne. Odwołujący poza przywołaniem szeregu orzeczeń oraz powołaniem się na procedury obowiązujące w jego zakładzie nie przedstawił żadnych argumentów, popartych stosownymi dowodami, które umożliwiałyby przyznanie takiej ochrony informacjom zastrzeżonym. (...)

Zdaniem Izby dowodzenie na rozprawie przez odwołującego o wyjątkowości, oferowanego rozwiązania nie znalazło potwierdzenia. Przedmiotem zamówienia jest bowiem zaoferowanie określonych rozwiązań technicznych, poprzez dostawę dedykowanych urządzeń, spełniających określone przez zamawiającego wymagania. Sam fakt skonfigurowania urządzeń w określony sposób nie buduje przewagi gospodarczej, gdyż jak to przyznał sam odwołujący na rynku dostępnych jest, co najmniej 3 producentów mogących zaoferować rozwiązania, które po stosownym skonfigurowaniu spełnią wymagania zamawiającego. Wybranie określonego rozwiązania to właśnie przykład zdrowej walki konkurencyjnej wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto, zdaniem Izby odwołujący nie udowodnił, że oferowane przez niego rozwiązanie zawiera specyficzne, dostępne tylko odwołującemu rozwiązania organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Informacje zastrzeżone przez odwołującego nie zawierają *know-how* wykonawcy, gdyż konfiguracja sprzętu z dostępnych na rynku rozwiązań takiej informacji stanowić nie może. Sam fakt, iż odwołujący w swojej firmie prowadzi politykę bezpieczeństwa informacji, na co odwołujący złożył stosowne dowody, nie świadczy jeszcze o tym, że informacje przedstawione w ofercie zasługują na ochronę zastrzeżenia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. (...)

Stwierdzenie przez zamawiającego, że określone informacje stanowią lub nie tajemnicę przedsiębiorstwa, winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, motywujących zasadność takiego objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Inicjatywa w tym zakresie należy do wykonawcy, to wykonawca bowiem, jako dysponent określonych informacji, jest zobligowany do wykazania wobec zamawiającego, że zachodzi szczególna sytuacja, uzasadniająca traktowanie określonych informacji jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu zapoznania się z treścią dokumentów.



**14. Sygn. akt: KIO 1730/15, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r.**

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutu niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wykazu sprzętu w ofercie Przystępującego, należy wskazać, że niespornym pomiędzy stronami był fakt, że wykonawca X, wraz z zastrzeżeniem treści oferty – poprzez umieszczenie na części dokumentów informacji „tajne” lub „poufne” nie załączył żadnego uzasadnienia wskazującego na potrzebę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tej części oferty. Uzasadnienie takie zostało złożone Zamawiającemu dopiero w odpowiedzi na przesłane Konsorcjum X wezwanie już po terminie otwarcia ofert. Tym samym nie został spełniony wymóg formalny wynikający z przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. (...)

Od chwili wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp [wprowadzonej ustawą z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) – przyp. red.] skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci konieczności wykazania przez wykonawcę, że przekazywane informacje rzeczywiście stanowią spełniają warunki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Brak należytego wykazania przez wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje brak skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Za wyrokiem KIO z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15 stwierdzić należy, że w myśl znowelizowanego art. 8 ust. 3 Pzp zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie takiej konieczności, musi nastąpić jednocześnie. Wobec powyższego Izba stwierdza, że zgodnie z wskazanym stanem prawnym porzeczanie przez wykonawcę jedynie na opisanie dokumentów załączanych do oferty adnotacją „zastrzeżone – tajemnica przedsiębiorstwa”, „tajne”, „poufne” itp. bez załączenia informacji wykazujących zasadność wprowadzonego zastrzeżenia, powoduje z mocy prawa nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia. Brak ten nie podlega uzupełnieniu.

**15. Sygn. akt: III Ca 1904/14, Wyrok SO w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r.**

Chybiony jest także zarzut skarżącego naruszenia art. 8 ust. 1–3 p.z.p. w związku z art. 96 ust. 2 i 3 p.z.p. oraz art. 11 ust. 4 z.n.k. poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wybranego w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie trzech przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 z.n.k. Informacja, mogąca zostać zakwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinna być informacją, która posiada wartość gospodarczą (1), nie została ujawniona publicznie (2) oraz, co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania jej poufności (3). Zaznaczyć należy, że niespełnienie pierwszej z wymienionych przesłanek czyni bezprzedmiotowym dalsze badanie pozostałych dwóch przesłanek.

Przechodząc do oceny pierwszej z wymienionych przesłanek, to jest do oceny, czy informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny brutto posiadają wartość gospodarczą, podnieść należy, że Sąd Okręgowy w pełni podziela rozważania Krajowej Izby Odwoławczej poczynione na kartach uzasadnienia zaskarżonego wyroku, uznając jednocześnie za zbędne ich powielenie w treści niniejszego uzasadnienia. W zakresie pierwszej z wymienionych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa Sąd Okręgowy uznał za potrzebne przytoczenie argumentacji zawartej w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 189/14. W uzasadnieniu wskazanego orzeczenia, z którego to tezami Sąd Okręgowy w pełni się zgadza, Izba wskazała, że informacje zawarte w wyjaśnieniach elementów kalkulacyjnych oferty, mających wpływ na wysokość ceny mogą posiadać wartość gospodarczą, jeżeli obrazują one sposób kalkulacji ceny – przyjęte w tym celu stawki, operują konkretnymi danymi wskazującymi na sposób pozyskiwania zasobów służących wykonywaniu działalności, ze wskazaniem konkretnych nazw i adresów, obrazują nie tylko przyjęte w celu kalkulacji ceny na użytek konkretnego postępowania stawki wynagrodzeń, ale także

stosowaną marżę oraz źródła pozyskiwania zasobów, które służą nie tylko realizacji konkretnego zamówienia, ale wiążą się z działalnością operacyjną wykonawcy. Przenosząc powyższe uwagi na grunt rozpoznawanej sprawy, Sąd Okręgowy po dokonaniu analizy treści informacji zastrzeżonych w postępowaniu przez wykonawcę wybranego stoi na stanowisku, że było to zastrzeżenie niedopuszczalne. Zdaniem Sądu Okręgowego wykonawca wybrany nie wykazał, aby podane przez niego informacje posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą. Lakoniczne informacje zawarte w piśmie wykonawcy wybranego z dnia 23 października 2014 roku, tłumaczące zastrzeżenie wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie są w stanie odnieść zamierzonego przez skarżącego skutku. W ocenie Sądu Okręgowego wykonawca wybrany, zasłaniając się rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa, miał na celu ukrycie przed odwołującym sposobu obliczenia ceny i uniemożliwienie mu tym samym wykazanie w postępowaniu odwoławczym przed KIO, że cena zawarta w ofercie skarżącego jest rażąco niska. Takie działanie jest niedopuszczalne. Złożone przez wykonawcę wybranego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie operują konkretnymi danymi wskazującymi na sposób pozyskiwania zasobów służących wykonywaniu działalności, ze wskazaniem konkretnych nazw i adresów, obrazują jedynie ceny przyjęte na użytek danego postępowania, nie ujawniają natomiast stosowanej marży oraz źródeł pozyskiwania zasobów, które służą realizacji także i innych zamówień. Bez wątpienia nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa ogólne stwierdzenia wykonawcy wybranego, lub też zwykłe obliczenia, na podstawie jakich danych, bez jednoczesnego wskazania na źródło ich pochodzenia, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowią także oszacowane przez wykonawcę wybranego kwoty, które nie wynikają z żadnych poufnych dokumentów, a są jedynie niczym nieopartymi prognozami lub szacunkami – uwaga ta odnosi się przede wszystkim do wskazanej przez wykonawcę wybranego wysokości możliwego do uzyskania przychodu z reklam. Poufność może dotyczyć jedynie drobnych, pojedynczych informacji, wynikających z poufnych dokumentów, a nie kilkustronicowych wyjaśnień, których poufność w żaden sposób nie została wykazana. Zamawiający naruszył więc art. 8 p.z.p. poprzez brak odtajnienia wyjaśnień wykonawcy wybranego dotyczących rażąco niskiej ceny.

### **Art. 9 ust. 1**

#### **16. Sygn. akt: KIO 1663/15, Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r.**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, a jedną z jego naczelnych zasad jest pisemność postępowania. Dlatego też fakt udostępnienia własnych zasobów powinien być stwierdzony pismem. Tymczasem w tym stanie faktycznym nie doszło do zawarcia umowy w formie pisemnej. Nie doszło także do zawarcia umowy w formie ustnej. Niemniej jednak, nawet gdyby do zawarcia takiej umowy doszło, jednak faktu tego odwołujący nie wykazał, to umowa w formie ustnej nie może stanowić dowodu na dysponowanie przez odwołującego określonymi osobami, w tym przypadku osobami zdolnymi do wykonywania zadań na stanowisku kierownika robót elektrycznych i kierownika robót telekomunikacyjnych. W takim przypadku nie jest bowiem możliwe zweryfikowanie faktu rzeczywistego dysponowania tymi osobami.

### **Art. 14**

#### **[aktualnie art. 14 ust. 1]**

#### **17. Sygn. akt: X Ga 207/13, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 27 czerwca 2013 r.**

Odnosząc się do zarzutów skargi należało w pierwszej kolejności wskazać, że Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) oraz sporządzone w oparciu o nią ogłoszenie o zamówieniu stanowią elementy czynności prawnej – oświadczenia woli zawarcia umowy w trybie określonym w przywołanej wyżej ustawie. Stosownie do treści art. 14 teże ustawy do

czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym wykładni oświadczeń woli złożonych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy dokonywać zgodnie z regułami Kodeksu cywilnego, w szczególności wyrażonymi w art. 65. A zatem, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W przypadku gdy oświadczenie to jest kierowane do nieograniczonego kręgu adresatów, interpretacja oświadczenia woli polega wyłącznie na ustaleniu jego powszechnie przyjętego znaczenia – w oparciu o wykładnię obiektywną (...). W tym przypadku podstawą wykładni są powszechnie przyjęte reguły językowe, przy czym wykładni poszczególnych wyrażeń dokonuje się z uwzględnieniem kontekstu, w którym zostały użyte. Uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście, bądź możliwy do ustalenia na podstawie pozostałych postanowień.

### **18. Sygn. akt: V Ca 2266/14, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 października 2014 r.**

Ponad to co zawarto w pisemnych motywach wyroku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą dodać można, że wykładnia oświadczenia woli stanowi zespół czynności prowadzących do ustalenia znaczenia danej wypowiedzi. Wykładni podlegają wszystkie oświadczenia woli, składane w ramach czynności jednostronnych, umów, uchwał ciał kolegialnych, a także statutów osób prawnych. Nie budzi też zatem wątpliwości możliwość objęcia metodami interpretacyjnymi zapisów warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne stworzonych na potrzeby realizacji zamówienia przez zamawiających. Pamiętać jednak należy, że prawo zamówień publicznych ze względu na swą specyfikę wynikającą przede wszystkim z faktu dysponowania przez zamawiających środkami publicznymi ma niezwykle sformalizowany charakter. Powoduje to, że do interpretacji oświadczeń składanych przez zamawiających należy podchodzić z dużą ostrożnością oraz założeniem, że zamawiający to podmiot profesjonalny, posługujący się obsługą specjalistów i co więcej działający w sztywnych ramach ustawy prawo zamówień publicznych.

Co do zasady zgodnie z art. 65 k.c. wykładnia dokonywana jest na trzech poziomach. Pierwszy wyznaczany jest przez dosłowne brzmienie tekstu, drugi zdeterminowany jest przez treść odczytywaną przy zastosowaniu reguł interpretacyjnych wyrażonych w art. 65 § 1 k.c., trzeci zaś polega na ustaleniu znaczenia oświadczeń woli przez odwołanie do zgodnego zamiaru i celu umowy (art. 65 § 2 k.c.). Podstawę wykładni oświadczeń woli mających formę pisemną stanowi tekst dokumentu, w którym ujęto oświadczenie woli, lecz uwzględnieniu podlegają także okoliczności, w jakich oświadczenie woli zostało złożone, oraz cel oświadczenia woli wskazany w tekście bądź możliwy do ustalenia na podstawie postanowień umowy. Niebagatelne znaczenia ma przy ocenie omawianego zarzutu zasada *clara non sunt interpretanda*.

W ocenie Sądu Okręgowego warunek udziału w postępowaniu zamieszczony w sekcji III.2.3 ppkt II lit. a ogłoszenia o zamówieniu nie budzi wątpliwości, jest jasny w swej treści znaczeniowej, wobec czego w zasadzie, kierując się wyżej przytoczoną regułą *clara non sunt interpretanda*, nie powinien podlegać dalszym zabiegom interpretacyjnym. Gdyby jednak nawet przyjąć (bo i takie stanowisko znaleźć można w doktrynie), że hipoteza art. 65 k.c. „nie jest ograniczona do oświadczeń woli, które nie są jasne, dlatego wykładni podlega każde oświadczenie woli” (...), to i tak zdaniem Sądu Okręgowego zarzut naruszenia art. 65 par. 1 kc nie mógłby zostać uznany za trafny. Wskazać trzeba przede wszystkim, że oświadczenie zamawiającego może być tłumaczone tak „jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”, taka jest bowiem dokładna treść omawianego przepisu art. 65 par. 1 kc. Oświadczenie zamawiającego nie podlega natomiast regułom z art. 65 par. 2 kc, który przecież odnosi się jedynie do umów. Zatem wszystkie argumenty skarżącego co do tego, jaki był zgodny zamiar stron i cel zapisu

są po prostu nieprzystające do stanu faktycznego sprawy niniejszej, w której nie mamy do czynienia z interpretacją umowy. W toku postępowania nie zostało natomiast w żaden sposób wykazane, że wymóg dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia posiadającymi umiejętności potwierdzonymi dokumentem nie wynikał z okoliczności czy też zasad współżycia społecznego czy określonych zwyczajów. W ocenie Sądu Okręgowego przy rozpoznawaniu sprawy z zakresu prawa zamówień publicznych w ogóle wątpliwa wydaje się zasadność interpretowania oświadczeń uczestników postępowania w kontekście tych dwóch ostatnich przesłanek, natomiast jeśli chodzi o przesłankę „okoliczności” to zapewne w okolicznościach tej sprawy zamawiający zawarł treść o brzmieniu literalnym zgodnym z jego wolą a późniejsze jego stanowisko, w istocie sprzeczne z zapisem należy traktować jako próbę „dostosowania” wymogu do sytuacji, która nastąpiła po upływie terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

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

**19. Sygn. akt: KIO 1254/15, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2015 r.**

Przechodząc do oceny spornego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia stwierdzić należy, że instytucja warunków udziału w postępowaniu służy weryfikacji wykonawcy pod kątem zdolności do realizacji zamówienia. Chodzi bowiem o to, aby do wykonania zamówienia został dopuszczony podmiot, który legitymuje się dostateczną wiedzą lub doświadczeniem nabytym w związku z wykonywaniem określonych czynności. Natomiast nośnikiem wiedzy i doświadczenia nie jest, zdaniem Izby, element zobowiązania wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunkiem udziału w postępowaniu nie może być również objęte zdarzenie przyszłe, które nie wiadomo, czy się ziści, a która to okoliczność pozostaje w opozycji do celu formułowania warunków udziału w postępowaniu. Nie należy zapominać, że warunki udziału w postępowaniu stawia się po to, aby zbadać pewien potencjał wykonawcy, którym już dysponuje, a jego ocena będzie podstawą do stwierdzenia, czy dany podmiot daje gwarancję należytego wykonania zamówienia.

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

**20. Sygn. akt: KIO 1240/15, Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2015 r.**

Wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp ma wykazać dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym umożliwiającym wykonanie zamówienia. Jeżeli jednak, ubiega się o zamówienie, które będzie świadczone w różnych miejscowościach na terenie kraju, nie musi dla wykazania warunków udziału, uprzednio tworzyć infrastruktury w postaci biur w oznaczonych miejscowościach. Nie ma bowiem pewności czy zamówienie uzyska, a warunki zamówienia nie powinny narażać wykonawcy na niewspółmierne koszty wynajęcia biur związane jedynie z faktem złożenia oferty. Może się bowiem ubiegać o przedmiotowe zamówienia również taki wykonawca, który zajmował lub zajmuje się zarządzaniem nieruchomościami nie na terenie całego kraju, a jedynie w określonej miejscowości, czy regionie i aktualnie posiada jedynie biura tam zlokalizowane.

Do okoliczności rozpatrywanego przypadku należy odnieść wskazania wyroku ETS z 27 października 2005 r. w sprawie sygn. akt C-234/03 Conse i inni przeciwko Ignesa, że „niezgodne z art. 49 TWE jest zawarcie przez zamawiającego w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych wspomagających technik oddechowych, po pierwsze przesłanki dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji

cji, w której mają być świadczone te usługi, i po drugie: kryteriów oceny ofert, które uwzględniają poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji, lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych, oraz temu, aby w przypadku równej ilości punktów przez więcej ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę, w zakresie w jakim kryteria stosowane są w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia." Z powyższego wynika, że wymóg musi być odpowiedni dla osiągnięcia wyznaczonego celu i nie może wykraczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia. Przytaczane wytyczne definiują tym samym pojęcie „proporcjonalności” warunku do przedmiotu zamówienia. Wymóg posiadania biur obsługi interesantów w chwili składania ofert, jeszcze przed zawarciem i wykonywaniem umowy jest bezużyteczny i nieproporcjonalny, nie jest odpowiedni dla zagwarantowania realizacji celu, dla którego został wprowadzony i wykracza poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia. Dla osiągnięcia zamierzonego celu wystarczyłoby zwykle zobowiązanie w dokumentach oferty wykonawcy do otwarcia takich biur w lokalizacjach wyznaczonych przez zamawiającego – w przypadku wyboru oferty danego wykonawcy i udokumentowanie faktu dysponowania biurami w ściśle oznaczonych lokalizacjach (adresach) przed terminem zawarcia umowy. (...)

Postanowienia SIWZ w obecnym kształcie naruszają art. 22 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp w z w. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez sformułowanie postanowienia w części (...) SIWZ w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w sposób ograniczający uczciwą konkurencję – poprzez wykluczenie z udziału w przetargu podmiotów, które nie posiadają biur w wymienionych miejscowościach, co wskazuje na faktyczne preferowanie podmiotu dotychczas świadczącego usługi na rzecz zamawiającego, który biura takie już posiada. Wbrew argumentom zamawiającego problem nie polegał na tym, aby odwołujący kwestionował potrzebę istnienia biur obsługi interesanta w trakcie realizacji umowy, ale na tym, że nie jest zasadne stawianie takiego wymogu już w momencie złożenia oferty i narażanie wykonawcy na koszty z tym związane, które nie odnoszą się do realizacji przedmiotu zamówienia. (...)

Zamawiający przede wszystkim obowiązany jest ustanowić równe warunki przy ubieganiu się o zamówienie, sprowadzające się do tego, żeby wykonawca wybrany mógł zorganizować sieć biur obsługi klienta dopiero przed zawarciem umowy, co zrównałoby szanse na uzyskanie zamówienia z dotychczasowym wykonawcą, który z oczywistych względów takimi biurami obecnie dysponuje. Bezprzedmiotowa była zatem argumentacja zamawiającego, przemawiająca za tym, że konieczne jest w trakcie wykonywania umowy posiadanie odpowiedniej sieci biur, co zapewnia kontakt z interesantami. Nie do tego sprowadzał się zgłaszany przez odwołującego problem, i okoliczność ta nie była kwestionowana odwołaniem, ale do dostępności zamówienia z uwagi na wymóg posiadania owych biur na moment złożenia oferty.

**Art. 22 ust. 1 pkt 4**  
**[aktualnie art. 22 ust. 1b pkt 2]**

**21. Sygn. akt: KIO 1244/15, KIO 1247/15, KIO 1255/15,**  
**Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2015 r.**

Za nazbyt daleko idące uznała Izba twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którymi polisy OC przedstawione tak przez X, jak i przez konsorcjum Y, nie potwierdzają faktu ubezpieczenia każdego z tych wykonawców od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jak wynikało to z pkt (...) SIWZ ubezpieczenie OC miało obejmować odpowiedzialność cywilną w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Działalność ta miała być związana, nie zaś, jak chciał tego Odwo-



lujący, tożsamy, identyczny z przedmiotem zamówienia. Należy zatem dopuścić pewne różnice pomiędzy zakresem działalności objętej ubezpieczeniem, a zakresem przedmiotu zamówienia. Istotne jest to, aby istniał związek między nimi. Faktem jest, że termin „związania” jest pojęciem nieostрым, wymagającym zbadania i interpretacji w kontekście konkretnego przypadku. Niemniej jednak termin ten zawarty został w § 1 ust. 1 pkt 11) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), a za nim w pkt IV.4.a) tiret drugie SIWZ, dlatego też jego zawężanie przez Zamawiającego, czego oczekiwał Odwołujący, stanowiłoby naruszenie powołanego przepisu.

**Art. 22 ust. 2**  
**[aktualnie art. 22 ust. 2 i ust. 2a]**

**22. Sygn. akt: KIO 1142/15, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2015 r.**

Należy dostrzec, że przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, jest wynikiem implementacji art. 19 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 (Dz. Urz. L 2004, poz. 134, str. 114). Zgodnie z tym przepisem: „Państwa Członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych zakładom pracy chronionej lub przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów pracy chronionej, w których większość zaangażowanych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach. Ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać odniesienie do tego przepisu.” Tego rodzaju zamówienie prowadzić ma bowiem do wyrównania możliwości konkurencyjnych przedsiębiorstw zatrudniających osoby niepełnosprawne w ubieganiu się o zamówienia publiczne, a także aktywizację i zwiększenie szans na rynku pracy osób niepełnosprawnych (teza 28 preambuły dyrektywy 2004/18/WE). Trafnie zamawiający w swoich wyjaśnieniach do treści SIWZ podał, że „Polskie regulacje prawne właściwe dla zamówień publicznych, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych umożliwiają włączenie aspektów społecznych do procedur udzielania zamówień publicznych. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował dyspozycję art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.” Stąd należy też interpretować art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w sposób jak najdalej idący, aby umożliwić efektywne osiągnięcie celu zakładanego dyrektywą – realną aktywizację zawodową osób niepełnosprawnych, które będą realizować przedmiotowe zamówienie. Zamówienie ma charakter zastrzeżony dla oznaczonego kręgu wykonawców, którzy są wyłącznie uprawnieni do tego, aby się o nie ubiegać. Przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp mówi wprawdzie o wykonawcach, jeżeli jednak wykonawca zamierza się posługiwać podwykonawcami, należy przyjąć, iż dyspozycję tej normy, ze względu na jej bezwzględnie obowiązujący charakter należy stosować wprost do podwykonawcy – i to już na etapie złożenia oferty – w celu wykazania uprawnień do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

W rozdziale (...) pkt (...) SIWZ zamawiający podał, że podwykonawcami mogą być wyłącznie podmioty, u których ponad 50% pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnionych osób niepełnosprawnych, lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego – jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach. W Rozdziale (...) pkt (...) SIWZ zamawiający wymagał, w celu wykazania, że wykonawca zatrudnia ponad 50% pracowników stanowiących osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub EOG załączenia do oferty oświadczenia o zatrudnieniu ponad 50% osób niepełnosprawnych – z wykorzystaniem wzoru

załącznika nr 6 do SIWZ. Z mocy art. 474 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania lub zaniechania osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. W tym więc przypadku, z uwagi na konieczność uprzedniej weryfikacji kwalifikacji samego wykonawcy, jak i jego podwykonawców z mocy art. 22 ust. 2 ustawy Pzp – zachodziły obligatoryjne podstawy, aby wykonawca ujawnił podwykonawcę w ofercie i przedstawił jego oświadczenie, że będzie realizował podzleczone zamówienie z ponad 50% udziałem osób niepełnosprawnych. Wykonawca na etapie złożenia oferty powinien mieć przynajmniej wstępne porozumienia z podwykonawcami, gdyż również na podstawie ich warunków finansowych zdolny jest prawidłowo skalkulować cenę oferty.

Nie zasługiwała na aprobatę argumentacja zamawiającego, że na przeszkodzie żądaniu przy złożeniu oferty oświadczenia podwykonawcy stały przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Przepisy te nie określają obecnie enumeratywnie zamkniętego kręgu dokumentów, odwołują się także do reguł dowodowych. Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, przedłożenie oświadczenia podwykonawcy, którym zamierza się posłużyć wykonawca o zatrudnianiu w odpowiednim parytecie osób niepełnosprawnych już w dokumentacji oferty – miało charakter niezbędny do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania i znajdowało oparcie bezpośrednie w art. 22 ust. 2 ustawy Pzp. (...)

Przystępujący X sp. z o.o. złożył oświadczenie, że sam zatrudnia ponad 50% osób niepełnosprawnych. Pełnomocnicy przystępującego, w trakcie rozprawy nie byli w stanie wykazać, iż wykonawca ten faktycznie pełni tylko funkcje organizacyjne, zatem ilość zatrudnionych pracowników jest tylko z tym związana. Zdaniem Izby odpowiednio znaczący efekt społeczny, jaki zakłada przepis art. 22 ust. 2 ustawy Pzp może zapewnić aktywizacja zawodowa osób niepełnosprawnych zaangażowanych bezpośrednio w proces szycia przedmiotowego umundurowania, gdyż do wytworzenia zamawianych ilości produktu – potrzeba zatrudnienia stosownie dużej liczby osób. Rację należało więc przyznać odwołującemu, że chodzi o firmy, które będą brały udział w wytworzeniu produktu. Inaczej można by było sobie wyobrazić, że firma zatrudniająca niewielką ilość pracowników, np. dwie, z których połowa jest osobami niepełnosprawnymi uważa, że może być wykonawcą takiego zamówienia, organizując dostawy wykonywane przez zupełnie inny podmiot. Nie byłoby to prawidłowe wypełnienie dyspozycji tej normy w zakresie aktywizacji zawodowej osób niepełnosprawnych, gdyż stanowiłoby obejście przepisów art. 22 ust. 2 Pzp, bowiem faktycznie zamówienie realizowałby inny podmiot, który nie musi mieć narzuconej normatywnie struktury zatrudnienia. Stąd już na etapie złożenia oferty powinien być ujawniony ewentualny podwykonawca danego zamówienia, i już przy złożeniu oferty winien on złożyć oświadczenie o odpowiednim parytecie osób niepełnosprawnych. Tylko taki sposób przeprowadzenia postępowania gwarantuje spełnienie przesłanek art. 22 ust. 2. (...)

Izba nie przychyliła się do poglądów przystępującego i zamawiającego, że przestrzeganie warunków art. 22 ust. 2 ustawy Pzp, mieści się wyłącznie w sferze zobowiązań kontraktowych wykonawcy i ich kontroli w trakcie realizacji umowy wykonania zamówienia publicznego. Postanowienia wzoru umowy nie dają zamawiającemu uprawnień kontroli podwykonawcy. Wprost przeciwnie, wykonawca X sp. z o.o., który przy złożeniu oferty nie daje pełnych gwarancji zatrudnienia własnego lub przez podwykonawcę/podwykonawców – ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub EOG – przy wykonywaniu kluczowych elementów tego zamówienia – nie jest w ogólności uprawniony, aby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a skoro złożył ofertę podlega wykluczeniu z postępowania, jako iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odrębnych od wyznaczonych art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a oferta jego winna podlegać odrzuceniu.

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

**23. Sygn. akt: KIO 1018/15, Wyrok KIO z dnia 27 maja 2015 r.**

W świetle dokonanych przez Izbę ustaleń stanu faktycznego Izba, dokonując subsumpcji tego stanu faktycznego pod normę art. 22 ust. 4 ustawy, uznała, że skoro zamawiający dopuścił równoważną technologię kompostowania lub stabilizacji tlenowej, gdyż wymienił tę technologię przemysłową z nazwy, a jednocześnie zezwolił na oferowanie rozwiązań zamiennych tylko dla poszczególnych części projektu, pod warunkiem, że oferowane rozwiązania zamienne są w pełni zintegrowane technicznie, konstrukcyjnie, technologicznie i logistycznie z pozostałą częścią projektu, to w ocenie Izby wykonawca oferujący taką odmienną, ale równoważną technologię, nie może być zmuszany do wykazania się doświadczeniem w technologii opisanej przez zamawiającego, dla której dopuszczono równoważność. W ocenie Izby narusza to granice proporcjonalności warunku. Skoro bowiem przedmiotem zamówienia jest także rozwiązanie równoważne, to logicznym jest, że związane z takim przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalnym będzie doświadczenie w technologii równoważnej. Ta technologia równoważna będzie zatem przedmiotem przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Tym samym w ocenie Izby konieczne jest takie ukształtowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, aby nie ograniczyć wykonawcom oferującym dopuszczoną przez zamawiającego technologię równoważną dostępu do przedmiotowego zamówienia. Przyjęcie odmiennego rozwiązania godzi bowiem w zasadę uczciwej konkurencji. Z jednej strony bowiem można zaoferować przedmiot równoważny, ale tylko pod warunkiem, że posiada się doświadczenie w technologii podstawowej, oznaczałoby to preferowanie wykonawców mających doświadczenie w określonej technologii, która nie jest wyłączną technologią możliwą do zaoferowania w postępowaniu. Wobec ustalenia, że zamawiający dopuszczał technologię równoważną bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje argumentacja zamawiającego o istnieniu konkurencji pomiędzy wykonawcami technologii opisanej w projekcie budowlanym, jak również ocena czy system napowietrzania pozytywnego jest technologią równoważną do technologii negatywnego systemu napowietrzania.

**24. Sygn. akt: XII Ga 211/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r.**

Przepis art. 22 ust. 4 posługuje się nakazem takiego dokonywania opisu, aby był on związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny. Nakaz związania warunku z przedmiotem zamówienia należy interpretować jako możliwość konkretyzacji warunku (dokonania opisu) z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia. Nie będzie dozwolone takie sformułowanie warunku, które nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia, zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Przedmiot zamówienia należy w tym wypadku interpretować szeroko – jako przyszłe zobowiązanie wykonawcy. Zamawiający może więc warunki powiązać ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. (...)

Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na kształt przyszłego zobowiązania). Stąd niezbędne jest interpretowanie określenia „proporcjonalny” przez pryzmat dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości, gdzie przymiotnik „proporcjonalny” używany jest w znaczeniu „zachowujący właściwą proporcję”. Warunek proporcjonalny więc, to tyle co warunek nienadmierny. Nakaz stworzenia i zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia



oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób, który nie zapewni spełnienia kryterium wyboru oferty, w tym wypadku najniższej ceny.

### **Art. 23 ust. 1**

#### **25. Sygn. akt: XIX Ga 406/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 21 lipca 2014 r.**

W tym miejscu na marginesie wskazać należy, iż zdaniem Sądu Okręgowego Zamawiający był w pełni uprawniony do dokonania analizy umowy konsorcjum na etapie badania ofert, skoro oferent sam mu ją w ramach oferty przedstawił – z tego względu zarzuty kwestionujące to uprawnienie podnoszone przez konsorcjantów uznać należy za pozbawione podstaw.

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

#### **26. Sygn. akt: KIO 1528/15, Wyrok KIO z dnia 29 lipca 2015 r.**

Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie przywołanymi przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r (Dz. U. 2013 poz. 231) – przyp. red.*] ustawodawca przyznał prymat zaświadczeniom urzędowym, taktując je jako podstawowy sposób udokumentowania okoliczności. Jeśli więc wykonawca przedstawił dokument pochodzący z organu sądowego w innym kraju, który potwierdza fakt niekaralności [a dokładniej: brak jakichkolwiek wpisów, w tym orzeczeń sądowych wobec spółki X dotyczących zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne], to nie sposób negować tego dokumentu i przyjmować, że wykonawca zamiast tego winien złożyć wtórne i dopuszczone w przepisach jako substytucyjne – oświadczenie przed notariuszem [względnie innym wymienionym w przywołanym rozporządzeniu organem]. W każdym zaś razie, przedłożenie dokumentu wymaganego jako podstawowy [dokumentu pochodzącego z organu sądowego, jakim jest Sąd Apelacyjny w Wersalu] nie może być dyskwalifikowane, a wymaganie w jego miejsce dokumentu substytucyjnego, jakim jest oświadczenie przed notariuszem stanowiłoby wyraz niczym nie uzasadnionego formalizmu. (...)

Oczywistym jest bowiem, że pomiędzy porządkami prawnymi różnych państw występują różnice, w tym różnice co do sposobu potwierdzania faktu niekaralności osoby [a także potwierdzania faktu niezalegania ze świadczeniami podatkowymi, ubezpieczeniowymi]. Tego rodzaju różnice nie skutkują jednak obowiązkiem zastąpienia w postępowaniu o zamówienie publiczne zaświadczenia urzędowego o niekaralności oświadczeniem składanym przed notariuszem. Powyższe skutkowałoby bowiem, że każdorazowo składane musiałyby być jedynie oświadczenie przed notariuszem, bowiem w zasadzie zawsze występują różnice w porządkach prawnych różnych krajów.

### **Art. 24 ust. 1 pkt 3 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 15 i art. 24 ust. 5 pkt 8]**

#### **27. Sygn. akt: KIO 1434/15, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r.**

Zgodzić należy się z Odwołującym, że w opisanym w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp warunku udziału w postępowaniu mieści się zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, którzy posiadają zaległości – bez przewidywanego prawem zwolnienia, odroczenia, rozłożenia płatności na raty, czy wstrzymania wykonania decyzji organu – w zakresie

wszelkich podatków i opłat. Przywołany przepis ustawy Pzp nie definiuje w sposób odrębny od właściwych w tym względzie przepisów, tj. ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. tj. z 2015 r. poz. 613 ze zm.), pojęcia podatków i opłat. Stąd też właściwe w tym zakresie jest sięgnięcie do przepisów wskazanej ustawy. (...)

Ustawodawca jednak w zakresie zamówień publicznych określił – jak wskazano powyżej – zamknięty katalog dokumentów podmiotowych, których zamawiający może żądać od wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków. Dokumenty te zostały określone w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów *[rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 poz. 231) – przyp. red.]*. Ustawodawca w tym zakresie zdecydował się na określenie jednego, konkretnego dokumentu, jakim jest zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego, odnoszące się wyłącznie do niezalegania z podatkami. Ustawodawca zatem ograniczył weryfikację spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez konkretny, żądany – w oparciu o przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów – dokument, wyłącznie w zakresie podatków (bez opłat) i poprzez wskazanie jednego organu podatkowego (naczelnika urzędu skarbowego). (...)

Tym samym dla celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca zdecydował się na szczegółową weryfikację wykonawców pod kątem przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jedynie w odniesieniu do podatków, dla których właściwym organem podatkowym będzie naczelnik urzędu skarbowego. W pozostałym zakresie, co do weryfikacji braku zaległości w przedmiocie opłat oraz podatków, dla których właściwym – zgodnie z art. 15 i nast. Ordynacji podatkowej – są inne organy podatkowe, wystarczającym dla ustawodawcy okazało się wyłącznie oświadczenie wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

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

#### **28. Sygn. akt: KIO 781/15, Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2015 r.**

(...) w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych znajdują się dwa wyżej wymienione elementy: obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który brał udział w przygotowaniu postępowania i którego udział w nim zakłócałby konkurencję oraz możliwość wykazania, że udział tego wykonawcy owej konkurencji nie zakłóca.

Procedura wykazania tych okoliczności powinna być przeprowadzana indywidualnie w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – pomiędzy wykonawcą, którego dane okoliczności dotyczą, a zamawiającym. W przypadku jednak, gdy zamawiający nie poweźmie przekonania o podstawach do wykluczenia wykonawcy, a spór powstanie na etapie postępowania odwoławczego, obowiązek dowiedzenia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na stronach i uczestnikach postępowania, którzy z danych okoliczności wywodzą skutki prawne, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także w art. 6 Kodeksu cywilnego. W niniejszym postępowaniu odwoławczym odwołujący powinien zatem dowieść przede wszystkim, że kwestionowana przez niego decyzja zamawiającego o braku przesłanek do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia X Sp. z o.o. i Y Sp. z o.o. jest nieprawidłowa. Ze swojej strony zaś zamawiający i przystępujący powinni dowodzić, że jest ona uzasadniona.

#### **29. Sygn. akt: KIO 1523/15, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 r.**

Odwołujący zdaje się utożsamiać posługiwanie się daną osobą w celu sporządzenia oferty ze sporządzaniem przez tę osobę dokumentów oferty, co jest błędnym stanowiskiem, gdyż

taka osoba nie musi być „wystawcą” dokumentu. Określenie „w celu sporządzenia oferty” ma znacznie szerszy zakres znaczeniowy i obejmuje wszelkie czynności, które zmierzają do złożenia oferty w postępowaniu. W konsekwencji posługiwanie się osobą w celu sporządzenia oferty nie musi dotyczyć wyłącznie technicznej strony jej złożenia i znaleźć odzwierciedlenie w samej treści oferty, ale może dotyczyć również czynności poprzedzających, koniecznych do jej przygotowania. (...)

Jednakże trafnie w odwołaniu podniesiono, że wskazanie w ofercie jako podwykonawcy spółki, której współpracownikiem jest dana osoba, samo przez się nie świadczy o korzystaniu przez Odwołującego z tej osoby w celu sporządzenia oferty. Upřednio Odwołujący w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach wprost zaprzeczył temu, a w toku postępowania odwoławczego przedstawił dodatkowo oświadczenie pana A.B. pełniącego stanowisko specjalisty ds. przygotowania produkcji w X – że nie brał udziału w przygotowaniu przez Odwołującego oferty. Zamawiający nie podważył w toku postępowania odwoławczego wiarygodności tych oświadczeń, a także w żaden sposób się do nich nie odniósł.

**Art. 24 ust. 2 pkt 2**  
**[aktualnie art. 89 ust. 1 pkt 7b]**

**30. Sygn. akt: KIO 552/15, KIO 571/15, KIO 576/15,**  
**Wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2015 r.**

Wykonawca zabezpieczył ofertę jedynie na 40 dni, a nie na cały 60-cio dniowy okres związania ofertą przewidziany w SIWZ. Złożone dokumenty w postaci pisma X S.A. z dnia 9 marca 2015 r. oraz sprostowania X S.A. z dnia 9 marca 2015 r. nie zmieniały faktu, że Odwołujący w chwili złożenia oferty nie zabezpieczył wadium na cały okres związania ofertą. Izba w pełni podzieliła argumentację Zamawiającego, że niezależnie od tego, czy wskazana data była wynikiem błędu, istotną kwestią było to, że oferta nie była zabezpieczona należycie w chwili jej składania i okoliczności tej nie mogło zmienić, ani podważyć, odwoływanie się do intencji wykonawcy. Kluczowe znaczenie miała tu bowiem treść dokumentu złożonego przy ofercie. Należy wskazać, że nośnikiem wadium w postępowaniu jest właśnie gwarancja ubezpieczeniowa (art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp), a nie umowa pomiędzy wystawcą gwarancji a wykonawcą. Jeśli wystawiona gwarancja jest niezgodna z umową i wolą stron to jest to sprawa pomiędzy wykonawcą a wystawcą gwarancji, a wykładnia oświadczeń woli stron tej umowy może stanowić podstawę do oceny ewentualnych roszczeń wykonawcy z uwagi na wadliwie wystawioną treść gwarancji. Dopuszczalność dowodzenia, w oparciu o reguły wykładni oświadczeń woli, roszczeń o charakterze cywilnoprawnym przed sądem powszechnym, między stronami tej umowy, nie może być jednak argumentem przeważającym za tym, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – gdzie zarówno sama instytucja wadium, jak i dokument w postaci gwarancji ubezpieczeniowej mają szczególny charakter i znaczenie – ocena spełnienia wymogu wniesienia wadium, które powinno nastąpić w taki sposób, by dawać zamawiającemu całkowitą pewność co do udzielonego zabezpieczenia, powinna być opierana na wykładni oświadczeń woli, a w szczególności, by wykładnia ta mogła prowadzić do nadania kluczowym elementom składanego zabezpieczenia znaczenia innego niż to, które zostało wskazane wprost w treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. Okres obowiązywania gwarancji stanowi niewątpliwie taki właśnie element kluczowy składanego zabezpieczenia. Potwierdza to chociażby zastrzeżenie poczynione w treści dokumentu, bezpośrednio po wskazanej dacie obowiązywania „od dnia 23 lutego 2015 r. do dnia 03 kwietnia 2015 r.”, zgodnie z którym: „tylko żądanie otrzymane przez nas w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji. Po upływie terminu obowiązywania gwarancji, dokument niniejszy powinien być nam zwrócony”.

**31. Sygn. akt: XXIII Ga 584/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 16 maja 2013 r.**

Słusznie KIO uznała, że wykonawca faktycznie nie wniósł wymaganego wadium i dlatego z mocy art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy należało go wykluczyć, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą. (...)

Wadium złożone przez przystępującego wraz z ofertą zawierało istotne wady i było sprzeczne z postanowieniami SIWZ, gdyż nie określało prawidłowo wysokości sumy gwarancyjnej. Bezasadnie zarzuca skarżący naruszenie art. 65 § 1 k.c. Sprzeczność zawarta w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, a dotycząca jego sumy, była oczywista. Przedmiotem analizy KIO nie była intencja składającego wadium, ale treść dokumentu zawierającego oczywistą sprzeczność, która nie mogła być usunięta w trybie jego wykładni. (...)

KIO słusznie uznało, że sprzeczność w zakresie wysokości gwarancji ubezpieczenia zapłaty wadium dyskwalifikuje ten dokument i powoduje, że należało uznać, iż wykonawca nie wniósł wymaganego wadium w terminie złożenia ofert, a złożone po tym terminie wadium było bez znaczenia, gdyż nie mogło sanować wcześniej złożonej błędnej gwarancji. W konsekwencji doszło do sytuacji, w której znajdował zastosowanie w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP.

**32. Sygn. akt: II Ca 796/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 8 października 2014 r.**

W pierwszej kolejności należy zdaniem Sądu Okręgowego podkreślić, że zamawiający w niniejszej sprawie żądał od wykonawców wniesienia wadium w kwotach po 10.000 zł, przy czym odwołujący wniósł ją w postaci gwarancji bankowej, ważnej do dnia 19 czerwca 2014 roku. Jak słusznie zauważył skarżący, z formularza oferty złożonej przez spółkę X wynikało, że złożyła ona oświadczenie o związaniu złożoną przez siebie ofertą na czas wskazany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. przez okres 30 dni od upływu terminu do składania ofert – również do dnia 19 czerwca 2014 roku. W dniu 30 maja 2014 roku zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Y co oznaczało rzecz jasna, że oferta odwołującego nie została wybrana. W dniu 03 czerwca 2014 roku spółka X złożyła odwołanie od czynności odrzucenia jej oferty, przy czym odwołanie to zostało uwzględnione przez zamawiającego. Skutkowało to umorzeniem postępowania odwoławczego przez Krajową Izbę Odwoławczą /w dniu 17 czerwca 2014 roku/. Zważywszy na powyższe okoliczności, należy w ocenie Sądu Okręgowego całkowicie zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że po pierwsze – nie zaszła żadna przesłanka do wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na niewniesienie wadium do upływu terminu składania ofert, a po drugie – skutek uznania przez zamawiającego odwołania spółki X był on zobligowany do ponownej oceny złożonej przez nią oferty.

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

**33. Sygn. akt: KIO 802/15, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r.**

(...) wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, możliwe jest tylko i wyłącznie z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp – wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których pierwotnie, wraz z wnioskiem lub ofertą, nie przedłożył. Natomiast w przypadku zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania – art. 26 ust. 3 Pzp nie znajduje zastosowania. Ujmując rzecz jak najlapidarniej, wskazać można, iż braki w wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogą być sanowane, natomiast kłamstwa wykonawcy – nie. (...)

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

Ponadto w orzecznictwie postulowane jest powiązanie podania nieprawdziwych informacji z intencjami oraz zawinieniem wykonawców w tym zakresie oraz z przyczynami powyższego (np. wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r. sygn. akt IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 stycznia 2013 r. sygn. akt: II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. akt: VI Ga 134/12). Przede wszystkim, uwzględniając tzw. wykładnię proeuropejską, dla wykluczenia wykonawcę z postępowania, należy stwierdzić, iż winien jest poważnego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

### **34. Sygn. akt: KIO 830/15, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2015 r.**

Izba zwraca uwagę, że zarówno z orzecznictwa jak i doktryny wynika, że za nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać takie informacje, które nie są zgodne ze stanem faktycznym. Izba stwierdza również, że na gruncie ustawy Pzp z literalnego brzmienia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie wynika, że ta przesłanka wykluczenia zachodzi tylko wówczas, gdy złożenie informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym [nieprawdziwych] było skutkiem intencjonalnego działania wykonawcy, wynikającego wyłącznie z umyślności tego działania. Izba stwierdza, że także przepis art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE [po jej nowelizacji: art. 57 ust. 4 lit h)], nie odnosi wykluczenia wykonawcy, winnego poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, do jego umyślnego zachowania, wynikającego z bezpośredniego zamiaru przekazania w postępowaniu nieprawdziwych informacji, mającego świadomość szkodliwego skutku swego zachowania i celowo do niego zmierzając. Tak jak podaje dyrektywa podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie zawinionego, poważnego, a więc mającego lub mogącego mieć wpływ na wynik postępowania, wprowadzenia w błąd, a nie celowego wprowadzenia w błąd przez wykonawcę. Zatem może to dotyczyć – zgodnie z doktryną normatywną koncepcji winy – sytuacji, kiedy sprawca nie chciał popełnić czynu zabronionego, ale mając podstawy przewidywać możliwość jego popełnienia akceptował mogący nastąpić stan rzeczy [zamiar ewentualny]. Dyrektywa powyższa nie wyłącza także zachowania, którego zawinienie jest skutkiem niedbalstwa lub nienależytej staranności, które to działania kwalifikowane jako nieumyślne charakteryzuje, co prawda brak zamiaru popełnienia czynu niedozwolonego [zabronionego], jednakże sprawca popełnia taki czyn na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo, że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał [lekkomyślność] albo mógł przewidzieć [niedbalstwo]. Okolicznością w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wyłączającą takie zawinienie – umyślne, a także nieumyślne – związane ze złożeniem dokumentu zawierającego informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym mogłaby być zdaniem Izby w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tylko obiektywna okoliczność, będąca skutkiem usprawiedliwionego okolicznościami sprawy błędu, wyłączającego nieumyślność działania. Izba dodatkowo wskazuje, że na gruncie ustawy Pzp o zamiarze bezpośrednim – kwalifikowanej postaci zawinienia – można mówić w przypadku czynu, o którym mowa w art. 32 ust. 2 ustawy Pzp – popełnianego przez Zamawiającego – zgodnie którym Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Podlega zatem odpowiedzialności, w tym na gruncie przepisów ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ten Zamawiający, który podzielił zamówienie świadomie na części z zamiarem uniknięcia stosowania przepisów ustawy.



**35. Sygn. akt: KIO 1083/15, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r.**

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje, mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi implementację do krajowego porządku prawnego przepisu 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd, w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy. Izba stwierdziła, że Przystępujący X nie wprowadził Zamawiającego w błąd co do stanu faktycznego. Nieprawdziwe informacje w rozumieniu przywołanego przepisu nie polegają na błędnej interpretacji czy kwalifikacji faktów, które są ujawniane Zamawiającemu.

**36. Sygn. akt: KIO 1273/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.**

Nieprawdziwe informacje miały dotyczyć listy podmiotów sporządzonej przez Odwołującego, na której nie została wskazana spółka X Sp. z o.o. W sytuacji, gdyby przyjąć, że spółki Odwołującego i X Sp. z o.o. należą do jednej grupy kapitałowej, oświadczenie wykonawcy o tym, że nie należy do grupy kapitałowej miałoby wpływ na wynik postępowania. Gdyby oba podmioty (jak miało to miejsce w niniejszym postępowaniu) złożyły wnioski o dopuszczenie do udziału w konkursie, a jednocześnie nie wykazałyby, iż ich udział w postępowaniu nie doprowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu, wówczas Zamawiający musiałby wykluczyć oba podmioty z postępowania. Trudno zakładać, iż Zamawiający będzie w stanie wychwycić błędy wykonawców, w szczególności polegające na braku wskazania wszystkich podmiotów z grupy kapitałowej. Nie można jednak tego wykluczyć, w szczególności w oczywistych sytuacjach, lub gdy Zamawiający ma większą wiedzę o podmiotach działających na rynku właściwym. Jednak w każdym przypadku, podejmując decyzję o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Zamawiający musi umieć wykazać z jednej strony, że wykonawca nie złożył pełnej listy podmiotów z grupy kapitałowej, jak również uzasadnić wpływ tej informacji na wynik postępowania. W ocenie Izby nie każdy błąd polegający na nie wskazaniu podmiotu należącego do grupy kapitałowej, będzie oznaczał informację nieprawdziwą mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania. Podobnie, jak przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tylko te informacje dotyczące potencjału koniecznego dla pozytywnej oceny spełnienia warunku mogą mieć wpływ na wynik postępowania, tak przy ocenie listy podmiotów należy wziąć pod uwagę, czy informacja nieprawdziwa (w przykładzie – jej brak) dotyczy innego podmiotu z grupy kapitałowej, jednocześnie ubiegającego się o to samo zamówienie. Zamawiający może bowiem wykluczyć z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy tylko te podmioty z grupy kapitałowej, które nie wykażą, że ich jednoczesny udział w postępowaniu nie doprowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji. Tym samym Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy musi wskazać dlaczego złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące istniejących powiązań i ich wpływu na uczciwą konkurencję w postępowaniu uznaje za niedostateczne.

**37. Sygn. akt: KIO 1731/15, Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2015 r.**

Z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp wynika zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej. Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obejmuje takie

nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w aktualnie obowiązującym brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje również nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje, co najwyżej, mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Innymi słowy w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje, nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik. Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo-skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistości stanowi rzeczy.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. Porównanie z pierwszą przesłanką art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp prowadzi do wniosku, że hipoteza przepisu dyrektywy obejmuje zarówno złożenie, jak i niezłożenie informacji wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym w obu przypadkach ma to prowadzić do wprowadzenia w błąd. Z kolei wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania z art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp można uznać za przesłankę odpowiadającą poważnemu wprowadzeniu w błąd zamawiającego, o którym mowa w przepisie dyrektywy. W zakresie tych przesłanek, pomimo różnic sformułowań, interpretacja art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp w zgodzie z przepisem dyrektywy nie budziła dotychczas większych wątpliwości. Jednakże art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, w odróżnieniu od literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, wprost odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Konieczność uwzględnienia tej przesłanki przy stosowaniu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp potwierdza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych. (...)

W ocenie składu orzekającego Izby, o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęża postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy.

Izba wzięła pod uwagę stanowisko jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdzi-

wych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd, jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego... {por. pkt 75 i 119 wyroku}. Zdaniem składu orzekającego Izby co prawda powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się, że wina, o której mowa w oby tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa.

### **38. Sygn. akt: KIO 1759/15, Wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2015 r.**

Dla wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp koniecznym jest stwierdzenie, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje i informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a ponadto wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego zaistnieją przesłanki wskazane w ww. przepisie.

W tym konkretnym stanie faktycznym, co jest niewątpliwie, odwołujący złożył potwierdzony za zgodność z oryginałem dokument (referencje), którego treść została zmieniona w stosunku do dokumentu pierwotnego. Złożone referencje nie zawierały bowiem następującej treści „w związku z nieterminowymi dostawami firma zapłaciła kary umowne w wysokości (...) zł”, która to treść stanowiła integralną część dokumentu pierwotnego. Dokument ten został więc przerobiony przez odwołującego (wiceprezesa X Sp. z o.o. (...)). Dokonał on bowiem usunięcia z pierwotnej treści dokumentu treści, która była dla niego niewygodna z uwagi na to, że potwierdzała fakt nienależytego wykonania zamówienia, wykonania którego referencje dotyczyły. (...)

Izba uznała również, że odwołujący nie dość, że dokonał nieuprawnionej ingerencji w dokument referencji, to własnoręcznym podpisem (wiceprezes zarządu odwołującego) potwierdził jego zgodność z oryginałem. Tym samym nie dołożył należytej staranności, przygotowując ofertę, a przede wszystkim kompletując dokumenty, które się na nią składają. (...) Art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy klasycznej nie zawęża bowiem postaci winy wyłącznie do winy umyślnej, tj. zamiaru bezpośredniego i ewentualnego. Możliwym jest także dla jego zastosowania stwierdzenie złożenia nieprawdziwych informacji wskutek niedbalstwa wykonawcy. A odwołującemu, w tym konkretnym stanie faktycznym, można przypisać co najmniej niedbalstwo, co zresztą sam w toku rozprawy przyznał.

Reasumując stwierdzić należy, że podane przez odwołującego informacje, co jest niewątpliwie, miały i mogły mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Kwestionowane referencje (o przerobionej treści) były bowiem jedynym dokumentem złożonym wraz z ofertą i mającym potwierdzać należyte wykonanie referencyjnej dostawy. Decydowały więc o dalszym losie jego



oferty. Wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów, w tym m.in. wykazu i referencji, dokonane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, nie może być podstawą stwierdzenia, że skoro wykonawca był wezwany do ich uzupełnienia i je uzupełnił to nie może być wykluczony za złożenie nieprawdziwych informacji. Zamawiający w dacie wezwania do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie miał bowiem jeszcze wiedzy o fakcie złożenia nieprawdziwych informacji. Kwestie dotyczące dostawy poświadczonych kwestionowanym dokumentem – jak wynika wprost z akt postępowania – były wówczas wyjaśniane. Skoro jednak wykonawca w złożonej ofercie podał nieprawdziwe informacje i okoliczność ta została w sposób niebudzący żadnych wątpliwości stwierdzona przez zamawiającego to nie może ona być następnie sanowana poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – jak słusznie podniósł zamawiający – podlega tylko dokument niezłożony lub wadliwy, a takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe informacje.

### **39. Sygn. akt: XIX Ga 179/13, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r.**

Podkreślenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Zatem dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodną z rzeczywistością w sposób nie budzący wątpliwości. Zatem pojęcie „nieprawdziwych informacji” może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli.

### **40. Sygn. akt: XII Ga 659/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 5 grudnia 2014 r.**

W tym kontekście sytuacyjnym informacje udzielane przez skarżącego należało ocenić już jako nieprawdziwe, czyli niezgodne z rzeczywistością, szczególnie, że na tym etapie postępowania, skarżący nie mógł już zasłaniać się odmienną interpretacją warunków zamówienia, co do wiedzy i doświadczenia. Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia na tym etapie został już na tyle skonkretyzowany, iż nie budził jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, szczególnie dla podmiotu profesjonalnie świadczącego usługi danego rodzaju. Trudno również w kategorii omyłki redakcyjnej ocenić podanie wartości kwestionowanych dostaw, czy jako błędu pominięcia aneksu do jednej z umów dotyczącego wartości zamówienia. Złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistym stanem rzeczy. Kryterium ocennym jest wpływ informacji na wynik postępowania. Informacje mają wpływ na wynik postępowania, jeżeli ich złożenie przesądza o wykazaniu spełnienia warunku udziału, a tym samym możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą. (...)

Podanie nieprawdziwych informacji wywołuje skutek w postaci wykluczenia wykonawcy, bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu obarczonego błędami w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W odniesieniu do dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać, iż ma się do czynienia z błędem, który można sanować.

### **Art. 24 ust. 2 pkt 4 [aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 12]**

### **41. Sygn. akt: KIO 1217/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r.**

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że spornego wymogu nie można było – w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przygotowanej przez tegoż Zamawiającego (dalej zwaną również: „SIWZ” bądź „specyfikacją”) – rozumieć tego jak przedstawiał to Odwołujący na rozprawie. Przede wszystkim należy zdecydowanie podkreślić, że to Zamawiający

odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania, podejmują decyzję o wzięciu, bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez przyzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert.

Niedopuszczalnym jest w opinii Izby – co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym – interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Należy jednoznacznie zauważyć, że Zamawiający w SIWZ nigdzie nie doprecyzował użytych pojęć „lub technologii równoważnej”, nie doprecyzował jak należy interpretować postawiony warunek. Zamawiający zbyt późno – bo dopiero na etapie oceny ofert – wskazał, jak rozumiał treść postawionego warunku. Takiej informacji nie zawarł w żadnym miejscu SIWZ. Powyższe działanie przeczy samej istocie specyfikacji, która powinna zawierać jasne i klarowne wytyczne – wskazujące wykonawcy chcącemu przystąpić do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – warunki udziału w tym postępowaniu oraz sposób realizacji w przyszłości – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – tego zamówienia. Ponadto – co zostało już potwierdzone w orzecznictwie – jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ. W ocenie Izby wykonawcy w żaden sposób nie mają obowiązku „domyślenia się treści specyfikacji”. Bez znaczenia pozostają dowody składane przez Zamawiającego na rozprawie – stosowne analizy oraz dokumenty – wskazujące według Zamawiającego, jaka była rzeczywista treść postanowień SIWZ. W ocenie Izby wobec niedoprecyzowania wymagań w zakresie postawionego warunku brak jest podstaw do uznania, że istniały podstawy do wykluczenia wykonawców z postępowania.

#### **42. Sygn. akt: KIO 1543/15, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r.**

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższy przepis, ze względu na sankcję, którą ustanawia, nie podlega rozszerzającej wykładni, a określone okoliczności faktyczne, aby mogły stanowić podstawę wykluczenia z postępowania, muszą zostać udowodnione. Ciężar udowodnienia tych okoliczności w postępowaniu odwoławczym spoczywa na Odwoływającym, który ze swoich twierdzeń wywodzi określone skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp). Niewystarczające do wykazania zasadności wykluczenia wykonawcy jest zgłoszenie wątpliwości co do dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

#### **43. Sygn. akt: VII Ga 179/14, Wyrok SO w Kielcach z dnia 17 października 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wykonawca X na dowód posiadania ubezpieczenia w zakresie odpowiedzialności cywilnej załączył „Świadcstwo ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej” wystawione przez Z. w dniu 24 marca 2014 r. a wezwany w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do przedstawienia polisy wyjaśnił, że jest objęty ochroną ubezpieczeniową wynikającą z polisy (...) wystawionej przez (...) na rzecz (...). Polisa ta jest Polisą Programu Światowego, którym są objęte spółki wchodzące w skład Grupy (...) i w praktyce ubezpieczyciela w ramach tego pro-

gramu jest wystawiana jedna polisa na rzecz całej grupy a nie na każdego z ubezpieczonych z osobna dlatego wykonawca nie może przedstawić polisy wystawionej jedynie dla niego. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że skoro polisa ubezpieczenia istnieje, to wykonawca w celu udowodnienia, że podlega ochronie ubezpieczeniowej, nie może posługiwać się innym dokumentem, przede wszystkim dlatego, że § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów [Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 poz. 231) – przyp. red.] ustanawia ich hierarchię. Tam, gdzie ustawodawca pozostawia wykonawcy wybór sposobu udokumentowania określonych wymagań, wyrażnie to przewiduje, jak na przykład w § 6 ust. 1 pkt 2–4.

Z taką wykładnią nie sposób się zgodzić. § 6 ust. 1 pkt 2–4 nie ustanawia możliwości wyboru dla wykazania, że oferowane usługi, dostawy czy roboty spełniają określone wymagania albowiem hipoteza każdego z punktów jest inna i tak wykonawca, który twierdzi, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym musi przedstawić zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości (a nie inny dokument) zaś wykonawca, który odwołuje się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich, musi przedstawić zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości (a nie inny dokument), z kolei wykonawca, który twierdzi, że będzie stosował podczas wykonywania zamówienia na roboty budowlane lub usługi system zarządzania środowiskiem i audytu (...) lub normy zarządzania środowiskiem oparte na europejskich lub międzynarodowych normach musi przedstawić zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z europejskimi normami zarządzania środowiskiem (a nie inny dokument). Skoro hipoteza każdego z punktu 2-4 jest inna to nie można mówić o pozostawieniu wyboru i przepisu tego nie można odnosić do sytuacji wskazanej w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia, którego hipoteza jest jedna i sprowadza się do konieczności wykazania sytuacji ekonomiczno-finansowej a dyspozycja daje alternatywę upoważniając zamawiającego do żądania polisy albo innego dokumentu stwierdzającego ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej. Dlatego za trafną trzeba uznać ocenę przytoczoną w skardze, że analizowany przepis nie ustanawia hierarchii dokumentów, a tym samym nie różnicuje ich mocy dowodowej. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała błędnej wykładni w powyższym zakresie i z ustalonego stanu faktycznego wyciągnęła nietrafne wnioski. Z niekwestionowanych wyjaśnień wykonawcy zawartych w piśmie z dnia 16 lipca 2014 r. wynika, że spółki wchodzące w skład Grupy (...) objęte Polisą Programu Światowego, w której to polisie jako ubezpieczony wskazana jest spółka (...) i nie istnieją polisy zawierane dla każdej spółki wchodzącej w skład grupy, co oznacza, że nie ma polisy rozumianej jako dokument stwierdzający objęcie ochroną ubezpieczeniową wskazującej, że ubezpieczonym jest wykonawca (...). Powyższa sytuacja wprost odpowiada hipotezie zawartej w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów, to jest „braku polisy”. Powyższa sytuacja upoważniała wykonawcę do przedstawienia innego dokumentu potwierdzającego dostatecznie spełnienie wymagań w zakresie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

#### **44. Sygn. akt: XII Ga 39/14, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 2 kwietnia 2015 r.**

Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskazuje, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykluczenie obejmuje więc dwie sytuacje faktyczne. Jako pierwszą wymienić należy tę, w której wykonawca wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego poprawne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego, jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ze

złożonych oświadczeń i dokumentów wynika więc, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów przyjętych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Druga z sytuacji abstrahuje od rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia, i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków.(...)

Wbrew twierdzeniom skarżącego powyższe oznacza, iż obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu w tym przedmiocie. W opinii Sądu Okręgowego trafny jest pogląd Izby, iż wiedza Zamawiającego w tym przedmiocie nie może prowadzić do zastępowania oświadczeń wykonawców i w konsekwencji przerzucenia ciężaru dowodu. Dlatego też bezczynność wykonawcy czy też brak staranności zawsze musi prowadzić, w świetle powołanego przepisu, do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

**Art. 24 ust. 2 pkt 5**  
**[aktualnie art. 24 ust. 1 pkt 23]**

**45. Sygn. akt: KIO 1083/15, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r.**

Izba uznała, że zarzut ten jest zasadny i utrzymanie oferty w tym stanie rzeczy jest niemożliwe, gdyż powiązania kapitałowe – przynależność do tej samej grupy kapitałowej została przez Odwołującego wykazana. Jak wskazał Odwołujący, z dokumentów rejestrowych wynika, iż Pani A.B. prowadząca działalność pod firmą X – A.B. (składająca ofertę w części VII), jest tą samą osobą, która pełni funkcję Prezesa zarządu firmy Y Sp. z o.o. Jak zauważył Zamawiający wskazują na to wprost zapytania z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczące obu ofert. Ponadto Pani A.B. jest osobą uprawnioną do samodzielnego działania, samodzielnego zaciągania zobowiązań i samodzielnego podejmowania decyzji w spółce Y Sp. z o.o. Spółka ta jest jedynym komplementariuszem i jedynym podmiotem uprawnionym do samodzielnego reprezentowania i zaciągania zobowiązań przez wykonawcę, który złożył ofertę w przetargu, tj. YZ Sp. z o.o. spółka komandytowo-akcyjna. Ponadto Pani A.B. posiada 48% udziałów w spółce Y Sp. z o.o. Należy zauważyć, że zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, co w ocenie Izby miało miejsce w tym postępowaniu, podmiotem wspólnym, łączącym była niewątpliwie Pani A.B., zatem w tym stanie faktycznym – co do tych podmiotów - nie można mówić o braku ich przynależności do jakiegokolwiek grupy kapitałowej. Jednak wobec złożenia przez wykonawcę Przystępującego YZ Sp. z o.o. spółka komandytowo-akcyjna oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej, Zamawiający powinien wezwać podmiot ten o uzupełnienie tego dokumentu przed ewentualnym – jak domagał się tego Odwołujący – wykluczeniem z postępowania. W ocenie Izby powyższa okoliczność może mieć wpływ na wynik tego postępowania, gdyż ewentualne nieuzupełnienie tego dokumentu może skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania.

**46. Sygn. akt: KIO 1273/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.**

Ustawodawca na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zdecydował się na odesłanie do pojęcia zdefiniowanego w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. W art. 4 pkt 14 uokik grupę kapitałową określa się jako „przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę”. Powyższe wskazuje, iż o grupie kapitałowej można mówić jedynie w sytuacji, kiedy pomiędzy przedsiębiorcami zachodzą tego rodzaju powiązania, iż jeden z nich



sprawuje kontrolę nad drugim. Dla pełnego zobrazowania charakteru tych powiązań koniecznym jest wskazanie na możliwe formy kontroli, które zostały opisane w art. 4 pkt 4 lit. a–f uokik, a które umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na przedsiębiorcę. Uprawnienia te to w szczególności: dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami (a); uprawnienia do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami (b); członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego) (c); dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami (d); prawo do całego albo części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego) (e); umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę (f).

Jednocześnie należy zauważyć, iż nie zawsze zaistnienie któregoś z wymienionych uprawnień uzasadniać będzie stwierdzenie istnienia stanu kontroli, jeżeli nie będzie ono pozwalało na wywieranie decydującego wpływu na przedsiębiorcę. Wymienione w lit. od a) do f) formy kontroli stanowią przykładowe uprawnienia, które nie wyczerpują wszystkich możliwych przypadków, w których uzasadnione będzie stwierdzenie wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, kwalifikowane jako sprawowanie kontroli. W każdym przypadku konieczne jest przeprowadzenie starannej analizy wszystkich okoliczności prawnych i faktycznych, której celem jest ustalenie możliwości bądź braku możliwości wywierania decydującego wpływu na przedsiębiorcę. (...)

W ocenie składu orzekającego Organizator zaniechał dokonania oceny oświadczeń Odwołującego w kontekście prezentowanej definicji grupy kapitałowej, a swoje stanowisko oparł wyłącznie na stwierdzeniu istnienia powiązań pomiędzy Odwołującym oraz spółką X Sp. z o.o., a spółką Y. Ustalenia Organizatora co do charakteru powiązań pomiędzy tymi podmiotami a Y były pobieżne, co sam stwierdził w piśmie z dnia 10.06.2015 r. przyznając, iż nie jest mu wiadomym, jakie podmioty są wspólnikami w spółkach posiadających 100% udziałów w spółce Odwołującego (...) oraz spółce X Sp. z o.o. Bez wątplenia pomiędzy udziałowcami spółek nie zachodzą żadne bezpośrednie powiązania kapitałowe oraz personalne. Z całości okoliczności ustalonych w sprawie możliwym było jedynie stwierdzenie, iż Odwołujący oraz X Sp. z o.o. mają powiązania z grupą Y, której matką spółką jest Y. Z wyjaśnień Odwołującego, którym Organizator nie zaprzeczał, wynika, że Y jest platformą wymiany doświadczeń, organizacją gospodarczą zrzeszającą ponad (...) grup podmiotów (na terenie samej Polski ok. 60 spółek), a nie ogólnosiwiatową grupą kapitałową. Y porównane zostało przez Odwołującego do rodzaju platformy komunikacyjnej podobnej do A, która umożliwia komunikowanie pomiędzy spółkami w celach gospodarczych, ale jednocześnie nie ingeruje w samodzielność zgromadzonych spółek.

W świetle powyższego Izba uznała, iż powiązania z Y, których istnienie nie było kwestionowane nie przybierają żadnej z form opisanych szczegółowo w art. 4 pkt. 4 lit a–f uokik, stanowią natomiast rodzaj współpracy w ramach utworzonych grup, bez ingerowania w decyzje zarządcze, czy też strategiczne poszczególnych podmiotów. Potwierdza to w szczególności oświadczenie Y z 23.06.2015 r. przedłożone w oryginale wraz z tłumaczeniem przez Odwołującego na rozprawie, w którym potwierdza, że każda spółka posiada własny zarząd, strukturę zarządczą i pracowników. Wreszcie, zarówno A i X są pod kontrolą właścicielską różnych udziałowców, a każda z nich posiada obowiązki informacyjne względem różnych globalnych (ogólnosiwiatowych) struktur. W ocenie Izby, w stosunku do Odwołującego oraz X Sp. z o.o. nie było możliwym ustalenie, iż powiązania wynikające z przynależności do jednej z grup, względem siebie niezależnych, są tego rodzaju, że spółki te pozostają pod kontrolą Y, prowadzącą do pozbawienia tych podmiotów autonomii. (...)

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przy braku spełnienia przesłanki pozostawania w grupie kapitałowej przez Odwołującego i X Sp. z o.o., nie zachodziła potrzeba badania wpływu powiązań na zachowanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu konkursowym.

#### **47. Sygn. akt: KIO 1431/15, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r.**

Zdaniem Izby zamawiający nie naruszył również przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. (...) Odwołujący podniósł, że przystępujący X i przystępujący Y to wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej. Wzięto pod uwagę, że obydwaj wykonawcy złożyli wraz z ofertą oświadczenia odnośnie przynależności do grup kapitałowych. W oświadczeniach tych przystępujący X nie wskazał A.B. jako należącej do jego grupy kapitałowej. Z kolei A.B. nie złożyła oświadczenia jakoby miała należeć do jakiegokolwiek grupy kapitałowej. W tej sytuacji to odwołujący zobowiązany był wykazać sporny fakt, czego jednak nie uczynił. Uszło uwadze odwołującego, że przywołany przez niego przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp odsyła do przepisu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z przepisie tym znajduje się definicja legalna określenia „grupa kapitałowa”. Rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Z kolei przepis ten nawiązuje do definicji „przejęcia kontroli”, o której mowa w art. 4 pkt 4 przywoływanej ustawy. (...)

Jak wynika z powyższego, wbrew stanowisku odwołującego, dla wykazania znajdowania się dwóch przedsiębiorców w tej samej grupie kapitałowej nie wystarcza zatem zawarcie jakiegokolwiek porozumienia pomiędzy nimi, np. nawiązanie współpracy celem doradzania jak wykonywać zamówienie. Odwołujący nie wykazał aby A.B. przejęła kontrolę nad przystępującym X lub na odwrót. Nie świadczy o przejęciu kontroli zbieżność nazwisk pełnomocnika A.B. i wspólnika X, co ustalono na podstawie odpowiednio zaświadczenia z CEDG i odpisu z KRS. Odwołujący zdołał udowodnić w ten sposób jedynie zbieżność nazwisk dwóch osób o różnych imionach.

Odwołujący nie zdołał wykazać również drugiej z przesłanek art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, a mianowicie złożenia odrębnych ofert przez przystępującego X i przystępującego Y w tym samym postępowaniu. Podkreślić należy, że celem wprowadzenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp było wyeliminowanie możliwości braku konkurowania wykonawców z tej samej grupy kapitałowej (a tym samym manipulowania wynikiem postępowania) w sytuacji, gdy konkurencja między nimi powinna mieć miejsce, tj. gdy ubiegają się o zawarcie tej samej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka sytuacja nie ma miejsca w analizowanej sprawie, albowiem obaj wykonawcy ubiegają się o udzielenie innych części zamówienia. Ustawodawca uznał bowiem, że ubieganie się o udzielenie tego samego zamówienia wykonawców z tej samej grupy kapitałowej (a więc co do zasady realizujących wspólny cel gospodarczy) stanowi sytuację wysokiego ryzyka zakłócenia konkurencji, polegającego na realizacji wspólnego celu w miejsce konkurowania, które powinno występować w przypadku ubiegania się o zawarcie tej samej umowy. Ryzyko takie nie występuje w przypadku ubiegania się o udzielenie odrębnych umów na różne części zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, dla wypełnienia dyspozycji tego przepisu konieczne jest zatem, aby wykonawcy powiązani składali odrębne oferty. Przy czym sformułowanie „odrębne oferty” należy odczytywać jako konkurujące względem siebie oferty. Z kolei sformułowanie „w tym samym postępowaniu” należy odnosić do tej samej części postępowania. Innymi słowy, w przypadku postępowań podzielonych na części, konieczne jest złożenie ofert przez powiązanych wykonawców w tych samych częściach.



**Art. 25 ust. 1 pkt 1****48. Sygn. akt: KIO 1543/15, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r.**

Nie mogą stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy takie okoliczności, jak niewskazanie w treści referencji czasu i miejsca świadczenia usługi. Referencje są dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usług, mają więc identyfikować usługę i zawierać ocenę jakości jej wykonania, czas ich świadczenia natomiast należało podać w wykazie załączonym do oferty, co Przystępujący uczynił. Z kolei miejsce wykonania usługi jest okolicznością obojętną z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

**Art. 26 ust. 2b**  
**[aktualnie art. 22a]****49. Sygn. akt: KIO 791/15, KIO 814/15 z dnia 29 kwietnia 2015 r.**

Izba stwierdziła, że przystępujący X nie zdołał udowodnić zamawiającemu, że wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego wynikająca z faktu uprzedniego realizowania analogicznej usługi znajdzie takie przełożenie na realizację tego zamówienia publicznego, że pomimo iż zamówienie to uzyska podmiot w ogóle nie posiadający wymaganej wiedzy ani doświadczenia, to jednak będzie realizował je tak, jak podmiot taką wiedzę i doświadczenie posiadający. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie można uznać niezwykle ogólnych oświadczeń, sprowadzających się *de facto* do dwóch zdań. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantowała zamawiającemu choćby w minimalnym stopniu, że wiedza i doświadczenia podmiotu trzeciego znajdą jakiegokolwiek przełożenie na status przystępującego. O ile można się zgodzić, że wiedzę w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (teorię) można spróbować przekazać przez doradztwo i konsultacje to jednak nie wiadomo, czy umówiony sposób przekazania tej wiedzy taki skutek zagwarantuje. Nie wiadomo bowiem, jak owo doradzanie będzie się odbywać. Nie wiadomo, kto będzie przekazywał przystępującemu teorię na temat wykonywania usług ogrodniczych i porządkowych. Nie wiadomo jak często owo przekazywanie teorii będzie się odbywało i czy umówiona częstotliwość (sposób reakcji) zagwarantuje zamawiającemu, że w każdym przypadku gdy przystępujący z powodu braku wiedzy nie będzie mógł zrealizować zamówienia, uzyskane wsparcie podmiotu trzeciego pozwoli na usunięcie wynikłych problemów. Ponieważ przystępujący w ogóle nie legitymuje się wiedzą wymaganą przez zamawiającego, owo doradzanie, aby zostało uznane za wsparcie o charakterze realnym i rzeczywistym musi mieć charakter ścisły, bieżący. Za zastanawiający należy uznać fakt, że w świetle zobowiązania owo doradztwo ma mieć charakter nieodpłatny i wykonywane będzie przez podmiot posiadający siedzibę w innym mieście, aniżeli to, w którym usługa ma być wykonywana. Jeżeliby założyć, że rzeczywiście współpraca przystępującego i podmiotu trzeciego ma sięgać tak daleko, że uda mu się przekazać całą teorię co do sposobu wykonywania usługi ogrodniczej i porządkowej, a następnie w toku realizacji zapewnić, żeby ta wiedza znalazła przełożenie na realizację usługi, to trudno uznać, aby przekazanie całego *know-how* nastąpiło w ramach luźnej współpracy, nieodpłatnie i na odległość. Wszak musi to być współpraca nie tylko z dnia na dzień, ale wręcz z godziny na godzinę.

Natomiast w ogóle wątpliwe wydaje się przekazanie w drodze doradztwa doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Doświadczenie to zasób praktycznych, nabytych umiejętności, wyuczonych reakcji wynikających z faktu, że już się kiedyś analogiczną usługę z powodzeniem zrealizowało. Trudno zatem przekazać drugiemu coś, co można nabyć jedynie samodzielnie. Jak się wydaje, aby zapewnić cel jakim jest to, aby zamówienie uzyskał jedynie podmiot posiadający realne wsparcie podmiotu doświadczonego, część zamówienia musiałaby zostać zlecona takiemu podmiotowi trzeciemu. Nawet jeżeliby jednak hipotetycz-

nie założyć, że w ramach bliżej niesprecyzowanego, nieodpłatnego „doradztwa” na odległość możliwe jest nabycie wymaganego doświadczenia przez przystępującego, to jednak w treści dokumentów złożonych zamawiającemu nie można odnaleźć żadnego dowodu, który gwarantowałby zamawiającemu, iż praktyczne umiejętności podmiotu trzeciego w wykonaniu usług ogrodniczych i porządkowych zostaną przekazane przystępującemu. Stanowiska Izby nie zmieniła argumentacja zamawiającego, który wywodził, że przekonującego dowodu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie złożył także odwołujący. Powyższe nie musi świadczyć o tym, że dowód przystępującego jest wystarczający. Może się bowiem okazać, że uchybienia podobne do zarzucanych przystępującemu popełnił odwołujący.

Zdaniem Izby, skupianie się wyłącznie na stronie formalnej (złożenia jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów i abstrahując od jego treści), przyzwolenie na handlowanie referencjami, bez udowodnienia, że rzeczywiście zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z celami i brzmieniem przywoływanej dyrektywy i jednoznacznym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE. Nie jest to bowiem „stosowna sytuacja”, o której mowa w art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy i powołanych wcześniej orzeczeniach TS UE.

#### **50. Sygn. akt: KIO 812/15, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2015 r.**

Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, iż „wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”. Z treści powyższego wynika, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być złożone zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w formie pisemnej, co – zgodnie z art. 78 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp – oznacza własnoręczny podpis na oświadczeniu złożonym przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu podmiotu trzeciego. Skoro więc ustawodawca, dla formy składania zobowiązania podmiotów trzecich, zastrzegł formę pisemną, to w takiej formie dokument ten (zobowiązanie podmiotu trzeciego) winien być złożony. Tymczasem wykonawca X złożył wymagany dokument w formie kopii poświadczonyj za zgodność z oryginałem. Tym samym zamawiający zobowiązany był wezwać tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu poprzez złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego w formie pisemnej.

#### **51. Sygn. akt: KIO 857/15, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r.**

W ocenie składu orzekającego Izby, słusznie Zamawiający zakwestionował prawidłowość złożonego przez Odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego. Mimo, że zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy Pzp nie jest uzasadnione zawężanie udziału podmiotu w wykonaniu zamówienia wyłącznie do podwykonawstwa, to powołanie się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, który nie będzie podwykonawcą w zakresie w jakim udostępnił swe zasoby, powinno być badane szczególnie wnikliwie, tak aby uznając takie zobowiązanie za dostateczny środek dowodowy, Zamawiający będzie mógł liczyć na wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię dostatecznej wiedzy i doświadczenia, koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia.

#### **52. Sygn. akt: KIO 1142/15, Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2015 r.**

W ocenie Izby podstawowe znaczenie ma treść samego zobowiązania podmiotu trzeciego, które powinno wyczerpywać przesłanki ustawowe, i które nie może być zastępowane oświadczeniami własnymi wykonawcy ubiegającego się zamówienie, że będzie tymi zasobami dys-

ponował. Wyjaśnienia wykonawcy mogą jedynie dodatkowo potwierdzać treść samego zobowiązania, jako oświadczenia woli podmiotu udostępniającego swój potencjał.

W przedstawionym zobowiązaniu zgodnie z wytycznymi rozporządzenia w sprawie dokumentów, wskazano:

- zakres udostępnianych wykonawcy zasobów – wiedzę i doświadczenie
- sposób wykorzystania zasobów – korzystanie z konsultingu i doradztwa
- charakter stosunku prawnego jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim – pozostał niedookreślony – umowy z 15.04.2015 r. w zakresie doradztwa i konsultingu, do której odwołuje się ww. zobowiązanie nie przedstawiono
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy realizacji zamówienia – udostępnienie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przez przystępującego przy wykonywaniu danego zamówienia.

Nawet przyjmując, że doradztwo i konsulting ze strony podmiotu – A, B byłyby wystarczające, bez udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, to nie można było jednocześnie dokonywać tej oceny w oderwaniu od całego zaistniałego kontekstu sytuacyjnego w danym postępowaniu przetargowym. W szczególności, że nie było wiadome w jakim zakresie zamówienie będzie wykonywał wykonawca X sp. z o.o., który wręcz podał, że całość zamówienia, w tym w części 3 i 4 powierza podwykonawcy. Podmiot B. złożył zobowiązanie wsparcia wiedzą i doświadczeniem przystępującego X sp. z o.o., a nie jakiegokolwiek jego nieoznaczonego podwykonawcy. (...)

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114). W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Zgodnie z prawem unijnym, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona, dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach” i w „przypadku konkretnego zamówienia”. Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. „Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, [Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. U. L 209, str. 1) – przyp. red.] podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.” „Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.” (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje.

Izba stwierdziła, że przystępujący X sp. z o.o. nie zdołał wykazać, że wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego wynikająca z faktu uprzedniego realizowania odpowiadającej zamówieniu dostawy znajdzie takie odzwierciedlenie w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, że pomimo iż zamówienie to uzyska podmiot nie posiadający wymaganej wiedzy ani doświadczenia, to jednak będzie realizował je tak jak podmiot taką wiedzę i doświad-

czenie posiadający. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantowała zamawiającemu, że wiedza i doświadczenia podmiotu trzeciego znajdą jakiegokolwiek przełożenie na status przystępującego. Ponieważ przystępujący nie legitymuje się wiedzą wymaganą przez zamawiającego, owo doradzanie i konsulting, aby zostało uznane za wsparcie o charakterze rzeczywistym musi mieć charakter ścisły, bieżący.

### **53. Sygn. akt: KIO 1104/15, Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2015 r.**

Izba uznała, że z przedstawionego materiału dowodowego jednoznacznie wynika związanie stron umową przedwstępną na warunkach w niej przedstawionych. Nie ulega wątpliwości, że umowa przedwstępna może być rodzajem zobowiązania innego podmiotu, o jakim stanowi przepis art. 26 ust. 2b Pzp – pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, na zasadzie sprzedaży służącej realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Izba podziela stanowisko wynikające z orzecznictwa oraz opinii prawnych UZP wskazanych przez przystępującego, że umowa przedwstępna może być skutecznie przedłożona przez wykonawcę, jako zobowiązanie innego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. W wyroku z dnia 21 maja 2014 r., sygn. akt KIO 908/14, Izba wskazała, że umowa przedwstępna sprzedaży urządzeń służących do realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania, byłaby dokumentem odpowiadającym zobowiązaniu, o którym stanowi przepis art. 26 ust. 2b Pzp: „Nie można odmówić odwołującemu uprawnienia do złożenia oświadczenia, jakie w danej sytuacji faktycznej było mu dostępne i jakie wynikało z gotowości współpracujących z nim podmiotów do udzielenia wymaganego potencjału, co podnosił odwołujący w odwołaniu, ale jednak podkreślić należy, że wykazanie (udowodnienie) rzeczywistego udostępnienia sprzętu (w wyniku przysiętej umowy sprzedaży) wymaga przedstawienia w tym przypadku przez wykonawcę konkretnych informacji, potwierdzających, że zakup sprzętu jest pewny. Informacje te są konieczne do oceny, czy zobowiązanie to ma charakter realny.”

### **54. Sygn. akt: KIO 1233/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.**

(...) Izba zauważa, że treści art. 26 ust. 2b oraz art. 36a i 36b ustawy nie są tożsame pojęciowo. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę na definicję umowy o podwykonawstwo zawartą w słowniczku ustawy – art. 2 pkt 9b ustawy, zgodnie z którą jest to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia, zawarta między wybranym wykonawcą, a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, także między podwykonawcą, a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Zatem, o ile producent/wytwórca może być traktowany jako podwykonawca, to tyle pojęcie to nie jest tożsame z podmiotem udostępniającym zasób wynikającym z art. 26 ust. 2b ustawy, gdyż zgodnie z tym przepisem wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. O tym, że pojęcia podwykonawca i podmiot udostępniający zasób nie są tożsame świadczą także art. 36a ust. 3 i art. 36b ust. 2, które stanowią, że zastrzeżenie o obowiązku osobistego wykonania części zamówienia nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz że zamawiający może żądać wskazania przez

wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1. Tym samym fakt wskazania przez X zamiaru korzystania z podwykonawców nie powoduje automatycznie obowiązku składania zobowiązań innych podmiotów, ani odpowiedniego poświadczenia dokumentów pochodzących od podwykonawcy, o ile ten podwykonawca jednocześnie nie udostępnia zasobu, np. w postaci wiedzy i doświadczenia (a Izba ustaliła, że we wniosku podano inne firmy niż Y, jako podmioty udostępniające zasoby i złożono dla nich wymagane dokumenty).

### **55. Sygn. akt: KIO 1305/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r.**

Izba stwierdziła, że konsorcjum X nie zdołało udowodnić zamawiającemu, iż wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego, wymienionego w wierszu (...) wykazu, wynikająca z faktu uprzedniego realizowania referencyjnej usługi znajdzie takie przełożenie na realizację zamówienia publicznego, że pomimo iż zamówienie to uzyska podmiot nie posiadający wymaganej wiedzy ani doświadczenia, to jednak będzie realizował je tak jak podmiot taką wiedzę i doświadczenie posiadający. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie można uznać niezwykle ogólnych fragmentów zobowiązania tego podmiotu sprowadzającego się *de facto* do jednego zdania, o uczestnictwie w realizacji zamówienia w charakterze konsultanta (por. zobowiązanie, s. 131 wniosku). Treść zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantowała zamawiającemu choćby w minimalnym stopniu, że wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego znajdą jakiegokolwiek przełożenie na status konsorcjum X. O ile można się zgodzić, że wiedzę teoretyczną w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp można spróbować przekazać przez konsultacje to jednak nie wiadomo, czy umówiony sposób przekazania tej wiedzy taki skutek zagwarantuje. W analizowanej sprawie nie wiadomo jednak w ogóle, jak takie konsultacje będą się odbywać. Nie wiadomo, kto będzie przekazywał konsorcjum X teorię na temat organizacji i przeprowadzania szkoleń (konferencji, seminariów, warsztatów). Nie wiadomo jak często owo konsultowanie będzie się odbywało i czy umówiona częstotliwość (sposób reakcji) zagwarantuje zamawiającemu, że w każdym przypadku gdy konsorcjum X z powodu braku wiedzy nie będzie mógł zrealizować zamówienia, uzyskane wsparcie podmiotu trzeciego pozwoli na usunięcie wynikłych problemów. Zdaniem Izby owo wsparcie, jeśli ma być wsparciem realnym i rzeczywistym, musi mieć charakter ścisły i bieżący. Zamawiający w trakcie rozprawy wywodził, że dzięki wsparciu podmiotu trzeciego konsorcjum nie będzie samodzielnie wykonywało przykładowo takich czynności jak zamawianie sal, cateringu, materiałów szkoleniowych. Wywodził, że podmiot trzeci podpowie konsorcjum, gdzie należy składać zamówienia, jakie koszty oszacować, z kim rozmawiać, a z kim nie. Zdaniem Izby, wbrew stanowisku zamawiającego, z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynikało, aby podmiot trzeci zobowiązał się do wykonywania takich czynności.

W świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz pkt VI.3.1 ogłoszenia o zamówieniu to konsorcjum X miało udowodnić zamawiającemu realność polegania na zasobie podmiotu trzeciego. Zaś rolą zamawiającego w ślad za ww. postanowieniem, jak również przepisem § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 poz. 231) – przyp. red.*] było ocenić, czy sposób wykorzystania zasobu, charakter tego stosunku, zakres i okres udziału w wykonywaniu zamówienia zagwarantuje przełożenie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego na sposób wykonywania zamówienia przez konsorcjum. Zdaniem Izby skrajnie lakoniczna, enigmatyczna treść zobowiązania w żaden sposób nie uprawniała zamawiającego do ustalenia, że realność polegania na zasobie została udowodniona w jakimkolwiek stopniu. Takich informacji próżno było szukać w treści zobowiązania podmiotu trzeciego.



**56. Sygn. akt: KIO 1244/15, KIO 1247/15, KIO 1255/15,  
Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2015 r.**

Podkreślenia wymaga jednak przy tym fakt, iż to na wykonawcy, zgodnie z powołanym przepisem art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Wykonawca powołując się na potencjał podmiotu trzeciego winien przedstawić dokumenty lub oświadczenia, które potwierdzą w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów tegoż podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, a także zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Istotnym jest przy tym to, aby przedstawione przez niego dokumenty i oświadczenia potwierdzały, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci ma charakter realny i że zasoby te faktycznie będą mogły zostać wykorzystane przy realizacji zamówienia. Wykazanie wszystkich tych okoliczności służyć ma bowiem udowodnieniu Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, jak również potwierdzeniu, że stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Innymi słowy, służyć miało to wykazaniu, że wykonawcy realnie udostępniono potencjał podmiotu trzeciego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Tak stawiane wykonawcom powołującym się na potencjał podmiotów trzecich wymagania, zyskały na dodatkowym znaczeniu po wprowadzeniu do ustawy przepisu art. 26 ust. 2e stanowiącego, że podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Aby możliwym było przypisanie takiemu podmiotowi winy, koniecznym jest m.in. rozstrzygnięcie, w jakim stopniu realizacji zamówienia służyć miały udostępniane wykonawcy zasoby tego podmiotu, czy też określenie, w jakim zakresie zostaną one przy tej realizacji wykorzystane. Innymi słowy, przesądzenie, w jakim stopniu wykonawca powołujący się na te zasoby, na etapie realizacji może, w świetle przedstawionych Zamawiającemu dokumentów i oświadczeń, realnie liczyć na ich wykorzystanie przy wykonaniu zamówienia. Do tego zaś, niezbędna jest należyta weryfikacja dokumentów i oświadczeń odwołujących się do przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a przedstawianych wraz z ofertą.

Uwzględniając powyższe, zasadnie podnosił Odwołujący, że przedstawione Zamawiającemu zobowiązania podmiotów trzecich (X S.A. oraz Y sp. z o.o.) są zbyt ogólne w swej treści i nie pozwalają stwierdzić, że konsorcjum Z wykazało zaistnienie wszystkich powołanych wyżej okoliczności pozwalających przyjąć, że udostępnienie mu potencjału podmiotów trzecich ma charakter realny. W przypadku oświadczenia X S.A. nie wynika z niego choćby wysokość udostępnianych konsorcjum Z środków finansowych, czy też warunki skorzystania z nich przez tego wykonawcę. Oświadczenie Y sp. z o.o. jest w swej treści jeszcze bardziej ogólne – nie określa ono bowiem żadnego pola działań na etapie realizacji, na którym zasoby tego podmiotu miałyby być przez wykonawcę wykorzystane. Nie podjęto nawet próby opisu tego, jak powołane wsparcie merytoryczne miałyby być realizowane, w jakim zakresie i w jakich okolicznościach mogłaby się zrealizować potrzeba skorzystania z niego przez konsorcjum Z.

**57. Sygn. akt: KIO 1022/15, KIO 1026/15, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r.**

Z kaskadowością mielibyśmy do czynienia w sytuacji, kiedy wykonawca pozyskuje od podmiotu trzeciego zasoby niezbędne do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i następnie zasoby te – w formie papierowej, przekazuje kolejnemu wykonawcy dla spełnienia przez niego warunków udziału. Tym samym udostępnia zasoby, które nie mieszczą się w zakre-



się posiadanego przez niego doświadczenia, co udostępnienie zasobów czyni iluzorycznym, obejmującym jedynie przekazanie dokumentów referencyjnych. Stwierdzić należy, że ustawa Pzp jedynie jako wyjątek od zasady samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu dopuszcza poleganie za zasobach podmiotu trzeciego. Nie jest jej znana instytucja polegania za zasobach dalszego podmiotu trzeciego – przekazywania zasobów przez podmiot trzeci w sposób „kaskadowy” polegający na przekazaniu posiadanych referencji. Instytucja z art. 26 ust. 2b ustawy nie służy „papierowemu” wykazywaniu spełnienia warunków przy pomocy podmiotów trzecich jedynie w celu uzyskania zamówienia, lecz jest silnie związana z realnym dysponowaniem zasobami podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia.

### **58. Sygn. akt: KIO 1439/15, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r.**

Izba wskazuje, że postanowienia obowiązującego przepisu (art. 26 ust. 2b ustawy) wskazują na konieczność udowodnienia Zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzy potencjał, że wykonawca ten będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przez przedstawianie Zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotów (udostępniających potencjał) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Izba wskazuje że poza dyskusją pozostaje, słuszność podnoszonego w doktrynie i orzecznictwie (w tym w orzecznictwie TS UE) postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Realność w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia. Zatem wymagane udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykazanie to następuje przy wykorzystaniu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści ww. przepisu („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia.

W przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca powinien wykazywać na przykład: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia. W rozpoznawanej sprawie został spełniony jeden z elementów, a mianowicie wskazane zostało jaki potencjał został oddany wykonawcy do dyspozycji. Zaznaczyć należy jednocześnie, że z treści złożonego dokumentu wynika wprost, że zasoby w postaci wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej o określonej wartości zostały jedynie wyliczone jako jeden z zasobów, o których mowa w oświadczeniu podmiotu trzeciego, obok wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Oświadczenie o tym, że podmiot trzeci udostępni wykonawcy zasoby ogranicza się natomiast do wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do realizacji zamówienia i w tym tylko zakresie zostało złożone oświadczenie przez podmiot trzeci odnośnie sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów jak również okresu na jaki udostępnione zostały zasoby podmiotu trzeciego a także wskazany został charakter łączący podmioty przy realizacji zamówienia. Brak jest ww. dokumencie informacji na temat sposobu udostępnienia zasobów wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku zakresie ekonomicznym i finansowym. Ze „Zobowiązania

podmiotu” nie wynika w jaki sposób wykonawca będzie korzystał z udostępnionego zasobu, nie wynika również okres na jaki został ten zasób udostępniony. W ocenie Izby, uwzględniając treść zobowiązania należy wskazać, że w zasadzie powołanie w pierwszej części oświadczenia zasoby oddane do dyspozycji wykonawcy w tym „wykazanie się posiadaniem środków lub zdolności kredytowej o wartości co najmniej 10.000.000,00 zł zostały wskazane „wyłączenie w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w przetargu”. Tym samym w ocenie Izby, oświadczenie jakie zostało załączone na stronie 126 i następnego pisma z dnia 19 lipca 2015 roku nie potwierdza realności udostępnienia wykonawcy składającemu ofertę środków finansowych na czas realizacji zamówienia, na co wskazują również druga części oświadczenia odnosząca się jednoznacznie do sposobu udostępnienia zasobów, gdzie nie zostały wskazane środki finansowe.

**59. Sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15,  
Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r.**

Za bezzasadny należy uznać zarzut dotyczący braku sprecyzowania w złożonym zobowiązaniu podmiotu trzeciego, którego z sektorów dotyczy konkretny sprzęt. W każdym z trzech sektorów (I, III, VI), na które wykonawca X złożył ofertę, wymagane było dysponowanie małymi posypywarkami – 4 sztuki oraz pługami ciągnikowymi – 4 sztuki. Złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego Y z dnia 22 maja 2015 roku dotyczy sprzętu udostępnionego we wszystkich sektorach a ilość sprzętu, który został udostępniony przez podmiot trzeci: pługi ciągnikowe do odśnieżania na ciągnikach o masie całkowitej do 2,5 t – 16 sztuk oraz mała posypywarka do 2 t masy własnej – 16 sztuk, jest wystarczająca a nawet nadmierna w stosunku do ilości wymaganej we wszystkich łącznie sektorach, w których wykonawca złożył ofertę (I, III, VI). Zatem za zupełnie nieuzasadniony należy uznać argument Odwołującego, że na skutek nie wskazania jaki sprzęt odnosi się do konkretnego sektora nie można ustalić, jakie zachowanie (nieudostępnienie jakiego sprzętu do jakiego sektora) spowoduje powstanie po stronie podmiotu udostępniającego odpowiedzialności względem Zamawiającego.

Wskazać także należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego określa tytuł prawny korzystania z urządzeń przez wykonawcę, w lit. c zobowiązania podmiotu trzeciego z dnia 22 maja 2015 roku wskazano, że będzie to „umowa udostępnienia sprzętu”. Podkreślić należy, że na etapie składania oferty nie ma konieczności precyzowania czy wykonawcę z podmiotem trzecim będzie łączyła umowa najmu, użyczenia, dzierżawy leasingu czy też inna umowa nienazwana. Istotny jest jedynie charakter stosunku łączącego podmiot trzeci z wykonawcą tzn. podwykonawstwo, konsorcjum czy jedynie udostępnienie – jak to ma miejsce w rozpatrywanym stanie faktycznym.

**60. Sygn. akt: KIO 1583/15, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r.**

Z przepisu art. 26 ust. 2b wynika: dla wykazania, że wykonawca będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, wystarczającym dokumentem jest przedłożenie pisemnego zobowiązania tego podmiotu do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów do korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Wydaje się więc, że oświadczenie podmiotu trzeciego, w którym zobowiązuje się on do udostępnienia wykonawcy takich zasobów, spełnia wymóg ustawy co do udowodnienia przez wykonawcę faktu dysponowania takimi zasobami. W złożonym oświadczeniu zawarte jest zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W szczególności wystawca dokumentu zobowiązał się oddać do dyspozycji odwołującej wiedzę i doświadczenie, niezbędne do wykonania zamówienia.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażonym w wyroku z dnia 07.02.2011 r. Sygn. V Ca 3036/10 (...), podmiot, który udostępni swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym – nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swoich zdolności przez wykonawcę w celu przedstawienia ich do oceny spełnienia

warunków udziału w postępowaniu. Dowód na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy. Będzie to każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa jedynie jako przykład wymienia pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia.

### **61. Sygn. akt: KIO 1570/15, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r.**

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Zamawiający słusznie ocenił dokumenty złożone przez Odwołującego celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako niedostateczne z uwagi na brak wykazania realności możliwości skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego udostępnionego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy. Samo wykazanie Zamawiającemu potencjału podmiotu trzeciego, odpowiadającego wymaganemu doświadczeniu nie było wystarczające, gdyż Odwołujący nie udowodnił realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, tj. X. Wprawdzie do oferty załączył zobowiązanie tego podmiotu z dnia 25.06.2015 r., to jednak jego treść nie pozwalała na przyjęcie, iż Wykonawca będzie rzeczywiście korzystał z przekazanej mu wiedzy i doświadczenia w trakcie realizacji zamówienia. Samo wskazanie na rolę doradczą podmiotu udostępniającego swój potencjał, w sytuacji gdy Odwołujący jako nowopowstały podmiot prawa w ogóle nie ma żadnego doświadczenia, w ocenie Izby uzasadniał taki sposób współpracy, który zapewniałby organizację pracy, nadzór nad realizacją, umożliwiające przyjęcie, iż zamówienie będzie mogło być wykonane w sposób prawidłowy przez podmiot, dla którego zamówienie to będzie pierwszym o tak dużym zakresie świadczenia. W takim też celu Zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia zdobytego przy świadczeniu usługi o zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. W przypadku gdy wykonawca korzysta z potencjału podmiotu trzeciego nie może budzić wątpliwości, że Zamawiający powinien oceniać realność wsparcia tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wielokrotnie w orzecznictwie podkreślano, iż ogólnikowe deklaracje uniemożliwiają ustalenie w jaki sposób, wykonawca będzie mógł skorzystać z potencjału. Nie jest dopuszczalne takie korzystanie z możliwości jakie stwarza przepis art. 26 ust. 2b ustawy, kiedy jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu składane jest zobowiązanie podmiotu, którego potencjał jest niezbędny na etapie procedury przetargowej, natomiast na etapie realizacji zamówienia zamiarem wykonawcy jest opieranie się na własnych siłach, które z punktu widzenia wymagań nie byłyby wystarczającymi dla uzyskania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 18 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2285/14, KIO 2328/14). W przedmiotowej sprawie nastąpiło takie właśnie nieskuteczne skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, dodatkowo wynikające z okoliczności, iż Odwołujący samodzielnie nie mógłby wykazać się żadnym doświadczeniem, aby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Niewątpliwie oświadczenie ujęte w zobowiązaniu, jak i dalsze wyjaśnienia, w zasadzie ograniczały się do wskazania na rolę podmiotu trzeciego w zamówieniu jako „ciała doradczego” i brak jego udziału bezpośredniego w realizacji zamówienia. Oddanie do dyspozycji „całej wiedzy i doświadczenia”, również nie dostarcza żadnej konkretnej treści, pozwalającej na ocenę realności wykorzystania tego potencjału przez wykonawcę. Po stronie Odwołującego spoczywał ciężar udowodnienia, iż na etapie realizacji zamówienia będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia w niezbędnym do realizacji zamówienia zakresie. Pomimo wezwania Zamawiającego o wyjaśnienie zakresu udziału podmiotu trzeciego, Odwołujący ograniczył się wyłącznie do powtórzenia jego oświadczenia zawartego w zobowiązaniu, odmawiając Zamawiającemu prawa do żądania wyjaśnień. Taka postawa Odwołującego nie zasługuje na akceptację, gdyż Zamawiający uprawniony jest do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy (zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy). Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy potencjału jest tego rodza-

ju dokumentem/oświadczeniem, jeżeli wykonawca wykazuje za jego pomocą spełnienie warunku udziału w postępowaniu na zasadach opisanych w art. 26 ust. 2b ustawy. W świetle powyższego, teza Odwoływającego nie znajdowała uzasadnienia w przepisach prawnych, wyznaczających ramy w jakich Zamawiający porusza się jako organ odpowiedzialny za prawidłowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również stanowisko Odwoływającego zawarte w odwołaniu prowadzi do stwierdzenia, iż Odwoływający nie widzi potrzeby czynnego udziału podmiotu w realizacji zamówienia, co podnosi w tej części uzasadnienia, gdzie wskazuje na własny potencjał techniczny i osobowy, pozwalający na samodzielne wykonywanie czynności (zamówienia), stosując się do wskazówek podmiotu trzeciego. Faktycznie zatem, całość zamówienia planuje wykonać samodzielnie, a udostępniony potencjał służyć ma jedynie zabezpieczeniu teoretycznemu, chociaż nie do końca wiadomo w jakim zakresie umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia.

## **62. Sygn. akt: V Ca 243/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 10 maja 2013 r.**

Przepis ten [art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – *przyp. red.*] przewiduje, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W ocenie Sądu Okręgowego postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter wysoce sformalizowany co skutkować musi literalną niemal wykładnią przepisów prawa zamówień publicznych. Z treści przywołanego wyżej przepisu nie wynika, aby podmiot udostępniający zasoby wykonawcy musiał osobiście uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Nie budzi wątpliwości, że wykonawcę i podmiot trzeci może łączyć stosunek o dowolnym charakterze prawnym, a zatem może to być także taki stosunek, z którego nie wynika dla podmiotu udostępniającego obowiązek udziału w realizacji zamówienia. (...) Istotne znaczenie ma zatem fakt, iż podmiot udostępniający swój potencjał w postępowaniu nie jest wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Słusznie wskazała więc KIO, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 p.z.p. nie dotyczy podmiotów trzecich, które nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia i ma zastosowanie jedynie do wykonawców.

## **63. Sygn. akt: X Ga 287/13, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 26 listopada 2013 r.**

Odnosząc się do zarzutów skarżącego dotyczących faktu dysponowania przez wykonawcę X placówkami pocztowymi potrzebnymi do wykonania zamówienia zważył Sąd, że wbrew twierdzeniom skarżącego ocena Izby jest tutaj prawidłowa. Słusznie bowiem przyjęła tutaj Izba kryteria oparte na specyfice prawa zamówień publicznych. W tym zakresie w szczególności, prawidłowo Izba przyjęła, że dysponowanie placówkami pocztowymi na podstawie umowy agencyjnej stanowi dysponowanie potencjałem własnym wykonawcy a nie zasobami osób trzecich w rozumieniu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Słusznie tutaj wskazała Izba na kryterium bezpośredniego i stałego dysponowania daną rzeczą lub prawem, w tym również na podstawie dowolnej umowy cywilnoprawnej – w odróżnieniu od pozyskania danej rzeczy lub prawa doraźnie na potrzeby danego zamówienia. Dlatego dysponowanie placówkami pocztowymi prowadzonymi na podstawie umów agencyjnych, przy pomocy których i pod szyldem wykonawcy jest prowadzona działalność pocztowa wykonawcy nie może być w ramach postępowania przetargowego oparte o przepisy prawa zamówień publicznych uznane za przypadek wykorzystania potencjału cudzego.

**Art. 26 ust. 2e**  
**[aktualnie art. 22a ust. 5]**

**64. Sygn. akt: KIO 1583/15, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r.**

W szczególności Izba podkreśla, że fakt nieuczestniczenia w wykonaniu zamówienia osobiście, w tym na zasadzie podwykonawstwa, nie świadczy o wyłączeniu przez podmiot udostępniający odpowiedzialności solidarnej, o której mowa w art. 26 ust. 2e ustawy Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby na podstawie art. 26 ust. 2e ustawy Pzp, wykonawca użyczający potencjału odpowiadał za wykonanie zamówienia tak samo jak wykonawca (odpowiedzialność solidarna). Zgodnie z art. 366 § 1 K.c. kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Podkreślenia wymaga, iż odpowiedzialność podmiotu udostępniającego zasoby na podstawie art. 26 ust. 2e ustawy Pzp nie dotyczy wykonania przedmiotu zamówienia, ale szkody, która została zamawiającemu wyrządzona w związku z nieudostępnieniem zadeklarowanych zasobów. Tym samym zamawiający nie mógłby domagać się od podmiotu trzeciego wykonania zamówienia, lecz tylko pokrycia ewentualnej szkody związanej z nieudostępnieniem zasobów.

Izba podkreśla, że przepis art. 26 ust. 2e ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Ani wykonawca, ani podmiot udostępniający zasoby, nie mogą, w drodze czynności prawnej, wyłączyć odpowiedzialności wynikającej ze wskazanego artykułu. Tym samym zarzut wyłączenia odpowiedzialności wynikającej z art. 26 ust. 2e nie znajduje podstaw.

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

**65. Sygn. akt: KIO 586/15, Wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2015 r.**

(...) należało rozważyć, czy wobec niezłączenia przez Odwołującego do oferty wymaganych dokumentów przedmiotowych (taki bowiem charakter miały dokumenty wymienione w pkt (...) SIWZ) został on prawidłowo wezwany do ich uzupełnienia w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Instytucję przewidzianą we wspomnianej regulacji należy postrzegać w kategoriach obowiązku zamawiającego, z którego jest zwolniony wyłącznie w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w zd. pierwszym *in fine* komentowanego przepisu. Niemniej istotna jest również okoliczność, że wezwanie powinno precyzyjnie określać oczekiwania zamawiającego, tj. wskazywać, których dokumentów nie załączono do oferty, względnie które z nich zawierają błędy, ze wskazaniem na czym one polegają. Wezwany wykonawca nie może bowiem domyślać się intencji Zamawiającego i pozostawać w niepewności co do zakresu spoczywającego na nim obowiązku. W takiej sytuacji uznać należy, że zamawiający nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z należytą starannością i zgodnie z przepisami Pzp, naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podobnie należy ocenić sytuację, w której wezwanie do wyjaśnienia treści dokumentów, o którym mowa w art. 26 ust. 4 Pzp, jest nieprecyzyjne lub niejednoznaczne. Także i w tym przypadku wykonawca nie może mieć wątpliwości co do zakresu oczekiwanych przez zamawiającego wyjaśnień.



**66. Sygn. akt: KIO 884/15, Wyrok KIO z dnia 12 maja 2015 r.**

W ustalonych okolicznościach zamawiający nie miał też obowiązku wzywania odwołującego do składania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, lub w oparciu o art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż stwierdzona niezgodność miała charakter zasadniczy i nie mogła zostać usunięta w drodze wyjaśnień – prowadzących do zmiany treści oferty w zakresie odstępowania od wyznaczonego sposobu wykazania spełniania przez oferowane dostawy parametru wielkości ziaren. Tym samym, w ocenie Izby żądanie uzupełnienia dokumentu jest możliwe jedynie w odniesieniu do produktu pierwotnie zaofiarowanego w ofercie – biorąc pod uwagę wyspecyfikowane jego cechy. W przeciwnym bowiem razie wykonawca miałby swobodę wymiany parametrów istotnych dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia – po upływie terminu składania ofert, co godziłoby w zasadę niezmienności oferty, a także stanowiło obejście zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp. Dopuszczenie do sformułowania, bądź skonkretyzowania przez wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert byłoby ponadto sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W wyroku z dnia 7 maja 2014 r. sygn. akt KIO 796/14 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „w każdym przypadku uzupełniania dokumentów przedmiotowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający będzie musiał rozstrzygnąć (...) kwestię, czy dane uzupełnienie (...) jest prawidłową realizacją dyspozycji art. 26 ust. 3 P.z.p., czy też stanowi naruszenie generalnego zakazu modyfikacji treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy.”

**67. Sygn. akt: KIO 918/15, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r.**

Nie było sporne, że Odwołujący nie załączył do oferty wszystkich wymaganych w SIWZ dokumentów, i został wezwany do ich uzupełnienia. Zamawiający w wezwaniu wymienił oczekiwane dokumenty (na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymogi Zamawiającego, tj. dokumenty z art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych), wskazał termin do ich uzupełnienia oraz formę dokumentów – pisemną. Analogiczne wezwanie otrzymał Przystępujący. Odwołujący przed upływem wyznaczonego terminu usiłował bezskutecznie nadać 131 stron faksem, następnie wysłał je mailem. Przystępujący uzupełnił dokumenty w wymaganym terminie i w wymaganej formie.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że zgodnie z § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz. U. 2013 poz. 231) – *przyp. red.*] dokumenty, o których mowa w rozporządzeniu, a więc m.in. dokumenty z art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. W przypadku składania elektronicznych dokumentów powinny być one opatrzone przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu”. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego powinien złożyć dokumenty w takiej właśnie formie, zgodnej z rozporządzeniem.

Skoro Odwołujący w terminie nie złożył dokumentów w formie przewidzianej rozporządzeniem (przed upływem terminu wysłał dokumenty „zwykłą” pocztą elektroniczną – bez opatrzenia ich bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu), Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego, a zatem nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Nie doszło również do naruszenia art. 27 ust. 1–3 w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych – poprzez, jak Odwołujący twierdził, niezasadne uznanie, że w świetle obowiązujących przepisów prawa niedopuszczalne jest przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji drogą elektroniczną. Dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych stanowią osobną kategorię dokumentów, pod względem wymaganej formy różną



od dokumentów, o których mowa w art. 27 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i obowiązująco względem nich przepisy § 7 przywołanego rozporządzenia (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Kaliszu wyrokiem z dnia 26 marca 2015 r., sygn. akt: II Ca 675/14).

#### **68. Sygn. akt: KIO 1348/15, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2015 r.**

Zgodnie z § 6 ust. 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności próbek. W ocenie Izby z delegacji ustawowej z art. 25 ust. 2 ustawy wynika, że próbka jest dokumentem w rozumieniu ustawy, zatem co do zasady możliwe jest jej uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie i doktrynie, że uzupełnienie próbki jest możliwe, jeżeli złożenie tego dokumentu ma służyć wyłącznie potwierdzeniu wymagań jakościowych zamawiającego, natomiast nie jest możliwe z uwagi na treść zd.1 art. 87 ust. 1 ustawy, jeśli za pomocą próbki opisuje się zaoferowany przedmiot, czyli w sytuacji, gdy próbka w rzeczywistości stanowi ofertę *sensu stricto*.

#### **69. Sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r.**

Izba ustaliła także, że pismem z dnia 18 czerwca 2015 roku Zamawiający wezwał Odwołującego drogą mailową do złożenia brakującego wykazu osób. Termin na uzupełnienie upływał w dniu 23 czerwca 2015 roku godz. 10.00. Niespornym jest, że wykaz osób został przesłany drogą mailową – przy użyciu bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – dopiero dnia 24 czerwca 2015 roku o godz. 15.55. W toku rozprawy Odwołujący nie zaprzeczył, iż wiadomość z dnia 18 czerwca 2015 roku została dostarczona (zapisana) na jego serwerze, przyznał jedynie, że „w następstwie okoliczności niezależnych od Odwołującego” wiadomość mailowa nie została w ogóle odczytana, trafiła do folderu spam i została odnaleziona dopiero w dniu 24 czerwca 2015 roku. Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający dopuścił porozumiewanie się za pośrednictwem poczty elektronicznej, wiadomość z dnia 18 czerwca 2015 roku została przekazana na adres mailowy wskazany przez samego Odwołującego i do niego skutecznie dotarła.

Zgodnie z ogólną teorią doręczeń, wynikającą z art. 61 kc oświadczenie woli jest złożone z chwilą, gdy doszło do drugiej strony w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 16.03.1995 r. I PRN 2/95 OSN 1995, nr 18, poz. 229 oraz z 9.12.1999 r. I PKN 430/99 OSN 2001, Nr 9, poz. 309 wskazał, że możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli nie musi równać się faktycznemu zapoznaniu z jego treścią. Skuteczne zatem doręczenie oświadczenia woli to takie, które daje adresatowi możliwość zapoznania się z nim, choćby nawet w rzeczywistości adresat tego nie uczynił. W przypadku złożenia oświadczenia woli w formie elektronicznej, jak to ma miejsce w rozpatrywanym przypadku, przepis art. 61 § 2 kc stanowi, że chwilą złożenia oświadczenia w tej formie jest chwila, gdy oświadczenie wprowadzono do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta (adresat) mogła zapoznać się z jego treścią.

Mając na uwadze powyższe, nie ulega wątpliwości, że wiadomość z dnia 18 czerwca 2015 roku została skutecznie dostarczona do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, że Odwołujący mógł zapoznać się z jej treścią. Skutki braku zapoznania się z treścią wezwania do uzupełniania dokumentów, zapisania wiadomości z folderze spam, obciążają w tym przypadku Odwołującego. Uzupełniony przez Odwołującego w dniu 24 czerwca 2015 roku wykaz osób, nie został złożony w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, co skutkuje koniecznością wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. (...)

Przepis art. 26 ust. 3 *in fine* ustawy Pzp wymaga, aby złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Nie wymaga on konieczności obiektywnego ustalenia czy złożone w wyniku wezwania dokumenty, oświadczenia istniały przed terminem składania ofert, istotnym pozostaje wyłącznie okoliczność czy z treści uzupełnionego oświadczenia, dokumentu wynika spełnianie warunku udziału w postępowaniu najpóźniej na dzień, w którym upływał termin składania ofert.

**70. Sygn. akt: KIO 1606/15, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r.**

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie daje podstaw do wielokrotnego wzywiania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Zasadą jest bowiem wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert lub wniosków. Odwołujący, nie załączając do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym także „Wykazu usług”, wziął na siebie ryzyko tego, że w przypadku uzupełnienia brakujących dokumentów musi złożyć dokumenty prawidłowe, gdyż inaczej będzie podlegał wykluczeniu z postępowania.

**71. Sygn. akt: KIO 1574/14, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r.**

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, stwierdzając w niej brak dokumentów, o których nie było mowy ani w ogłoszeniu i w SIWZ, ani w uprzednim wezwaniu, skierowanym do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych. Zakres dokumentów oczekiwanych przez Zamawiającego nie może być szerszy, niż wskazany wcześniej. Przy czym nawet w razie stwierdzenia braku dokumentu, który był przewidziany w ogłoszeniu i w SIWZ – Zamawiający zobowiązany jest, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów bądź do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień, jednak innych, niż tych, których brak ostatecznie stał się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.

**72. Sygn. akt: XIX Ga 179/13, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r.**

Dokumenty i oświadczenia, z których nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w zamówieniu, mogą być uznane za oświadczenia i dokumenty „zawierające błąd”, mimo iż nie ma wątpliwości co do ich treści. W takim przypadku zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp.

**73. Sygn. akt: IX Ga 128/13, Wyrok SO w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2013 r.**

Należy zauważyć, że Zamawiający wzywał do uzupełnienia braków formalnych złożonych dokumentów, jednakże dokumenty te nie zostały prawidłowo uzupełnione. Ponadto, Zamawiający nie miał wątpliwości co do podstaw wykluczenia z przetargu, brak było więc podstaw by dokonywać kolejnych wezwań powtórnie. Należy przychylić się do poglądu, że zasada równości wskazuje na jednokrotne wezwanie do uzupełnienia braków a nie kilkukrotne. Złożone w ich wyniku wyjaśnienia i tak nie doprowadziłyby do odmiennej oceny istniejących braków formalnych.

**74. Sygn. akt: V Ca 3156/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 grudnia 2013 r.**

Przepis art. 26 ust. 3 pzp stanowi, że Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli

wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W pierwszej kolejności zważyć trzeba, że istnieje co do zasady możliwość określenia terminu poprzez określenie go jako dzień i godzinę. Dzień nie stanowi najmniejszej jednostki czasu, według której możliwe jest oznaczenie terminu. Strony mogą zastrzec w treści czynności prawnej termin liczony w mniejszych jednostkach, np. w godzinach a nawet minutach. Określenie „termin” jest używane na gruncie prawa cywilnego w dwóch znaczeniach. Po pierwsze, jako konkretny punkt czasowy, po drugie jako okres (odcinek czasu). W analizowanej sprawie mamy do czynienia z pierwszym znaczeniem. W stosunkach prawnych niezwykle doniosłe znaczenie ma właściwe określenie (wskazanie, ustalenie) terminów i prawidłowe ich obliczenie. Skarżący twierdzi z jednej strony, że terminu w ogóle nie przekroczył skoro rozpoczął wysyłanie dokumentów faksem przed jego upływem, a następnie na piśmie dostarczyła dokumenty do dnia 16 maja 2013 roku, z drugiej zaś, że w przepisie art. 26 ust. 3 nie chodzi też o taki formalizm, aby przekroczenie terminu o kilkadziesiąt minut dyskwalifikowało uzupełnienie. Skarżący podnosi też, iż złożone przez niego uzupełnienia powinny być uznane za skutecznie złożone w terminie i powinny być uwzględnione przy ocenie jego wniosku, w tym w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z tym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Wnikliwa analiza zapisu znajdującego się w ostatnim akapicie pisma Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2013 roku określającego termin na uzupełnienie wniosku nie może prowadzić do konkluzji innych niż te, do których doszła Krajowa Izba Odwoławcza. Pierwsze zdanie brzmi: „Powyższe dokumenty należy dostarczyć do dnia 9 maja 2013 roku do godziny 11.00.”. Zarówno wykładnia gramatyczna jak i funkcjonalna tego zapisu prowadzi do jednoznacznego ustalenia końcowego momentu upływu terminu na godzinę 11.00 w dniu 9 maja 2013 roku. (...)

Zamawiający wyraźnie stwierdził, że termin wyznaczony na dzień 9 maja 2013 na godzinę 11.00 roku będzie również zachowany jeśli dokumenty zostaną przesłane faksem lub mailem, żeby jednak tak się stało trzeba je dodatkowo złożyć w formie pisemnej w terminie późniejszym, który został wyznaczony na 16 maja 2013 roku. Jedynie taka wykładnia spornego zapisu jest językowo i prawnie uzasadniona. (...)

Nieuzupełnienie dokumentów w terminie jest równoznaczne z ich brakiem, a więc musiało doprowadzić do wykluczenia Skarżącego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

## **75. Sygn. akt: V Ca 3201/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 17 grudnia 2013 r.**

Przepis art. 26 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu albo termin składania ofert. Jak zatem wynika z przytoczonego przepisu prawa, którego analiza umknęła Krajowej Izbie Odwoławczej jedną z kategorii uzupełnień, których dokonanie jest dopuszczone na podstawie art. 26 ust. 3 dodaną nowelizacją z dnia 4 września 2008 r. są pełnomocnictwa. Niezłożenie pełnomocnictwa lub złożenie pełnomocnictwa wadliwego powoduje zatem bez wątpienia powstanie po stronie zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy przez do uzupełnienia dokumentu. Zamawiający nie mógł zatem w stanie faktycznym sprawy niniejszej czynności tej zaniechać. Praktyka stosowania omawianego przepisu ewoluowała w ten sposób, że każdy dokument pełnomocnictwa budzący wątpliwości co do zakresu umocowania lub prawidłowości umocowania pełnomocnika powinien być uzupełniony – czyli poprawiony przez mocodawcę w ten sposób, by umocowanie z niego wynikało. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy celem uzupełnienia pełnomocnictw w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie, tj. w sytuacji niezłożenia pełnomocnictwa lub złożenia pełnomocnictwa wadliwego. Okolicznościami, w których zamawiający uprawniony jest do zaniechania stosownego wezwania jest konieczność odrzucenia oferty wykonawcy lub unieważnienia postępowania. W niniejszej sprawie żadna z ww. okoliczności nie wystąpiła. Z przywoływanego przepisu wynika, że jeżeli osoba występująca w imieniu wykonawcy nie złożyła pełnomocnictwa upoważniającego ją do reprezentowania tego wykonawcy, zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia takiego pełnomocnictwa w określonym terminie. Dopiero bezskuteczny wpływ wyznaczonego terminu może powodować jakiegokolwiek negatywne konsekwencje wynikające z niezłożenia pełnomocnictwa. *Ratio legis* przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp jest zatem jasne. Zamawiający winien zatem tę czynność wykonać.

#### **76. Sygn. akt: II Ca 238/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r.**

Nie została naruszona przyjęta w orzecznictwie w wykładni art. 26 ust. 3 Pzp zasada jednokrotnego uzupełnienia dokumentów, bowiem oba wezwania skierowane do wykonawcy X dotyczyły innych zakresów i innych okoliczności. Podkreślić należy, że zamawiający ma obowiązek całościowej weryfikacji dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, z którym wiąże się konieczność wezwania do ich uzupełnienia w zakresie, który wynika z kompleksowej oceny. Można tu wskazać na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2013 r. KIO 2217/13, z dnia 20 lipca 2012 r. KIO 1418/12, z dnia 23 kwietnia 2012 r. KIO 732/12, które Sąd Okręgowy podziela. Utrwalony jest pogląd, że możliwe jest nawet kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, jednak dotyczące innych okoliczności niż uprzednie wezwanie. W wyroku KIO z dnia 20 lipca 2012 r. 1418/12 podkreślono, że „w wykładni art. 26 ust. 3 Pzp została przyjęta zasada jednokrotnego uzupełnienia dokumentów, jednak odnosi się ona do sytuacji, gdy zamawiający w jednym wezwaniu dokonuje wezwania kompleksowego, wskazując na wszystkie błędy i wady dokumentu. Jeżeli jego czynność jest wadliwa lub niepełna, nie można tym faktem obciążać wykonawcy, a czynność tę należy skorygować.” Podobnie w wyroku KIO z dnia 23 kwietnia 2012 r. KIO 732/12 wskazano na niedopuszczalność wielokrotnego stosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 Pzp, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku wadliwości pierwszego wezwania, powtórzenie tej czynności jest nie tylko możliwe, ale i konieczne. Podkreślenia wymaga, że przepisy prawa zamówień publicznych nie zabraniają wezwanemu wykonawcy wykazania się doświadczeniem wcześniej nieprzedstawianym w terminie składania ofert. Sąd Okręgowy podziela w tej mierze pogląd wyrażony w wyroku z dnia 24 października 2013 r. KIO 2403/13. Wskazać także należy na uchwałę KIO z dnia 12 grudnia 2013 r. KIO/KD 108/13, iż w sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać do ich uzupełnienia. W wyroku z dnia 4 lutego 2014 r. KIO 62/14 Krajowa Izba Odwoławcza odwołała się do wynikającej z doktryny i orzecznictwa interpretacji przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, stwierdzając,

że jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, zamawiający winien wezwać do ich uzupełnienia przy zastosowaniu art. 26 ust. 3 Pzp. Sąd Okręgowy w sprawie niniejszej przychylił się do tego stanowiska.

#### **77. Sygn. akt: XII Ga 39/14, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 2 kwietnia 2015 r.**

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Rację należy przyznać KIO, iż instytucja powyższa jest szczególnym narzędziem służącym konwalidowaniu błędów wykonawców, która jednocześnie nie może być interpretowana w sposób rozszerzający i stanowić obowiązku dla zamawiających doprowadzenia do stanu, w którym wnioski czy też oferty będą prawidłowe. Ciężar odpowiedzialności za właściwe przygotowanie wniosku i oferty spoczywa na wykonawcy, a zamawiający nie jest uprawniony, a tym bardziej zobowiązany, do podejmowania czynności w powyższym trybie dopóty, dopóki wykonawca nie usunie wszystkich błędów. Byłoby to także nieuczciwe w stosunku do innych wykonawców, których oferty złożone zostały w wymaganym terminie w sposób kompletny. Instytucja uzupełniania dokumentów różni się w tym zakresie od uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy instytucji wezwania do złożenia wyjaśnień.

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

#### **78. Sygn. akt: KIO 1068/15, KIO 1070/15, KIO 1084/15, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2015 r.**

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Z orzecnictwa Krajowej Izby Odwoławczej stanowiska doktryny wynika, że – w odróżnieniu od wezwania do uzupełnienia dokumentów, o którym, mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, – do składania wyjaśnień zamawiający może wzywać więcej niż jeden raz. Izba w składzie wyznaczonym do rozpoznania odwołania pogląd ten podziela, niemniej jednak wskazuje, że powtórne wezwanie winno mieć miejsce w sytuacji, gdy po udzieleniu wyjaśnień przez wykonawcę pozostają jeszcze pewne wątpliwości, wymagające wyjaśnień. W rozpoznawanym przypadku wykonawca udzielił wyjaśnień, w których wskazał jedynie, że zaoferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania zamawiającego. W pozostałym zakresie odesłał zamawiającego do dokumentów producenta. Z kolei sam producent w złożonym wyjaśnieniu stwierdził, że niektóre z jego produktów dedykowanych różnią się od produktów standardowych, dla których publikowane są ulotki i specyfikacje na ogólnodostępnych stronach internetowych. Zastosowana przez odwołującego praktyka w zakresie udzielania wyjaśnień winna zostać oceniona krytycznie i nie daje podstaw do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego była prawidłowa.



**79. Sygn. akt: IX Ga 128/13, Wyrok SO w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2013 r.**

Postępowanie odwoławcze dało podstawy do sformułowania wniosku, że dokumenty i oświadczenia, których dotyczy Skarga, zawierają braki i uchybienia, które nie dały się wyjaśnić w trybie przewidzianym przez art. 26 ust. 4 ustawy. W szczególności do takich wniosków doprowadziło postępowanie przed Sądem odwoławczym w przedmiocie treści i skutków japońskiej ustawy o notariacie, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia w przypadku wątpliwości dotyczących złożonych dokumentów (wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2012 r. KIO 570/12 (...)), których to wątpliwości przeciwnik Skargi nie powziął, co do treści tych dokumentów i oświadczeń, lecz stwierdził, że wynika z nich, że Skarżący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Jedynie przedłożenie nowych, niewadliwych dokumentów mogłoby ten stan zmienić. Samo zaś wyjaśnienie nie może konwalidować dostrzeżonych uchybień. Wyjaśnienie w tym wypadku nie konwalidowałoby uchybienia w postaci niezłożenia oświadczenia przed notariuszem. KIO jak i sądy powszechne zgodnie prezentują stanowisko, że zamawiający może wezwać wykonawcę do uzupełnienia konkretnego dokumentu wyłącznie jednokrotnie. Wezwanie o uzupełnienie wadliwych dokumentów zostało skierowane do Skarżącego w dniu 20 listopada 2012 r. Zatem wyjaśnienie, które zostałyby złożone w niniejszej sprawie na żądanie Przeciwnika Skargi nie zmieniłoby sytuacji Skarżącego, bowiem w sprawie o czym dalej wyjaśniono, że istniała możliwość złożenia oświadczeń i dokumentów zgodnie z prawem japońskim – w postaci oświadczenia woli złożonego przed notariuszem.

**80. Sygn. akt: XIX Ga 216/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 2 czerwca 2014 r.**

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń. Prawo do uzyskania wyjaśnień nie oznacza uprawnienia do domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczenia. W szczególności zamawiający, który wobec któregoś z wykonawców powziął wątpliwości co do rzetelności oświadczeń, nie może – jeśli nie zażądał tego, wszczynając postępowanie – zwrócić się o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie kwestionowanego warunku. Należy przy tym uznać, że inaczej niż w przypadku uzupełniania dokumentów, proces wyjaśniania może przybrać formę więcej niż jednego zapytania – skoro bowiem po przedłożeniu wyjaśnień zamawiający ma nadal wątpliwości lub pojawiły się kolejne zagadnienia wymagające wyjaśnienia, to nadal zachodzi okoliczność uprawniająca do wystąpienia o wyjaśnienie treści tych dokumentów.

**Art. 29 ust. 1****81. Sygn. akt: KIO 719/15, Wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2015 r.**

W ocenie Izby Zamawiający powinien tak przeformułować opis przedmiotu zamówienia, aby jednoznacznie określić, czy mamy do czynienia z nieodpłatną (faktycznie) umową użyczenia stołu angiograficznego, która leży poza sferą zamówień publicznych, czy też mamy w tym przypadku do czynienia z określoną odpłatnością, a wówczas należałoby wskazać konkretny zakres tej odpłatności (za co wykonawca ma płacić), która nie powinna być powiązania z odpłatnością za zupełnie odrębny przedmiot zamówienia.

Zaproponowany aktualnie w SIWZ przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny, w którym Zamawiający oczekuje wliczenia – w ramach przedmiotu dostawy wyrobów medycznych – kosztów związanych z użytkowaniem stołu angiograficznego, dodatkowo jest niejednoznaczny i może powodować określone trudności po stronie wykonawców z wyceną przedmiotu zamówienia, a w efekcie powodować nieporównywalność ofert złożonych w postępowaniu, w związku z postanowieniami umów, które zostaną zawarte na dostawę wyrobów

medycznych. W umowach tych bowiem Zamawiający zastrzegł, że może ograniczyć zakres swoich zakupów wyrobów medycznych, nie określając nawet minimalnego poziomu obligatoryjnych zakupów.

Niezależnie od negatywnej oceny Izby uwzględnienia w ramach kosztów dostawy wyrobów medycznych kosztów związanych z rzekomo bezpłatnym użyczeniem stołu angiograficznego, którą Izba przedstawia powyżej, w tym przypadku wykonawca, formułując cenę ofertową za dostawę wyrobów medycznych – przy obowiązku jednoczesnego ujęcia w tej cenie kosztów związanych z używaniem stołu angiograficznego – nie ma pewności, czy wskazane koszty zwrócić się wykonawcy, ponieważ nie ma pewności, czy Zamawiający dokona zakupu całego zakresu przedmiotu zamówienia. Obietnice i zapewnienia składane w tym względzie w toku rozprawy przez Zamawiającego, iż będzie on dokonywał zakupów całego zakresu przedmiotu zamówienia biorąc pod uwagę jego potrzeby, przy określonym brzmieniu postanowień umownych (...), z pewnością nie mogą konwalidować zapisów SIWZ. W tym zakresie zatem Zamawiający także powinien dokonać stosownych, nakazanych w sentencji orzeczenia zmian postanowień SIWZ.

## **82. Sygn. akt: KIO 773/15, KIO 775/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r.**

Dla Izby nie była przekonująca argumentacja Zamawiającego, że Odwołujący jako dotychczasowi wykonawcy usługi objętej przedmiotem zamówienia mają wiedzę co do faktycznej skali i uwarunkowań zmian przepustowości, lokalizacji i wypowiedzeń lokalizacji. Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a zatem Zamawiający obowiązany jest do zapewnienia przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wszystkimi potencjalnymi wykonawcami. Odwoływanie się do wiedzy, którą mogą posiadać wyłącznie wykonawcy dotychczas realizujący zamówienie na rzecz Zamawiającego z pewnością temu nie sprzyja. Art. 29 ust. 1 pzp dlatego nakazuje zawarcie wszystkich istotnych dla sporządzenia oferty uwarunkowań w opisie przedmiotu zamówienia, gdyż jest on dostępny dla wszystkich potencjalnych wykonawców.

## **83. Sygn. akt: KIO 1332/15, Wyrok KIO z dnia 6 lipca 2015 r.**

W tym kontekście Izba wskazuje, że istota art. 29 ust. 1 Pzp sprowadza się do określenia przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ.

## **84. Sygn. akt: KIO 1738/15, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r.**

Z analizy treści przepisu art. 29 ust. 1 Pzp niewątpliwie wynika, że dokonany opis przedmiotu zamówienia winien być wyczerpujący, czyli taki, który umożliwi sporządzenie oferty. Zauważyć należy, że wykonawcy kwestionując dokonany opis wskazują często na fakt, iż opis ten mógłby być jeszcze „bardziej szczegółowy”, czy jak zarzuca Odwołujący, że nie zawiera „wszystkich” potrzebnych mu informacji do sporządzenia oferty. Można się z tym poniekąd zgodzić, gdyż zwrot „wyczerpujący” lub „szczęgółowy” nie są pojęciami dookreślonymi tak, aby można było jednoznacznie ustalić kiedy opis przedmiotu zamówienia jest szczegółowy i wyczerpujący, a kiedy już nim nie jest. Dlatego też oceniając tę kwestię w konkretnym stanie

faktycznym należy ustalić i ocenić kiedy w oparciu o podane dane w SIWZ wykonawca może w sposób prawidłowy sporządzić ofertę, a kiedy przy braku pewnych danych sporządzenie takiej oferty jest niemożliwe.

### **Art. 29 ust. 2**

#### **85. Sygn. akt: KIO 1372/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r.**

(...) brak jest podstaw do kwestionowania przez wykonawców wysoko postawionych przez Zamawiającego wymogów dotyczących świadczenia usługi wyłącznie z uwagi na to, że powyższe wydaje się wykonawcom nieuzasadnione z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego. O ile postanowienia opisu przedmiotu zamówienia nie są nieczytelne, czy nie utrudniają uczciwej konkurencji, Zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawców nawet wygórowanych warunków świadczenia usługi. To, że wymogi określa jednostka publiczna nie oznacza, że nie może określać wysokich standardów świadczenia usług, nawet jeśli wymaga to zindywidualizowania oferty kierowanej właśnie do Zamawiającego przez wykonawców, którzy powszechnie na rynku świadczą dla klientów podobne usługi być może na niższych poziomach wymagań niż sprecyzowane w niniejszym postępowaniu przez Zamawiającego.

#### **86. Sygn. akt: KIO 1588/15, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2015 r.**

Sporządzanie opisu przedmiotu zamówienia należy do wyłącznych uprawnień oraz obowiązków zamawiającego i jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wskazuje na rzeczywiste potrzeby zamawiającego. Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p.). Ustawa P.z.p. nie definiuje zasady zachowania uczciwej konkurencji. Prawo zamówień publicznych posiłkuje się w tym zakresie definicjami zawartymi w innych aktach prawnych. I tak, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153, poz. 1503 ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba wskazuje, iż konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom w ogóle złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję.

#### **87. Sygn. akt: II Ca 2332/13, Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 lipca 2014 r.**

W tym miejscu należy się odwołać do naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, wyrażonej w szczególności art. 7 ust. 1 P.z.p. oraz do treści art. 29 ust. 2 P.z.p. Pierwszy ze wskazanych przepisów nakłada na zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, wyłączając możliwość traktowania któregokolwiek z oferentów w sposób uprzywilejowany i zakazując stosowania preferencji podmiotowych. Zgodnie natomiast z art. 29 ust. 2 P.z.p., przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który

mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z podanych wyżej norm nie można jednakże wywodzić poglądu, iż zagwarantowanie konkurencyjności postępowania w przedmiocie udzielania zamówienia publicznego jest celem, który zamawiający ma osiągnąć kosztem rezygnacji ze sformułowania warunków przetargu w sposób gwarantujący zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb. Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającymi niniejszą skargę podziela stanowisko zamawiającego, jak i stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż w sprawie zamówienia publicznego istotny jest interes zamawiającego oraz zaspokojenie jego potrzeb. Zaspokojenie tych potrzeb winno jednakże nastąpić w warunkach konkurencji. Możliwe jest ograniczenie kręgu wykonawców poprzez sformułowanie warunków SIWZ, jednakże postanowienia ograniczające konkurencję (zwłaszcza wyłączające ją całkowicie) muszą być uzasadnione usprawiedliwionym interesem zamawiającego. Chodzi tu o racjonalne oczekiwania zamawiającego i świadczenia o najwyższym poziomie jakości, oceniane jednakże przez cel zamówienia. Niezbędne jest zatem porównanie, czy sprecyzowane warunki pozostają adekwatne do rzeczywistych i niezbędnych potrzeb zamawiającego.

W tym miejscu, należy ponownie przytoczyć zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku rozważania dotyczące zagadnienia proporcjonalności warunku, które w drodze analogii można odnieść także do opisu przedmiotu zamówienia. I tak, konieczna jest analiza trzech aspektów: po pierwsze, czy wymagania w zakresie opisu przedmiotu zamówienia są w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nie skutków, po drugie, czy opis przedmiotu jest rzeczywiście niezbędny dla interesu zamawiającego, i po trzecie, czy efekty będą pozostawały w proporcji od ciężarów nakładanych na wykonawcę. Analiza obejmuje zatem porównanie adekwatności celu i środka służącego do jego osiągnięcia.

**Art. 29 ust. 4 pkt 4**  
**[aktualnie art. 29 ust. 3a]**

**88. Sygn. akt: KIO 1559/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r.**

Zamawiający w treści SIWZ zawarł wymaganie, aby w trakcie realizacji zamówienia kierownik budowy był zatrudniony na podstawie umowy o pracę, zawartej z wykonawcą lub podwykonawcą. Wymaganie to Zamawiający określił na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby, wymaganie to dotyczy określonego przez Zamawiającego sposobu przyszłej realizacji zamówienia, a więc treści złożonej oferty. Wbrew twierdzeniu Odwoławczego, nie jest to warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, wiedzy/doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej. Za takim stanowiskiem przemawia okoliczność, że Zamawiający może dokonywać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Wykonawcy, stosownie do art. 26 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, są zobowiązani wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Zatem Wykonawca musi wykazać, że w dniu składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast zatrudnienie kierownika budowy na podstawie umowy o pracę dotyczy etapu realizacji umowy, a zatem jest to oświadczenie na przyszłość.

**Art. 45**

**89. Sygn. akt: KIO 1058/15, Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2015 r.**

Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość składania poręczenia przez określony krąg podmiotów jako wadium zabezpieczające ofertę. Istota poręczenia sprowadza się do

współodpowiedzialności solidarnej za cudzy dług, o ile strony nie postanowią inaczej. W sytuacji, gdy Odwołujący nie wypłaci należnej sumy Zamawiającemu na jego wezwanie, osoby wpisane w treści dokumentu jako poręczyciele stają się współodpowiedzialni za dług Odwołującego jako dłużnika głównego.

W treści złożonego w ofercie poręczenia wprost wskazano, że poręczenie ma charakter bezwarunkowy i nieodwoalny. Postanowienia § 3 nie zmieniają takiego właśnie charakteru poręczenia. Należy podkreślić, że pojęcie „bezwarunkowość” odnosi się do tego, że podmiot obowiązany do zapłaty nie może badać podstaw żądania wypłaty. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że: „Gwarancja jest bezwarunkowa wtedy, gdy Zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a Gwarant nie może badać podstaw, tj. zasadności takiego żądania. Jest on zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie Zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką wypłatę. W rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający nie wskazał w treści gwarancji bankowej zapisów, które podważałyby bezwarunkowość tejże gwarancji. Omawiany dokument poręczenia nie traci waloru bezwarunkowości, jeżeli poręczyciel jako podstawę do wypłaty wskazuje obowiązek doręczenia wezwania do zapłaty adresowanego do odwołującego (dłużnika) wraz z dowodem doręczenia i ewentualną odpowiedź odwołującego (dłużnika). Poręczyciel nie zamierza bowiem badać stosunku podstawowego, będącego źródłem zatrzymania wadium. Celem wprowadzenia § 4 ust. 3 do poręczenia jest tylko upewnienie się, że odwołujący nie spełnił bądź uchylił się od spełnienia świadczenia. Ma to wyeliminować przypadek, w którym poręczyciel razem z odwołującym dokonają zapłaty wadium na rzecz zamawiającego. Poręczenie cechuje się odpowiedzialnością solidarną, w odróżnieniu od gwarancji. Tym samym wypłata wadium uzależniona jest wyłącznie od podjęcia określonych działań przez zamawiającego, a nie od warunków.”

Zatem wezwanie dłużnika (w tym wypadku Odwołującego) do zapłaty ma charakter wyłącznie formalny (nie stanowi warunku), wynikający z istoty poręczenia (obowiązek wezwania w pierwszej kolejności do zapłaty dłużnika – Odwołującego, a w przypadku, gdyby ten nie chciał lub nie mógł zapłacić, wezwania Poręczyciela).

### **Art. 46 ust. 1**

#### **90. Sygn. akt: II Ca 796/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 8 października 2014 r.**

Słuszne jest stanowisko skarżącego, iż bezwzględnie ustawowy obowiązek nakazywał zwrot zabezpieczeń wadialnych wszystkim innym wykonawcom za wyjątkiem wybranej w niniejszej sprawie spółki X. Fakt, że wadium przez jednego z wykonawców zostało wniesione w formie gwarancji bankowej w żadnym wypadku nie stanowi podstawy do twierdzeń, by cytowana wyżej regulacja miała nie obowiązywać. Oczywiście jest, że zamawiający nie ma fizycznej możliwości zwrotu wadium w takiej właśnie formie, co nie oznacza jednak, że przez to jeden z wykonawców – w tym przypadku spółka X miałby być traktowany inaczej, niż ci wykonawcy, w stosunku do których następuje fizyczny zwrot środków finansowych wpłaconych uprzednio jako zabezpieczenie wadialne. Innymi słowy, zamawiający w zakresie ciężącym na nim obowiązku zwrotu wadium ma traktować wykonawcę, który wniósł je w postaci gwarancji bankowej, tak samo jak innych wykonawców. Co więcej, mając na uwadze fakt, iż pierwotne odwołanie spółki X /z dnia 03 czerwca 2014 roku/ zostało przez Y uwzględnione, Y jako zamawiający – miała obowiązek dokonać ponownej oceny złożonej przez odwołującego oferty. W świetle prawidłowa przywołanego przez skarżącego art. 46 ust. 1 pzp, spółka X nie miała już jednak obowiązku ponownego uiszczenia wadium, bowiem kwestia ta podlegała dyspozycji cytowanego wyżej art. 46 ust. 3 pzp. Taki obowiązek powstałby jedynie wówczas, gdyby oferta tej spółki została uznana za najkorzystniejszą przy ponownej ocenie ofert wszystkich wykonawców, dokonywanej przez zamawiającego wskutek uwzględnionego przez niego odwołania z dnia 03 czerwca 2014 roku. Zamawiający jednakże nie tylko nie zwrócił spółce



X wadium już w dniu 30 maja 2014 roku, do czego był zobowiązany na podstawie art. 46 ust. 1 pzp, ale wykluczył też ją z dalszego postępowania niezasadnie twierdząc, że wskutek wygaśnięcia gwarancji bankowej nie wniosła ona wadium.

### **Art. 46 ust. 4a i ust. 5**

#### **91. Sygn. akt: KIO 1125/15, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r.**

Po analizie treści gwarancji wadialnej złożonej przez odwołującego Izba stwierdziła, iż nie zabezpiecza ona interesów zamawiającego w sytuacji, gdyby odwołujący nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, tj. w okolicznościach, o których mowa w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Izba wzięła pod uwagę, iż brak jest konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy Pzp, dopuszczalne jest odesłanie do konkretnych numerów przepisów ustawy Pzp, ale również możliwe jest odwołanie się do innego dokumentu, w którym zostały wskazane przesłanki zatrzymania wadium, jednakże odesłanie to musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13). Okoliczności warunkujące obowiązek zapłaty na rzecz beneficjenta nie muszą być zatem powtórzeniem treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, jednak powinny one w sposób nie budzący wątpliwości określać obowiązki banku. (...)

Wywodzenie z treści gwarancji przesłanek rozszerzających obowiązki gwaranta w sposób nie znajdujący wyraźnego oparcia w treści gwarancji narażałoby zamawiającego na niemożność uzyskania środków z gwarancji w przypadku zaistnienia sytuacji wskazanej w art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Izba przychyliła się do twierdzeń odwołującego, iż możliwe jest zastosowanie wykładni oświadczeń woli przewidzianej w art. 65 KC, jednak dokonanie takiej wykładni nie może prowadzić do uzupełnienia treści gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł. Zapewnienia, iż gwarancja wadialna zabezpiecza również zamawiającego na wypadek, gdyby odwołujący nie wniósł wymaganego przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie można wyinterpretować wyłącznie z celu, w jakim odwołujący przedmiotową gwarancję przedłożył.

Izba uznała, że wskazany przez odwołującego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może w przedmiotowym stanie faktycznym znaleźć zastosowania, bowiem dotyczy on merytorycznej treści oferty, której gwarancja wadialna nie stanowi. Gwarancja służy zabezpieczeniu oferty. Gwarancja wadialna nie stanowi również dokumentu podlegającego uzupełnieniu bądź wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, bowiem przepisy te przewidują możliwość uzupełnienia bądź wyjaśnienia wyłącznie dokumentów, o których mowa w art. 25 ustawy Pzp. Ustawa Pzp nie przewiduje możliwości wyjaśnienia treści gwarancji na innej podstawie, bowiem skuteczność i zakres zabezpieczenia wadialnego powinna wynikać w sposób jednoznaczny i pewny z treści dokumentu gwarancji.

#### **92. Sygn. akt: KIO 1110/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r.**

Izba analizowała treść gwarancji wadialnej załączonej do gwarancji Odwołującego badając, czy możliwe jest przyjęcie, że można z niej skorzystać w każdych okolicznościach, przewidzianych przez przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych sprzed zmiany obowiązującej od 19 października 2014 r. i doszła do wniosku, że taka interpretacja nie jest możliwa – ponieważ gwarancja wadialna dokładnie recypuje przepis art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014 r. Zmiana przywołanego przepisu spowodowała m.in. zmianę rozkładu ciężaru dowodu wiążącego się z uzupełnianiem dokumentów, a w konsekwencji zmieniły się przesłanki utraty wadium.

W orzecznictwie już zauważono, że „Faktem jest, że nowelizacja ta [ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. 2014 poz. 1232] – przyp. red.] [obowiązująca od 19 października 2014 r.] rozszerzyła katalog dokumentów, których nieuzupeł-

nienie przez wykonawcę doprowadzić może do utraty wniesionego wadium. Niemniej jednak zauważenia wymaga również to, że tą samą nowelizacją ustawodawca ograniczył krąg wykonawców, którym utrata wniesionego wadium zagraża, a także, co równie istotne, zmienił rozkład ciężaru dowodu co do przyczyn, z których wykonawca nie uzupełnił w terminie odpowiednich dokumentów. Przed dniem 19 października 2014 r., to wykonawca, który nie złożył dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, jeżeli chciał uniknąć zatrzymania przez Zamawiającego złożonego przez siebie wadium zobowiązany był udowodnić, że zaniechanie wykonania wezwania wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie. Tymczasem, po dniu 19 października 2014 r. (co oczywiste z uwzględnieniem odpowiednich przepisów przejściowych), to na Zamawiającym (w przypadku gdy zamierza on takiemu wykonawcy zatrzymać wadium) spoczywa obowiązek wykazania, że przyczyny nie złożenia przez wykonawcę odpowiednich dokumentów lub oświadczeń leżały po stronie tego wykonawcy." (KIO 2369/14).

Konsekwencją powyższego jest pogląd, iż gwarancja wadialna recypująca treść przepisu obowiązującego od dnia 19 października 2014 r., nie może być uznana za prawidłową w postępowaniu wszczętym przed tą datą. Pogląd ten jest jednolicie prezentowany w orzecznictwie – tak KIO 532/15, 534/15, KIO 642/15.

### **93. Sygn. akt: KIO 1122/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.**

Jeżeli w treści gwarancji nie wymieniono dwóch przesłanek utraty wadium, nie można zakwalifikować tego jako błędu pisarskiego (błędu w drukowaniu). Gwarancja bankowa stanowi zobowiązanie abstrakcyjne i samoistne w relacji do stosunku podstawowego, tj. stosunku przetargowego. Do interpretacji treści gwarancji wadialnej nie można stosować liberalnych zasad wykładni oświadczeń woli, wskazanych w art. 65 § 1 ustawy – Kodeks cywilny. Pewność co do wypłaty wadium musi zaistnieć (dla zamawiającego) już w chwili otwarcia ofert, zatem okoliczności wyjaśniające treść gwarancji wadialnej nie mogą mieć znaczenia oceny dla skuteczności wniesienia wadium.

W podsumowaniu, Izba odwołując się do wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu sygn. akt Ga 189/13 wskazuje, że nieobjęcie zakresem gwarancji choćby jednej okoliczności, która powinna być zabezpieczona w świetle przytoczonych przepisów ustawy, skutkuje wykluczeniem z postępowania wykonawcy wnoszącego tego rodzaju wadium. Dodatkowo wskazać należy nie ma konieczności w treści gwarancji cytowania przepisów ustawy oraz, że gwarancja może odwoływać się do innego dokumentu, w którym przesłanki te są wskazane, jednakże to odesłanie musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości – w rozpoznawanej sprawie, w ocenie Izby brak jest takiego odesłania w zakresie warunków zatrzymania wadium, natomiast w zakresie odwołania się do art. 46 ust. 4a ustawy postanowienia gwarancji zawężają określenia podstaw do zatrzymania wadium jedynie do jednej części tego przepisu, co zostało wykazane powyżej.

### **94. Sygn. akt: X Ga 189/13, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r.**

W niniejszej sprawie spór ograniczał się do kontrowersji, czy gwarancja wystawiona przez X na polecenie wykonawcy określa w swojej treści przesłanki jej spełnienia („warunki zapłaty”, o których mowa w art. 81 ust. 1 Pr. Bank.) w sposób czyniący zadość wskazaniu pełnego zakresu okoliczności opisanych w art. 46 ust. 4a–5 p.z.p. Gdyby bowiem okazało się, że zakres warunków zapłaty gwarancji bankowej jest węższy niż ustawowe warunki zatrzymania wadium przez zamawiającego, to gwarancja nie mogłaby być uznana za prawidłowo ustanowione zabezpieczenie uzyskania wadium.

Mając na względzie, że przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej gwarancją bankową nie jest rzeczywiste wystąpienie okoliczności w niej wskazanych, lecz jedynie złożenie oświadczenia o ich zaistnieniu, Sąd Okręgowy ocenił, że sformułowanie zawarte w gwarancji przetargowej nr (...) z dnia 16 stycznia 2013 r. o treści: „(...) Zleceniodawca nie wykonał swoich zobowiązań zgodnie z Warunkami Przetargu (...)” nie obejmuje w sposób pełny prze-

słanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 p.z.p. Niewątpliwym jest przy tym fakt, że nieobjęcie zakresem gwarancji choćby jednej okoliczności, która powinna być zabezpieczona w świetle przytoczonych przepisów ustawy, skutkuje wykluczeniem z postępowania wykonawcy wnoszącego tego rodzaju wadium.

Nie bez racji wskazywał przeciwnik skargi, że cytowana treść gwarancji jest znaczeniowo niepewna, albowiem nie daje ona odpowiedzi, czym są „Warunki Przetargu”. Ustalenie zakresu tego pojęcia pozostawione jest interpretacji, co tym samym powoduje nadwężenie pewności i nieuchronności realizacji zabezpieczenia przez zamawiającego. (...)

Należało zgodzić się z przeciwnikiem skargi, że nie ma konieczności w treści gwarancji cytowania przepisów p.z.p. oraz że gwarancja może odwoływać się do innego dokumentu, w którym przesłanki te są wskazane, jednakże to odesłanie musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości, zaś gwarancja bankowa złożona przez Y. warunków tych nie spełnia.

### **Art. 67 ust. 1 pkt 3**

#### **95. Sygn. akt: KIO 691/15, Wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2015 r.**

W ocenie Izby okoliczności wskazane przez Zamawiającego nie wynikały z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego i których nie mógł on przewidzieć. Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien uwzględnić wszystkie czynności i procedury z tym związane, w tym również możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wniesienie odwołania w postępowaniu nie jest niczym nadzwyczajnym i jest sytuacją z całą pewnością możliwą do przewidzenia przez Zamawiającego. Analogiczna sytuacja zachodzi również w przypadku unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to okoliczność, którą Zamawiający może, a nawet powinien przewidzieć wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. (podobne stanowisko wyrażono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt KIO 2137/13).

### **Art. 82 ust. 3**

#### **96. Sygn. akt: KIO 1854/14, Wyrok KIO z dnia 24 września 2014 r.**

Zgodnie z regulacją art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania obu tych dokumentów można uznać, iż istotne postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, ceny, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności złożonego oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje dla spełnienia swoich uzasadnionych potrzeb, zgodnie z postanowieniami SIWZ.

**Art. 86 ust. 3****97. Sygn. akt: KIO 622/15, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015 r.**

Nalożenie na zamawiającego ustawowego obowiązku podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia rodzi istotne skutki prawne. Rozwiązanie to zwiększa jawność postępowania o zamówienie publiczne oraz uniemożliwia zamawiającym arbitralne unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jeśli cena oferty mieści się w przewidzianej kwocie, podanej do wiadomości publicznej, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp. Podanie kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ma niejako charakter gwarancyjny w tym sensie, iż jest to kwota minimalna, gwarantująca przejrzystość postępowania i chroniąca interesy wykonawców. Zamawiający, składając oświadczenie co do kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, zobowiązuje się przyjąć ofertę najkorzystniejszą pod warunkiem, że zaoferowana cena nie przekroczy podanej przez niego wysokości środków.

**Art. 87 ust. 1****98. Sygn. akt: KIO 820/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r.**

Analiza treści specyfikacji wskazuje bowiem, że formularz cenowy stanowił istotny element oferty, zawierający elementy oświadczenia woli wykonawcy odnoszące się do kluczowej części oferty, a mianowicie do ceny oferty. Zamawiający uczynił formularz cenowy częścią oferty, w dodatku zastrzegając konieczność jego złożenia na podstawie opracowanego projektu (pkt 10.3.5 SIWZ). Dodatkowo, Zamawiający wprowadził zastrzeżenie, że niewycenienie dokumentacji projektowej w sposób określony w pkt 13.4 SIWZ (stanowiącym o tym, że wynagrodzenie za dokumentację projektową nie może przekroczyć 5% zaoferowanej ceny brutto) skutkować będzie odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający nadał więc formularzowi cenowemu rangę istotnego elementu oferty. Złożenie tego dokumentu miało bowiem potwierdzać, że cena za dokumentację projektową została wyliczona w sposób odpowiadający wymogom zawartym w specyfikacji. Ponadto, ceny podane w przedmiotowym formularzu, stanowiły nie tylko podstawę do oceny zgodności oferty z treścią specyfikacji, ale również podstawę do przyszłych rozliczeń z wybranym wykonawcą. Wszystko powyższe przesądza w sposób jednoznaczny, że treść objęta formularzem cenowym kształtowała *essentialia negotii* oświadczenia woli wykonawcy, a więc składanej przez niego oferty. W okolicznościach niniejszej sprawy oferta Przystępującego zawierała jedynie fragment wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń, co do ceny, mianowicie wyłącznie cenę ogólną. Brak było natomiast cen wyodrębnionych oddzielnie za wykonanie dokumentacji projektowej i odrębnie za dostawę. Zamawiający nie miał przy tym możliwości, by samodzielnie, na podstawie treści oferty złożonej przez Przystępującego w takim kształcie, mógł stwierdzić, jakie kwoty – w ramach ceny ogólnej – są oferowane przez wykonawcę za wykonanie dokumentacji projektowej i za dostawę. W ocenie składu orzekającego nie powinno budzić wątpliwości, że taki brak, jak brak ceny, dyskwalifikuje ofertę i wada ta nie podlega konwalidowaniu w żaden sposób. W konsekwencji powyższego, zdaniem Izby, skoro Zamawiający uczynił formularz cenowy elementem oferty *sensu stricte* to dokument ten musiał i mógł być złożony jedynie wraz z ofertą i w terminie przewidzianym na składanie ofert. Ceny za wykonanie dokumentacji projektowej i dostawę, podobnie jak cena ogólna, musiały więc być podane już w treści oferty, w dodatku na formularzu zastrzeżonym przez Zamawiającego. Wskutek wystosowanego wezwania doszło w konsekwencji do niedopuszczalnej zmiany treści oferty poprzez jej uzupełnienie o brakujące ceny, które wykonawca winien był podać w momencie składania oferty. Powyższe braki oferty skutkowały jej niezgodnością z treścią SIWZ i brak ten nie mógł być sanowany w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jak również poprzez samodzielne uzupełnienie dokumentu.

**99. Sygn. akt: KIO 829/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r.**

Nie można również pomijać, że wyjaśnienia treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) nie służą wytworzeniu nowej treści oferty. Instytucja wyjaśnień, o których mowa w powołanym przepisie, nie może prowadzić do określenia przedmiotu świadczenia w sposób całkowicie ignorujący informacje, na które wskazał Odwołujący. To prowadziłyby bowiem do sytuacji, w której wykonawca dowiadując się o negatywnej ocenie swojej oferty po jej otwarciu, stara się uzupełnić podane wcześniej informacje, określające jego świadczenie innymi, mając na celu jedynie pozytywną ocenę swojej oferty, przy pominięciu oświadczeń kreowanych wcześniej. Dałoby to asumpt do określania przedmiotu świadczenia na nowo, a tego nie dałoby pogodzić się zarówno z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, a nadto prowadziłyby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

**100. Sygn. akt: KIO 965/15, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r.**

W ocenie Izby w obu przypadkach doszło do niedozwolonej w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmiany treści oferty. W myśl tego przepisu w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Nie ulega wątpliwości, że karty katalogowe są dokumentami przedmiotowymi i mieszczą się w katalogu dokumentów z art. 25 ustawy Pzp, zatem są to dokumenty uzupełnialne w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ulega zatem wątpliwości, iż Zamawiający obowiązany jest do wezwania do uzupełnienia tych dokumentów (w razie ich niezłożenia lub gdy dokumenty te są obciążone błędem). Jednak zauważyć należy, że dokumenty przedmiotowe poza zasadniczym celem, tj. potwierdzeniem spełniania przez oferowane usługi wymogów określonych przez Zamawiającego, mogą wskazywać na konkretnie zaoferowany produkt, co miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym. W takim wypadku uzupełnianie dokumentów przedmiotowych nie może naruszać dyspozycji określonej w art. 87 ust. 1, *in fine* ustawy Pzp, tj. nie może prowadzić do zmiany treści oferty poprzez zaoferowanie innego produktu lub typu produktu. Stanowisko takie zostało również podzielone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, tj. w wyroku z dnia 25 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1745/10, wyroku z dnia 12 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1640/11, wyroku z dnia 26 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1749/11. (...)

Nie ulega wątpliwości, że, wobec faktu, iż w formularzu ofertowym wykonawcy nie wyszczególniali oferowanego przedmiotu zamówienia, nie potwierdzali w ten sposób wymogów Zamawiającego, to składane wraz z ofertą karty katalogowe definiowały treść oferty. Owszem karty katalogowe jednocześnie są dokumentami mieszczącymi się w katalogu art. 25 ustawy Pzp (dokumentami przedmiotowymi), ale skoro wyłącznie one definiowały ofertę wykonawcy to należało również brać pod uwagę treść art. 87 ustawy Pzp. Zamawiający oceny oferty pod kątem jej zgodności – bądź nie – mógł dokonać wyłącznie w oparciu o te dokumenty – karty katalogowe. Analiza złożonych przez obu wykonawców w ofercie dokumentów oraz dokumentów składanych w wyniku ich uzupełnienia oraz złożonych wyjaśnień doprowadziła zatem do wniosku, że dokonano niedozwolonej zmiany treści oferty, poprzez zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż pierwotnie miało to miejsce w złożonej ofercie.

**101. Sygn. akt: KIO 1090/15, Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2015 r.**

Nie zasługują na aprobatę twierdzenia Odwołującego, że oświadczenie dołączone do oferty miało jedynie charakter informacyjny. Zwrócić należy uwagę, co Odwołujący pomija, że obowiązkiem wykonawców było wskazanie materiałów równoważnych, w przypadku ich zaoferowania. Odwołujący co prawda nie zrealizował wymagań wyartykułowanych w SIWZ w sposób prawidłowy, bowiem zamiast Wykazu załączył do oferty oświadczenie, ale nie ule-



ga wątpliwości, że treść przedmiotowego oświadczenia, stanowiąca treść oferty, nie może być przez Zamawiającego pominięta. Skoro zaś treścią oferty Odwołujący objął materiały równoważnie w odniesieniu do opraw oświetleniowych i słupów, to złożenie odmiennego oświadczenia po otwarciu ofert nie może być inaczej traktowane jak zmiana treści oferty, która nie mieści się w kategorii zmian dozwolonych. Co więcej, zmiana ta została dokonana po zapoznaniu się z treścią oferty konkurencyjnej, co może uzasadniać pogląd, iż okoliczność ta legła u podstaw wprowadzenia zmian do oferty, a to z kolei, gdyby zostało przez Zamawiającego zaaprobowane, doprowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

### **102. Sygn. akt: KIO 1464/15, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r.**

W tym wypadku Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował procedurę z art. 87 ust. 1 ustawy, pytanie jakie skierował do wykonawcy są wynikiem wiedzy jaką posiadał dokonując badania oferty a ich konstrukcja w ocenie Izby nie sugeruje odpowiedzi, jak twierdzi Odwołujący. Żaden z przepisów ustawy nie określa w jaki sposób Zamawiający ma konstruować pytania, jednocześnie cel jakiemu służy procedura wyjaśnień oferty uprawnia Zamawiających do jasnego, precyzyjnego, jednoznacznego określania pytań bądź wskazywania elementów, które mają zostać wyjaśnione. Lakoniczne, niezrozumiałe oraz nieodnoszące się do konkretnych elementów wezwanie do złożenia wyjaśnień prowadziłoby do fałszywego stosowania procedury wyjaśnienia treści oferty. (...)

Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie do wykonawcy nie tylko wtedy gdy ma wątpliwości w zakresie rzetelności złożonej oferty. Zamawiający może skorzystać w każdym przypadku z tego uprawnienia, po to by dokonany wybór był poprawny oraz by dokonanie wyboru było przejrzyste i czytelne.

### **103. Sygn. akt: KIO 1740/15, Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2015 r.**

(...) zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Na podstawie przywołanego przepisu zamawiający jest uprawniony do żądania wyjaśnień jeżeli ma wątpliwości co do treści oferty, których nie jest w stanie samodzielnie rozwiązać. Z art. 87 ust. 1 zdanie 2 pzp wynika jedynie, że ewentualne próby zmiany przez wykonawcę treści oferty w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne (nieważne).

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

### **104. Sygn. akt: KIO 873/15, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r.**

Podkreślenia wymaga, że zasadą w postępowaniu o zamówienie publiczne jest, że oferta jest składana wobec zamawiającego i prezentowana ze wszystkimi elementami i charakterystyką, dotyczącymi przedmiotu zamówienia, w nieprzekraczalnym terminie składania ofert [art. 84 ust. 1 i 2 ustawy]. Ustawa wprowadza też zakaz negocjowania lub zmiany oferty po tym terminie, za wyjątkiem dialogu konkurencyjnego, oraz poprawienia niezgodności oferty z SIWZ, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy. Jak bowiem stanowi art. 87 ust. 1 ustawy, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 przepisu [dialog konkurencyjny oraz poprawianie niezgodności oferty z SIWZ], dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zatem w terminie składania ofert, zadaniem wykonawcy jest

sformułowanie oferty, takie jej zaprezentowanie, że jasnymi czytelnym jest zaoferowany przedmiot, rozwiązania jakie się nań składają i jego charakterystyka. Po tym terminie oferta co do zasady nie podlega zmianie. Wyjątkiem jest wynikający z art. 87 ust. 2 ustawy obowiązek poprawienia w ofercie omyłek, dla którego jednak granicę wyznacza zakaz negocjowania treści oferty oraz takiej jej zmiany, która będzie miała charakter istotnej.

Jeśli chodzi o poprawienie niezgodności oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy, istotnym jest więc, czy w wyniku takiej poprawy ma miejsce negocjowanie oferty lub ukształtowanie oświadczenia wykonawcy w sposób na tyle odległy od treści poprawianej oferty, że nastąpi powstanie nowego oświadczenia woli, które w istocie sprowadzi się do wytworzenia nowej oferty, istotnie zmienionej. Zasadą jest bowiem, że ofertę składa się w jednolitym i nieprzekraczalnym terminie wyznaczonym jako termin składania ofert. Po tym momencie nie powinno mieć miejsca sformułowanie oferty lub jej elementów. (...)

Dokument potwierdzający, że oferowane dostawy, roboty budowlane czy usługi spełniają wymagania zamawiającego, za jaki można byłoby uznać sporne propozycje katalogowe odzieży roboczej – jak sama nazwa wskazuje – ma służyć sprawdzeniu posiadania przez przedmiot oferty cech i właściwości wymaganych przez zamawiającego w SIWZ, a zatem finalnie prowadzi do zbadania oferty przez pryzmat zgodności z wymaganiami stawianymi w treści SIWZ. Dokument tego rodzaju stanowi więc dopełnienie opisu oferowanego przedmiotu i podlega uzupełnieniu, o ile w wyniku tego uzupełnienia nie nastąpi wykreowanie na nowo przedmiotu oferty. Uzupełnienie to, dokonywane po złożeniu oferty, jest więc właściwe, jeśli w jego wyniku nie zostanie dopiero sformułowana oferta. Tym samym, przedmiot tego uzupełnienia powinien mieć punkt zaczepienia w treści oferty, pozwalający na uznanie, że oferta wyartykułowana została wobec zamawiającego w terminie składania ofert, zaś później nastąpiło jedynie uzupełnienie dokumentu potwierdzającego zgodność jej przedmiotu [określonego w dokumentach składających się na ofertę] z wymaganiami zamawiającego w sposób, który nie zmienia treści oferty. Granice czynności Zamawiającego wyznacza w tym wypadku przepis art. 87 ust. 1 ustawy, który dając zamawiającemu podstawę do wyjaśnienia treści złożonej oferty, jednocześnie wprowadza zakaz ingerencji w treść oferty – negocjowania jej treści oraz – z zastrzeżeniem wynikających z przepisu art. 87 ust. 1 a i ust. 2 wyjątków – zakaz zmian w treści oferty. Dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy nie może więc służyć do uzupełniania oferty o elementy w niej pominięte, jeśli nie zostały one w niej w inny sposób zaprezentowane.

### **105. Sygn. akt: KIO 898/15, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r.**

Zdaniem Izby, powyższej niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ nie można było poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wynika z treści tego przepisu, poprawieniu w tym trybie podlegają „omyłki”. Tymczasem działanie odwołującego nie miało takiego charakteru. Za omyłki w rozumieniu analizowanego przepisu uznaje się zachowania niecelowe, niezamierzone. Tymczasem ze stanowiska odwołującego przedstawionego na rozprawie wynikało, że taka a nie inna treść jego oferty była wynikiem jego przemyślanego stanowiska. Odwołujący konsekwentnie na rozprawie podtrzymywał swe stanowisko, że oferuje gwarancję producencką i że taki sposób wykonywania zamówienia oznacza, iż *de facto* wykona zamówienie w całości siłami własnymi. Po drugie, ewentualna poprawa prowadziłaby do zmiany oferty w sposób istotny. Jak słusznie argumentował przyśiępający, poprawa oferty wiązałaby się z koniecznością sporządzenia oferty od nowa, w tym ponownego skalkulowania ceny oferty celem uwzględnienia kosztów serwisu, nie objętego gwarancją producenta. Po trzecie, poprawy tej zamawiający nie mógłby dokonać w sposób samodzielny, bez wyjaśnień odwołującego w tym zakresie. Zaś uwzględnienie takich wyjaśnień prowadziłaby do negocjacji z odwołującym co do ceny, niedozwolonych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

**106. Sygn. akt: KIO 1299/15, KIO 1331/15, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2015 r.**

(...) konieczność (i możliwość) zastosowania art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pojawia się wyłącznie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy zawiera omyłkę. Nie można uznać bowiem za zasadę, iż każda niezgodność treści oferty z SIWZ stanowi efekt omyłki, czyli niezamierzonego błędu wykonawcy. Wręcz odwrotnie, jako zasadę należy uznać, iż wykonawca, odpowiadając na ogłoszenie o zamówieniu, działa z zachowaniem należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i składa ofertę zawierającą świadome oświadczenie woli zgodne zamiarem obejmującym wykonanie zamówienia w określony w tej ofercie sposób. Uznanie niezgodności treści oferty z SIWZ za omyłkę stanowi zatem wyjątek od ogólnej zasady. Obowiązkiem wykonawcy jest szczegółowe zapoznanie się z treścią wymagań Zamawiającego wynikających z SIWZ, w tym również z ewentualnych zmian czy wyjaśnień jej treści. Jak spójnie stanowi doktryna oraz utrwalone orzecznictwo KIO, w celu zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niezbędne jest wykazanie, iż działanie wykonawcy, które doprowadziło do niezgodności oferty z SIWZ, jest niezamierzone. Opierając się na słownikowym znaczeniu słowa „omyłka”, należy uznać, że nie można poprawić żadnych rozbieżności pomiędzy ofertą a SIWZ, jeśli są one skutkiem celowego działania wykonawcy. Również wtedy, gdy działanie celowe opierało się na złym rozumieniu SIWZ, braku zapoznaniem się z jej wymogami i doprowadziło do niezgodności oferty ze specyfikacją. Świadome zamieszczenie czegoś w ofercie wyklucza bowiem uznanie rezultatu za omyłkę. Możliwość uznania danej niezgodności treści oferty za omyłkę, a zatem za błąd w treści oferty nie wynikający z zamierzonego działania wykonawcy, musi wynikać z treści oferty wykonawcy. Z całości kształtu oferty i dokumentów składanych wraz z nią, Zamawiający musi mieć możliwość wywiedzenia, iż wykonawca swoim zamiarem obejmował złożenie oferty w pełni zgodnej z SIWZ. W przeciwnym wypadku brak jest możliwości do uznania, iż doszło do złożenia oświadczenia o treści niezgodnej z SIWZ na skutek niezamierzonego błędu.

**107. Sygn. akt: KIO 1423/15, Wyrok KIO z dnia 20 lipca 2015 r.**

W ocenie składu orzekającego nie można generalnie przyjmować, że w ofercie nie można dokonywać poprawek, jeżeli omyłki dotyczą kryteriów oceny ofert. Poprawienie omyłek może bowiem dotyczyć każdego elementu oferty, o ile jest uzasadnione i wynika z treści oferty. Treść oferty interpretuje się tak, jak każde oświadczenie woli, z tym, że nie może być to wykładnia zbyt liberalna – nie można wywodzić konieczności poprawy omyłki tylko w oparciu o deklarowane intencje wykonawcy.

**108. Sygn. akt: KIO 1472/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r.**

Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 959/09)}, że rozumienie „innej omyłki” z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może nawet wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanej poprawie omyłki i ewentualny brak wyrażenia zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp jako podstawie do odrzucenia oferty, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie.

Można tutaj dodać, że taka interpretacja omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp pozostaje również w zgodzie ze słownikowym rozumieniem słowa „omyłka”, które oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. (...)

Do rangi zasady wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp podnoszona jest również możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłki, bez udziału wykonawcy. Jest to jednak wypracowana w orzecznictwie wskazówka, zmierzająca do wytyczenia bezpiecznej granicy zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, gdyż przepis ten wprost takiej przesłanki nie formułuje. Niewątpliwie stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi (art. 7 ust. 1 pzp). Zdaniem składu orzekającego Izby nie oznacza to jednak braku możliwości uprzedniego zastosowania instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty. Wręcz przeciwnie, skorzystanie przez zamawiającego z art. 87 ust. 1 pzp może być wręcz nieodzowne nie tylko dla oceny, czy doszło w ogóle do pomyłki, lecz również dla ustalenia w jaki sposób należałoby ją poprawić. Zdaniem składu orzekającego Izby należy tu odróżnić dopuszczalne skorzystanie z treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień od niedopuszczalnej ingerencji wykonawcy. Skoro dopuszczalne jest wyjaśnienie treści złożonej oferty, dysponowanie przez zamawiającego wszystkimi niezbędnymi danymi do dokonania poprawienia omyłek bez ingerencji wykonawcy nie należy utożsamiać z brakiem możliwości uwzględnienia informacji uzyskanych w wyniku wyjaśnień.

#### **109. Sygn. akt: KIO 1567/15, Wyrok KIO z dnia 30 lipca 2015 r.**

Niesporny jest fakt istnienia braków w kosztorysie ofertowym. Tym samym w ocenie Izby niewątpliwie wystąpił stan, w którym treści oferty nie odpowiada treści siwz. Dla rozstrzygnięcia ma znaczenie ocena, czy poprawienie braku jest możliwe i czy spowoduje istotną zmianę treści oferty. Sam odwołujący przyznał, że co najmniej do kilku brakujących pozycji nie można było znaleźć pozycji analogicznych w załączonym do oferty kosztorysie i żeby wskazać zamawiającemu sposób poprawy w złożonych wyjaśnieniach musiał zastosować przyjęte przez siebie intuicyjne mnożniki. W ocenie Izby ten fakt powoduje, że zamawiający nie mógł dokonać poprawy tych pozycji kosztorysowych, gdyż ustalając z odwołującym potrzebne mnożniki, (co do których odwołujący nie wykazał, że wynikają one powszechnych reguł matematycznych, reguł prawnych czy jednolitych zasad kosztorysowania, albo z treści siwz), w efekcie zamawiający wprowadziłby do oferty odwołującego, treści, których pierwotnie tam nie było, a które pojawiły się w wyniku uzgodnień z odwołującym i zwiększyły zakres oferty. W ocenie Izby dopuszczenie do takiej sytuacji było niezgodne z zakazem wyrażonym w art. 87 ust. 1 ustawy niezezwalającym na negocjacje prowadzące do zmiany treści oferty. Ponadto sam odwołujący przyznał, że nawet po wyjaśnieniach zamawiający miałby trudność z poprawą pozycji 65, gdyż odwołujący wskazał dla niej analogię w nieistniejącej poz. 65 kosztorysu Kosztorys (15) „Ciąg 1 – basen główny”, który to kosztorys w wersji przedstawionej przez zamawiającego zawierał jedynie 61 pozycji. Nadto Izba podzieliła wątpliwości zamawiającego związane z tym jakiego sposobu poprawy oczekiwał w rzeczywistości w wyjaśnieniach odwołujący, czy przyjęcia, że cena ofertowa obejmuje wszystkie pozycje kosztorysowe, w tym brakujące, które są po prostu uwzględnione w innych obliczeniowych pozycjach, czy też cena ofertowa nie obejmuje wszystkich pozycji kosztorysowych i wymaga zwiększenia o koszt brakujących 22 pozycji, gdyż z jednej strony odwołujący zapewniał o swoich intencjach związanych z przygotowaniem oferty i oświadczeniem o zamiarze wykonania całości zamówienia, z drugiej przyznawał się do braków w kosztorysowaniu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że dokonanie poprawy omyłek powodowałoby po stronie zamawiającego konieczność wykreowania treści oferty, co w ocenie Izby stanowi istotną zmianę oferty i z mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest niedopuszczalne.

**110. Sygn. akt: KIO 1559/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r.**

Omyłki wskazane w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych muszą mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Z treści oferty powinno wynikać, że Wykonawca pomylił się, wpisując określoną treść. W sytuacji, w której Wykonawca składa oświadczenie woli samodzielnie (po usunięciu innej treści określonej przez Zamawiającego), nie sposób uznać, że wykonawca popełnił omyłkę. Nadto, w ofercie Odwołującego brak jest innych dokumentów, czy oświadczeń, które wskazywałyby, że wpisując oświadczenie, że kierownik budowy zatrudniony zostanie na podstawie umowy cywilno-prawnej, Odwołujący popełnił omyłkę. Tym samym oferta Odwołującego nie zawiera w tym zakresie żadnych sprzeczności.

**111. Sygn. akt: X Ga 143/13, Wyrok SO w Kielcach z dnia 20 grudnia 2013 r.**

Sąd Odwoławczy podziela przedstawione w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność treści złożonej przez X S.A. w W. oferty, polegająca na braku wyszczególnienia w jej treści pozycji aktualizacji oprogramowania modemów określonych w pkt 1.5 i 2.5 arkusza ofertowego (specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu), z opisem przedmiotu zamówienia i dokumentami stanowiącymi załączniki tego opisu (będących częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia), stanowiła omyłkę, inną niż oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa, niepowodującą istotnych zmian treści oferty, która w związku z tym winna zostać przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 P.z.p.

Ocena spełnienia przesłanek do skorygowania przez Zamawiającego otrzymanej oferty wykonawcy, przewidzianych we wskazanym przepisie, ze względu na ich ogólny, niedookreślony charakter musi być dokonywana z uwzględnieniem konkretnych okoliczności danej sprawy. Ich stwierdzenie, ewentualnie poprzedzone wystąpieniem w trybie art. 87 ust. 1 P.z.p. do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w przypadku wątpliwości Zamawiającego co do treści złożonej oferty, obliuguje Zamawiającego do skorygowania stwierdzonej omyłki i wyłącza możliwość odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 P.z.p.

W realiach niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż zakwalifikowanie stwierdzonej przez Zamawiającego niezgodności oferty z s.i.w.z. jako nieistotnej omyłki, jest uzasadnione po pierwsze, okolicznościami, w jakich doszło do powstania rozbieżności między treścią przygotowanej przez Wykonawcę oferty, a stanowiącej jej wzór załącznikami do s.i.w.z., a po drugie, samą treścią oferty złożonej przez Wykonawcę, determinowaną zresztą przygotowanymi przez Zamawiającego wzorami.

**Art. 89 ust. 1 pkt 2****112. Sygn. akt: KIO 778/15, Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2015 r.**

Zwrócenia uwagi wymaga przede wszystkim fakt, że Zamawiający wymagał, aby wartość – cena za usługę była wyższa niż kwota zero. Odwołujący zaoferował cenę, co do dwóch pozycji rodzajów usług na poziomie 0,0001 zł. Odnosząc się do tej wielkości należy przyjąć, że z matematycznego punktu widzenia wielkość ta jest wyższa od wartości „0” (zero). Jednakże nie należy tracić z pola widzenia faktu, że wielkość ta miała dotyczyć nie wartości matematycznej, lub jak dodaje Odwołujący miała być elementem ceny holistycznej, lecz konkretnej wartości wyrażonej w walucie polskiej mających stanowić wycenę trzech komponentów wchodzących w skład tego zamówienia.

Jak wyżej wskazano 1 grosz jest najmniejszą jednostką monetarną w systemie pieniężnym RP i nie jest możliwe wyliczenie ceny końcowej za usługę, jeśli podana wartość jest mniejsza od 1 grosza. Wartości kwotowe ujęte jako wielkości matematyczne znajdujące się na trzecim i kolej-



nym miejscu po przecinku powodują, że dana wartość jest większa od zera, jednakże taka wartość w odniesieniu do nieistniejącej wielkości w polskim systemie monetarnym powoduje, że tak wyrażona cena usługi dla powszechnego obrotu gospodarczego jest wielkością zerową. Nie można kogoś realnie zobowiązać do zapłaty na jego rzecz, kwoty niższej niż jeden grosz. (...)

Zauważenia wymaga, że wskazanie ceny przez Odwołującego co do dwóch komponentów wchodzących w zakres zamówienia dawało Odwołującemu znaczną przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami, gdyż dokonując wyceny tych części ofert w kryterium ceny wykonawca, który zaoferował minimalną możliwą cenę, czyli 1 grosz, otrzymywał przy cenie Odwołującego tylko 0,35 pkt, natomiast Odwołujący oferując 0,0001 zł otrzymywał aż 35 punktów. Tym samym takie ustalenie oferowanej ceny było niewątpliwie nakierowane na uzyskanie znacznej przewagi konkurencyjnej w tym postępowaniu, ocierającym się o czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż konkurencja wykraczała poza wskazane w SIWZ kryteria. Zauważyć należy, iż Odwołujący stwierdzał, że cena ofertowa jest odniesieniem kosztu i tym samym została w sposób prawidłowy ustalona na poziomie 0,0001 zł. W tym zakresie Izba stwierdza, że cena ofertowa nie jest bezpośrednim odniesieniem do kosztu wykonania zamówienia, gdyż koszt jest zwyczajowo pojęciem węższym niż cena, np. koszt nie obejmuje kwoty zysku.

Tym samym cena ofertowa w zamówieniach winna być wyrażona w jednostkach pieniężnych i nie można uznać, że cena mająca być wyrażona w walucie polskiej może być wyrażona w kwocie poniżej 1 grosza.

### **113. Sygn. akt: KIO 978/15, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r.**

Art. 29 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Z dyrektyw unijnych wynika obowiązek zamawiającego otwierania się na konkurencję przez umożliwienie składanie ofert prezentujących różnorodne rozwiązania techniczne a co za tym idzie branie pod uwagę ofert opartych na równoważnych ustaleniach (oferty równoważne). W takim przypadku na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania dowodami przedstawionymi w dowolnej formie „równoważności”. W przypadku braku równoważności, co skutkuje odrzuceniem oferty równoważnej, zamawiający są obowiązani uzasadnić swoje stanowisko.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O możliwości odrzucenia oferty na podstawie powołanego przepisu przesądza zatem niespełnienie przez świadczenie oferowane przez wykonawcę wymagań zamawiającego stawianych przedmiotowi zamówienia wyrażonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu i bez obrazy zasad Prawa zamówień publicznych nie można zawartych w niej wymagań rozszerzać na etapie oceny oferty. O zgodności oferty z treścią SIWZ przesądza dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp). Reguła ta dotyczy również oceny oferty równoważnej. Rozwiązanie równoważne zawsze różni się od rozwiązania podstawowego, zatem zamawiający jest zobowiązany do ustalenia w SIWZ wymagań stawianych ofertom równoważnym, skoro oceny ofert może dokonywać wyłącznie na podstawie wymagań opisanych w SIWZ (...)

Sfomalizowany i pisemny charakter postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza uznaniową interpretację treści SIWZ oraz dokonywania ocen ofert w oparciu o treści w SIWZ nie wyrażone. W przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie zostałyby zachowane, a wymagają one, by oczekiwania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w tym ofertom zawierającym rozwiązania równoważne były znane przed złożeniem oferty oraz w sposób jasny, tak by wykonawcy zainteresowani zamówieniem nie pozostawali w niepewności, czy mogą złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu.

**114. Sygn. akt: KIO 1068/15, KIO 1070/15, KIO 1084/15,  
Wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2015 r.**

Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

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

Z powyższych względów Izba uznała za niedopuszczalną argumentację zamawiającego, z której wynika, iż wykonawcy winni byli domyślić się, że w przedmiotowym postępowaniu należało zaoferować dodatkowy serwer (serwery) na potrzeby instalacji oprogramowania do wirtualizacji i oprogramowania zarządzającego. Bez znaczenia jest przy tym fakt, że inni wykonawcy takie dodatkowe serwery uwzględnili w swych ofertach. Odwołujący przygotował ofertę w oparciu o postanowienia SIWZ i nie sposób zarzucić mu w tym zakresie jakiegokolwiek niezgodności. Wymagania zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia nie mogą być przedmiotem domysłów ze strony wykonawców, a zaniebdania, braki czy inne nieściśności w tym zakresie nie mogą rodzić dla nich negatywnych konsekwencji, w tym zwłaszcza tak dotkliwych, jak odrzucenie oferty.

**115. Sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15,  
Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r.**

Przesłanek do odrzucenia oferty, wynikających z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować w sposób rozszerzający, co oznacza, że odrzucenie oferty wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy. Niezgodność treści oferty z treścią siwz, o jakiej mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy czy usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi

zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania zamawiającego. Izba podkreśla, że niezgodność treści oferty z treścią siwz, zachodzi wyłącznie wówczas, gdy treść oferty jest w sposób oczywisty i nie budzący wątpliwości sprzeczna z treścią wymagań określonych przez Zamawiającego.

#### **116. Sygn. akt: KIO 1559/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r.**

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba, że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Skoro zatem postawione przez Zamawiającego wymaganie dotyczyło sposobu realizacji zamówienia i nie stanowiło treści żadnego z dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający nie był także zobowiązany do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala na uzupełnianie i wyjaśnianie tylko dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postawione wymaganie stanowi zaś treść oferty. Wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia oświadczenia woli w zakresie sposobu realizacji zamówienia. Treść tego oświadczenia została określona przez Zamawiającego w załączniku nr 6 do SIWZ. Złożenie oświadczenia, że podstawą zatrudnienia kierownika budowy będzie umowa cywilno-prawna oznacza, że kierownik budowy nie będzie zatrudniony na podstawie umowy o pracę. Złożenie oświadczenia o takiej treści oznacza, że sposób realizacji zamówienia będzie niezgodny z treścią SIWZ, gdy kierownik budowy nie zostanie zatrudniony na podstawie umowy o pracę. Oświadczenie takie nie może zostać zmienione, gdyż stanowi treść SIWZ. Należy szczególnie podkreślić, że Odwołujący takie oświadczenie złożył samodzielnie. Usunął treść, jaką przewidział w załączniku nr 6 do SIWZ Zamawiający i wprowadził własną treść. Tym samym Odwołujący złożył świadome i jednoznaczne oświadczenie, dotyczące rodzaju umowy, jaka ma zostać zawarta z kierownikiem budowy. (...)

W ocenie Izby, Zamawiający nie był także zobowiązany do prowadzenia procedury wyjaśnienia treści oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynność ta prowadziłaby do prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie ustalenia oświadczenia woli wykonawcy. Prowadzenie wyjaśnień miałoby na celu wyłącznie zmianę treści oświadczenia woli, a więc treści oferty. W sytuacji, gdy Odwołujący usunął oświadczenie wprowadzone przez Zamawiającego i wpisał własne oświadczenie, dotyczące sposobu realizacji zamówienia, nie sposób uznać, by mogło być ono zmienione.(...)

Brak zatem w ofercie wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia woli nie może być uzupełniony ani na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani też wyjaśniany na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, a oferta z takim brakiem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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

#### **117. Sygn. akt: KIO 587/15 KIO 599/15, Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2015 r.**

Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołujących jako niewykazujące, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny za pielęgnację terenów zieleni (oferta Odwołującego X) czy utrzymanie porządku na terenach utwardzonych (oferta Konsorcjum Y.). Zamawiający miał podstawy uznać jednocześnie, że zaniżenie cen w tych ele-

mentach przedmiotu zamówienia stanowi przejaw nieuczciwego manipulowania tymi cenami w celu uzyskania lepszej punktacji wg przyjętego systemu oceny ofert w kryterium ceny. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo odrzucił te oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 3 pzp jako zawierające rażąco niskie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie składu orzekającego Izby oczywiste jest, że w tej sprawie obie wskazane przez Zamawiającego podstawy odrzucenia pozostają ze sobą w ścisłej korelacji, gdyż stwierdzenie rażącego zaniżenia cen legło u podstaw uznania tych cen za znamię czynu nieuczciwej konkurencji.

#### **118. Sygn. akt: KIO 1292/15, Wyrok KIO z dnia 1 lipca 2015 r.**

Przystępujący, oferując wykonanie projektów wykonawczych w terminie 1 dnia, stworzył sytuację, która umożliwiła mu uzyskanie maksymalnej ilości punktów w kryterium czasu wykonania projektów. Zważywszy na fakt, że wykonanie projektów wykonawczych w tak krótkim czasie, jest obiektywnie nierealne, a zarówno zamawiający, jak i przystępujący nie wykazali zasadności prezentowanego stanowiska, działanie takie należy uznać za sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu polepszenia swojej sytuacji przy uzyskaniu zamówienia. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścił się przystępujący do zastanych norm prawnych uznk, wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zniszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2001 r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

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

#### **119. Sygn. akt: KIO 818/15, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r.**

W ocenie Izby w żadnym przypadku za okoliczność uzasadniającą obniżenie w sposób legalny wartości ceny ofertowej nie można uznać okoliczności, iż poza kosztami realizacji przedmiotu zamówienia, wykazanymi przez X w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, koszty realizacji przedmiotu zamówienia pokrywane są z dochodów przedsiębiorstwa wykonawcy pochodzących z dodatkowej działalności gospodarczej, tj. np. z realizacji innych umów, zleceń jednorazowych i dochodów z handlu hurtowego w branży wodno-kanalizacyjnej. Wykonawca nie może oferować w postępowaniu o udzielenie zamówienia ceny ofertowej poniżej kosztów związanych z realizacją danego zamówienia. Pokrycie tych kosztów winno znajdować uzasadnienie w rzetelnej i faktycznej ich wycenie, z ewentualnym uzasadnieniem ich obniżenia przy szczególnych warunkach realizacji zamówienia właściwych dla

danego wykonawcy. Wykonawca nie może pokrywać kosztów związanych z jedną sferą działalności inną działalnością. Gdyby chciał to ewentualnie uczynić musiałby przedstawić kompleksową analizę ekonomiczną działalności swojego całego przedsiębiorstwa po to, ażeby uzasadnić, czy dochody z określonej działalności faktycznie i realnie mogą służyć realizacji niniejszego zamówienia, a nie innej działalności, czy pokryciu określonych strat. Takiej analizy X nie przedstawił, powołując się jedynie wybiórczo na innego rodzaju ogólnie przywołane dochody jego przedsiębiorstwa, co nie może stanowić okoliczności usprawiedliwiającej wycenę oferty tego wykonawcy na rażąco niskim poziomie.

#### **Art. 89 ust. 1 pkt 5**

#### **120. Sygn. akt: KIO 1525/15, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r.**

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należało uznać za trafny. Wobec braku podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania, oferta Odwołującego podlegała ocenie. W tym miejscu należy zwrócić uwagę Zamawiającemu, że wskazanie powołanego przepisu jako podstawy odrzucenia oferty Odwołującego jest wadliwe również z tej przyczyny, że wskazany przepis nie znajduje zastosowania w sytuacji, w której wykonawca zostaje wykluczony z postępowania, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. W tych okolicznościach bowiem ofertę wykonawcy wykluczonego z mocy prawa uznaje się za odrzuconą (przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), nie podejmuje się w tym przedmiocie dodatkowej czynności. Zaś, przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w postępowaniach dwuetapowych (np. przetarg ograniczony), w których ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu i oferty następuje na różnych etapach. Wtedy bowiem jest możliwe stwierdzenie, że ofertę złożył wykonawca wykluczony (po ocenie wniosków).

#### **Art. 89 ust. 1 pkt 6**

#### **121. Sygn. akt: X Ga 174/14, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 29 maja 2014 r.**

Odwołujący okoliczności zastosowania stawki 8% podatku VAT szczegółowo wyjaśnił w piśmie z 16 stycznia 2014 r. Mając na uwadze nieistotność różnicy kwotowej w stawce VAT, zamawiający bez wątpliwości powinien na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 „Pzp” stawkę VAT poprawić zawiadamiając o tym odwołującego, a nie ofertę odrzucić. Zamawiający, co przedstawiono wyżej w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia określił jednoznacznie stawkę podatku VAT [23%] dla opisanych wyżej trzech czynności na wykonanie usług dla X i wedle tego kryterium oceniał złożone przez Wykonawców oferty, jak i żądał wyjaśnień od odwołującego. Mógł zatem ofertę odwołującego, znając jego wyjaśnienia oraz wiedząc, iż różnica w stawce podatku VAT jest nieistotna, stawkę tę w kategoriach innej omyłki poprawić. Sąd Okręgowy w tej mierze w pełni aprobuje stanowisko zawarte w uchwałach Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r. III CZP 53/11 i III CZP 52/11.

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

#### **122. Sygn. akt: VI Ga 71/13, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 lipca 2013 r.**

Zasadność czynności zamawiającego w zakresie oceny skuteczności oferty przeciwnika skargi uzależniona jest od wyjaśnienia dwóch aspektów sprawy: po pierwsze, czy pełnomocnictwo złożone przy ofercie identyfikowało osobę pełnomocnika, a po wtóre, czy stwierdzona wadliwość tego pełnomocnictwa, w kontekście całej dokumentacji oferty upoważniała do przyjęcia, że ofertę podpisała osoba nieumocowana, a tym samym czynność złożenia oferty jest czynnością nieważną.



Odnosząc się do pierwszego zagadnienia należy zważyć, że pełnomocnictwo to czynność prawna, której treścią jest oświadczenie woli mocodawcy upoważniające osobę lub osoby do dokonywania w jego imieniu czynności prawnych określonych w pełnomocnictwie. Na podstawie tego umocowania pełnomocnik jest upoważniony do zastępstwa mocodawcy, w zakresie określonym w pełnomocnictwie, w stosunkach prawnych z innymi osobami. Jest poza sporem, że czynność złożenia oferty w postępowaniu mającym za przedmiot udzielenie zamówienia publicznego może być dokonana przez pełnomocnika i że pełnomocnictwo wymaga zachowania formy pisemnej (art. 99 k.c. w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 14 ust. 1 Pzp). W sprawie nie ulegało też wątpliwości, że pełnomocnictwo pisemne zostało do oferty dołączone, jednakże istniała rozbieżność w brzmieniu imienia osoby, która podpisała ofertę (Marzanna S.), a określeniem identyfikującym pełnomocnika w treści pełnomocnictwa (Marzenna S.).

Dla oceny poprawności pełnomocnictwa fundamentalne znaczenie należy przyznać okoliczności, czy należycie identyfikowało ono osobę pełnomocnika. Otóż pełnomocnictwo udzielone w dniu 29 października 2010 r. zostało sporządzone na piśmie. W treści oświadczenia wskazano pełnomocników poprzez podanie ich imion i nazwisk (Marzenna S., A.B.), ale również adresu: (...) – identycznego z miejscem zamieszkania mocodawcy) oraz numerów dowodów osobistych pełnomocników. W świetle tak sprecyzowanych danych identyfikacyjnych, nie mogło ulegać wątpliwości, że oświadczenie woli dostatecznie wskazywało osobę pełnomocnika, a powodem niezgodności imienia stanowiła wyłącznie oczywista niedokładność. Za taką niedokładność należy traktować zamianę jednej litery (z a na e w imieniu pełnomocnika skutkującej wpisaniem imienia. W tym zakresie podzielić należy stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wola mocodawcy, którym był M. S. w zakresie udzielenia pełnomocnictwa w dokumencie z dnia 29 października 2010 r. została wyrażona w sposób dostateczny dla zindywidualizowania osoby pełnomocnika. Wedle tego oświadczenia pełnomocnictwo zostało udzielone Marzannie S., w której imieniu popełniono niedokładność, zamieszkałej (...), legitymującej się dowodem osobistym (...). Błędne wskazanie imienia uznać należy w tej sytuacji za oczywistą niedokładność dokumentu, do skutków której wprawdzie nie można bezpośrednio przenosić zasad usuwania oczywistych niedokładności orzeczeń w postępowaniu cywilnym, do czego odwołuje się strona oferenta, ale istnienie ustawowej możliwości prostowania orzeczeń sądowych, w przypadkach nie budzących wątpliwości omyłek upoważnia do wykluczenia nadmiernego formalizmu przy ocenie okoliczności sprawy. W tej sytuacji, skoro pełnomocnictwo Marzannie S. zostało faktycznie udzielone, zdaniem Sądu Okręgowego, brak jest podstaw do stwierdzenia nieważności czynności złożenia oferty na podstawie art. 104 k.c. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Art. 104 k.c. łączy skutek nieważności z dokonaniem w cudzym imieniu jednostronnej czynności prawnej bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu. Zakładając, że pełnomocnictwo dotyczy Marzanny S., jego treść wskazuje, że obejmuje ono również reprezentowanie w postępowaniu mającym za przedmiot udzielenie zamówienia publicznego. Trzeba w tym miejscu wyraźnie zastrzec, że zupełnie bezpodstawne jest twierdzenie skarżącej, że skoro błąd w pisowni imienia został popełniony przez notariusza, to tylko w trybie oświadczenia notariusza winien zostać sprostowany. Należy wskazać, że omawiane pełnomocnictwo nie zostało sporządzone w formie aktu notarialnego, a jedynie w formie pisemnego dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym. W związku z powyższym, jakkolwiek oferent twierdził, że faktycznie błąd był wynikiem czynności notariusza, to jednak brak jest uzasadnienia dla wymogu jego prostowania w drodze aktu notarialnego.

Dokonując oceny drugiego aspektu należy wziąć pod uwagę całość dokumentacji dołączonej do oferty. Według oceny Sądu Okręgowego, dawała ona wystarczającą podstawę do oceny, że za oferenta działa upoważniony pełnomocnik w osobie Marzanny S., a wadliwe użycie w pełnomocnictwie imienia „Marzenna” zamiast „Marzanna” stanowi niedokładność. Słusznie Izba w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wskazała, że interpretacji woli składającego oświadczenie mocodawcy dokonywać należało, tak jak tego wymaga art. 65 k.c., w całokształcie okoliczności towarzyszących składaniu oświadczeniu. Wskazać zatem należało na cały szereg okoliczno-

ści: pełnomocnictwo udzielono osobie zamieszkałej pod tym samym, co mocodawca adresem, matka oferenta nosi imię „Marzanna”. Do oferty dołączono wypis z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, z którego wynikało, że Marzanna S., legitymująca się numerem NIP jest pełnomocnikiem przedsiębiorcy Mateusza S. (...)

### Art. 90 ust. 1–3

#### 123. Sygn. akt: KIO 802/15, Wyrok KIO z dnia 4 maja 2015 r.

Regulacja art. 90 ustawy nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej zmierzającej do ustalenia czy cena mu oferowana nie jest rażąco zaniżona w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, a także umożliwienia wykonawcy udowodnienia zamawiającemu, że cena oferowana ma legalny charakter – nie jest rażąco niska. Procedura tego typu winna być przeprowadzona w przypadku wątpliwości, co do legalności ceny oferowanej i przed czynnością odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską. Regulacja ta nie powinna być natomiast interpretowana i stosowana jako li tylko formalny i automatyczny obowiązek mnożenia zbędnych czynności w postępowaniu, gdy żadne obiektywne wątpliwości co do adekwatności ceny oferowanej do wartości przedmiotu zamówienia nie zachodzą. (...)

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy ustanawia dwie przykładowe, wskazane alternatywnie, okoliczności, które świadczyć mają o wątpliwościach co do legalnego charakteru ceny zaoferowanej – 30% odbieganie ceny oferty *in minus* od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu oraz 30% odbieganie *in minus* od wartości zamówienia, a w konsekwencji prowadzić do powstania obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. (...)

W świetle wywodów poczynionych wyżej, przyjąć należy, iż wartość zamówienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 ma być przede wszystkim wartością realną, tj. jak najbardziej odpowiadającą rzeczywistej rynkowej wartości przedmiotu zamówienia. Takie samo założenie przyjmuje się również w art. 35 ust. 1 ustawy, nakazującym zamawiającemu szacowanie wartości zamówienia z należytą starannością. Co do zasady więc należy przyjmować, iż ustalone w ten sposób przez zamawiającego wynagrodzenie wykonawcy (spodziewana cena ofertowa netto) odzwierciedla rzeczywistość i jest wartością zamówienia, o której mowa w art. 90 ust. 1 Pzp. Jednakże założenie to jest jak najbardziej wzruszalne – w przypadku gdy nie zachodzą wątpliwości, iż wartość zamówienia nie została oszacowana z należytą starannością, a ustalone okoliczności przesądzą o jej zupełnej nieadekwatności w stosunku do rzeczywistej wartości zamówienia, przyjąć można, iż kwota szacowana niegdyś przez zamawiającego nie będzie wywierała określonych skutków prawnych. Z takich względu i w takim przypadku, zamawiający może nie kierować się porównaniem cen ofertowych złożonych w postępowaniu ze swoimi niegdyś oszacowanymi, ale powinien odnieść je do realnej wartości zamówienia. Przy czym na marginesie zaznaczyć należy, iż w takim przypadku zamawiający bierze na siebie ryzyko i konieczność udowodnienia (przed organami orzekającymi o prawidłowości zaniechania czynności wezwania wykonawcy do wyjaśnień lub kontrolującymi postępowanie), że jego oszacowanie wartości zamówienia dokonane przed wszczęciem postępowania nie odzwierciedla wartości zamówienia objętego danym postępowaniem przetargowym. Naraża się również na zarzuty dotyczące prawidłowości szacowania wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania, szczególnie doniosłe w przypadku, gdyby wartość ta zdecydowała o nieprawidłowym zastosowaniu trybu postępowania.

#### 124. Sygn. akt: KIO 876/15, Wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 r.

Powyzsze nakazywało uznanie, że przesądzenie o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny oferty, bądź przesądzenie o zaistnieniu podstaw do wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp, nie może osadzać się jedynie na niższej wycenie kilku czy kilkunastu pozycji kosztory-

sowych, spośród setek tego rodzaju pozycji zawartych w kosztorysie ofertowym. Wnioskowanie o całej cenie oferty oparte na wąskim zakresie wyselekcjonowanych pozycji, w dodatku przy uwzględnieniu możliwości dojścia do różnych wniosków w zależności od przyjętego zakresu i metodyki porównywania cen, Izba uznała za działanie nieuprawnione i nie przedstawiające w sposób obiektywny rzeczywistego obrazu i cech ceny oferty Przystępującego. W szczególności Odwołujący nie wykazał w oparciu o wybrane pozycje, że cena oferty nosi znamiona rażącego zaniżenia, w tym nie przedstawiono dowodów, które potwierdzałyby, że nie jest możliwe wykonanie tego zamówienia za cenę zaofertowaną przez Przystępującego. Zasadnie argumentował Przystępujący, że postawienie samej tezy o zaniżeniu jednostkowych wycen, czy odniesienie się do wycen konkurentów i wycień cen uśrednionych, w tej sprawie nie tworzy jeszcze dowodu, który przesądzałby, że ceny te nie są cenami rynkowymi, a wykonawca nie jest w stanie tak zorganizować pracy i rozkładu kosztów, by wykonać te zadania za kwoty podane w kosztorysie ofertowym.

### **125. Sygn. akt: KIO 932/15, Wyrok KIO z dnia 19 maja 2015 r.**

Odnosząc się do przedmiotowej sprawy należało w pierwszej kolejności zauważyć, nie kwestionując przy tym prawidłowości dokonanych przez Przystępującego wycień, że Zamawiający jest uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko w sytuacjach opisanych w przepisie art. 90 ust. 1 Pzp (tj., gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), ale w każdej sytuacji, w której cena wydaje mu się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub z wymaganiami wynikającymi z przepisów odrębnych, na co wskazuje użyty w komentowanym przepisie zwrot „w szczególności”. Należy mieć również na względzie, że stwierdzenie rażąco niskiej ceny w ofercie pozostaje zasadniczo bez związku z charakterem wynagrodzenia wykonawcy. Zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak i ryczałtowego, cena oferty może być rażąco niska w przedstawionym powyżej rozumieniu, z tym że w przypadku drugiego ze wspomnianych rodzajów wynagrodzeń trudniej jest wykazać, że nie pokrywa ono kosztów należytego wykonania zamówienia, skoro wynagrodzenie takie *ex definitione* obejmować ma wszystkie niezbędne do tego prace.

### **126. Sygn. akt: KIO 925/15, Wyrok KIO z dnia 21 maja 2015 r.**

Zdaniem Izby, ocena złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, prowadzi do wniosku, że są one ogólnikowe, nieprecyzyjne i w żaden sposób nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Izba w tym zakresie podziela w pełni stanowisko Zamawiającego. Odwołujący nie podał żadnych wartości wymiernych ekonomicznie, które można byłoby odnieść do ceny oferty. Powołując się na to, że: „Po przeprowadzeniu wizji lokalnej opracowaliśmy technologię robót bazującą na naszych doświadczeniach w realizacji podobnych prac, przy założeniu maksymalnej mechanizacji robót i ograniczeniu do niezbędnego minimum prac wykonywanych ręcznie, co ma znaczący wpływ na poziom kosztów” wykonawca ten nie podał jakichkolwiek szczegółów odnoszących się do opracowanej technologii robót, nie opisał jej w żaden sposób. Z kolei opisując doświadczenie również nie wskazał w jaki konkretnie sposób będzie się ono przekładać na zaofertowaną cenę. Podał jedynie ogólnikowe twierdzenia, że pozwoli mu to na optymalizację kosztów i właściwy dobór sprzętu i materiałów. Nie podał żadnych uchwytnych wartości ekonomicznych. Nawet odnosząc się do faktu, że posiada własny sprzęt, w związku z czym uniknie kosztów jego dzierżawy, nie określił jakichkolwiek kwot oszczędności z tego tytułu. Dopiero na rozprawie wyjaśnił, że koszty sprzętu, w stosunku do którego nie poniesie komercyjnych kosztów dzierżawy/ najmu (tj. koszty sprzężarki, pompy do iniekcji, agregatu prądotwórczego) wskazane w kosztorysie ofertowym obejmują koszt amortyzacji tego sprzętu i paliwa. W wyjaśnieniach jedynie ogólnikowo wskazał, że mechanizacja robót umożliwi mu ograniczenie do niezbędnego

minimum prac wykonywanych ręcznie, co w jego ocenie ma znaczący wpływ na poziom kosztów. Jednak w wyjaśnieniach nie wskazał jakiego rzędu będą to oszczędności, jak ta mechanizacja pracy ma wyglądać, ile chociażby ma wynosić roboczogodzina, czy jakie ma być zaangażowanie pracy wykonywanej ręcznie.

Podkreślić należy, że celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny oferty.

### **127. Sygn. akt: KIO 992/15, Wyrok KIO z dnia 27 maja 2015 r.**

Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znalazła wypełnienie jedna z przesłanek wynikających z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, obligująca Zamawiającego do wszczęcia wobec Odwołującego procedury wyjaśniania podejrzenia rażąco niskiej ceny. Jak bowiem wynika z wyliczeń dokonanych przez Izbę różnica pomiędzy ceną ofertową Odwołującego (cena brutto zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług – Dz. U. poz. 915), a wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT wynosi ponad 44%. Izba w tym miejscu podziela prezentowane dotychczas jednolicie w orzecznictwie KIO stanowisko (wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r.; sygn. akt: KIO 165/15, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r.; sygn. akt: KIO 148/15, wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r.; sygn. akt: KIO 439/15, czy wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r.; sygn. akt: KIO 500/15), że dla celów zweryfikowania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp czy cena nie jest rażąco niska, wartość oferty konkretnego wykonawcy należy porównać z wartością szacunkową zamówienia (wartość netto przedmiotu zamówienia stanowiącą przedmiot danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc wartość zamówienia bez ewentualnych zamówień uzupełniających), powiększoną o wartość podatku VAT. Tak więc należy dokonywać oceny wartości porównywalnych ze sobą. Nieuprawnionym w tym względzie działaniem jest natomiast zgodnie z przywołanym przepisem porównywanie wartości oferty danego wykonawcy z kwotą podawaną przed otwarciem ofert na sfinansowanie zamówienia. Kwota ta bowiem stanowi jedynie o możliwościach finansowych zamawiającego co do konkretnego zamówienia weryfikowanym w danym momencie (na dzień otwarcia ofert). Skoro zatem rozbieżność pomiędzy wskazanymi wartościami w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wynosiła ponad 30%, Zamawiający miał ustawowy obowiązek wystąpić do Odwołującego z wezwaniem do wyjaśnienia w zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. (...)

Przyjęcie stanowiska Odwołującego o braku podstaw do weryfikacji przez Zamawiającego takich kosztów prowadziło do konkluzji, że przy określonym w warunkach danego zamówienia publicznego, przy wynagrodzeniu ryczałtowym dla wykonania robót budowlanych nieuprawniona jest ocena, czy dokonana przez wykonawcę wycena ofertowa ma charakter rynkowy czy też nie. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wykonanie wszystkich niezbędnych prac do powstania określonego dzieła (wykonania robót budowlanych) także opiera się o pewną kalkulację kosztów dotyczących konkretnych robót, zakupu materiałów czy wyceny pracy określonej grupy osób, która będzie w stanie wykonać objęte zakresem zamówienia prace. Kalkulacja tych wszystkich kosztów powinna mieć charakter wyceny rynkowej, a więc bez ponoszenia jakichkolwiek strat po stronie wykonawcy. Przy ryczałtowym wynagrodzeniu umownym wykonawca także powinien uzasadnić swoją wycenę, a tego Odwołujący w niniejszej sprawie nie uczynił.

### **128. Sygn. akt: KIO 1071/15, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015 r.**

(...) zasadnym było w przedmiotowej sprawie dokonanie przez Zamawiającego zaktualizowania wartości rynkowej zamówienia podstawowego na moment upływu terminu składania ofert. Powyższe jest w szczególności uzasadnione ze względu na znaczny upływ czasu pomiędzy momentem wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wrze-



sień 2013 r.) i ustalenia na ten moment wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, a upływem terminu składania ofert (styczeń 2015 r.), kiedy to wykonawcy w oparciu o aktualną sytuację gospodarczą i swoją kondycję finansową dokonywali wyceny przedmiotu zamówienia w ofertach. Zamawiający, dokonując wskazanej aktualizacji wartości rynkowej zamówienia podstawowego powołał się na konkretne czynniki cenotwórcze, które legły u podstaw takiej, obiektywnej wyceny przedmiotu zamówienia. Mianowicie powołał się on na spadek cen ropy, który przekłada się na spadek cen paliw wykorzystywanych w transporcie, dostawie i montażu materiałów i elementów budowlanych, co pozwalało mu na określone oszczędności w tym zakresie na poziomie 4%. Zamawiający także powołał się na spadek i różnice pomiędzy ceną minimalną i średnią cen materiałów cenotwórczych, takich jak: stal, beton, materiały sypkie i robocizna, co z kolei pozwoliło mu na oszczędności o kolejne 6% (w stosunku do wyceny stali), kolejne 6% (w stosunku do wyceny betonu), kolejne 19% (w stosunku do wyceny kruszywa) i kolejne 4% (w stosunku do wyceny stawek roboczogodziny). Powyższe pozwoliło w efekcie Zamawiającemu na ustalenie w sposób obiektywny wartości rynkowej zamówienia podstawowego, które zostanie udzielone konkretnemu wykonawcy, na poziomie: 834 554 186,99 zł brutto. (...)

Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż Zamawiający zwrócił się do Przystępującego X dwukrotnie o wyjaśnienia, wskazując w tych wezwaniach dwie podstawy prawne: art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonując oceny treści tych wezwań można również dojść do wniosku, iż wezwania Zamawiającego miały także inny charakter – były wezwaniami do wyjaśnienia treści oferty. Ewidentnie wiele ze szczegółowych pytań zadanych przez Zamawiającego Przystępującemu X w treści obydwu wezwań ma charakter prośby Zamawiającego o ustalenie określonych elementów treści oferty, świadczeń, do których wykonania wykonawca zobowiązał się zgodnie z wymogami przetargowymi. Powyższe także wpływa na ocenę Izby, iż okoliczność skierowania w pismach z dnia 23 lutego 2015 r. i 10 kwietnia 2015 r. wezwań przez Zamawiającego do Przystępującego X nie miała przesądzającego znaczenia dla uznania, iż w tym zakresie powstało bezwzględnie domniemanie rażąco niskiej ceny w ofercie tego wykonawcy. Taki sposób procedowania – przy uznaniu, że wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego X mają charakter ogólnikowy – prowadziłby do konieczności odrzucenia oferty tego wykonawcy, co z kolei przy obiektywnym braku podejrzenia rażąco niskiej ceny w ofercie wskazanego wykonawcy przy jednoczesnym nie wykazaniu tego podejrzenia ze strony Odwołującego i braku nawet minimalnego wykazania poziomu nierentowności jego oferty, byłby w ocenie Izby nieuzasadnione.

### **129. Sygn. akt: KIO 1143/15, Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2015 r.**

Obowiązek wszczynania procedury na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp występuje w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Próg 30% stanowi jedynie przykładowy, ale jednocześnie maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Również w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 10% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Zaistnienie wątpliwości po stronie zamawiającego stanowi podstawową okoliczność uruchamiającą procedurę żądania wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Bez względu na brak zaistnienia okoliczności wymienionych przykładowo w art. 90 ust. 1 Pzp, w razie wystąpienia wątpliwości odnośnie wartości zaoferowanej przez wykonawcę ceny, zamawiający jest zawsze uprawniony wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień (...).

### **130. Sygn. akt: KIO 1104/15, Wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2015 r.**

O tym, czy oferta jest rażąco niska, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku na podstawie posiadanych materiałów, w szczególności wyjaśnień wykonawcy i za-



łączonych do wyjaśnień dokumentów, ocenianych w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia, którego dotyczy postępowanie.

Konsekwencją uznania ceny rażąco niskiej na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, jest też zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp („Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”). Istotne jest zatem, aby wyjaśnienia precyzyjnie odnosiły się do kwestii wskazanych przez zamawiającego. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy z treści wezwania będzie jednoznacznie wynikało, jakie zamawiający powziął wątpliwości 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).

### **131. Sygn. akt: KIO 1249/15, KIO 1250/15, Wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2015 r.**

Wyjaśnienia nie były niepełne i ogólnikowe, a raczej niejednoznaczne w odczycie dla Zamawiającego. Fakt, iż powtórne wezwanie było jedynie doprecyzowaniem niewyjaśnionych wcześniej okoliczności wskazuje treść wezwania Zamawiającego z dnia 21 maja 2015 r. proszącego o uzupełnienie i uszczegółowienie złożonych wyjaśnień dotyczących treści oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Analizując treść obu wezwań, w ocenie Izby nie doszło do powielenia wezwania, a jego doprecyzowania o pewne okoliczności, zatem Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ponowne wezwanie Wykonawców do złożenia wyjaśnień, co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

### **132. Sygn. akt: KIO 1326/15, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2015 r.**

Wskazanie w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp określenia „wartość zamówienia”, w ocenie Izby, w kontekście konieczności oceny podejrzenia rażąco niskiej ceny, należy interpretować jako wartość szacunkową danego, konkretnego zamówienia, które będzie określone przedmiotem świadczenia, jednakże obliczoną z należytą starannością, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp jako wartość netto, do której to wartości w celu porównywalności tej wartości z wartością ofert złożonych w postępowaniu należy doliczyć kwotę podatku od towarów i usług. Porównanie bowiem wartości szacunkowej netto z wartością ofert – zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) – określanych w kwotach brutto, prowadziłaby do konieczności oceny nieporównywalnych ze sobą wielkości i w konsekwencji niewymiernych wyników tej oceny. Tak więc interpretacja pojęcia „wartość zamówienia” literalnie ze znaczeniem tego pojęcia, jakie mu nadaje art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, prowadziłaby do nieracjonalnego wyniku. Z tych też względów należy przyjąć, że dla celów porównawczych i oceny czy konkretna cena ofertowa nie jest rażąco niska zasadnym jest „ubruttowanie” szacunku zamawiającego.

### **133. Sygn. akt: KIO 1410/15, KIO 1415/15, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r.**

Tak więc, w świetle wskazanych regulacji prawnych [art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – *przyp. red.*], to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego. W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia – dowody, które można określić jako „zewnętrzne” mogą okazać się niezbędne. Powyższe, w ocenie Izby, będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia

nia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami właściwe „zewnątrzne” dowodowy pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup. W niektórych przypadkach natomiast, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych, zakupów czy też dokonywania zleceń wykonywania określonych prac podwykonawcom, wyjaśnienia uzasadnione dowodowo mogą sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę właściwych własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wytworzeniem określonych przez wykonawcę określonych produktów. (...)

Co do prawa żądania przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ponownych wyjaśnień od wykonawcy, to Izba nie kwestionuje tego uprawnienia zamawiającego. Żądanie ponownych wyjaśnień jest jednak możliwie o tyle, o ile nie prowadzi do naruszenia wskazanych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Żądanie ponownych wyjaśnień jest zatem dopuszczalne, o ile wcześniej, na pierwsze żądanie zamawiającego, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Ponowne żądanie wyjaśnienia od wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie może jednak prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień „do skutku”, aż wykonawca „usprawiedliwi” swoją wycenę ofertową, czy też wreszcie nie może prowadzić do przywrócenia terminu na złożenie wyjaśnień.

**134. Sygn. akt: KIO 1463/15, KIO 1466/15, KIO 1476/15,  
Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r.**

Nieuzasadnionym jest twierdzenie Odwołującego, że wartość zamówienia, o jakiej mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest wartością szacunkową z uwzględnieniem zamówień uzupełniających. Zamówienia uzupełniające to zamówienia udzielane w odrębnym trybie, wynikającym z art. 67 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp, a ich wartość jest uwzględniana przez Zamawiającego jedynie przy ustaleniu wartości zamówienia, która ma istotne znaczenie dla stwierdzenia czy zamówienie przekracza kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Uznanie za zasadnym stanowiska Odwołującego, iż w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest mowa o wartości zamówienia uwzględniającej zamówienia uzupełniające, powodowałoby sztuczne zawyżenie wartości zamówienia i w efekcie prowadziłoby do porównania tej wartości z ceną oferty, która nie obejmuje zamówień uzupełniających.

**135. Sygn. akt: KIO 1586/15, KIO 2230/14, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r.**

Żadna ze wskazanych w tym przepisie [art. 90 ust. 1 Pzp – *przyp. red.*], szczególnych okoliczności – w tym w odniesieniu do oferty Odwołującego – nie zaistniała w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe nie oznacza jednak, w świetle dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że Zamawiający nie posiada uprawnień, aby zwrócić się do wykonawcy o udzielenie takich wyjaśnień. Na takie uprawnienie, a jednocześnie obowiązek po stronie Zamawiającego, wskazuje pierwsza część przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca wskazuje tam, że takie wyjaśnienie od wykonawcy jest niezbędne, jeżeli tylko wydaje się, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, tak, iż budzi wątpliwości zamawiającego co do prawidłowej realizacji zamówienia. Zamawiający zatem w świetle wskazanego przepisu ustawy Pzp może powziąć uzasadnione wątpliwości co do ceny ofertowej danego wykonawcy w konkretnych okolicznościach faktycznych danej sprawy, niezależnie od tego, czy ustalony przez ustawodawcę wyznacznik matematyczny do „obliczenia podejrzenia rażąco niskiej ceny” zaistnieje czy też nie.

W okolicznościach niniejszej sprawy zdaniem Izby takie uzasadnione wątpliwości Zamawiający mógł i powinien był powziąć w przypadku ceny ofertowej Odwołującego. Wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane do Odwołującego nie oznacza jednak, że oferta tego wykonawcy jest z całą pewnością na poziomie nierealnym. Skierowane do wykonawcy wezwanie wskazuje jedynie na podejrzenie rażąco niskiej ceny, co do którego wykonawca powinien się wytłumaczyć, przedstawiając także odpowiednie dowody potwierdzające, że korzysta z obiektywnej, właściwej dla niego sytuacji, uzasadniającej obniżenie swojej wyceny ofertowej do określonego poziomu, w taki sposób, aby wykazać, że realizacja przedmiotu zamówienia za zaproponowaną przez niego cenę nie przyniesie mu strat.(...)

Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przykładowo też ustawodawca w tym przepisie wymienia takie elementy, czy też okoliczności, które mogą mieć wpływ na wysokość ceny ofertowej (oszczędność metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawczego, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów). Przywołany w tym przepisie katalog okoliczności mających wpływ na wysokość zaofertowanej ceny nie jest zamknięty, zatem mogą to być także inne okoliczności i elementy mające znaczenie dla wyceny ofertowej, w szczególności uwzględniając zakres przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby w szczególności przy zamówieniu na wykonanie robót budowlanych istnieje potrzeba wyspecyfikowania poszczególnych kosztów związanych z wyceną poszczególnych elementów zakresu przedmiotu zamówienia oraz elementów kosztowych. Można tu bowiem mówić o pewnych stałych kosztach, takich przykładowo jak wartość materiałów, czy koszty osobowe, jak też o innych kosztach związanych z realizacją danej inwestycji budowlanej. Koszty te mogą być wyspecyfikowane na poziomie bardziej lub mniej szczegółowym i to niezależnie od tego czy mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, czy też ryczałtowym, przyjętym do rozliczania konkretnej inwestycji. W każdym bowiem przypadku wskazane koszty realizacji robót budowlanych powinny być wzięte pod uwagę przy wycenie ofertowej przez wykonawcę. Brak przyjęcia do wyceny określonych elementów kosztowych związanych z realizacją danych robót budowlanych, w szczególności kosztów podstawowych, przy wynagrodzeniu ryczałtowym może świadczyć o nierzetelnej kalkulacji ofertowej dokonanej przez wykonawcę, a tym samym może wskazywać na wycenę ofertową na rażąco zaniżonym poziomie.

### **136. Sygn. akt: KIO 1601/15, Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2015 r.**

W celu ustalenia, czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wykonawcy [w dniu 26.05.2015 r., a następnie w dniu 23.06.2015 r.] o udzielenie wyjaśnień, dotyczących ceny oferty. (...)

Zdaniem Izby, wykonawca nie zastosował się do żądania wezwania i przede wszystkim przedstawił ogólnikowe wyjaśnienia nie poparte konkretną merytoryczną argumentacją oraz nie poparte żądanymi dowodami. Stanowiło to zatem samodzielną podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie wskazanego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Izba podzieliła ponadto stanowisko Zamawiającego, że ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, albowiem to wynika z ust. 2 art. 90 ustawy Pzp oraz z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, w myśl którego „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na (...) wykonawcy, który ją złożył w tym przypadku, gdy jest on stroną postępowania odwoławczego”. Izba stwierdza również, że na gruncie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wątpliwości Zamawiającego związane z oferowaną mogą wzbudzić również poszczególne elementy oferty, mające wpływ na wysokość zaofertowanej ceny.

**137. Sygn. akt: XXIII Ga 1388/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 22 października 2013 r.**

Wyjaśnienia wykonawcy X złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w istocie były ogólnikowe jednak, jak słusznie zauważyła Izba, treść tych wyjaśnień była w pełni adekwatna do treści wezwania zamawiającego. Skoro zamawiający nie wyartykułował wprost jakie elementy mające wpływ na wysokość ceny winny zostać objęte wyjaśnieniem, wykonawca X nie mógł z tego powodu ponosić negatywnych konsekwencji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można podzielić zarzutu skargi, iż wezwanie zamawiającego z dnia 12 czerwca 2013 r., do złożenia wyjaśnień dodatkowych w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w istocie było ponownym, niedozwolonym wezwaniem do złożenia wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, uznać bowiem należy, że pismo zamawiającego z dnia 12 czerwca 2013 r. miało charakter wtórny i uzupełniający w stosunku do wezwania z dnia 31 maja 2013 r. Przede wszystkim należy zauważyć, iż dopiero po uzyskaniu informacji od wykonawcy X o kluczowym wpływie wieloletniej współpracy, statusie partnerstwa wykonawcy X u producenta – firmy Y oraz związanych z tymi okolicznościami dodatkowymi upustami, zamawiający był w stanie doprecyzować treść pierwszego wezwania do złożenia wyjaśnień. Dopiero wezwanie zamawiającego o treści z dnia 12 czerwca 2013 r. w istocie zmierzało do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w tym kształcie czyniło zadość celowi regulacji wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc pozwalało wykonawcy na złożenie szczególnych wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dowodów na ich potwierdzenie. W tym miejscu podzielić należy stanowisko Izby oraz orzecznictwa Europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez podania wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r., C-103/88, Fratelli Consianzo SpA przeciwko Comune di Milano, ECR 1989, sir 01839). (...)

Dodać w tym kontekście należy, iż dyspozycja art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie obejmuje wszystkich stanów faktycznych, w których norma wyrażona w tym przepisie znajdzie zastosowania, gdyż celem tego przepisu jest wyznaczenie i wytyczanie uniwersalnych zasad, a nie kazuistyczne przewidywanie szczególnych przypadków.

**138. Sygn. akt: V Ca 3600/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 6 lutego 2014 r.**

W tym miejscu należy zauważyć, że przepisy prawa nie określają, ani elementów, które powinno zawierać pytanie zadane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, ani elementów, które powinna zawierać udzielona w tym trybie odpowiedź. Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa pytanie skierowane do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny. Z ustawy nie wynika również prawo zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy, natomiast wykonawca, udzielając wyjaśnień, może takie dowody złożyć, a wówczas zamawiający będzie zobowiązany, oceniając wyjaśnienia, wziąć pod uwagę ich poświadczenie stosownym dowodem. Nadto zamawiający winien określić termin, w jakim oczekuje na udzielenie wyjaśnień przy czym należy mieć także na uwadze, że ustawa pozostawia mu swobodę w określeniu tego terminu. Warunkiem jest jedynie to, aby termin ten umożliwił wykonawcy ustosunkowanie się do przedstawionego pytania. Sprzeczne z ustawą byłoby bowiem uznanie za rażąco niską ceny i odrzucenie oferty, bez możliwości wykazania, przez wykonawcę, że jest ona rzetelna. Ustawa zezwala na zwrócenie się przez zamawiającego o wyjaśnienia w formie przyjętej dla komunikowania zgodnie z art. 27 Pzp. W podobnej formie mogą być złożone przez wykonawcę wyjaśnienia. Ustawa bowiem nie wskazuje również formy, w jakiej winny być złożone dokumenty potwierdzające wyjaśnienia, jeśli wykonawca zdecyduje się je załączyć.

**139. Sygn. akt: III Ca 1904/14, Wyrok SO w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r.**

Na wstępie wskazać należy, że w rozpoznawanej sprawie nie znajduje zastosowania art. 90 ust. 2 p.z.p., w brzmieniu nadanym mu wskazaną ustawą nowelizującą z dnia 29 sierpnia 2014 roku [ustawa o zmianie ustawy *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. 2014 poz. 1232) – *przyp. red.*], zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Jednakże zaznaczyć należy, że nowe brzmienie art. 90 ust. 2 p.z.p. odpowiada dotychczasowej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii (*vide* wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2014 roku, sygn. akt KIO 785/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 roku, sygn. akt KIO 669/14), zgodnie z którą to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Jeżeli wykonawca nie sprostą temu obowiązkowi, wówczas zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Sąd Okręgowy w niniejszym składzie podziela zaprezentowaną linię orzeczniczą KIO wypracowaną jeszcze przed wejściem w życie ustawy nowelizującej z dnia 29 sierpnia 2014 roku. Przedstawiona linia orzecznicza Izby zapobiegała bowiem sytuacji, w której obowiązkiem wykazania nierealistycznej wartości cudzej oferty, będzie obciążony podmiot zarzucający zamawiającemu bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

**Art. 91****140. Sygn. akt: KIO 1107/15, KIO 1114/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r.**

Odwołujący wywodzą w zasadniczej części argumentacji, że doszło do naruszenia art. 91 ust. 3 ustawy pzp, który stanowi, że kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Przyjmuje się powszechnie, iż oznacza to, że kryteria oceny ofert, zgodnie z przywołanym przepisem, nie mogą mieć charakteru podmiotowego („dotyczyć właściwości wykonawcy”), a tym samym powinny się odnosić do przedmiotu zamówienia zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy pzp.

W ocenie składu orzekające wskazane wyżej zarzuty odwołań są niezasadne. Oczywiście jest, że zamawiający jest zainteresowany, aby liczba błędów krytycznych wcześniej opisanych, jakkolwiek dotychczas niezdefiniowanych, była jak najmniejsza. Tę zatem okoliczność premiuje przez przyjęcie wyspecyfikowanej w tabelach punktacji. Niesporne jest, że deklarowana liczba punktów dla przedmiotowych dwóch kryteriów ma być przedstawiona w ofercie, jako jej element. Na etapie ogłoszenia o zamówieniu, a przed ustaleniem treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rzeczywiście wykonawcy nie mają wystarczającej wiedzy pozwalającej na kompetentne i realne oszacowanie minimalnej liczby błędów, jaką przewidują w toku realizacji zamówienia. Wywodzenie jednak z tej okoliczności, błędy krytyczne oraz ich liczba odnosić się mają do właściwości wykonawcy w sposób uprzywilejowujący jednych, a dyskryminujący innych, jest niezrozumiałe. Jest faktem, że przedmiotem usługi instalacji i usługi administracji systemem informatycznym będzie wyłącznie oprogramowanie. Należy stwierdzić, że z istoty zamawianej usługi mającej polegać na świadczeniu usług utrzymania i rozwoju systemów aplikacyjnych, z których usługa utrzymania systemów ma gwarantować nieprzerwane, bezawaryjne działanie systemów aplikacyjnych wynika, że z oczekiwaną cechą świadczonej usługi ma być zminimalizowanie ilości błędów krytycznych tych systemów. Te kryteria zostały ściśle związane z przedmiotem zamówienia oraz celem jego udzielenia, tj. uzyskania nieprzerwanego i bezawaryjnego świadczenia usługi. Nie ma sporu, że to system informatyczny generuje błędy, jednakże przedmiotem zamawianej usługi jest



zagwarantowanie prawidłowego działania tych systemów, co oznacza nie tylko usuwanie błędów wygenerowanych, ale także zapobieganie pojawianiu się takich błędów.

Odnośnie zarzutu naruszenia zasady równego traktowania wykonawców przez kryteria oceny ofert preferujące dotychczasowego wykonawcę należy zauważyć, że wobec potwierdzenia przedmiotowego charakteru kryteriów, w zasadzie nie ma podstaw do twierdzenia o zasadności zarzutu. Za nie pozbawione słuszności można przy tym uznać stwierdzenie zamawiającego, że właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców i dyskryminując innych. To jednak nie oznacza, że naruszono zasadę z art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

#### **141. Sygn. akt: KIO 1607/15, Wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r.**

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba dokonuje oceny zarzutów odwołania – stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – jedynie pod kątem naruszenia przepisów ustawy Pzp, a nie słuszności, celowości czy też przydatności albo gospodarności zastosowania określonych rozwiązań przyjętych przez Zamawiającego, w szczególności jeśli chodzi o kryteria oceny ofert, czy opis przedmiotu zamówienia. W zakresie kryteriów oceny ofert Izba uznała, że dopuszczone w postępowaniu obok ceny, a także innego przedmiotowego kryterium oceny ofert, jakim niewątpliwie jest liczba placówek, kryterium „liczby prawników”, jest kryterium dopuszczonym ustawowo.

Ustawodawca we wprowadzonym przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, określił – w przykładowym katalogu kryteriów oceny ofert - kryteria społeczne. Brak jest jakichkolwiek wątpliwości, że kryterium odnoszące się do aspektu zatrudniania osób do realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie umowy o pracę stanowi wypełnienie aspektów społecznych określonych przez ustawodawcę, w szczególności w oparciu o treść uzasadnienia do projektu tej ustawy. Kryterium „liczba pracowników”, opisane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, choć ma walor podmiotowy, ale odnosi się do przedmiotu zamówienia, tj. do pracowników realizujących niniejsze zamówienie publiczne. Zamawiający bowiem nie będzie dokonywał oceny ofert z uwzględnieniem generalnego zatrudnienia u danego wykonawcy, lecz zatrudnienia w określonej ilości osób, które faktycznie będą wykonywać konkretne czynności (określone w SIWZ) w ramach niniejszego zamówienia. Dopuszczenie aspektu podmiotowego w ramach kryteriów oceny ofert (ilości pracowników) z racji zaliczenia usług pocztowych do usług niepriorytetowych – w świetle art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, który dopuszcza odstępianie przy tego rodzaju usługach od zakazu ustalania przez zamawiającego kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy (art. 91 ust. 3 ustawy Pzp) – jest również legalne. Tak więc z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa zastosowanie wskazanego kryterium oceny ofert jest legalne i tym samym prawnie dopuszczalne. W ocenie Izby kryterium to nie utrudnia także konkurencji w postępowaniu.

Argumentacja Odwołującego podniesiona w tym zakresie sprowadza się *de facto* do dokonania przez Odwołującego negatywnej oceny formy prowadzenia działalności biznesowej przyjętej przez Przystępującego, który przede wszystkim zatrudnia pracowników na umowy o pracę, a w tym kontekście pozytywnej działalności prowadzonej przez samego siebie, gdzie Odwołujący korzysta przede wszystkim z umów cywilnoprawnych. Powyższe nie może stanowić o ograniczeniu konkurencji, jeśli Zamawiający dokonał wyboru legalnego kryterium oceny ofert w postępowaniu i preferuje przy tym wykonawców, który w swoim modelu prowadzenia działalności biznesowej stosują aspekty społeczne, które akurat są cenione przez ustawodawcę. Także Odwołujący ma swobodę w prowadzeniu swojej działalności gospodarczej i przyjęcia w ramach swojej strategii biznesowej aspektów społecznych, mając na względzie ubieganie się o zamówienia publiczne w trybie przepisów ustawy Pzp. Trzeba jednak pamiętać, że z racji stosowania takich aspektów społecznych w prowadzeniu działalności gospodarczej, określony

przedsiębiorca ponosi z tego tytułu konkretne koszty, które – jak zresztą pokazują ostatnie postępowania na świadczenie usług pocztowych prowadzone na rynku polskim – skutecznie mogą wpływać na podwyższenie ceny ofertowej w stosunku do wykonawców, którzy z takich instrumentów nie korzystają. (...)

Prawidłowo też, zdaniem Izby, Zamawiający założył, że będzie dokonywał oceny ofert w ramach kryterium „liczba pracowników” w postępowaniu na dzień składania ofert, wedle oświadczenia złożonego w tym zakresie przez wykonawcę. Na ten bowiem moment oferty są przygotowywane i składane przez wykonawców, uwzględniając obowiązujące w tym czasie i jednocześnie dla wszystkich, przewidywane warunki realizacji zamówienia. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jednak Zamawiający nadał wskazanemu kryterium oceny ofert walor sensowności – z punktu widzenia celów jakie ustawodawca założył przy stosowaniu kryteriów społecznych – także na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem zabezpieczył się określonymi postanowieniami SIWZ, a przede wszystkim wzoru umowy, że powyższe – tj. określony w ofercie i podlegający ocenie w ramach przyjętego kryterium oceny ofert stan zatrudnienia – będzie również weryfikował u wybranego w postępowaniu wykonawcy, także na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, poprzez wymóg składania przez wykonawcę comiesięcznych raportów w tym zakresie pod groźbą nie przyjęcia od niego faktury za realizację usług oraz pod groźbą zapłaty kar umownych.

#### **142. Sygn. akt: V Ca 533/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 czerwca 2013 r.**

Bezsporne jest, iż istnieją różne sposoby podawania wartości liczb – możliwe jest zaokrąglanie ich wartości (zgodnie z matematycznymi zasadami), bądź też podanie ich wartości bez zaokrąglania (poprzez pominięcie cyfr znajdujących się na dalszych miejscach). Żadna z tych metod nie jest obowiązująca, ani dominująca. Nie ma także ustawowego obowiązku dokonywania obliczeń według jednego, ustalonego wzorca. Czasami ustawodawca reguluje zasady ustalania wartości liczb, przykładowo w procedurze cywilnej liczby zaokrągla się w górę do pełnego złotego, ale taki sposób liczenia wynika wprost ze sformułowania ustawowego. W postępowaniu dotyczącym zamówień publicznych nie ma żadnych postanowień odnośnie sposobu liczenia punktacji, pozostawiając tę kwestię arbitralnej decyzji zamawiającego.

W niniejszej sprawie zamawiający przyjął zasadę, iż punktacja będzie ustalana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (bez zaokrąglania wartości) i według tej samej zasady ustalił punktacje wszystkich wykonawców. Nieistotne jest przy tym, w jaki sposób liczono punkty w innych zamówieniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego, istotne jest jedynie, jaki sposób wyliczania punktacji przyjął zamawiający w tym konkretnym zamówieniu w stosunku do wszystkich oferentów. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność podnoszona przez skarżącego, iż „zaokrąglanie” jest dokładniejszą metodą, a uzyskana w ten sposób liczba podana jest z największym przybliżeniem. Zamawiający nie zdecydował się na zaokrąglanie, nie zawarł także w SIWZ zapisu, że ustalona liczba punktów powinna być podana jak najdokładniej, by zminimalizować błąd. Zamawiający w tym konkretnym zamówieniu przyjął najprostszy i nie budzący wątpliwości (przynajmniej teoretycznie sposób liczenia), który wymagał jedynie dokonania prostej czynności technicznej polegającej na pominięciu dalszych cyfr.

#### **Art. 91c**

#### **143. Sygn. akt: KIO 530/15, Wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2015 r.**

Stosownie do brzmienia tego artykułu, [art. 91c ust. 3 ustawy Pzp – *przyp. red.*] Zamawiający zobowiązany był do przekazywania na bieżąco w toku aukcji elektronicznej Wykonawcy informacji o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. W sytuacji, gdy w toku aukcji została złożona oferta korzystniejsza niż oferta Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był do poinformowania Odwołującego o złożeniu

takiej oferty niezwłocznie po jej złożeniu, w trakcie trwania aukcji elektronicznej, co umożliwiłoby Odwołującemu reakcję w postaci złożenia kolejnego postąpienia. Zamawiający naruszając dyspozycję powyżej przytoczonego przepisu, uniemożliwił Odwołującemu reakcję w postaci złożenia kolejnego postąpienia, a tym samym naruszył zasady aukcji elektronicznej.

### **Art. 92 ust. 1**

#### **144. Sygn. akt: KIO 652/15, Wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2015 r.**

Izba uznała, iż uzasadnienie jakie przedstawił Zamawiający dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie zawierało wskazania na okoliczności faktyczne, z których wynikać miałyby, iż oferta jest sprzeczna z ustawą, niezgodna z treścią siwz, a wykonawca dokonał niedozwolonej modyfikacji treści oferty po jej otworzeniu. Jedyne rozwinięcie – poza przywołaniem brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, zawierało się w stwierdzeniu, iż wykonawca nie potwierdził wykonania zamówienia zgodnie z ofertą, a uzupełnionymi dokumentami wprowadził istotne zmiany do treści oferty. Z tak lakonicznego stwierdzenia nie można ustalić w jakim elemencie oferta nie potwierdza wykonania zamówienia w sposób wymagany przez Zamawiającego w siwz – brak jest przywołania konkretnej treści oferty i wymagania, z którym oferta ta miałaby pozostawać w sprzeczności, nie wiadomo również na czym polegać miałyby zmiana oferty dokonana uzupełnionymi dokumentami. Dopiero z odpowiedzi na odwołanie i argumentacji prezentowanej na rozprawie możliwe było uzyskanie tych informacji. Izba nie przychyliła się do stanowiska, iż Odwołujący mógł i powinien był domyślić się (jako profesjonalista), w czym Zamawiający upatruje podstawy do odrzucenia oferty. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wyjaśnienia przyczyn, które zdecydowały o odrzuceniu oferty, czy też wykluczeniu wykonawcy z postępowania. To Zamawiający, a nie wykonawcy podejmują czynności w postępowaniu, a zatem nie można przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za uchybienia leżące po stronie Zamawiającego.

#### **145. Sygn. akt: KIO 1117/15, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015 r.**

Podkreślenia wymaga, że uzasadnienie a także podstawa prawna dokonanej przez Zamawiającego czynności pozostawia daleko idący niedosyt informacyjny, co do tego uzasadnienia, co czyni zasadnym zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy. Uzasadnienie to, przytoczone poniżej w całości, ma następującą treść: „Parametry techniczne oferowanej trawy są niezgodne z wymaganymi parametrami określonymi w SIWZ. przedstawiono próbkę trawy zasypowej, co czyni treść oferty nie odpowiadającej treści SIWZ. Zgodne z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, oferta podlega odrzuceniu”. Tak zaprezentowane uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać – z jednej strony – za bardzo lakoniczne i ogólnikowe, sprowadzające się w istocie nie tyle do uzasadnienia dokonanej czynności, co do komunikatu o losach oferty. Powyższy wniosek potwierdza przebieg rozprawy, na której argumentacja prezentowana przez strony sięgała kwestii rozważenia zaoferowanego produktu przez pryzmat równoważności, co jednak w żadnej mierze nie znalazło odzwierciedlenia w spornym uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty. Podkreślenia przy tym wymaga, że oprócz nałożonego na zamawiającego wymogu związanego z powiadomieniem wykonawców o najistotniejszych decyzjach i okolicznościach w postępowaniu, przepis art. 92 ust. 1 ustawy umożliwia wykonawcom uzyskanie informacji o przyczynach odrzucenia ofert lub wykluczenia wykonawców. Ta wiedza wykonawców może stać się podstawą do rozważenia wniesienia odwołania. Uzasadnienie faktyczne czynności powinno więc wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Tylko bowiem czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia doku-

mentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny.

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

#### **146. Sygn. akt: KIO 1220/15, Wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2015 r.**

Co istotne, Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu nie odniósł się konkretnie do sposobu naruszenia obowiązków zawodowych, wskazując jedynie, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania wykonał nienależycie zamówienie oraz nie wykonał w całości zleconego zamówienia. Tym samym, oprócz ogólnikowego stwierdzenia, Zamawiający nie wskazał, w czym przejawiało się to zamierzone działanie, jak również nie podał, co stanowi o tym, iż zamówienie zostało wykonane nienależycie czy też, że nie zostało wykonane w całości. Nie odniósł się również do jakichkolwiek dokumentów, z których Odwołujący mógł ewentualnie poznać takie informacje. Ponadto, Zamawiający nie uzasadnił, co pozwoliło mu uznać, że naruszenie przez Odwołującego obowiązków zawodowych było zawinione i poważne. Nie wskazał również na czym polega szkoda Zamawiającego, o której jest mowa w zawiadomieniu o wykluczeniu, stwierdzając jedynie ogólnikowo, że Odwołujący nie naprawił szkód powstałych w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych ani nie zobowiązał się do ich naprawienia.

Powyższe wskazuje, iż zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia nie zawiera jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego podjętej przez Zamawiającego decyzji. W ocenie Izby nie przekonujące są również dowody z dokumentów przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie, mające dowodzić tezy, że Odwołujący posiadał wiedzę co do faktycznych podstaw wykluczenia, jak i argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie w tym zakresie. To Zamawiający był zobowiązany do wyczerpującego podania motywów podjętej przez siebie decyzji w zawiadomieniu o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, gdyż uzasadnienie tej decyzji, jak wskazano powyżej, warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej, w tym umożliwia prawidłowe sformułowanie zarzutów, którymi Izba jest związana – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp stanowiącego, iż: Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stanowisko Zamawiającego przedstawione w ramach odpowiedzi na odwołanie, jak i w trakcie rozprawy w dniu 19 czerwca 2015 roku, wyjaśniające motywy podjętej decyzji w przedmiocie wykluczenia Odwołującego w oparciu o przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp i odnoszące się do konkretnych okoliczności faktycznych, należało uznać

za niedopuszczalne rozszerzenie podstawy faktycznej wykluczenia, a nie za dodatkową argumentację stanowiącą rozwinięcie przedstawionego uzasadnienia, ponieważ samo uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie zawierało odniesienia do jakichkolwiek konkretnych okoliczności faktycznych, uzasadniających zastosowanie tego przepisu. Być może, Odwołujący mógł domniemywać, na podstawie posiadanych dokumentów, w oparciu o jakie okoliczności faktyczne, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu go z postępowania. Jednak okoliczności te pozostawałyby jedynie w sferze domysłów. Z uwagi na konsekwencje jakie niosą ze sobą przepisy obowiązującego prawa – choćby w zakresie konieczności precyzyjnego formułowania zarzutów podnoszonych w odwołaniu wobec brzmienia art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – podkreślić stanowczo należy, że podstawa zarówno faktyczna, jak i prawna powinna wynikać z zawiadomienia o wykluczeniu, a nie można przerzucać na wykonawcę, konieczności domyslenia się, jakie motywy kierowały Zamawiającym przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu i w związku z tym konieczności formułowania zarzutów niejako „w ciemno”, opartych wyłącznie na domysłach.

#### **147. Sygn. akt: KIO 1262/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r.**

(...) ze względu na doniosłość czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy jej uzasadnienie musi być precyzyjne, a nadto nie może pozostawiać wątpliwości co do okoliczności, które legły u podstaw uznania, że konieczne było wyeliminowanie oferty danego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przyczyny wskazane w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty stanowią – w razie zakwestionowania tej czynności w drodze środka ochrony prawnej – ramy sporu, który strony toczą przed Izbą, a nadto wyznaczają zakres jej kognicji w postępowaniu odwoławczym. Czynność odrzucenia oferty podlega ocenie w oparciu o wskazane na jej uzasadnienie powody i nie jest dopuszczalne następcze, dokonywane już po wniesieniu odwołania, rozszerzanie, czy uzupełnianie podstaw odrzucenia oferty. Przyjęcie odmiennego zapatrywania konstytuowałoby stan nierówności stron postępowania odwoławczego, zmuszając odwołującego do ustosunkowywania się do argumentów zamawiającego, które uprzednio nie były mu znane, a nadto nie legły u podstaw zaskarżonej czynności. Co istotne, ciężar dowodu w odniesieniu do podstaw odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, jako stornie postępowania odwoławczego, która z określonego twierdzenia o ofercie wykonawcy wywodzi skutek prawny w postaci jej odrzucenia.

#### **Art. 93 ust. 1 pkt 4**

#### **148. Sygn. akt: KIO 961/15, Wyrok KIO z dnia 22 maja 2015 r.**

Art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp statuuje obowiązek unieważnienia postępowania przez Zamawiającego, jeżeli nie może on zwiększyć środków finansowych na realizację zamówienia. Obowiązek ten odpada jedynie wówczas, gdy zamawiający może w ramach swoich możliwości finansowych zwiększyć kwotę, którą uprzednio zagwarantował na to konkretne zamówienie, a ocenę tych możliwości należy przypisać zamawiającemu. Jedynie bowiem zamawiający jest w stanie (będąc za to odpowiedzialnym), znając całość zaplanowanych przez siebie zadań i stan ich realizacji, zweryfikować możliwy do udźwignięcia poziom środków finansowych (zwiększenie środków finansowych) pozwalających na realizację konkretnego zamówienia, zaś ingerencja Odwołującego ponad kwotę zagwarantowaną (podaną jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) w skrajnym przypadku doprowadziłaby do bezprawnego zastępowania Zamawiającego w realizacji jego ustawowych zadań bez przejścia przez podmiot ingerujący odpowiedzialności za zadania i budżet Zamawiającego.

Konstrukcja i treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – według oceny Izby – nie nakłada na Zamawiającego bezwzględne obowiązku zwiększenia brakującej kwoty dofinansowania,



lecz daje Zamawiającemu uprawnienie do poszukiwania dodatkowych środków finansowych. W konsekwencji bezpodstawnym jest oczekiwanie, że Zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków finansowych. Nie znajduje bowiem oparcia w przepisach badanie budżetu zamawiającego, nakazywanie dokonania mu jakichkolwiek przesunięć w budżecie, dokonania jednych zakupów kosztem drugich albo nakazywanie wydania na dane zamówienie kwoty, którą zamierzał wydać na inne zamówienie. Tym samym żądanie Odwołującego, aby Zamawiający wykazał podczas postępowania odwoławczego, iż nie ma dodatkowych środków na realizację zamówienia nie ma żadnego oparcia w przepisach ustawy Pzp.

W ocenie Izby z treści art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie sposób wywieść jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałyby na zobowiązanie Zamawiającego, do zwiększenia środków na sfinansowanie zamówienia. To Zamawiający, nie wykonawca, ponosi wyłączną odpowiedzialność za gospodarowanie środkami publicznymi w sposób celowy i oszczędny i skoro według jego oceny nie ma obecnie możliwości zwiększenia środków na realizację zamówienia, to nie można mu robić z tego powodu zarzut.

#### **149. Sygn. akt: KIO 1132/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r.**

Dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 93 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje okoliczności, w których zamawiający może unieważnić postępowanie, a więc nie zrealizować podstawowego celu postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego. Skonkretyzowanie przesłanek unieważnienia postępowania oprócz tego, że wykreowało uprawnienie zamawiającego do unieważnienia postępowania, to jednocześnie określiło granice podjęcia decyzji w tym przedmiocie, co w konsekwencji stwarza dla wykonawców gwarancję, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie będą w sposób dowolny unieważniane, a jedynie wystąpienie przyczyn, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp, może leć u podstaw rzeczowego unieważnienia. Skoro ustawodawca zdecydował się na wskazanie przesłanek unieważnienia postępowania i tym samym stworzył narzędzie, które stanowi wyjątek od reguły, że prowadzenie postępowania winno zmierzać do zawarcia umowy, nie budzi wątpliwości, że powody uzasadniające unieważnienie postępowania powinny być wykładane ściśle.

Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Celem art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest uniknięcie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający posiada dodatkowe środki pieniężne na wykonanie zamówienia i może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Co do zasady przesłankę unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnieść należy do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert. Zasadą wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest to, że zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie tego przepisu, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 ustawy Pzp (podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert).

Redakcja wskazanego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że jedynie w sytuacji, w której cena oferty najkorzystniejszej albo oferta z najniższą ceną przekracza budżet zamawiającego, przeznaczony na realizację zamówienia i zakomunikowany przed otwarciem ofert, zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania. Wskazany przepis nie pozostaje w jakiegokolwiek relacji z przepisem art. 32 ust. 1 ustawy Pzp. Ustalenie wartości zamówienia ma na celu wstępne oszacowanie kosztów związanych z realizacją zamówienia i określenie zdolności

finansowej zamawiającego w tym zakresie. Jednocześnie ustalenie wartości zamówienia pozostaje zazwyczaj w korelacji z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która z jednej strony wyznacza możliwości finansowe zamawiającego związane z wykonaniem zamówienia, z drugiej strony stanowi o wartości rynkowej zamówienia. Podanie kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia przed otwarciem ofert ma to doniosłe znaczenie, że zamawiający zapoznawszy się z ceną ofert już po ich otwarciu nie ma możliwości, co do zasady wycofania się z decyzji o sfinansowaniu zamówienia do poziomu, który określił przed otwarciem ofert. Jednocześnie podkreślenia wymaga, że to sam zamawiający określa kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Rozwiązanie to ma gwarantować zachowanie transparentności postępowania i zapobiec określonym manipulacjom ze strony zamawiającego w tym aspekcie, a w konsekwencji nie dopuścić do podejmowania dowolnych decyzji co do unieważnienia postępowania.

### **150. Sygn. akt: KIO 1408/15, Wyrok KIO z dnia 14 lipca 2015 r.**

Jak wynikało z notatki służbowej z posiedzenia komisji przetargowej, ceny wszystkich ofert są wyższe od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Komisja zwróciła się o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Skoro ustalenia komisji zostały zatwierdzone przez upoważnioną do podejmowania wiążących decyzji osobę, to należało stwierdzić, że Zamawiający nie zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia wyższej kwoty, aniżeli (...) zł widniejącej w protokole postępowania i podanej wykonawcom na otwarciu ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że oświadczenie kierownika zamawiającego należało traktować z pełną powagą jako w pełni miarodajne i wyrażające zamiar i możliwości Zamawiającego. Podkreślenia bowiem wymaga, że kwota podawana na otwarciu ofert jako ta, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom, do jakiego Zamawiający jest zobligowany wobec wykonawców podejmować działania zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty. Celem postępowania o zamówienie publiczne nie jest nabycie przez jednostkę przedmiotu postępowania „za wszelką cenę”, ale nabycie go w warunkach własnej kalkulacji i założonego budżetu na dany cel, co mieści się w autonomii jednostki dokonującej nabycia określonych rzeczy lub praw. Decyzja, wyrażająca zamiar nabycia określonego przedmiotu, tak jak każda decyzja podejmowana w warunkach rynkowych przez podmioty komercyjne, zawiera w sobie wyznaczone przez nabywcę granice, w jakich będzie się poruszał, w tym granice finansowe, do jakich jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Nie sposób więc obligować Zamawiającego do poddawania każdorazowo, gdy cena oferty przekroczy tak wyznaczony próg, analizie swoich możliwości finansowych, ponad wolę nabycia przedmiotu zamówienia za określoną cenę. Zwiększenie tak założonego budżetu jest każdorazowo odstępstwem od pierwotnego zamiaru, a nie zasadą. Zasadą jest zatem, że Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia tylko do kwoty, jaką podał na otwarciu ofert jako ta, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Do sfery uprawnień Zamawiającego należy decyzja co do zmiany wcześniejszego zamiaru, będącego wynikiem złożonego i sformalizowanego procesu decyzyjnego, wyrażonego na etapie przygotowania postępowania i zwykle – w gospodarce finansowej jednostek wchodzących w skład sektora publicznego – ściśle osadzony w planach finansowych opracowanych w perspektywie długookresowej, podlegających zatwierdzeniu przez jednostki nadrzędne. Trzeba przy tym pamiętać, że Zamawiający – jednostka sektora finansów publicznych działa pod presją nie tylko postulatu działania celowego, ale także działania gospodarnego. Oznacza to tyle, że jeśli w postępowaniu złożono oferty z cenami nie mieszczącymi się w założonym budżecie, zaś Zamawiający nie działa w warunkach pilnej potrzeby nabycia przedmiotu zamówienia, nie jest zobligowany do skorzystania z każdej oferty dostępnej na rynku, w tym droższej od zamierzonego poziomu cenowego.

Skoro zatem Zamawiający nie zwiększył kwoty finansowania wobec pierwotnego zamiaru, czego wyrazem byłby wybór oferty najkorzystniejszej, to oznacza, że nie odstąpił od swego pierwotnego zamiaru. W tej sytuacji okoliczność, iż w decyzji o unieważnieniu postępowania brak było wzmianki o braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty najkorzystniejszej lub najniższej oznaczała tylko tyle, że Zamawiający takiej możliwości nie widział i ze swego uprawnienia nie skorzystał.

#### **151. Sygn. akt: KIO 1375/15, KIO 1391/15, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2015 r.**

W świetle normy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający nie musiał w tym przypadku unieważniać postępowania o udzielenie zamówienia w poszczególnych częściach, ale mógł przeznaczyć dodatkowe kwoty na sfinansowanie zamówienia. Z powołanego przepisu nie wynika jednak wcale, iż musiał podnosić ww. kwotę, tj. szukać dodatkowych środków, dokonywać budżetowych przesunięć, czy innych zmian planów w celu podniesienia kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a na dodatek udowadniać, że nie mógł tego zrobić. (...)

Sprawą Zamawiającego więc pozostaje czy kwoty oszczędzone faktycznie na innych zamówieniach, zechciał przeznaczyć na podniesienie kwoty, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którego odwołanie dotyczy – czy też wolał wydać te pieniądze na inne statutowe cele. Nie jest rolą wykonawców i organów orzekających w sprawie zamówień publicznych – bez wyraźnej podstawy prawnej w tym zakresie – decydowanie za zamawiającego w jaki sposób winien gospodarować swoimi środkami oraz orzekanie o jego możliwościach finansowych.

#### **152. Sygn. akt KIO 1587/15, KIO 1589/15, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r.**

Izba zważyła, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Co do zasady kwota podawana przez Zamawiającego na otwarciu ofert, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom kosztu, który zamawiający planuje ponieść na realizację zamówienia. Kwota ta jest skorelowana z wartością zamówienia szacowaną przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu nabycie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w granicach dokonanej przez niego kalkulacji i budżetu założonego na dany cel. Zamawiający nie musi być zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia za cenę odbiegającą znacznie od ceny rynkowej lub za cenę, która w istotny sposób przewyższa granice finansowe, do jakich Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podwyższenie środków może w pewnych sytuacjach stanowić decyzję nieopłacalną wręcz narażającą zamawiającego na duże nieekonomiczne wydatki. Zasadą jest, że zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia do kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał na otwarciu ofert. W przedmiotowym postępowaniu zamiar nieprzekroczenia budżetu na dane zadanie nie budzi wątpliwości – wynika on z faktu, że Zamawiający otrzymał konkretną ilość środków na dane zamówienie na mocy decyzji organu państwa.

Ponadto, Izba zważyła, że cena oferty w okresie podstawowym jest znacząco wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie ma zatem obowiązku zabiegania o zmianę decyzji i zwiększenia środków na realizację zamówienia. Zwiększenie środków do ceny oferty najkorzystniejszej jest wyłącznie uprawnieniem zamawiającego.

**153. Sygn. akt: VI Ga 23/14, Wyrok SO w Koszalinie z dnia 16 kwietnia 2014 r.**

Spór w niniejszej sprawie, jak wnosić można z treści norm prawnych, których naruszenie zarzuca zamawiającemu skarżący, zdaje się koncentrować przede wszystkim wokół przesądzenia, czy podstawę ustalenia, że Zamawiający może na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia częściowego, stanowić powinna kwota przeznaczona na sfinansowanie zadania częściowego, czy też globalna kwota zamówienia ustalona zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp. Innymi słowy, konkretyzując problem dla stanu z niniejszej sprawy; czy zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia częściowego, gdy oferta najniższa przekracza kwotę 704.977,45 zł przeznaczoną na sfinansowanie zadania częściowego nr 2, czy też uprawnienie takie służyłoby mu jedynie wówczas, gdy oferta skarżącego przekroczyłaby globalna wartość zamówienia (bez podatku VAT), tj. kwotę 5.755.754,64 zł.

Sąd Okręgowy nie podziela interpretacji art. 93, którą zdaje się lansować skarżący. Istotą uprawnienia zamawiającego wpisanego do art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest zapobieżenie zaciąganiu przez zamawiających zobowiązań przekraczających ich możliwości finansowe określone w różnego rodzaju planach finansowych konstruowanych przez te jednostki zgodnie z ustawą o finansach publicznych, czy też zgodnie z jakimikolwiek obowiązującymi je przepisami. Zwrócić należy uwagę, iż już z brzmienia art. 93 ust. 2 ustawy Pzp wynika, iż jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio". Tym samym ustawodawca odniósł reguły opisane w art. 93 ust. 1, dotyczące zamówienia nie dzielonego na części, odpowiednio do każdego z postępowań o udzielenie zamówienia częściowego z osobna. (...). Rozwiązanie to wydaje się logiczne już choćby z tego względu, iż odnoszenie kwoty, jaką zamawiający przewiduje na sfinansowanie jednego z zamówień częściowych do globalnej kwoty przewidzianej na sfinansowanie całego zamówienia mogłoby zagrozić zobowiązaniom wynikającym z przetargów na pozostałe wyodrębnione części zamówienia, a tym samym godzić w prawa innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia.

Dla ustalenia kwoty, którą zamawiający chce przeznaczyć na realizację zamówienia częściowego bez znaczenia jest wartość zamówienia określona zgodnie z wymogami art. 32 ustawy Pzp. Wartość zamówienia ma znaczenie jedynie dla ustalenia reguł, które obowiązują zamawiającego przy wszczęciu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia i pozostaje w luźnym związku z kwotą, którą zamawiający przewiduje na sfinansowanie zamówienia częściowego. Nakaz sumowania wartości zamówień częściowych wynikający z art. 32 ustawy Pzp ma jedynie stanowić zabezpieczenie przed wadliwymi praktykami zaniżania wartości zamówień (poprzez dzielenie je na części) w celu pominięcia procedur wymaganych przez ustawę. (...)

Zatem dla ustalenia, czy zamawiającemu służy uprawnienie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do zamówienia częściowego znaczenie ma jedynie kwota podana przez niego przed otwarciem ofert.

**Art. 93 ust. 1 pkt 6****154. Sygn. akt: KIO 686/15, Wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2015 r.**

Izba zważyła, iż celem postępowania o udzielenie zamówienia jest zawarcie umowy przez wybór najkorzystniejszej oferty, zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to swoiste przyrzeczenie zawarcia umowy, od którego zamawiający może zostać zwolniony tylko na podstawie przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp; nie jest w związku z tym możliwe zrezygnowanie z prowadzenia postępowania bez podania uzasadnionych przyczyn przewidzianych prawem.

Z uwagi na fakt, iż unieważnienie postępowania jest decyzją zamawiającego, to na nim spoczywa obowiązek udowodnienia zaistnienia przesłanki, na którą się powołuje. W doktry-

nie prezentowany jest jednolity pogląd, iż w sytuacji, gdy zamawiający powołuje się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako przyczynę unieważnienia postępowania, zobowiązany jest wykazać rzeczywiste, kumulatywne zaistnienie przywołanych w ww. przepisie podstaw, tj. wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Przede wszystkim zatem, dla możliwości unieważnienia postępowania na ww. podstawie, zaistnieć musi zmiana okoliczności (nie tylko możliwość zaistnienia takiej zmiany) na tyle znacząca, iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. W tym miejscu rozważyć należy jak powinno być interpretowane pojęcie interesu publicznego. Zgodnie z uchwałą Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.

Z kolei Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 10 lipca 2002 r. orzekł, iż nie można postawić znaku równości pomiędzy interesem publicznym a brakiem środków na realizację przedsięwzięcia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia. Inne niż wynikające z ogłoszonego postępowania potrzeby zamawiającego i zachodząca w związku z tym konieczność ograniczenia wydatków na nabycie przedmiotu zamówienia nie może być samoistną przyczyną unieważnienia postępowania. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny może powodować, iż środki nań przeznaczone nie powinny być wydane, a zamówienie nie powinno być udzielone. Interes publiczny musi być przy tym na tyle istotny, aby uzasadniał jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania.

### **155. Sygn. akt KIO 1089/15, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2015 r.**

Aby dokonać prawidłowej analizy art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy w pierwszej kolejności należy ustalić, czym jest interes publiczny. Izba w tym zakresie w pełni podziela i przyjmuje za własną wykładnię tego pojęcia dokonaną przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. sygn. akt W 8/96, gdzie określono, że jako interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego. Definicję interesu publicznego w ujęciu bardziej funkcjonalnym prezentują sądy administracyjne i tak Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt II SA/Wa 488/10 stwierdził, że interes publiczny jest pojęciem niedookreślonym, nieposiadającym zwartej, zapisanej formuły na gruncie obowiązującego prawa. Interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w granicach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu. Podobnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 22 lutego 2006 r., sygn. akt II SA/Wa 1720/05 stwierdził, że ustalenie interesu publicznego następuje w kontekście różnego rodzaju zdarzeń społecznych, politycznych, gospodarczych. Za sprawę szczególnie istotną dla interesu publicznego należy uznać taką, która – ze względu na rodzaj, czas, miejsce, sposób, okoliczności rozstrzygnięcia i późniejszej realizacji – w istotnym zakresie wpływa lub może wpływać na wykonywanie przez podmioty władzy publicznej (w tym także inne osoby i jednostki organizacyjne w zakresie, w jakim współuczestniczą w procesie wykonywania władzy publicznej gospodarują majątkiem Skarbu Państwa) ich uprawnień i obowiązków.



Podstawowym elementem pozwalającym na właściwe uzasadnienie szczególnego interesu publicznego jest więc wykazanie, że działanie organów i innych podmiotów realizujących zadania publiczne wywołało lub będzie wywoływało skutki dla potencjalnie dużego kręgu adresatów.

### **156. Sygn. akt KIO 1500/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r.**

Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując jako podstawę przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Przesłanka, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp zachodzi w sytuacji, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności: 1) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, oraz 2) istotnej zmiany okoliczności której nie można było wcześniej przewidzieć. Wskazane przesłanki muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. Przesłankę wystąpienia istotnej zmiany okoliczności należy zaliczyć do kategorii przesłanek zobiektywizowanych. Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności, które wystąpiły w postępowaniu Zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, ponadto interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem Zamawiającego. Na Zamawiającym ciąży zatem obowiązek wskazania, o jaki interes publiczny chodzi oraz wykazania, że jest on na tyle ważny, że postępowanie musi być unieważnione. Naruszeniem interesu publicznego nie będą zdarzenia powstałe wskutek niedbalstwa czy braku profesjonalizmu Zamawiającego. Dla możliwości umorzenia postępowania o udzielenie zamówienia z przesłanki z pkt 6 ww. przepisu art. 93 ust. 1 Pzp. konieczne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Przepis ten może dotyczyć sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności, już po wyborze najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowaniu warunków zamówienia, wykonanie zamówienia będzie niecelowe lub wiązać się będzie z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym – dotyczy zatem zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach. (...)

Zamawiający dla wykazania spełnienia przesłanek dla unieważnienia postępowania wskazuje przede wszystkim na zmianę przepisów powszechnie obowiązującego prawa, a konkretnie wejścia w życie z dniem 1 lipca 2015 roku ustawy o obligacjach (Dz. U z 2015 r. poz. 238). Podkreślenia w tym zakresie wymaga w szczególności fakt, że ustawa ta została uchwalona w dniu 15 stycznia 2015 roku i opublikowana w Dzienniku Ustaw w dniu 20 lutego 2015 roku. Tym samym poza sporem jest fakt, że treść tej ustawy była (mogła być znana) Zamawiającemu już od daty jej publikacji. Dlatego też jakiegokolwiek rozważania, iż ustawa mogła nie wejść w życie, czy mogła zostać jeszcze zmieniona przed tą datą – jak podnosił na rozprawie Zamawiający nie mają znaczenia, gdyż przed wszczęciem przedmiotowego postępowania, Zamawiającemu i innym podmiotom były znane planowane od 1 lipca 2015 roku zmiany w ustawie o obligacjach. Ponadto zmiana okoliczności – jak stwierdził w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 lipca 2011 roku Sąd Okręgowy w Warszawie sygn. akt V Ca 772/11 musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. W tym przypadku zmiana przepisów była znana Zamawiającemu od kilku miesięcy przed wszczęciem postępowania, a ponadto trudno tą zmianę uznać za zmianę istotną, gdyż w żaden sposób nie została ograniczona możliwość wyboru sposobu finansowania działalności Gminy, gdyż w tym zakresie Zamawiający mógł poza bankiem X skorzystać także z usług innych banków czy instytucji finansowych. (...)

Nie została spełniona także kolejna przesłanka wystąpienia ważnego interesu publicznego, który uzasadniałby unieważnienie tego postępowania. Powołanie się na tę przesłankę unieważnienia wymaga od Zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem interesu publicznego, który nie musi być tożsamy z interesem Zamawiającego. Dopiero wykazanie, że wykonanie zamówienia będzie godzić w interes publiczny, może powodować, że zamówienie nie powinno być udzielone. Ponadto nie zawsze interes publiczny musi przeważać nad

interesem indywidualnym. Aby taka sytuacja miała miejsce, interes publiczny musi być na tyle istotny, że niezbędne jest jego postawienie przed indywidualnym interesem uczestników postępowania. (...)

Podkreślenia wymaga fakt iż stosownie do treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp unieważnienie postępowania może nastąpić ze względu na wykazany interes publiczny, taki, który sprawia, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew temu interesowi. Sama możliwość zaoszczędzenia na wydatkach na realizację przedmiotu zamówienia, nie może być z powodu możliwości przeznaczenia zaoszczędzonych środków na cele społeczne, utożsamiana z wystąpieniem przesłanki interesu publicznego uzasadniającego unieważnienie postępowania. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 22 września 2009 roku sygn. III CA 418/09 stwierdzić należy, że możliwość zmniejszenia wydatków przez zamawiającego na realizację zamówienia nie świadczy jeszcze o tym, że wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Nie można automatycznie utożsamiać interesu publicznego z interesem ekonomicznym zamawiającego.

### Art. 93 ust. 1 pkt 7

#### 157. Sygn. akt: KIO 830/15, Wyrok KIO z dnia 6 maja 2015 r.

W ocenie Izby tak opisanego terminu „30 kwietnia 2015 r.” nie można kwalifikować, jako terminu orientacyjnego, a tylko wyłącznie jako termin nieprzekraczalny. Tym samym termin 30 kwietnia 2015 r., wobec wskazanych postanowień Ogłoszenia i formularza umowy należy uznać w tym postępowaniu za przedmiotowo istotny składnik ze względu na zasadniczy jego charakter dla tego postępowania i w konsekwencji składnik przedmiotowo istotny (*essentialia negotii*) umowy zawartej po przeprowadzeniu tego postępowania. Zatem, tak jak słusznie zauważył Zamawiający, w oparciu o stan faktyczny sprawy, nie było możliwe zawarcie ważnej umowy, w której świadczenie wykonawcy wynikające z umowy byłoby tożsame z jego zobowiązaniem zawartym z ofercie, zgodnie z którym wykonawca X zobowiązał się uruchomić system (...) do dnia 30 kwietnia 2015 r. Z okoliczności tej sprawy, bezspornie zdaniem Izby wynika, że przyczyn technicznych i organizacyjnych wykonawca X nie miał możliwości [tym bardziej nie miał w dniu 6 maja br.] spełnienia zobowiązania wynikającego z oferty, a mianowicie uruchomienia systemu (...) do dnia 30 kwietnia 2015 r. co przyznał w toku rozprawy, wskazując nawet na termin 10-u tygodni niezbędny dla wykonania prac poprzedzających uruchomienie systemu. Sugerowane przez Odwołującego rozwiązanie, zawarcia umowy, a następnie aneksu porządkującego oraz ustalającego racjonalny i możliwy (zgodny z pozostałymi postanowieniami umownymi) termin wykonania jednego z etapów Umowy – uruchomienia systemu rowerowego” prowadziłoby w konsekwencji, do niedopuszczalnego obejścia przepisów prawa, i naruszenia zarówno zakazu, o którym mowa chociażby w art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego nie jest możliwe dokonywanie (...) istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany”. Jak wskazano w tym postępowaniu specyfikacja nie przewidywała zmiany terminu [30 kwietnia 2015 r.] uruchomienia systemu (...). Dokonanie zatem zmiany spornego terminu powodowałoby w konsekwencji do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwagi na zasadniczy charakter tego warunku.

#### 158. Sygn. akt KIO 1294/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r.

Unieważnienie postępowania udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest obligatoryjne, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego. Przywołany przepis w swojej dyspozycji, wskazując na nieusuwalną wadę postępowania, odwołuje się do podstaw unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje bowiem, że dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu, jeżeli – w sytuacji ewentualnego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w takim postępowaniu – doszłoby do zawarcia umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się choćby jednej z katalogu bezwzględnych przesłanek nieważności umowy, określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Orzecznictwo wypracowało spójną linię orzeczniczą, w oparciu o którą umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu w sytuacji wypełnienia się szczególnej przesłanki wynikającej z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. W przepisie tym określone zostało uprawnienie procesowe dla Prezesa UZP do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnieniu umowy. Ustawodawca w tym przepisie jednak zawarł również przesłankę materialną takiego wystąpienia o unieważnieniu umowy, tj. takiego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca zatem przewidział, że umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega także unieważnieniu, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do określonego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Wskazana okoliczność jako podstawa do unieważnienia umowy, powinna również stanowić podstawę rozważenia przez zamawiającego w postępowaniu w konkretnej sytuacji, przed czynnością zawarcia umowy, czy nie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko i wyłącznie wskazane bezwzględne przesłanki do unieważniania umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 146 ust. 1 ustawy Pzp) oraz przesłanka naruszenia przepisów ustawy Pzp, które to naruszenie ma wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 6 ustawy Pzp) mogą stanowić podstawę oceny, czy dane postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu w oparciu o dyspozycję z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ocena okoliczności niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokonana przez Izbę, nie pozwala na stwierdzenie, iż – w przypadku ewentualnego zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego na zadanie nr 1 i 2 – umowy te podlegałyby unieważnieniu w oparciu o wskazane przepisy ustawy Pzp (art. 146 ust. 1 i ust. 6). W konsekwencji zatem – zdaniem Izby – brak było podstaw do unieważnienia postępowania w zakresie części pierwszej i drugiej zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. (...)

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający w sposób jednoznaczny i konkretny dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego. W opisie wskazanych warunków, w obydwu częściach zamówienia, Zamawiający określił wymogi dotyczące wykonawcy. W żadnym zapisie odnoszącym się do opisu warunków udziałów w postępowaniu Zamawiający nie wprowadził wymogu, aby wskazane warunki udziału w postępowaniu były spełnione przez każdego z osobna wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. We wszystkich zapisach SIWZ Zamawiający posługuje się w tym względzie określeniem: „wykonawca”. Stosownie zaś do art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zatem opis warunku odnoszący się do wykonawcy należy odpowiednio odnosić do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem w przypadku opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wystarczającym jest jeśli jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wykaże spełnienie określonego warunku, powyższe oznacza, że warunek spełnia w całości konsorcjum (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia). Tak też opis warunków w SIWZ w niniej-

szym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy odczytywać. Sporne postanowienie SIWZ (...), które stało się podstawą unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w części pierwszej i drugiej zamówienia stanowi szczególne regulacje SIWZ w zakresie żądania przez Zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Postanowienie to, w ocenie Izby, w ogóle nie zmienia opisu warunków udziału w postępowaniu i wskazanego powyżej sposobu ich spełniania właściwego dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W świetle tego postanowienia można powiedzieć, że Zamawiający jedynie oczekiwał od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przedłożenia odrębnie, przez każdego z konsorcjantów, określonego dokumentu (wykazu usług i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz wykazu osób). Dla wypełnienia tego formalnego wymogu SIWZ każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie mógł przedstawić odrębne wykazy, które mogą nawet nie zwierać żadnej merytorycznej treści (przykładowo, jak w toku rozprawy przed Izbą jeden z konsorcjantów Odwołującego przedłożył jako dowód w sprawie niewypełniony wykaz usług). Powyższe jednak w żadnej mierze nie może przekładać się na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Ta ocena powinna odbywać się wedle opisu warunków określonego przez Zamawiającego w Rozdziale (...) SIWZ oraz w świetle dyspozycji art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem nigdzie w SIWZ, ani w treści ogłoszenia o zamówieniu, w sposób wyraźny nie wprowadził wymogu, aby określony warunek wiedzy i doświadczenia czy osób zdolnych do wykonania zamówienia musiał spełniać wyraźnie jeden spośród wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym bardziej, aby określony warunek musieli spełniać wszyscy konsorcjanci. W tym zakresie nie ma również żadnego znaczenia sposób zapisu czy interpretacja zapisów SIWZ co do opisu warunków udziału w postępowaniu czy żądanych dokumentów w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, na które powoływał się w toku rozprawy przed Izbą Zamawiający. Ocenie Izby podlegają zapisy SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu sformułowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem tylko one odnoszą się do tego właśnie postępowania.

### **159. Sygn. akt: VII Ga 143/13, Wyrok SO w Kielcach z dnia 20 grudnia 2013 r.**

Zdaniem Sądu Okręgowego, jakkolwiek niewątpliwie mogła budzić wątpliwości treść pkt XIV 6 SIWZ, w którym zamieszczono zapis, że cena powinna być wyliczona przy zastosowaniu podatku VAT w wysokości 23% z jednoczesnym przywołaniem art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług, to w świetle udzielonej wykonawcom na ich pytania odpowiedzi w piśmie z 14.04.2013 r. treść SIWZ stała się jasna – możliwe jest zastosowanie 0 % stawki podatku VAT do pozycji, który podlegać może takiej stawce. Skoro zaś warunkiem możliwości zastosowania stawki w wysokości 0% jest uzyskanie potwierdzenia od organu nadzorującego daną placówkę oświatową możliwe do uzyskania dopiero po dokonaniu zamówienia u konkretnego wykonawcy, to Sąd Okręgowy nie podziela stanowiska KIO, że zamawiający w SIWZ zobowiązany był do określenia wszelkich danych niezbędnych do obliczenia stawki podatku łącznie z informacją, od której zależy potwierdzenie przez organ nadzorujący.

Sąd Okręgowy nie podziela także stanowiska KIO, że wskazywany brak informacji o warunkach określonych w art. 83 ust 1 pkt 26a w zw. z ust. 14 pkt 1 ustawy o podatku od robót i usług spełnia przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy o zamówieniach publicznych.

Nie ma bowiem podstaw, by uznać, że postępowanie było obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jakkolwiek zastosowanie właściwej stawki podatku VAT jako elementu cenotwórczego ma znaczenie dla wyboru ofert, to zawarcie umowy przy zastosowaniu niewłaściwie określonej stawki podatku VAT nie skutkuje nieważnością umowy.

### Art. 96 ust. 3 i 5

#### 160. Sygn. akt: KIO 606/15, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2015 r.

Po pierwsze – z art. 96 ust. 3 pzp wynika, że protokół wraz z załącznikami jest jawny, przy czym załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, a oferty już od chwili ich otwarcia.

Zamawiający ukrył przed Konsorcjum X istnienie w dokumentacji postępowania kart indywidualnej oceny ofert, choć z wniosku wynikało, że to właśnie one stanowią główny przedmiot zainteresowania wnioskodawcy.

Po drugie – zarówno z powyższego przepisu ustawy pzp, jak i przepisów wydanego na podstawie art. 96 ust. 5 pzp rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), w szczególności z § 5 ust. 1, wynika, że protokół wraz z załącznikami jest jawny dla wszystkich zainteresowanych i ma być udostępniony na ich wniosek. Przepisy te nie wiążą zatem w ogóle jawności i udostępniania dokumentacji postępowania ze statusem wykonawcy, czyli podlega ona udostępnieniu na wniosek każdej osoby, która będzie o to wnioskowała. Co więcej, według § 5 ust. 2 co do zasady wnioskodawca wybiera w jaki sposób chce się zapoznać z protokołem lub załącznikami do niego – przez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie kopii pocztą, faksem czy drogą elektroniczną.

Zamawiający, który zignorował ponawiane przez Konsorcjum X wnioski, w oczywisty sposób naruszył powyższe przepisy, które stanowią konkretyzację zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 pzp, która z kolei wiąże się z zasadą pisemności postępowania z art. 9 ust. 1 pzp. Obie te zasady służą zapewnieniu transparentności postępowania. W szczególności Zamawiający pod nieistniejącym pretekstem uniemożliwił zapoznanie się z załącznikami do protokołu, choć już nie mógł mieć żadnych wątpliwości co do tego, że wniosek dotyczył udokumentowania indywidualnej oceny koncepcji przez każdego z członków komisji.

### Art. 132

#### 161. Sygn. akt: XII Ga 479/13, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 21 listopada 2013 r.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zamawiający w przedmiotowej sprawie X Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. jest spółką komunalną w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 j.t), który stanowi, że ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: a) finansują je w ponad 50% tub b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Jest to okoliczność niesporna na gruncie przedmiotowej sprawy. Natomiast do tego rodzaju podmiotów znajdują zastosowanie przepisy o zamówieniach sektorowych. Przepis art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wyraźnie bowiem stanowi, iż przepisy tego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3, i ich związki oraz przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4, zwanych dalej „zamówieniami sektorowymi”, z zastrzeżeniem art. 3 ust. 1 pkt 5, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami. Zamawiający udzielający zamówień, o których mowa w ust. 1 pkt 4, stosują przepisy niniejszego rozdziału również do zamówień związanych z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków oraz dzia-



talnością związaną z pozyskiwaniem wody pitnej (art. 132 ust. 2). Biorąc pod uwagę, że przedmiotem zamówienia w analizowanej sprawie było „pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru dla przebudowy sieci kanalizacji sanitarnej w ulicach: (...) w (...) w ramach Projektu pn. Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w (...) oraz dla przebudowy sieci wodociągowej i przyłączy kanalizacji sanitarnej i przyłączy wody w ww. ulicach”, brak jest podstaw do podważenia faktu, że przedmiotem zamówienia była usługa związana z kanalizacją i oczyszczaniem ścieków. W konsekwencji czego przyjąć należy, iż przedmiot zamówienia mieścił się w pojęciu zamówienia sektorowego. Przy czym uczestnicy przetargu nie mogą dowolnie dokonywać wyboru w jakim trybie dane zamówienie zostanie rozstrzygnięte, albowiem przepisy ustawy o zamówieniach publicznych klasyfikuje poszczególne rodzaje zamówień i uczestnicy przetargu, w tym zamawiający, są tą klasyfikacją związani. Warunkiem bowiem powstania obowiązku stosowania rozdziału sektorowego jest udzielanie zamówienia w celu wykonywania jednego ze wskazanych w art. 132 rodzajów działalności. Przy czym zauważyć należy, że zobligowanie zamawiających sektorowych do udzielania zamówień na podstawie procedur zamówień publicznych nie zmierza do roztoczenia ochrony nad wydatkowaniem środków publicznych, tak jak ma to miejsce przy innych zamawiających. Uzasadnieniem objęcia podmiotów prowadzących działalność w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i poczty jest potrzeba zagwarantowania realnego otwarcia tych rynków dla swobodnego przepływu towarów oraz usług. Nadto podmioty te działają na podstawie przyznanych przez władze państwowe praw o charakterze szczególnym (koncesje, licencje, zezwolenia), co w wymiarze faktycznym również przyczynia się do zamknięcia rynków, na których funkcjonują.

#### Art. 139 ust. 1

#### 162. Sygn. akt: KIO 794/15, KIO 800/15, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2015 r.

(...) nie jest rolą Izby miarkowanie wysokości kary [dotyczy kar umownych wskazanych w siwz – *przypp. red.*], co ewentualnie może stanowić podstawę powództwa wnoszonego do sądu powszechnego. Skoro przewidziane kary dotyczą konkretnych obowiązków, jakie spoczywać będą na wykonawcy usługi, a do ich wskazania umocowują Zamawiającego przepisy ustawy, to po stronie wykonawcy pozostaje decyzja o tym, czy do postępowania przystąpić. Uprawnienia wykonawców w zakresie wpływu na warunki umowy ograniczają się do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a nie dotyczą sfery, która podlega swobodzie kształtowania przez strony (patrz wyrok SO w Gdańsku z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 314/11, wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08). Jak wskazał SO w Gdańsku, jeżeli określone ryzyka zostają przerzucone na wykonawcę, ten ostatni w ramach kształtowania wynagrodzenia ma możliwość ustalenia takiej jego wysokości, aby uczynić cenę ekwiwalentem jego obowiązków kontraktowych.

#### 163. Sygn. akt: XXIII Ga 924/14, Wyrok SO w Warszawie z dnia 16 lipca 2014 r.

(...) w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Umowa o zamówienie publiczne musi być zawarta w formie pisemnej (art. 139 ust. 2 p.z.p., i co do zasady na czas ograniczony terminem 4 lat (art. 142 ust. 1 p.z.p.). Ograniczeniem swobody umów jest także zakaz dokonywania istotnych zmian umowy o zamówienie publiczne, jeżeli zamawiający nie przewidział takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 144 ust. 1 p.z.p.), podczas gdy w stosunkach cywilnoprawnych możliwość zmiany umowy jest uprawnieniem stron, może być realizowana w dowolnym czasie i tylko od woli stron zależy czy umowa stron zostanie zmieniona i w jakim zakresie.

Uprzywilejowana pozycja zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nie-

równość stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów p.z.p., które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. w świetle p.z.p. treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyznaczanych przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą. Zauważyć należy, że przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów adhezyjnych.

### **Art. 142 ust. 5**

#### **164. Sygn. akt: KIO 1204/15, Wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2015 r.**

Z treści art. 142 ust. 5 ustawy Pzp wynika, że to Zamawiający odpowiedzialny jest za stworzenie, opisanie zasad wprowadzania zmian w wysokości należnego wykonawcy wynagrodzenia. Ani treść tych zasad, ani stopień ich szczegółowości nie zostały jednak przez ustawodawcę określone. Z uzasadnienia do projektu o zmianie ustawy oraz stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika, że zasady te muszą być „odpowiednie”. Ze względu na konieczność zapewnienia stabilności stosunków gospodarczych przyjąć należy, że owe zasady powinny precyzować kwestię waloryzacji wynagrodzenia na tyle szczegółowo, aby w toku realizacji umowy strony niejako automatycznie, według opisanej krok po kroku procedury mogły dokonać procesu zmian. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w przedmiotowej sprawie, takie procedury, działające w sposób automatyczny we wzorze umowy przewidział Zamawiający. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że w tym postępowaniu waloryzacja jest fakultatywna. Obowiązkowy charakter zastosowania klauzul waloryzacyjnych wynika z brzmienia art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, takie też jest stanowisko przedstawione w piśmie procesowym i na rozprawie przez Zamawiającego. Waloryzacja będzie się odbywała obowiązkowo, kiedy regulacje prawne tego wymagają, według opisanej procedury, którą inicjował będzie pisemny wniosek wykonawcy. W opisanym mechanizmie nie należy natomiast upatrywać uprawnienia do żądania przez wykonawcę automatycznego podwyższenia należnego wynagrodzenia, ponieważ – jak wspomniano – będzie to zależało od wykazania przez niego wpływu zmian ustawodawstwa na koszt wykonania zamówienia.

Przechodząc do analizy dalszych postanowień wzoru umowy, a w szczególności zdania, iż „(...) Waloryzacja będzie mogła nastąpić po upływie miesiąca od dnia wprowadzenia nowych zasad (...)” dostrzeżenie wymaga, iż Odwołujący błędnie upatruje w stwierdzeniu tym zasady, że dopiero po upływie miesiąca od zaistnienia określonych zmian będzie mu wypłacane podwyższone wynagrodzenie, co oznacza, że wykonawca nie będzie otrzymywał pełnej rekompensaty za dodatkowe obowiązki nałożone na niego przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Nic bardziej mylnego. Zdanie to, w ocenie składu orzekającego Izby, oznacza tylko tyle, że wykonawca po upływie miesiąca będzie mógł wystąpić do Zamawiającego z umotywowanym wnioskiem zawierającym szczegółowe wyliczenie wpływu zmian na wynagrodzenie wykonawcy. Postanowienie umowne nie oznacza, iż wykonawca nie otrzyma rekompensaty wstecz w pełnej należnej mu wysokości. Taką też argumentację na rozprawie przedstawił Zamawiający, stwierdzając, że „z zapisów umowy nie wynika, że zapłata wynagrodzenia nie będzie obejmowała wynagrodzenia ze skutkiem wstecz, od dnia wprowadzenia zmian”. Powyższe postanowienie umowne określa jedynie moment początkowy, od kiedy wykonawca może domagać się zmiany wynagrodzenia. Ponadto zauważyć należy, że wykonawca w każdym wypadku zobowiązany jest wykazać wpływ zmiany na jego wynagrodzenie i dopiero w takim przypadku klauzula waloryzacyjna może znaleźć zastosowanie.

**Art. 149 ust. 1****165. Sygn. akt: KIO 1240/15, Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2015 r.**

Z przytoczonej wyżej treści normy art. 149 ust. 1 ustawy Pzp, wprost wynika uprawnienie wykonawcy do zmiany formy zabezpieczenia należytego wykonania w trakcie realizacji umowy na jedną z form, o których mowa w art. 148 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest konieczna żadna zgoda zamawiającego w tym zakresie. Zamawiający nie ma zatem uprawnień, aby zastrzec na swoją rzecz prawo akceptacji warunków zabezpieczenia w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, bądź innych form nie stanowiących wpłaty kwoty pieniężnej na rachunek bankowy zamawiającego.

Postanowienia § (...) Wzoru umowy wymagają ich dostosowania do postanowień art. 149 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ustawodawca pozostawił zmianę formy zabezpieczenia (w związku z art. 148 ust. 1 ustawy Pzp) w trakcie realizacji umowy wyłącznie w gestii wykonawcy. (...) Nie budzi natomiast zastrzeżeń Izby postanowienie § (...) Wzoru umowy, iż „treść dokumentów stanowiących zabezpieczenie należytego wykonania Umowy zostanie przedłożona do akceptacji Zamawiającego przed zawarciem Umowy.” Każdorazowo bowiem zamawiający jest uprawniony, aby sprawdzać, czy treść dokumentów np. dotyczących wadium, czy zabezpieczenie należytego wykonania umowy spełnia przesłanki ustawowe i należyście zabezpiecza interesy zamawiającego.

**Art. 179 ust. 1****166. Sygn. akt: KIO 1201/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.**

W ocenie Izby, dla oceny istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia wystarczającym jest to, żeby Zamawiający w sposób nieuzasadniony ograniczył krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogliby zaoferować konkurencyjne produkty, bez potrzeby wskazywania czy ograniczenie to dotyczy jednego, czy też kilku produktów dostępnych na rynku. Przyjmując, iż Zamawiający rzeczywiście wskazał na produkt konkretnego producenta, możliwość złożenia oferty na ten sam produkt mogłaby wiązać się ze zwiększonymi kosztami wykonawcy nie będącego przedstawicielem producenta urzędu. Stawiałoby to tego wykonawcę w gorszej sytuacji, ograniczając jednocześnie rzeczywistą konkurencję w postępowaniu. Odwołujący dąży do zmodyfikowania części wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby możliwym stało się zaoferowanie innych urządzeń spełniających uzasadnione potrzeby Zamawiającego (urządzenie (...)). Zmiana ta umożliwiłaby Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty, co stanowiło dostateczne uzasadnienie dla istnienia potrzeby ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i związanych z nim korzyści finansowych.

**167. Sygn. akt: KIO 1254/15, Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2015 r.**

Podkreślić trzeba jednak, że sama przesłanka interesu nie jest wystarczająca. Redakcja przepisu art. 179 ustawy Pzp wskazuje bowiem wyraźnie, że skuteczne skorzystanie ze środka ochrony prawnej jest możliwe tylko w przypadku wykazania – łącznie z interesem, że wykonawca (czy też inny podmiot) poniósł czy też może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, niezbędne jest zaistnienie związku przyczynowego pomiędzy tą szkodą a naruszeniem przepisów ustawy. W rezultacie więc, konieczne jest w każdym przypadku wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał (czy też zaniechał dokonania) czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Wnoszący środek ochrony prawnej w obecnym stanie prawnym musi więc dowieść obiektywnej potrzeby rozstrzygnięcia, wynikającej z faktu naruszenia lub zagrożenia bezprawnymi zachowaniami zamawiającego – jego szansy (choćby potencjalnej) na uzyskanie zamówienia, bowiem tylko tak można rozumieć normalne następstwa uchybień zamawiającego. Zarówno w orzeczni-

ctwie, jak i w piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08, 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.

Mając na względzie powyższe, niewątpliwie trzeba przyjąć, że w niniejszym postępowaniu Odwołujący upatrując swojego uszczerbku w pozbawieniu go możliwości złożenia oferty wobec sformułowania przez Zamawiającego postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w taki sposób, iż jego udział w postępowaniu zależy w istocie od woli Przystępującego, w sposób oczywisty wykazał możliwość poniesienia szkody.

**168. Sygn. akt: KIO 1155/15, KIO 1156/15, KIO 1162/15,  
Wyrok KIO z dnia 13 lipca 2015 r.**

Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej, odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu. Przedmiotowe odwołanie skierowane jest na zmianę sytuacji wykonawcy w postępowaniu, którego wynikiem ma być zawarcie umowy ramowej z trzema wykonawcami. Wykonawca uprawniony jest do wykazywania, że Zamawiający zaniechał danych czynności, w tym odrzucenia ofert w postępowaniu czym zagraża pozycji danego wykonawcy, mimo, że jest jednym z zaproszonych do podpisania umowy ramowej. Zaznaczyć należy, że charakterystyka umowy ramowej odmienna jest od samego postępowania o udzielenie zamówienia, jednakże pamiętać należy, że zawarcie umowy ramowej stanowi pierwszy etap prowadzący do zawarcia umowy wykonawczej. Kwalifikacja wykonawców jak również zaproszenie do zawarcia umowy ramowej z poszczególnymi wykonawcami może być kwestionowane przez każdego z wykonawców, który złożył ofertę, niezależnie od tego czy został on zaproszony do podpisania umowy ramowej czy też nie.

**169. Sygn. akt: KIO 1375/15, KIO 1391/15, Wyrok KIO z dnia 16 lipca 2015 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 (...)

Oceny powyższego nie zmienia okoliczność, że kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i którą podał przed otwarciem ofert, jest niższa niż cena oferty Odwołującego, a tym samym Zamawiający, po odrzuceniu oferty pierwotnie wybranej, będzie mógł unieważnić postępowanie w sprawie zamówienia. W świetle art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Zamawiający rzeczywiście będzie mógł, ale nie będzie musiał tego uczynić, jeżeli tylko zechce i zdoła podnieść kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (np. przez pozyskanie dotacji, kredytów, poczynienie przesunięć budżetowych... etc.). Tym samym unieważnienie postępowania pozostaje okolicznością hipotetyczną i niepewną, którą statuują co najwyżej deklaracje Zamawiającego w tej sprawie. Póki postępowanie pozostaje w toku, a oferta Odwołującego utrzymuje się przy przetargu i może on zamówienie uzyskać – posiada interes w jego uzyskaniu. Natomiast nieweryfikowalne deklaracje zamawiających na temat ich zamiarów i przyszłych, hipotetycznych czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie mogą wpływać na ocenę uprawnień odwołujących do korzystania ze środków ochrony prawnej względem czynności faktycznie dokonanych.

**170. Sygn. akt: KIO 1372/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r.**

Przepis ten [art. 179 ust. 1 ustawy Pzp – przyp. red.] bowiem wskazuje, że Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec określonych czynności i zaniechań Zamawiającego, powinien wykazać określone naruszenie przepisów ustawy Pzp, które prowadzi do uszczerbku w interesie

wykonawcy podlegającym na pozbawianiu go możliwości uzyskania danego zamówienia publicznego i tym samym narażanie go na poniesienie wymiernej szkody. Przesłanka, która w zakresie wskazanego zarzutu nie została – zdaniem Izby – wypełniona, to brak wykazania przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez określone zachowanie się Zamawiającego (określony zapis SIWZ). Odwołujący nie wykazał, że poprzez wyznaczenie – w ocenie Odwołującego – zbyt krótkiego czasu na uruchomienie usługi (...) w ramach niniejszego zamówienia Zamawiający dopuścił się naruszenia jakiegokolwiek przepisu ustawy Pzp. Tylko bowiem naruszenie przepisów ustawy Pzp, a nie jakiegokolwiek innej ustawy, może stanowić podstawę uwzględnienia przez Izbę odwołania. Tymczasem Odwołujący, podnosząc przywołany zarzut, wskazał na naruszenie art. 387 § 1 KC. Przywołany w związku z nim art. 139 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedynie przepis odsyłający, który – zdaniem Izby – samodzielnie nie może stanowić podstawy naruszenia, wykazywaną przez wykonawcę. Obok przywołanych przepisów Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób określony zapis SIWZ naruszał materialne przepisy ustawy Pzp. W świetle powyższego Odwołujący we wskazanym zakresie nie wykazał uszczerbku w swoim interesie związanym z uzyskaniem przez niego zamówienia, poprzez naruszenie określonych norm ustawy Pzp.

#### **171. Sygn. akt: KIO 1426/15, KIO 1433/15, Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2015 r.**

Izba ustaliła, że odwołujący wykazali interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody spełniając przesłanki wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego i przystępujących X i Y, że art. 179 ust. 1 ustawy (...) powinien być rozumiany jako interes w podniesieniu zarzutu, czy możliwość wystąpienia szkody w związku z podniesionym zarzutem. Zarówno bowiem interes jak i szkoda są powiązane przez ustawodawcę nie z postępowaniem odwoławczym, ale z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, czyli przed wniesieniem odwołania podmiot musi rozważyć, czy ma (na datę wniesienia odwołania) szansę na uzyskanie zamówienia np. jeśli wyeliminuje konkurentów, albo miał taką szansę przed jego wykluczeniem, odrzuceniem jego oferty, czy niezaprośzeniem go do postępowania i jednocześnie musi przeanalizować czy poniósł szkodę (bo w związku z wykluczeniem nie uzyska zamówienia i poniesie koszty przygotowania oferty i udziału w postępowaniu) lub może ponieść szkodę (bo jeśli nie wyeliminuje konkurencji przewidując możliwe scenariusze zdarzeń w związku z wniesieniem środka ochrony prawnej, to nie uzyska zamówienia i w dalszym toku postępowania dozna szkody, gdyż poniesie koszty przygotowania oferty i udziału w postępowaniu). Tym samym tak szkoda jak i interes nie dotyczą zarzutu, a możliwości uzyskania zamówienia. Tym samym choćby pojedynczy zarzut samodzielnie nie polepszał sytuacji wykonawcy w danym postępowaniu, to w ocenie Izby nie oznacza, że powinien być pominięty, czy pozostawiony bez rozpoznania, zwłaszcza, że pozornie pojedynczy zarzut może nie wpływać na sytuację danego wykonawcy, ale w zależności od rozstrzygnięcia pozostałych zarzutów może mieć kluczowe znaczenie dla interesu i szkody wykonawcy w uzyskaniu zamówienia. W tej sytuacji Izba nie oceniła żadnego z zarzutów kwestionowanych przez zamawiającego, przystępujących X i Y jako niepodlegających rozpoznaniu z uwagi na brak interesu, czy brak możliwości poniesienia szkody.

#### **172. Sygn. akt: KIO 1484/15, Wyrok KIO z dnia 24 lipca 2015 r.**

(...) nie sposób podzielić stanowiska o braku przesłanek materialnoprawnych w zakresie kwestionowania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu. Czynność ta ma bowiem charakter samodzielny i tak jak każda inna czynność lub zaniechanie w postępowaniu może być skutecznie kwestionowana, skoro od niej zależy dalszy tok czynności, a tym samym ewentualny wynik postępowania. Zwrócić bowiem trzeba uwagę, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu, w swej treści niesie zarazem określoną, negatywną ocenę zamieszczonego w ofercie lub wniosku dokumentu a w braku uzupełnienia dokumentu – jego skutek sięga wykluczenia z po-



stępowania. Dopuszczalność kwestionowania w odwołaniu wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdza wreszcie orzecznictwo, przykładowo uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 listopada 2011 r. w spr. o sygn. akt V Ca 2059/11.

### **173. Sygn. akt: KIO 1519/15, Wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 r.**

W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty, zgodnie z art. 29 ust. 2 Pzp wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.

### **174. Sygn. akt: KIO 1563/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r.**

Krąg osób uprawnionych do złożenia odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu jest bardzo szeroki. Uprawnienie to przysługuje bowiem wszystkim podmiotom, które odpowiadają definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia polegać będzie zatem jedynie na oświadczeniu wykonawcy, iż ma zamiar i potrzebę ubiegania się o dane zamówienie publiczne. Ponadto odwołujący powinien wskazać na poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy oraz związek przyczynowy pomiędzy wskazanym naruszeniem a szkodą.

Wskazywane naruszenia ustawy Pzp mogą zarówno uniemożliwić wykonawcy wzięcie udziału w postępowaniu, jak i je utrudniać. Wykonawca nie będzie mógł przystąpić do postępowania wówczas, gdy – przykładowo – zamawiający ustalił zbyt wysokie warunki udziału w postępowaniu, których wykonawca nie spełnia, lub opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Z kolei naruszenia utrudniające wzięcie udziału w postępowaniu mogą polegać na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie uwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W ocenie Izby odwołujący wskazał zarówno na naruszenia, których w jego ocenie dopuścił się zamawiający, jak i na możliwość poniesienia szkody w związku z tymi naruszeniami. Wskazał również na związek przyczynowo-skutkowy istniejący pomiędzy wskazanymi okolicznościami, co uzasadnia jego interes w złożeniu odwołania. Izba podziela stanowisko odwołującego, iż na etapie rozpoznawania odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu, brak jest możliwości badania sytuacji konkretnego odwołującego i weryfikowania, czy spełnia on postawione warunki udziału w postępowaniu. Tego rodzaju praktyka sprowadzałaby się bowiem przede wszystkim do ustalania, czy ewentualne naruszenia spowodowałyby szkodę wykonawcy, a nie do tego, czy w ogóle do takich naruszeń doszło.

### **175. Sygn. akt: KIO 1570/15, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r.**

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego niosła zaskarżona decyzja o wykluczeniu z postępowania. Ponieważ Odwołujący kwestionuje czynność wykluczenia go z postępowania, wskazując na

brak wypełnienia przesłanek do zastosowania dyspozycji przepisów wskazanych w podstawie decyzji, konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy byłoby przywrócenie Odwołującego do postępowania, a w konsekwencji przeprowadzenie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości ustalenie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służy niniejsze odwołanie, jak również może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści z jakimi wiąże się dla tego wykonawcy pozyskanie zamówienia.

#### **176. Sygn. akt: KIO 1738/15, Wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2015 r.**

Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej na postanowienia SIWZ. Odwołujący jest podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Sposób ustalenia opisu przedmiotu zamówienia przekłada się wprost na możliwość udziału wykonawcy w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Na tym etapie postępowania – odwołania od treści postanowień SIWZ, interes we wniesieniu odwołania obejmuje krąg podmiotów mogących skutecznie bronić swoich interesów w uzyskaniu dostępu do złożenia oferty i obejmuje każdego potencjalnego wykonawcę, mogącego samodzielnie zrealizować zamówienie lub wykonawcę mogącego wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum.

#### **Art. 180 ust. 3**

#### **177. Sygn. akt: KIO 798/15, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r.**

Przede wszystkim, wadliwe przypisanie przepisu ustawy do kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego nie daje podstaw do odmowy rozpoznania zarzutu, gdyż samo powołanie podstawy prawnej nie tworzy zarzutu. Zarzut to substrat okoliczności faktycznych i prawnych. Jeśli są one dostatecznie skonkretyzowane oraz podniesione w terminie ustawowym, zarzut podlega rozpoznaniu.

#### **178. Sygn. akt: KIO 758/15, Wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2015 r.**

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

ci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”.

Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego; powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.

Na zarzut składa się bowiem zastrzeżenie kierowane wobec czynności i zaniechań zamawiającego, skonkretyzowane do tych zachowań, czytelnie ukierunkowane na wykazanie niedoskonałości postępowania zamawiającego, które – wraz z dopełniającą argumentacją ma przekonywać o zasadności odpowiadającego mu żądania. Za zarzuty należy uznać zatem te oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Tylko tak postawione zarzuty pozwalają bowiem na ocenę ich zasadności – pełne, konkretne i opatrzone argumentacją uzasadniającą stawianą tezę odwołanie stanowi źródło wiedzy dla Zamawiającego o kierowanych wobec jego czynności zastrzeżeniach. Dopiero poznając tę argumentację Zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości. Poznanie pełnej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów. W wyniku dokonanej analizy zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, a wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia oraz o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego. Postawienie zarzutów blankietowych, pozbawionych uzasadnienia pozwalającego na ich ocenę a następnie późniejsze – po terminie na wniesienie odwołania – dopełnienie ich argumentacją oraz dowodami mającymi przekonywać o ich zasadności, w istocie zmierza do obejścia przepisów o terminie na wniesienie odwołania.

### **179. Sygn. akt: KIO 1563/15, Wyrok KIO z dnia 3 sierpnia 2015 r.**

Izba wskazuje, że zarzut to zawarte w treści odwołania stwierdzenie, że z pewnych wskazanych powodów czynność bądź zaniechanie dokonania czynności przez zamawiającego powinno być uznane za nieprawidłowe. Prawidłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łacińskiej zasady *da mihi factum dabo tibi ius* (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo) wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

### **180. Sygn. akt: KIO 1543/15, Wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2015 r.**

Nieprawidłowe jest formułowanie zarzutu w sposób, w jaki zrobił to Odwołujący, wskazując, że w ofercie znajdują się także inne nieprawidłowości i wskazanie tytułem przykładu jednej z nich. Jest to zarzut określony blankietowo, co nie pozwala Izbie na jego ocenę. Nie jest bowiem rzeczą Izby ustalanie we własnym zakresie, jakie to inne nieprawidłowości wystąpiły

w ofercie Przystępującego czy domyślanie się zastrzeżeń dostrzeżonych przez Odwołującego. Wadliwość tak określonego zarzutu powoduje, że nie może on być przedmiotem rozstrzygnięcia, nie jest bowiem wiadome Izbie, jakie inne nieprawidłowości miał na myśli Odwołujący.

### **Art. 180 ust. 5**

#### **181. Sygn. akt: XIX Ga 179/13, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r.**

Ma rację skarżący, iż ustawa p.z.p nakazująca odwołującemu przesłanie kopii odwołania, nie ma stanowić o jego załącznikach. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, np. w postanowieniu KIO z 1.04.2008 KIO/UZP 239/08 KIO uznała, iż „przekazanie treści odwołania bez załącznika wypełnia dyspozycję przepisu art. 184 ust. 2 ustawy p.z.p” Wydaje się, iż taka też była intencja ustawodawcy, który w uzasadnieniu nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. wskazał, że „obowiązek przesłania kopii odwołania będzie spełniony w przypadku nieprzesłania załączników do odwołania” (druk sejmowy nr 2310, Sejm RP VI Kadencji). (...)

Konieczne jest dołączenie do odwołania tych załączników, które są niezbędne do merytorycznego ustosunkowania się zamawiającego do zarzutów.

Przenosząc powyższe na okoliczności niniejszej sprawy stwierdzić należało, iż dołączone przez odwołującego do odwołania przesłanego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej dwa pisma Przewodniczącego Okręgowej Komisji X skierowanie do panów A. i B. nie stanowiły dowodów na poparcie przytoczonych w odwołaniu okoliczności. (...)

Zatem nie dołączenie tych pism do kopii odwołania przesłanego zamawiającemu, pozostało bez wpływu na treść odwołania i absolutnie nie uniemożliwiało zamawiającemu zapoznania się z treścią odwołania i zajęciem merytorycznego stanowiska. (...)

Odrzucenie odwołania, bez rozważenia rzeczywistego wpływu nie dołączonych zamawiającemu przy kopii odwołania dowodów na treść odwołania jest niczym nieuzasadnionym formalizmem w szczególności nieznajdującym poparcia w przepisach regulujących postępowanie w sprawie zamówień publicznych.

### **Art. 182 ust. 1**

#### **182. Sygn. akt: KIO 873/15, Wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r.**

Nie sposób w tym miejscu podzielić argumentacji prezentowanej w odwołaniu, zgodnie z którą mamy w tym wypadku do czynienia z oświadczeniem woli, które dotarło do jego adresata, a zatem Zamawiający mógłby się uchylić od jego skutków wyłącznie w razie wystąpienia przewidzianych w prawie cywilnym okoliczności [art. 61 i 84 KC]. Wybór najkorzystniejszej oferty stanowi nie tyle oświadczenie woli, w znaczeniu, w jakim traktują je przepisy KC, ale stanowi czynność zamawiającego poprzedzającą złożenie oświadczenia woli, to jest zawarcie umowy. Czynność ta ze swej istoty nie jest czynnością definitywną i nieodwoływalną, skoro może zostać zmieniona w ramach środka ochrony prawnej. Może ona także – póki umowa w sprawie zamówienia publicznego nie zostanie podpisana – zostać uchylona i zastąpiona inną, co może nastąpić zarówno z mocy czynności postępowania odwoławczego [wydanego w jego następstwie wyroku albo uwzględnienia przez zamawiającego odwołania] jak i z własnej inicjatywy zamawiającego, zmierzającej do konwalidowania wadliwych czynności. Gdyby było tak, jak próbuje wykazać Odwołujący, że po wyborze najkorzystniejszej oferty i zakomunikowaniu o tej czynności wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, zamawiający nie jest już uprawniony do samodzielnej weryfikacji tej czynności, to niedopuszczalne byłoby także unieważnienie postępowania, mimo ewentualnych wad, skutkujących unieważnieniem umowy, jeśli zamawiający dostrzegłby je po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed podpisaniem umowy. Przy tego rodzaju podejściu, jeśli nie wniesiono środka ochrony prawnej, zamawiający musiałby trwać w raz podjętej czynności, mimo pełnej świadomości, że jest ona niepoprawna i że jej

skutkiem jest nieprawidłowy wybór oferty. Sprzeciwia się takiemu podejściu cel postępowania, jakim jest zawarcie ważnej umowy z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podzielono w powyższej mierze analogiczne stanowisko, wielokrotnie akcentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11, z dnia 10 października 2012 r. w sprawach KIO 2037/12 i KIO 2047/12, z dnia 2 września 2014 r. w spr. KIO 1705/14. Dodatkowo, potwierdzeniem powyższego stanowiska jest teza zawarta w uzasadnieniu wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 maja 2014 r. sygn. akt C – 161/13, gdzie wskazano, że art. 1 ust. 1 i 3 oraz art. 2a ust. 2 akapit ostatni dyrektywy 92/13 koordynującej przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów unijnych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji, zmienionej dyrektywą 2007/66, należy interpretować w ten sposób, że termin na wniesienie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji o udzieleniu zamówienia powinien być od nowa, w sytuacji gdy podmiot zamawiający przyjął nową decyzję, po przyjęciu tej decyzji o udzieleniu zamówienia, lecz przed podpisaniem umowy, mogącą mieć wpływ na zgodność z prawem rzeczony decyzji o udzieleniu zamówienia. Bieg tego terminu rozpoczyna się od chwili zawiadomienia oferentów o późniejszej decyzji lub w jego braku – od chwili, w której zapoznali się oni z tą decyzją. W sytuacji gdy oferent po upływie terminu na wniesienie środka odwoławczego przewidzianego w przepisach krajowych dowiadyuje się o uchybieniu, które miałyby zostać popełnione przed przyjęciem decyzji o udzieleniu zamówienia, prawo wniesienia środka odwoławczego od tej decyzji przysługuje mu wyłącznie w tym terminie, chyba że wyraźny przepis prawa krajowego gwarantuje takie prawo zgodnie z prawem Unii. Wskazane orzeczenie potwierdza bowiem wprost możliwość podejmowania w toku postępowania o zamówienie publiczne czynności zmierzających do naprawienia wad postępowania, wyraźnie wskazując, że w takim wypadku ponowiona czynność może być poddana kontroli w ramach środka ochrony prawnej.

### **183. Sygn. akt: KIO 1305/15, Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r.**

Nie podzielono stanowiska zamawiającego, że rozpatrywany zarzut jest spóźniony. Istotnie pismem z 29 kwietnia 2015 r. zamawiający pierwotnie wykluczył konsorcjum X z postępowania, co było zgodne z interesem odwołującego. Jednakże zamawiający w dniu 12 czerwca 2015 r. unieważnił swą czynność i dokonał ponownej czynności oceny wniosków, czym zniósł skutki pierwotnej czynności. W wyniku powtórzonej czynności oceny wniosków zamawiający uznał, że konsorcjum X wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co godziło w interes odwołującego. Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w analizowanej sprawie przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Ponieważ zamawiający w dniu 12 czerwca 2015 r. dokonał nowej czynności w postępowaniu, o czym poinformował odwołującego pocztą elektroniczną, to termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania czynności wykluczenia konsorcjum X rozpoczął bieg w tej dacie i wobec wniesienia środka ochrony prawnej 20 czerwca 2015 r., został dochowany. W konsekwencji Izba rozpoznała zarzut merytorycznie.

### **184. Sygn. akt: KIO 1659/15, Postanowienie KIO z dnia 12 sierpnia 2015 r.**

Stosownie do przepisu art. 91a ust. 1 ustawy Pzp jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem



zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Z przepisu jednoznacznie wynika, że zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu (art. 89 ustawy Pzp), w tym również z tego powodu, że zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp).

Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że zamawiający ustalił, że oferty tych wykonawców nie podlegają odrzuceniu, a wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wniesieniem odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia innego wykonawcy. Skoro z faktem zaproszenia do udziału w aukcji należy wiązać dokonanie przez zamawiającego weryfikacji ofert wykonawców, to tym bardziej przeprowadzenie aukcji oznacza, że zamawiający zakończył ten etap (badania ofert).

### **185. Sygn. akt: XII Ga 238/13, Wyrok SO w Krakowie z dnia 27 sierpnia 2013 r.**

Kwestia sporna sprowadza się do wykładni treści art. 182 Pzp. Stanowi on, iż odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji drogą elektroniczną /art. 27 Pzp/ lub 10 dni w przypadku przesłania jej w inny sposób /pocztą/.

Wykładnia językowa tego przepisu wskazuje, iż wolą ustawodawcy pozostawało, aby to dzień ekspediowania informacji był dniem, z którym termin do wniesienia odwołania rozpoczyna swój bieg. Nie ma w nim bowiem mowy o doręczeniu informacji czy dojściu informacji do świadomości odbiorcy. Takie skonstruowanie cyt. przepisu jest, w ocenie Sądu Okręgowego, przejawem określonego zamiaru ustawodawcy. Skoro termin do wniesienia odwołania w przypadku powzięcia wiadomości o wyniku przetargu w sposób najszybszy z możliwych /Internet/ wynosi 5 dni, to w razie przesłania informacji pocztą termin ten ulega przedłużeniu o 5 dni obrotu pocztowego. W ten sposób tak strona poinformowana drogą elektroniczną, jak i strona zawiadomiona za pomocą przesyłki pocztowej na wniesienie odwołania mają taki sam termin, to jest 5 dni. Należy tu zauważyć, iż na gruncie prawa cywilnego powzięcie wiadomości o treści informacji elektronicznej /dotarcie do świadomości odbiorcy/ nie następuje z chwilą faktycznego zapoznania się odbiorcy z jej treścią /odczytania/, lecz z chwilą gdy informacja wejdzie w skład korespondencji mailowej odbiorcy. Bieg terminu nie liczy się więc od chwili „otwarcia” maila lecz od chwili jego przesłania, analogicznie jak w przypadku informacji przekazanej drogą pocztową.

Ma to niewątpliwie związek z założoną szybkością postępowania w sprawach z zamówienia publicznego. Oczywiście ustawodawca posłużył się tu pewną fikcją, zakładając że czas doręczenia przesyłki pocztowej wyniesie nie więcej niż 5 dni /ubocznie należy wskazać, iż w tym przypadku wyniósł on 3 dni/.

Wprawdzie art. 14 Pzp odsyła do treści przepisów Kodeksu postępowania cywilnego jednakże jedynie w sprawach nieuregulowanych w Ustawie prawo zamówień publicznych. Zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* przepisy prawa zamówień publicznych mają pierwszeństwo przed innymi normami prawnymi wszędzie tam, gdzie ustawa szczególna precyzuje zasady postępowania. Ponieważ przepis art. 182 pzp określa w jaki sposób należy liczyć bieg terminu do wniesienia odwołania, to tym samym przepisy kpc zastosowania w tym zakresie nie znajdują. Przywołany zaś przepis art. 1160 kpc /w zw. z art. 187 Pzp/ odnosi się do zawiadomienia w przedmiocie wysłuchania stron, czyli pozostaje w związku z treścią art. 1159 par. 3 zd. 2 kpc i jako taki nie dotyczy przedmiotowej sytuacji, lecz przebiegu postępowania odwoławczego w takim zakresie, który nie został bezpośrednio uregulowany w przepisach Prawa zamówień publicznych.

**186. Sygn. akt: III CZP 90/13, Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2014 r.**

Do zachowania – przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1529) lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej.

Spośród dyrektyw preferencji metod wykładni pierwszeństwo ma wykładnia językowa, stosownie zatem do art. 180 ust. 4 Pr.z.p. trzeba zważyć, że odwołanie „wnosi się” do Prezesa Izby, co oznacza przedstawienie, przedłożenie komuś coś do rozpatrzenia, załatwienia; chodzi zatem o dotarcie odwołania do jego adresata. Z tego samego przepisu nie wynika, aby dla zachowania terminu do wniesienia odwołania miało jakiegokolwiek znaczenie oddanie odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu Prawa pocztowego, czy też – stosownie do zmiany wprowadzonej do art. 165 § 2 k.p.c. ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2013 r., poz. 880) – w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Ten rezultat wykładni językowej wzmacniają także argumenty właściwe dla wykładni systemowej, celowościowej i historycznej.(...)

Z tego względu brak podobnego przepisu w odniesieniu do odwołania od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, które wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, nie pozwala na przyjęcie domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby.(...)

Art. 184 ust. 2 zdanie drugie Pr.z.p. w brzmieniu i numeracji obowiązującej do dnia 28 stycznia 2009 r. przewidywał, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu. Zmianą dokonaną na podstawie art. 1 pkt 40 wymienionej ustawy nowelizującej wyłączono w art. 180 ust. 4 Pr.z.p. taką możliwość w zakresie odwołania. W ten sposób metodą regulacji negatywnej ustawodawca wyłączył stosowanie tego domniemania również w drodze analogii do wniesienia odwołania. (...)

W związku z tym trzeba podnieść, że współcześnie dopuszczenie w art. 180 ust. 4 Pr.z.p. wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym zdefiniowanym w ustawie z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (jedn. tekst: Dz. U. z 2013 r., poz. 262) niweluje ewentualne niedogodności związane z wniesieniem równoważnego odwołania w formie pisemnej do Prezesa Izby.

**Art. 182 ust. 3****187. Sygn. akt: KIO 1229/15, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2015 r.**

(...) w niniejszej sprawie, wobec braku ze strony Zamawiającego informacji o zakończeniu badania zasadności dokonanego przez Wykonawcę X zastrzeżenia części treści oferty, Odwołujący nie miał możliwości, w zakresie wspomnianego zarzutu, wcześniejszego skutecznego skorzystania ze środka ochrony prawnej. Jakkolwiek brak jest po stronie zamawiającego obowiązku informowania wykonawców o zakończeniu wzmiankowanej czynności (będącej elementem badania danej oferty), wobec czego do wniesienia odwołania nie ma zastosowania termin, o którym mowa w przepisie art. 182 ust. 1 Pzp (dotyczy on czynności, o których zamawiający ma ustawowy obowiązek poinformować wykonawców), tym niemniej nie sposób twierdzić, że poinformowanie o udostępnieniu części oferty innemu wykonawcy jest równoznaczne z uznaniem zasadności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia i związaną z tym odmową udostępnienia pozostałej części oferty. Znajdujący zastosowanie w takim przypadku termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w przepisie art. 180 ust. 3 Pzp, w braku ze

strony zamawiającego informacji o zakończeniu badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, rozpoczyna bieg z chwilą zawiadomienia wykonawcy o wyborze najkorzystniejszej oferty, ponieważ wówczas etap badania ofert (do którego należy również rozstrzygnięcie omawianej kwestii) ulega definitywnemu zakończeniu.

**188. Sygn. akt: KIO 1401/15, KIO 1403/15, Wyrok KIO z dnia 21 lipca 2015 r.**

(...) powstaje pytanie, w jakim terminie należy złożyć odwołanie wobec zaniechania odtajnienia części oferty zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby, skoro oferty są jawne od chwili ich otwarcia (art. 96 ust. 3 ustawy Pzp), a zamawiający na wniosek wykonawcy w przedmiocie udostępnienia ofert, komunikuje wykonawcy, że przysługuje mu prawo do wglądu jedynie w części jawnej, z wyłączeniem części zastrzeżonej, to należy uznać, że zamawiający wyartykułował swoją decyzję i stosunek wobec zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i od tej daty należy liczyć termin do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Przyjęcie odmiennego stanowiska nie tylko nie miałyby uzasadnienia w świetle obowiązującego stanu prawnego, ale prowadziłyby również do sytuacji, w której wykonawcy samodzielnie decydowałoby o terminie wniesienia odwołania składając kolejne wnioski o udostępnienie zastrzeżonych informacji. Zdaniem Izby, nie ma żadnych podstaw, aby termin do wniesienia odwołania w tym przedmiocie liczyć od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której zamawiający udostępniając część jawną oferty, jednocześnie odmawia wglądu do części zastrzeżonej, a więc w okolicznościach zmanifestowania swojego stanowiska. W tym przedmiocie Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego przez SO w Przemysłu w wyroku z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt: I Ca 131/15.

**Art. 185 ust. 2–4**

**189. Sygn. akt: KIO 787/15, Wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2015 r.**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymagań formalnych wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (tj. Dz. U. z 2014 r. poz. 964) wynika wprawdzie, że zgłoszenie przystąpienia przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby, udostępnionej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Rozporządzenie określa sposób wniesienia zgłoszenia podczas, gdy ustawa nie ogranicza wykonawcy w sposobie wniesienia zgłoszenia stawiając wymagania co do formy. W ocenie Izby wykonawca wybrany wykazał, że sposób zgłoszenia przystąpienia wynikający z § 5 rozporządzenia był dla niego nieosiągalny z uwagi na występujący błąd w działaniu skrzynki podawczej. Jednocześnie wykonawca wybrany wykazał także miał możliwość złożenia zgłoszenia drogą elektroniczną w wymaganej formie w inny sposób, gdyż dysponował bezpiecznym podpisem elektronicznym. Z tej możliwości wykonawca nie skorzystał, gdyż w wymaganym ustawą terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynął jedynie faks, który nie mógł być uznany za dochowanie formy pisemnej, ani formy elektronicznej z bezpiecznym podpisem elektronicznym. Dokument ten nie zawierał bowiem oryginalnego podpisu ani bezpiecznego podpisu elektronicznego.

**190. Sygn. akt: KIO 851/15, Wyrok KIO z dnia 5 maja 2015 r.**

Ponieważ zgłoszenie przystąpienia zostało dokonane z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy X do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wskazać należy, że wykonawca ten przesłał zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą faksową z zachowaniem 3-dniowego terminu. Jednakże zgodnie z § 7 Rozporządzenia w Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, 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. W konsekwencji przesłanie przez wykonawcę 29 kwietnia 2015 r. zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego drogą faksową w wymaganym 3-dniowym terminie nie było skuteczne, gdyż uchybiało wymaganej formie. Przystąpienie zaś w wymaganej formie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja, a więc po upływie 3-dniowego terminu.

### **191. Sygn. akt: KIO 909/15, Postanowienie KIO z dnia 18 maja 2015 r.**

W dniu 6 maja 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie faksowej i mailowej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone po stronie Odwołującego przez wykonawcę X Sp. z o.o. (...)

Jednocześnie Izba po ustaleniu, że zgłoszenie przystąpienia nie spełnia ustawowego wymogu pisemności, wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie stwierdziła jego skuteczności, uznając tym samym, że wykonawca X Sp. z o.o. nie uzyskał statusu uczestnika niniejszego postępowania odwoławczego.

### **192. Sygn. akt: KIO 1342/15, Wyrok KIO z dnia 8 lipca 2015 r.**

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia wykonawcy X do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego z uwagi na to, że zgłoszenie przystąpienia w formie przewidzianej przez przepisy ustawy Pzp zostało wniesione przez tego wykonawcę dopiero w dniu 2 lipca 2015 r., a więc po upływie terminu na jego zgłoszenie. Tymczasem wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni, od dnia otrzymania kopii odwołania bądź też zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej zamawiającego, wskazując stronę, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Skoro więc zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia w dniu 25 czerwca 2015 r. to zgłoszenie winno być wniesione w przypisanej prawem formie najpóźniej w dniu 28 czerwca 2015 r. Tymczasem w terminie przewidzianym przepisami prawa zgłoszenie przystąpienia zostało dostarczone Prezesowi Izby po upływie terminu na jego zgłoszenie.

### **193. Sygn. akt: KIO 1022/15, KIO 1026/15, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r.**

Przystępujący wykazali posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, do której przystąpili. W zakresie przystępującego X, Odwołujący Y wniósł opozycję przeciwko przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania wskazując, iż w sytuacji kiedy nastąpiło cofnięcie przez Odwołującego zarzutów wobec tego wykonawcy, to tym samym nie ma on interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść Zamawiającego. Odnosząc się do tego wniosku Izba oddaliła opozycję uznając interes wykonawcy X w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego. W uzasadnieniu podjętej decyzji Izba wskazała iż biorąc pod uwagę fakt, że postępowanie jest prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego, a więc postępowania dwuetapowego, gdzie w etapie pierwszym następuje ustalenie grupy wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do dialogu oraz składania ofert. Dla wykonawcy, który został zakwalifikowany do tej grupy istotna jest zarówno obrona przed zarzutami podniesionymi wobec oceny jego wniosku, jak również dążenie do tego, aby nie doszło do ponownej

oceny wniosków. Taka ponowna ocena może zmienić skład grupy wykonawców zaproszonych do dialogu, a to może być niekorzystne dla tego wykonawcy. Dążenie do utrzymania *status quo* (niezmienionego stanu rzeczy) wśród wykonawców zakwalifikowanych do drugiego etapu dialogu może leżeć w interesie wykonawcy. Izba uznała, że interes w przystąpieniu wykonawcy do postępowania odwoławczego, jako jedyny środek ochrony wykonawcy przed zarzutami odwołujących wykonawców, mogący zagrozić trwałości czynności Zamawiającego w zakresie dokonanych przez niego czynności, nie może uniemożliwiać temu wykonawcy ochrony jego sytuacji w postępowaniu. Przystępujący wykonawca winien wykazać się interesem faktycznym, pozostającym w adekwatnym związku z odwołaniem strony, do której przystępuje. Takie wykazanie w tym postępowaniu zdaniem Izby zostało wykazane. (...)

Zdaniem Izby nie jest możliwe uwzględnienie zarzutów w sytuacji kiedy nie został wskazany stan faktyczny, w oparciu o który Izba może uznać naruszenie przez Zamawiającego przepisów prawa. Za niedopuszczalne należy uznać sytuacje, kiedy stan faktyczny uzasadniający zarzut, zostaje sformułowany i przedstawiany już po upływie terminu na wniesienie odwołania. Należy odróżnić możliwość przedstawiania dowodów na potwierdzenie zasadności zarzutu, które można przedstawiać do końca rozprawy od przedstawiania okoliczności, które uzupełniają treść zarzutu. Zarzutem jest wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz podanie okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie przepisów prawa.

Granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd w ramach skargi są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej, czego w tym postępowaniu Odwołujący w wielu zarzutach nie wskazał. Zaznaczyć należy, że nie jest rolą Izby czy uczestników postępowania odwoławczego wyszukiwanie w treści odwołania z 19.12.2014 roku argumentacji, która byłaby zasadna do uzasadnienia zarzutów zasygnalizowanych w tym postępowaniu. Te okoliczności faktyczne odwołujący winien wskazać w odwołaniu.

#### **194. Sygn. akt: KIO 1504/15, Wyrok KIO z dnia 27 lipca 2015 r.**

(...) Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wypełnił dwóch wymogów formalnych związanych ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia, wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. nie dochował 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia do Prezesa KIO w formie pisemnej i nie przekazał kopii odwołania Odwołującemu. Tym samym wskazany wykonawca nie uzyskał statusu uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

#### **195. Sygn. akt: KIO 1493/15, Postanowienie KIO z dnia 28 lipca 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza nie potwierdziła skuteczności przystąpienia wykonawcy A.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą X – A.B. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, z uwagi na nieprzekazanie kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu oraz Zamawiającemu wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

#### **196. Sygn. akt: KIO 1586/15, Wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2015 r.**

Izba w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania oddaliła zgłoszoną w tym względzie przez Odwołującego opozycję, uznając, iż interes w zgłoszeniu przystąpienia ma szeroki charakter. Przystępującym może być każdy wykonawca ubiegający się o zamówienie, który wykaże interes w zgłoszeniu przystąpienia na korzyść jednej ze stron, do której przystępuje. Zdaniem Izby zgłaszający przystąpienie wykonawcy wykazali ten interes. Argumentacja Odwołującego w złożonej opozycji formalnie sprowadzała się do wykazania braku po stronie obydwu wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego interesu w uzyskaniu zamówienia, czyli interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 usta-



wy Pzp, a nie interesu w zgłoszeniu przystąpienia w rozumieniu art. 185 ust. 3 ustawy Pzp. Niezależnie od tego Izba stwierdziła też, że zaskarżona przez Odwołującego czynność wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie podejrzenia rażąco niskiej ceny ma znaczenie dla czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Z tych też względów wykonawcy ubiegający się o to zamówienie, a takimi są przystępujący, mogą zgłaszać przystąpienie po stronie Zamawiającego, wskazując na zasadność kwestionowanej w odwołaniu czynności Zamawiającego.

### **197. Sygn. akt: X Ga 652/13, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r.**

Wskazać należy, żeby przystępujący uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, musi mieć interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Ustawa nie wymaga jednak, aby był to wyłącznie interes prawny. Uznać należy za wystarczający interes faktyczny, musi on jednak pozostawać w adekwatnym z związku z odwołaniem strony, do której interwenient przystępuje.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie nie sposób uznać, żeby przystępujący miał interes w rozstrzygnięciu sprawy zgodnie z wnioskiem odwołującego. Za takim stanowiskiem przemawia fakt, że przystąpienie wykonawcy do niniejszego postępowania i podejmowane przez niego w toku postępowania czynności, w szczególności składanie oświadczeń podważających prawidłowość sporządzenia własnej oferty skutkowało występowaniem przez tego wykonawcę w postępowaniu odwoławczym przeciwko własnej ofercie. Zaakcentować należy, że interes, o którym mowa w art. 185, nie może być rozumiany jako możliwość występowania przeciwko własnej ofercie, tak jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić wypada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest ukierunkowane na wybór oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu reguł określonych w ustawie p.z.p. Wszystkie czynności w tym postępowaniu sprowadzają się do wykazania, że dana oferta jest ofertą zgodną z przepisami, lub też na wykazaniu, że dana oferta narusza przepisy ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie pozwala wykonawcom na negocjowanie własnych ofert. Dopuszczenie do takiej sytuacji, stanowi aprobatę na działania wykonawców zmierzających do wycofania się (z różnych powodów) ze złożonej oferty bez żadnych konsekwencji, a w szczególności bez utraty wadium. (...)

Dodatkowo podać należy, na co słusznie zwrócił uwagę skarżący, że składanie przez przystępującego w toku postępowania odwoławczego przed Izbą oświadczeń podważających prawidłowość sporządzenia własnej oferty i zmierzających do nałożenia na zamawiającego obowiązku wezwania go do złożenia wyjaśnień, co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie nie może zostać uznane za składane we własnym interesie.

### **Art. 186 ust. 2**

### **198. Sygn. akt: KIO 1122/15, Wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r.**

Zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp – w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca – co oznacza, że Izba umarza postępowanie odwoławcze, jeśli do postępowania tego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. Nadto przepis ten stanowi, że w takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważniana czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Podkreślenia wymaga, że art. 186 ust. 2 ustawy Pzp znajduje się dziale VI ustawy Pzp – Środki ochrony prawnej – i jako taki ma charakter procesowy, tj. odnosi się do postępowania

związanego z wnoszeniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach ustawy Pzp. Regulacja ta wskazuje, jak należy postąpić z odwołaniem, którego zarzuty w całości uwzględnił zamawiający w sytuacji, gdy żaden z wykonawców nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – w takiej mianowicie sytuacji Izba umarza postępowanie odwoławcze, nie rozpoznając zarzutów odwołania, zaś zamawiający powinien wykonać, bądź powtórzyć określone czynności w postępowaniu, ewentualnie je unieważnić, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Fakt, że ww. regulacja ma charakter procesowy (nie zaś materialny) oznacza, że zamawiający, wykonując czynności, których dokonania wykonawca domagał się w uwzględnionym odwołaniu może liczyć na określony skutek procesowy przewidziany w dziale VI ustawy Pzp, tj. że ewentualne odwołanie wniesione na czynności wykonane przez niego zgodnie z żądaniem odwołania nie będzie rozpoznawane przez Izbę, gdyż – stosownie do art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp – będzie ono podlegało odrzuceniu.

Jednak to, że zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez siebie odwołania wiąże się dla zamawiającego z negatywnym skutkiem w postaci przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Innymi słowy, jeśli podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego.

Wskazać należy, że u podstaw takiej interpretacji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp leży przede wszystkim okoliczność, iż obowiązujące przepisy ustawy Pzp nie wskazują na obowiązek badania przez Izbę prawidłowości – zgodności z materialnymi przepisami ustawy Pzp – czynności zamawiającego polegającej na uwzględnieniu odwołania. Izba w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania jedynie umarza postępowanie odwoławcze, nie oceniając ani zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, ani zasadności ich uwzględnienia przez zamawiającego.

Reasumując powyższe, skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający, uwzględniając odwołanie z dnia 5 maja 2015 r. nie miał materialnoprawnego obowiązku dokonania czynności modyfikacji SIWZ wedle treści żądania zawartego w tymże odwołaniu. Jednocześnie jednak powyższe skutkuje koniecznością oceny prawidłowości dokonania nowej czynności w postępowaniu (zmiany treści SIWZ pismem z dnia 18 maja 2015 r.) przez Izbę w trybie wniesionego aktualnie przez odwołującego odwołania, tj. odwołania z dnia 28 maja 2015 r. Samo formalne jedynie potwierdzenie się, że zamawiający nie wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 5 maja 2015 r. nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, a jedynie wywołuje skutek formalnoprawny w postaci możliwości merytorycznego rozpoznania przez Izbę zarzutów nowego odwołania dotyczącego czynności wykonanych przez zamawiającego po uwzględnieniu pierwotnego odwołania.

### **199. Sygn. akt: KIO 1127/15, Wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2015 r.**

Odniesienie się do pierwszego zagadnienia wymaga wykładni art. 186 ust. 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Lektura art. 186 ust. 2 Pzp prowadzi do przekonania, że przepis ten zawiera w sobie zarówno normę proceduralną, dotyczącą postępowania odwoławczego, jak i materialną, konstytuującą powinność zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. I tak proceduralnym skutkiem uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości jest umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę, co następuje w formie postanowienia zgodnie z art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp. Umorzenie postępowania odwoławczego jest obligatoryjne, natomiast materialnoprawna powinność zamawiającego do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu nie ma charakteru bezwzględnego. Dostrzec bowiem należy, że zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia publicznego udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający, który po umorzeniu postępowania odwoławczego unieważnia, powtarza lub dokonuje czynności w postępowaniu nie może zatem automatycznie zrealizować wszystkich żądań zawartych w odwołaniu, lecz wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu tak, aby czynności te były zgodne z przepisami ustawy.

Oczekiwanie, że zamawiający po umorzeniu postępowania wykona każde żądanie wykonawcy nie znajduje więc dostatecznego oparcia w przepisach ustawy. Zamawiający nie może bowiem dokonać w postępowaniu czynności niezgodnych z prawem, ani też nie wykonać czynności nakazanych ustawą, nawet jeśli nie były one żądane przez odwołującego. Zamawiający nie może zatem wykluczyć z postępowania wykonawcy, jeśli wątpliwości, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, mogą zostać wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 4 Pzp albo oświadczenia lub dokumenty potwierdzające zdolność podmiotową wykonawcy mogą zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

### Art. 187 ust. 3

#### 200. Sygn. akt: KIO 837/15, Wyrok KIO z dnia 11 maja 2015 r.

Nie został zatem, w ocenie Izby, osiągnięty cel, w jakim skierowano do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia braków formalnych. Odwołujący nie przedstawił bowiem Prezesowi Izby w odpowiednim terminie kompletnych dokumentów, z których treści wynikać miałyby umocowanie do reprezentowania Odwołującego. W takim to właśnie celu, zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014, poz. 964) – przyp. red.*], składane są powołane dokumenty. Kierując się tymi ustaleniami, Izba uznała, iż Odwołujący nie uczynił zadość wezwaniu z dnia 24 kwietnia 2015 r.

W świetle przepisów art. 187 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 9 Rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań koniecznym jest, aby uzupełnione dokumenty złożone zostały Prezesowi Izby w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania do uzupełnienia braków formalnych. Niespełnienie tego obowiązku przez wykonawcę w wyznaczonym terminie, pozwala przesądzić, iż termin ten upłynął bezskutecznie, co zgodnie z art. 187 ust. 6 ustawy Pzp stanowi podstawę do zwrotu odwołania.

### Art. 187 ust. 7

#### 201. Sygn. akt: KIO 1237/15, Postanowienie KIO z dnia 23 czerwca 2015 r.

Odwołujący do złożonego odwołania dołączył dowód uiszczenia wpisu w wysokości 7 500 zł. W związku z powyższym został wezwany przez Prezesa Izby do uzupełnienia braków formalnych wniesionego odwołania. W wyniku wezwania przesłał dowód wpłaty pozostałej, brakującej kwoty wpisu, tj. 7 500 zł, co łącznie dawało kwotę: 15 000 zł. Dowód opłaty brakującej kwoty wpisu wskazuje jednak, że wpłata nastąpiła dopiero w dniu 17 czerwca 2015 r. Powyższe – w ocenie Izby – wskazuje, że opłata wpisu nastąpiła po upływie terminu

na wniesienie odwołania, więc w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 187 ust. 2 ustawy Pzp. Przywołany przepis nakazuje bowiem, aby wpis został uiszczony najpóźniej do upływu terminu do wniesienia odwołania.(...)

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Izba stwierdziła, że zgodnie z przepisem art. 187 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono wpis. Stosownie zaś do § 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014, poz. 964), 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 rozporządzenia, Prezes Izby wzywa odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania. Wpłata wpisu, na podstawie art. 187 ust. 2 ustawy Pzp, powinna być dokonana najpóźniej do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania, a dowód jego uiszczenia powinien zostać dołączony do odwołania. Wobec powyższego, stwierdzić należy, iż Odwołujący do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania nie uiszczył wpisu w wymaganej przepisami prawa kwocie. Nieuiszczenie wpisu do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania oraz niezuzupełnienie dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania skutkuje – zgodnie z treścią art. 187 ust. 6 ustawy Pzp – zwrotem wniesionego odwołania w drodze postanowienia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 7 ustawy Pzp, jeżeli niezachowanie warunków formalnych zostanie stwierdzone przez Izbę, regulacje zawarte w art. 187 ust. 1–6 stosuje się, a kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby.

### **Art. 187 ust. 8**

#### **202. Sygn. akt: KIO 1623/15, KIO 1647/15, Postanowienie KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r.**

W związku ze skutecznym cofnięciem odwołania, Izba na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp w zw. z § 13 ust. 3 ww. rozporządzenia [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014, poz. 964) – przyp. red.] oraz art. 192 ust. 1 Pzp, umorzyła na posiedzeniu postępowanie odwoławcze w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 1623/15. Należy w tym miejscu wskazać, że wobec cofnięcia odwołania przez Odwołującego, podstawę do ewentualnego umorzenia postępowania nie mogło stanowić oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w całości. Przede wszystkim, skoro odwołanie zostało cofnięte, to tym samym wobec braku substratu środka ochrony prawnej, wskutek decyzji i oświadczenia Odwołującego, przestały istnieć zarzuty, co do których mogłoby pozostawać aktualne oświadczenie Zamawiającego o ich całościowym uwzględnieniu. To Odwołujący jest dysponentem wniesionego odwołania i skoro zdecydował się na jego cofnięcie to dla skutków tej czynności w postaci umorzenia postępowania z uwagi na jego wycofanie, nie może mieć znaczenia okoliczność uwzględnienia odwołania w całości. Cofnięcie odwołania zawsze oznacza konieczność umorzenia postępowania. Przepis art. 187 ust. 8 Pzp jednoznacznie stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowanie odwoławcze. Uwzględnienie zaś w całości zarzutów nie musi prowadzić do umorzenia postępowania, gdyż wykonawca, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego, ma możliwość wniesienia sprzeciwu (art. 186 ust. 4 Pzp). O ile więc cofnięcie odwołania definitywnie prowadzi do konieczności umorzenia postępowania, to w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, takiego definitywnego skutku nie można z góry przyjmować, gdyż ewentualne umorzenie warunkowane jest brakiem sprzeciwu ze strony wykonawcy, który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Skutek umorzenia, w sytuacji gdy w postępowaniu bierze udział uczestnik postępowania, zależy więc od czynności dyspozytywnej wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przesłance umorzenia z uwagi na cofnięcie odwołania, jako wynika-

jącej z mocy samego prawa, a nie z czynności dyspozytywnych innego wykonawcy, należy więc przypisać pierwszeństwo przy rozstrzygnięciu o umorzeniu postępowania. W innym przypadku mogłoby dojść do trudnej do zaakceptowania sytuacji procesowej, w której przy braku już odwołania, z uwagi na jego cofnięcie, wykonawca zgłaszający przystąpienie wnosiłby sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez zamawiającego, które to odwołania, a więc i złożony od jego uwzględnienia sprzeciw, w istocie nie mogłoby być rozpatrywane – właśnie z uwagi na jego wycofanie.

### **203. Sygn. akt: III Ca 1053/14, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 12 września 2014 r.**

W dniu 13 czerwca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zarówno faksem, jak i e-mailem pismo X Sp. z o.o. w K. – cofnięcie odwołania, w którym skarżący oświadczył, iż cofa odwołanie z dnia 30 maja 2014 roku złożone w Krajowej Izbie Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2014 roku przeciwko Y. Cofnięcie odwołania podpisane zostało przez Pana A.B. działającego w oparciu i w zakresie pełnomocnictwa załączonego do odwołania (...). Oryginał przedmiotowego pisma wpłynął do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 czerwca 2014 roku. Z przepisu art. 187 ust. 8 ustawy u.p.z.p. wynika, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, jednocześnie przepis § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964) wskazuje, iż z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania oddawczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwołania kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W przypadku korespondencji przesyłanej faksem lub drogą elektroniczną domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną jest dniem doręczenia, jeżeli korespondencja została przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej. Wobec tego należy uznać, iż cofnięcie odwołania, które nie stanowi ani wniesienia odwołania, ani przystąpienia - może być również przekazane za pośrednictwem faksu, a następnie potwierdzone niezwłocznie w formie pisemnej. Cofnięcie odwołania jest skuteczne już z chwilą zawiadomienia drogą faksową lub elektroniczną o złożeniu oświadczenia woli o odpowiedniej treści. W niniejszej sprawie cofnięcie odwołania należy zatem uznać za skuteczne z dniem 13 czerwca 2014 roku (*vide* postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2011 roku, sygn. akt KIO 1000/11, (...)). Powyższej oceny nie może zmienić fakt, iż skarżący w piśmie z dnia 13 czerwca 2014 roku – cofnięcie odwołania wskazał błędną sygnaturę. Mylne oznaczenie pisma nie może skutkować odmową nadania mu właściwego biegu (art. 130 § 1 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 185 ust. 7 u.p.z.p.). Zawarte w cofnięciu odwołania informacje w sposób pełny i czytelny identyfikowały postępowanie, którego dotyczyło. Nie ma zatem podstaw, aby odmówić skarżącemu prawa do popelnienia błędu, przeciwne zaś stanowisko oznacza nadmierny formalizm (*vide* postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2008 roku, sygn. akt 1 UZ 28/08, OSNP 2010/11-12/151; postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 listopada 2010 roku, sygn. akt X Ga 256/10, gliwice.so.gov.pl).

Zgodnie z cytowanym powyżej art. 192 ust. 1 u.p.z.p. postępowanie wywołane odwołaniem zakończone zostaje wydaniem wyroku merytorycznie je rozstrzygającego bądź postanowieniem. Tym samym dopóki Izba nie wyda żadnego ze wskazanych powyżej orzeczeń, możliwym jest dokonywanie w jego toku przez strony postępowania czynności dyspozytywnych, w tym cofnięcie odwołania, a jego dokonanie wiąże Izbę. Cofnięcie odwołania obliгуje Izbę w myśl art. 187 ust. 8 u.p.z.p. do umorzenia postępowania odwoławczego. Ponadto jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu. Skarżący cofnął wniesione odwołanie w dniu 13 czerwca 2014 roku, zaś do otwarcia posiedzenia doszło w dniu 16 czerwca 2014 roku. Tym samym w niniejszej sprawie doszło do naruszenia art. 187 ust. 8 u.p.z.p.



**Art. 189 ust. 2 pkt 1****204. Sygn. akt: KIO 971/15, Postanowienie KIO z dnia 25 maja 2015 r.**

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z pierwszym z powołanych przepisów, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Z kolei w myśl 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.

Jak ustalono w analizowanej sprawie przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem sektorowym, udzielanym przez X w celu budowy sieci ciepłej, o wartości robót budowlanych 685.768,57 euro, a więc nie przekraczającej tzw. progów unijnych. A zatem należało uznać wnioskując *a contrario* z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, że w analizowanej sprawie przepisów ustawy Pzp się nie stosuje, co obligowało Izbę do odrzucenia odwołania. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba obowiązana jest odrzucić odwołanie z urzędu w każdym przypadku, jeżeli ziszczą się przesłanki wskazane w treści tego przepisu. Podkreślić w tym miejscu należy, że bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że X – nie będąc do tego zobligowane treścią ustawy Pzp – stosuje do prowadzonego postępowania określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Pzp. Bez znaczenia pozostaje również to, że X – jak twierdzi w piśmie z 15 maja 2015 r. – zdecydowało się na wszczęcie postępowania w trybie ustawy Pzp „w celu wykazania przed instytucją finansującą, że poniesione koszty są wydatkiem kwalifikowanym”. Zamawiającym, w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp jest tylko taki podmiot, który jest „obowiązany do stosowania ustawy”. Zaś w niniejszej sprawie X z mocy art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, nie miało obowiązku stosowania ustawy. (...)

Zdaniem Izby, odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do KIO. Powyższego nie zmienia błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie, jakie zamieszczono zarówno w rozdziale (...) SIWZ, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie rodzi ono po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Nie uchyla także nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania.

**205. Sygn. akt: KIO 1027/15, Postanowienie KIO z dnia 3 czerwca 2015 r.**

Izba wskazuje, że bez znaczenia dla uprawnień wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że Zamawiający dobrowolnie do prowadzonego postępowania stosuje określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ponadto, błędne pouczenie wykonawców w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do środków ochrony prawnej nie rodzi po stronie wykonawców uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy jest obligatoryjne. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu o wartości zamówienia poniżej progów unijnych, które realizowane było w oparciu o regulację art. 6a ustawy, jako część zamówienia, nie mógł skorzystać skutecznie ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

**Art. 189 ust. 2 pkt 2****206. Sygn. akt: II Ca 506/13, Postanowienie SO w Bielsku-Białej z dnia 17 września 2013 r.**

Reasumując ocenić należy, że skoro Prawo zamówień publicznych ani bezpośrednio ani poprzez stosowne odesłanie nie reguluje kwestii pełnomocnictwa składanego w postępowaniu odwoławczym przed KIO dla oceny charakteru tego pełnomocnictwa należy odnieść się do treści art. 1 kc, zgodnie z którym kodeks cywilny reguluje stosunki cywilnoprawne między

osobami fizycznymi i osobami prawnymi, a więc i takie stosunki między stronami w toku postępowania odwoławczego przed KIO. W konsekwencji tych rozważań należy przyjąć, że radca prawny, któremu zamawiający udzielił pełnomocnictwa do reprezentowania przed KIO posiadał uprawnienie do udzielenia dalszego pełnomocnictwa innej osobie, o ile spełnione zostały wymogi art. 106 kc.

#### **Art. 189 ust. 2 pkt 4**

##### **207. Sygn. akt: XII Ga 659/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 5 grudnia 2014 r.**

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, za bezzasadny należało ocenić zarzut zaniechania odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy, który stanowi, że odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli m.in. zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie oraz 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. Zasadą jest, iż odwołujący nie może dwukrotnie w jednym postępowaniu wnieść odwołania, powołując się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania. Zauważyć należy, iż odwołanie wniesione przez X spółkę akcyjną w sprawie o sygn. akt KIO 1040/14 dotyczyło braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu i odnosiło się do dokumentów przedłożonych przez skarżącego wraz z ofertą. Tymczasem zarzuty objęte odwołaniem wniesionym w niniejszej sprawie dotyczyły podania w ofercie informacji nieprawdziwych, a ich zgłoszenie warunkowane było ujawnieniem faktów i dowodów w wyniku postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego po ogłoszeniu wyroku z dnia 6 czerwca 2014 r. Zarzuty i argumentacja drugiego odwołania zostały bowiem oparte na informacjach, których przeciwnik skarżącego nie posiadał w terminie do wniesienia pierwszego odwołania. Słusznie, zatem zauważa przeciwnik skarżącego, że dopiero brak uwzględnienia wyników postępowania wyjaśniającego w ogłoszeniu o rozstrzygnięciu postępowania w sprawie zamówienia publicznego uzasadniał zasadność wniesienia odwołania. Należy zauważyć, iż okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 aktualizują się dopiero po dowiedzeniu się o podaniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

#### **Art. 189 ust. 2 pkt 5**

##### **208. Sygn. akt: KIO 991/15, Wyrok KIO z dnia 25 maja 2015 r.**

Zgodnie z artykułem 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli 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.

Uwzględniając zatem powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołanie dotyczy bowiem czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu sygn. akt KIO 839/15, uwzględnionym przez Zamawiającego w całości. Przyczyny odrzucenia oferty Wykonawcy X z dnia 30 kwietnia 2015 roku są skorelowane z zarzutami podniesionymi w odwołaniu sygn. akt KIO 839/15 przez Odwołującego Y, dotyczą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający, po uwzględnieniu odwołania sygn. akt KIO 839/15, dokonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w tym odwołaniu i odrzucił ofertę Odwołującego X na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż stwierdził niezgodności w treści tej oferty z treścią SIWZ w zakresie wskazywanym przez Odwołującego Y.

**Art. 189 ust. 2 pkt 6****209. Sygn. akt: XII Ga 479/13, Postanowienie SO w Gdańsku z dnia 21 listopada 2013 r.**

W myśl zaś przepisu art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy (pkt 1), i w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 (pkt 6).

Wobec takiej treści przepisu, w postępowaniach o wartości poniżej progu unijnego, odwołanie służy jedynie wobec enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 czynności zamawiającego. Odwołanie wniesione w takim postępowaniu, dotyczące innej czynności zamawiającego, podlega odrzuceniu. Taka też sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wartość zamówienia w przedmiotowej sprawie była poniżej progu określonego przez przepis art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Natomiast A.B. złożyła odwołanie z innej przyczyny niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza bezpodstawnie rozpoznała odwołanie A.B., mimo zaistnienia podstaw do jego odrzucenia. W konsekwencji czego zaskarżony wyrok nie mógł się ostać.

**Art. 189 ust. 2 pkt 7****210. Sygn. akt: KIO 1201/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.**

W ocenie Izby, skoro przekazanie kopii do Zamawiającego nastąpiło według zasad ustalonych w postępowaniu, tj. za pomocą faksu na numer wskazany przez Zamawiającego, a w dniu 5 czerwca 2015 r. nie było fizycznie możliwości potwierdzenia u Zamawiającego skuteczności przekazania kopii odwołania, gdyż był to wolny dzień dla Zamawiającego i nie było z nim kontaktu telefonicznego to należy uznać, iż Odwołujący dochował staranności i nie miał podstaw przyjmować, że odwołanie nie dotarło do Zamawiającego. W ocenie Izby, Odwołujący nie może ponosić konsekwencji zakłóceń w pracy urzędów Zamawiającego, w szczególności w obszarze dotyczącym przysługujących mu środków ochrony prawnej. To na Zamawiającym, który dopuszcza komunikowanie się w postępowaniu z wykorzystaniem urzędów faksujących spoczywa ciężar zapewnienia prawidłowej pracy urzędzenia odbiorczego. Skoro nie było ono uszkodzone (wyłączone) wykonawca miał prawo zakładać, iż ten sposób komunikacji umożliwi skuteczne przekazanie kopii odwołania. Izba uznała, iż dowód okazany przez Odwołującego jest wiarygodny i potwierdza przekazanie do urzędzenia Zamawiającego 18-tu stron odwołania w dniu 05.06.2015 r., co potwierdzone zostało również zarejestrowanym wydrukiem z 05.06.2015 r. okazanym przez Zamawiającego.

**Art. 189 ust. 3****211. Sygn. akt: V Ca 696/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 22 lipca 2013 r.**

Wbrew twierdzeniom skarżącego posiadane przez pełnomocnika skarżącego pełnomocnictwo uprawniało go również do napisania i złożenia odwołania. Zgodnie z treścią pełnomocnictwa z dnia 8 stycznia 2013 r. adwokaci A.B., B.C. i C.D. byli umocowani przez D.E. w sprawie dotyczącej odwołania od decyzji o odrzuceniu oferty w postępowaniu TZ/(...). W ocenie Sądu Okręgowego takie formułowanie zakresu pełnomocnictwa uprawniło każdego z adwokatów również do napisania i wniesienia odwołania. W związku z tym brak było podstaw do zobowiązania przez KIO odwołującego do uzupełnienia braków formalnych odwołania poprzez złożenie prawidłowego pełnomocnictwa. Również nieopłacenie pełnomocnictwa nie powoduje jego nieskuteczności.

**Art. 189 ust. 7****212. Sygn. akt: KIO 1089/15, Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2015 r.**

Izba postanowiła oddalić wnioszek odwołującego o umożliwienie mu wglądu do załącznika nr 1 do pisma Kancelarii Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 czerwca 2015 r. zarejestrowanego w Kancelarii Tajnej w dniu 3 czerwca 2015 r. pod numerem (...) wskazując, że przepisy art. 189 ust. 7–9 ustawy wprowadzają jedynie regulację dotyczącą wyłączenia jawności posiedzenia lub rozprawy w przypadku rozpoznawania odwołań, podczas którego może być ujawniona informacja niejawną. Ustawa nie zawiera trybu postępowania z dowodami, które zawierają informację niejawną. Z kolei § 2a Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 2014.964 j.t.) w przypadku rozpoznawania odwołań, podczas którego może być ujawniona informacja niejawną odsyła do regulacji wynikających z ustawy o ochronie informacji niejawnych. Również § 23 tegoż rozporządzenia nie reguluje zagadnień związanych z możliwością udostępnienia stronom lub uczestnikom postępowania dokumentacji postępowania zawierającej informację niejawną. Przeciwnie przepis ten daje jedynie upoważnienie składowi orzekającemu do podjęcia decyzji, co do możliwości udostępnienia stronom lub uczestnikom postępowania dokumentów zawierających informacje prawnie chronione inne niż informacje niejawne. Stosując zatem rozumowanie *a contrario*, skoro ustawodawca nie dał składowi orzekającemu Izby uprawnienia do decydowania o możliwości udostępnienia stronom i uczestnikom postępowania dokumentów zawierających informację niejawną, to z takim dokumentem może zapoznać się jedynie skład orzekający, na którym jednocześnie ciąży zakaz udostępniania takiego dokumentu stronom i uczestnikom postępowania. Badając z kolei odesłanie z § 2a rozporządzenia, to należy zauważyć, że instytucję postępowania w przypadku rozpoznawania przez uprawnione organy spraw, podczas których może być ujawniona informacja niejawną, reguluje art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2010.182.1228, Dz. U. 2015.21). Przepis ten stanowi, że sposób rozpoznawania spraw przez organy orzekające regulują odrębne ustawy. W badanym stanie prawnym ustawodawca w § 2a rozporządzenia nie stworzył odrębnej regulacji prawnej, o której mowa w art. 4 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, ale zawarł odesłanie powrotne do ustawy o ochronie informacji niejawnej. Oznacza to, że do postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą, w przypadku rozpoznawania odwołań wymagających procedowania na informacji niejawnej zastosowanie ma art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnej. Z analizy przepisów tej ustawy należy zatem uznać, że skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, któremu udostępniono dokument zawierający informację niejawną jest jedynie dysponentem tej informacji i ma do niej wgląd, natomiast nie będąc wytwórcą tej informacji, nie może ani rozstrzygnąć o zasadności nadania danego rodzaju klauzuli, ani zmienić kręgu adresatów informacji określonego przez wystawcę dokumentu. Tym samym biorąc powyższe pod uwagę Izba stoi na stanowisku, że brak jest podstaw prawnych do uwzględnienia wniosku odwołującego.

**Art. 190 ust. 1–7****213. Sygn. akt: KIO 935/15, Wyrok KIO z dnia 20 maja 2015 r.**

Izba zaznacza, że ustawodawca w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia unormował odmiennie od ogólnych reguł wyłącznie sytuację, w której wykonawca został wezwany przez Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień i zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Taką samą regułą ustawodawca zastosował w postępowaniu odwoławczym, gdzie zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spo-

czywa na wykonawcy. Odmienne natomiast, a więc według reguł ogólnych wyżej opisanych, kształtuje się sytuacja (z jaką mamy również do czynienia w rozpoznawanej sprawie odwoławczej), w której Zamawiający nie wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; w tej sytuacji przedmiotem sporu będzie to czy zaoferowana cena wydaje się rażąco niska i czy budzi wątpliwości co do rzetelności, poprawności jej skalkulowania, a ciężar dowodu co do okoliczności wskazujących, że Zamawiający powinien dokonać czynności wezwania do wyjaśnień spoczywa na wykonawcy, który dokonania tej czynności się domaga (w rozpoznawanej sprawie na odwołującym).

#### **214. Sygn. akt: KIO 1651/15, Wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2015 r.**

Biorąc pod uwagę treść ww. przepisów (art. 190 ust. 1 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp) i dokonując ich literalnej wykładni, Izba doszła do przekonania, że odwołujący, który stawia zarzuty zamawiającemu, w zakresie czynności oceny oferty, tj. czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zobowiązany jest na mocy przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 k.c., przedstawić dowody na okoliczność, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę (dowód negatywny). Uczestnik postępowania odwoławczego zaś, na etapie postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ma obowiązek przedstawić dowody na odparcie twierdzeń odwołującego (dowód pozytywny). Dopiero zestawienie dowodów przedstawionych przez strony i ich prawidłowa ocena, może służyć za podstawę rozstrzygnięcia w sprawie. W ocenie Izby nie jest dopuszczalne, aby odwołujący, powołując się na przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, przerzucali obowiązek dowodowy tylko na jedną ze stron postępowania, samemu pozostając biernym w postępowaniu.

#### **215. Sygn. akt: KIO 1672/15, Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2015 r.**

Oczywiście, słusznie podnosił Odwołujący, że sytuacja określona w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a dotycząca wskazania progu procentowego, kiedy to Zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, a mianowicie wówczas, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, ma charakter jedynie przykładowy. W konsekwencji również, gdy cena oferty jest niższa o mniej niż 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w danym postępowaniu (nawet przykładowo jest niższa tylko o 10%, jak to podawał Odwołujący za przywołaną przez niego opinią Urzędu Zamówień Publicznych), Zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli będą zachodziły przesłanki, określone w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. jeżeli cena oferty będzie się wydawać rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i będzie budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Jednakże, to Odwołujący powinien wykazać, że Zamawiający bezzasadnie zaniechał wszczęcia procedury wyjaśniającej. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 190 ust. 1 ustawy Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Zatem, to na Odwołującym, który domaga się wszczęcia procedury wyjaśniającej w zakresie ceny zaoferowanej przez Konsorcjum X, spoczywał ciężar dowodu, że w okolicznościach niniejszego postępowania, Zamawiający miał obowiązek dokonania czynności wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powinien był zatem wykazać, że cena oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie części 1, 2, 3 i 4 zamówienia wydaje się być rażąco niską w sto-



sunku do przedmiotu zamówienia oraz, że jednocześnie powinna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. (...)

Odwołujący, odnosząc się do brzmienia przepisu, o którym mowa powyżej [art. 190 ust. 1 a ustawy Pzp – przyp. red], wywodził, iż Przystępujący jest zobowiązany do wykazania, że zaofferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Jednak, podkreślić należy, że sytuacja, w której Zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy nie została objęta dyspozycją przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, ponieważ przepis ten odnosi się do sytuacji, gdy badanie ceny oferty zostało już dokonane przez Zamawiającego i kwestionowane są wyłącznie wyniki tego badania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2015 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 166/15).

#### **216. Sygn. akt: IV Ca 409/13, Wyrok SO w Słupsku z dnia 1 sierpnia 2013 r.**

Tym samym nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut naruszenia przez KIO art. 190 ust. 7 PZP, który jest wyrazem tego, że w postępowaniu odwoławczym obowiązuje zasada swobodnej oceny dowodów. Oznacza to, że skład orzekający KIO ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Nie jest w tym względzie związany żadnymi regułami, z wyjątkiem podstawowych zasad logiki oraz doświadczenia życiowego i zawodowego. Konstrukcja tego przepisu wskazuje jednoznacznie, że ocena zebranych w sprawie dowodów dokonywana przez KIO, podobnie jak ocena dokonywana przez sąd cywilny na podstawie art. 233 § 1 kpc, korzysta z ochrony, a podważenie jej wyników może nastąpić wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. W szczególności zastosowanie znajduje zasada, utrwalona w orzecnictwie sądów powszechnych, zgodnie z którą podważenie oceny zebranych w sprawie dowodów dokonanej przez KIO, w ramach postępowania skargowego wywołanego wniesieniem skargi, może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy ocena ta została dokonana wbrew zasadom logicznego myślenia i regułom doświadczenia życiowego (...).

Należy przyjąć, iż przysługujące KIO z mocy art. 190 ust. 7 PZP, tak jak sądom powszechnym z mocy art. 233 kpc, prawo swobodnej oceny dowodów musi być tak stosowane, aby prawidłowość jego realizacji mogła być sprawdzona w toku instancji. Ale skuteczne postawienie zarzutu naruszenia jej przez KIO wymaga wykazania, że uchybiła zasadom logicznego rozumowania, lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd (KIO) wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (KIO) (vide: SN w orz. z 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98 niepubl., z 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/00, „Wokanda” 2000. nr 7, poz. 10. i z 5 sierpnia 1999 r., II UKN 76/99, OSNAPiUS 2000, nr 19, poz. 732 ).

W procesie ustalenia stanu faktycznego i rozważaniach Krajowej Izby Odwoławczej, przy wydawaniu zaskarżonego wyroku, zdaniem Sądu Okręgowego, rozpoznającego skargę, nie doszło do przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów. Pełnomocnik skarżącego nie wykazał naruszenia przez KIO żadnego z powyższych czynników wpływających na realizację tej zasady. Nadto Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że tylko ocena rażąco błędna lub oczywiście sprzeczna z treścią materiału dowodowego, może czynić usprawiedliwionym zarzut naruszenia zasady swobodnej oceny dowodów (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 29 stycznia 2003 r., I CKN 1431/00, niepubl. sip. (...)).

#### **217. Sygn. akt: XII Ga 211/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r.**

Do postępowania skargowego mają odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, stąd należy podnieść, iż ocena przeprowadzona przez Krajową Izbę Odwoławczą jest w pełni prawidłowa. Można w tym miejscu odnieść się do zasady swobodnej

oceny dowodów statuowanej przez art. 233 § 1 k.p.c. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 21 marca 2008 r. I ACa 953/07 (...), skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd zasady swobodnej oceny dowodów wymaga wykazania, że sąd uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął to sąd doniosłości poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie, niż ocena sądu. Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Taka ocena, dokonywana jest na podstawie przekonań sądu, jego wiedzy i posiadanego doświadczenia życiowego, a nadto winna uwzględniać wymagania prawa procesowego oraz reguły logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i – wążąc ich moc oraz wiarygodność – odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, OSNAPiUS 2000 nr 17, poz. 655). Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 12 września 2012 r. I ACa 568/12). Dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności strona winna wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 13 września 2012 r. I ACa 445/12). Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie 17 maja 2012 r. I ACa 31/12). Sąd pierwszej instancji ma obowiązek wyprowadzenia z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków logicznie prawidłowych. Reguła ta, współokreślająca granice swobodnej oceny dowodów, nie będzie zachowana wtedy, gdy wnioski wyprowadzone przez Sąd przy ocenie dowodów nie układają się w logiczną całość zgodną z doświadczeniem życiowym, lecz pozostają ze sobą w sprzeczności, a także, gdy nie istnieje logiczne powiązanie wniosków z zebranych w sprawie materiałem dowodowym (wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 17 kwietnia 2012 r. I ACa 285/12). Same, nawet poważne wątpliwości co do trafności oceny dokonanej przez sąd pierwszej instancji, jeżeli tylko nie wykroczyła ona poza granice określone w art. 233 § 1 k.p.c., nie powinny stwarzać podstawy do zajęcia przez sąd drugiej instancji odmiennego stanowiska (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2012 r. I UK 347/11). W ocenie Sądu Okręgowego skarżący w niniejszej sprawie w żaden sposób nie podważył w skardze korelujących z dowodami zebranymi w sprawie ustaleń faktycznych KIO, która w sposób logiczny wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku z jakich przesłanek wysnuła swe wnioski oraz na jakich przesłankach się oparła, co stanowi podstawę do przyjęcia tych ustaleń przez Sąd Okręgowy za własne.

## **218. Sygn. akt: VIII Ga 432/13, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 10 lipca 2014 r.**

Norma art. 190 ustawy reguluje postępowanie dowodowe przed Krajową Izbę Odwoławczą. Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych zawierają szcztątkową regulację odnoszącą się do dowodów i postępowania dowodowego. W literaturze wskazuje się, że nie wszystkie

kwesie wątpliwe da się wyjaśnić przez odesłanie, do przepisów kodeksu postępowania cywilnego o sędzie polubownym. Z tego powodu w kwestiach budzących wątpliwości celowym zabiegiem interpretacyjnym będzie sięgnięcie *per analogiam* do utrwalonych w tradycji prawniczej instytucji procedury cywilnej. Należy zauważyć, że żaden z przepisów ustawy nie nakazuje składowi orzekającemu dążyć do ustalenia prawdy materialnej. Wręcz przeciwnie, obowiązkiem prowadzenia dowodów umożliwiającym stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne, obarczone są strony postępowania odwoławczego, dowód z urzędu zaś może być dopuszczony niejako w dalszej kolejności. W szczególności wskazać należy art. 191 ust. 1 zwalniający skład orzekający z konieczności zbierania dalszych dowodów z urzędu, jeżeli uzna, że sprawa jest dostatecznie wyjaśniona, a zatem, że zebrany w sprawie materiał jest dostateczny do jej rozstrzygnięcia. Opisany kształt postępowania dowodowego podkreśla kontrydiktoryjny (sporny) charakter postępowania odwoławczego. Ciężar udowodnienia twierdzeń w postępowaniu odwoławczym wyznacza art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy, wyrażający normę prawną identycznej treści jak art. 230 k.p.c. i nawiązującą do art. 6 k.c. Stosownie do niego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Omawiany przepis jednoznacznie wskazuje, iż inicjatywa dowodowa należy do stron postępowania i uczestników postępowania. To w celu obrony albo w celu potwierdzenia stawianych zarzutów, powinny przeprowadzać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.

#### **219. Sygn. akt: V Ca 2266/14, Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 października 2014 r.**

Również zarzut naruszenia art. 190 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 13 § 2 kpc jest chybiony. Analiza akt sprawy prowadzi do wniosku, że nie można zarzucić Krajowej Izbie Odwoławczej braku wszechstronnej analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Przeciwnie, sprawa została rozpoznana niezwykle wnikliwie, szczegółowo i trafnie ustalony został stan faktyczny, a następnie wskazano dowody i okoliczności na podstawie, których wydane zostało zaskarżone rozstrzygnięcie. Należy stwierdzić, iż jeżeli z określonego materiału dowodowego wyprowadzone są wnioski logiczne, poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 § 1 k.p.c. Przyjmuje się, że granice swobody sędziego przy ocenie materiału dowodowego wyznaczają trzy czynniki: logiczny (obowiązek wyciągnięcia z materiału dowodowego wniosków logicznie prawidłowych), ustawowy (powinność rozważenia całego materiału dowodowego) oraz ideologiczny (psychologiczny), przez który rozumie się świadomość prawną sędziego, kulturę prawną oraz system reguł pozaprawnych i ocen społecznych, do których odsyłają normy prawne. Zarzut przekroczenia swobodnej oceny dowodów, skutkującej błędnymi ustaleniami faktycznymi może być skuteczny tylko wtedy, gdy skarżący wykaże przekroczenie swobody sędziowskiej w zakresie któregoś z powyżej wymienionych kryteriów. Wymaga natomiast podkreślenia, że samo przedstawienie przez stronę odmiennych wniosków niż wynikają z oceny dokonanej przez sąd nie świadczy jeszcze o przekroczeniu swobodnej oceny dowodów (tak SN w orzeczeniu z 6 listopada 1998 r. II CKN 4/98 nie publ.). Stanowisko wyrażony w tym orzeczeniu należy stosować odpowiednio do wyroków wydawanych przez KIO. Mając na uwadze powyższe uwagi zważyć trzeba, że nie jest uzasadnione twierdzenie, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie rozważyła wszechstronnie materiału dowodowego, w szczególności wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu innych wykonawców, treści ogłoszenia o zamówieniu oraz akt poprzednich postępowań odwoławczych, sygn. akt KIO 292/13, KIO 295/13, KIO 309/13 oraz sygn. akt KIO 1936/13, 1943/13, 1954/13. Trzeba też wskazać, że w istocie uzasadnienie skargi nie zawiera argumentacji dlaczego podnoszone w tym zarzucie okoliczności miałyby mieć wpływ na wynik rozstrzygnięcia.

**Art. 191 ust. 2****220. Sygn. akt: KIO 1372/15, Wyrok KIO z dnia 22 lipca 2015 r.**

Odnosząc się do zarzutu odwołania, Izba stwierdziła, iż faktycznie brak określenia przez Zamawiającego w SIWZ czasu na usuwanie awarii, do czego zobowiązany jest wykonawca, w sytuacji gdy z tego tytułu (zwłoki w usunięciu awarii) Zamawiający przewidział naliczanie kar umownych, powoduje, że opis przedmiotu zamówienia nie jest precyzyjny, co z kolei skutkuje dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zbyt dużym ryzykiem związanym z brakiem możliwości prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia. Powyższe jednak – jak wskazano powyżej – nie mogło być podstawą uwzględnienia odwołania. Izba, wydając wyrok – stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Pzp – powinna wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania do czasu zamknięcia rozprawy. W toku rozprawy Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 6 lipca 2015 r. dokonał modyfikacji zaskarżonych postanowień SIWZ, co – w ocenie Izby – wskazuje, że zarzut odwołania zdezaktualizował się.

**221. Sygn. akt: X Ga 652/13, Wyrok SO w Poznaniu z dnia 8 stycznia 2014 r.**

Zgodnie z art. 191 ust. 2 p.z.p. Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zdaniem Sądu Okręgowego „stan rzeczy” jaki został ustalony w postępowaniu nie jest tożsamy z określeniem „stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy”, o którym mowa w treści art. 316 § 1 k.p.c. Stan rzeczy określony w p.z.p. jest węższym pojęciem i dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem, jak słusznie wskazał skarżący, podstawą do ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę na podstawie art. 192 ust. 2 p.z.p. mógł być jedynie materiał dowodowy zgromadzony podczas trwania postępowania odwoławczego. (...)

Izba przy ocenie czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy p.z.p., poprzez dokonanie przez zamawiającego określonych czynności lub zaniechania czynności, do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy p.z.p., powinna brać pod uwagę stan rzeczy z chwili dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

**Art. 192 ust. 2****222. Sygn. akt: KIO 1201/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.**

Ostatnią kwestią ogólną konieczną do poruszenia przy przedmiotowym rozstrzygnięciu jest wskazanie na skutki modyfikacji postanowień SIWZ dokonywanych w trakcie postępowania odwoławczego. Tego typu powtórzenie lub zmiana czynności zamawiającego dokonywana po wniesieniu odwołania pozostaje czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia a nie czynnością procesową, a więc działaniem dokonywanym poza postępowaniem odwoławczym, które jednak wywiera wpływ na rozstrzygnięcie odwołania przez dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy.

W tym zakresie, za uzasadnieniem wyroku Izby z dnia 8 kwietnia 2010 r., sygn. akt. KIO 415/10, wskazać należy, iż ustawa nie nakazuje *de lege lata* zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w razie uwzględnienia, czy raczej uznawania za zasadne, części zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zamawiający zatem, po ocenie związanego z tym ryzyka, może kontynuować postępowanie, z ograniczeniem wynikającym jedynie z art. 183 ust. 1 ustawy – brakiem możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Izbę. W takim przypadku, tj. przy zmianie czy wykonaniu czynności postulowanych w odwołaniu – co m.in. wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 707/11 – należałoby za niezasadne uznać przyjęcie do orzekania stanu faktycznego już nieistniejącego w jego trakcie, bowiem na ten moment nie istniałyby kwestionowane czynności czy zaniechania zamawiającego i brak byłoby faktycznej podstawy sporu w tym zakresie – zarzuty tego

typu należałoby pozostawić bez rozpoznania. Powyższe należy również zakwalifikować jako przypadek podpadający pod dyspozycję art. 192 ust. 2 Pzp – nawet potwierdzenie podtrzymanych przez odwołującego zarzutów i naruszeń, w odniesieniu do czynności (postanowień SIWZ) już nieistniejących i niewywierających skutków prawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w związku z ich uprzednią zmianą dokonaną przez zamawiającego, nie mogłoby posłużyć uwzględnieniu odwołania jako niemające wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym w trakcie orzekania należało wziąć pod uwagę wszelkie wprowadzone przez zamawiającego zmiany w postanowieniach dokumentów przetargowych, których zarzuty odwołań dotyczyły. Natomiast ocena zgodności z prawem samej nowej treści SIWZ wprowadzonej przez zamawiającego, znalazła się poza oceną Izby, a to na zasadzie art. 192 ust. 7 Pzp – nowe postanowienia SIWZ nie były (i nie mogły być) zarzutami rozpatrywanego odwołania objęte.

### **223. Sygn. akt: KIO 1242/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.**

W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów ustawy oraz
- 2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak też orzekł Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 2014 roku sygn. akt: IV CSK 291/13.

Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. W ocenie Izby ewentualne ujawnienie informacji zawartych w wyjaśnieniach wykonawców mogłoby skutkować podniesieniem zarzutu zaferowania przez przystępujących rażąco niskiej ceny. Podkreślić zaś należy, że taki zarzut został już przez odwołujących w tym postępowaniu podniesiony. Ponowne podniesienie zarzutu na podstawie danych, które Izba wzięła pod uwagę przy rozpoznaniu zarzutu, nie byłoby skuteczne i nie wpłynęłoby na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

### **224. Sygn. akt: KIO 1022/15, KIO 1026/15, Wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r.**

(...) warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności stawianych w nim zarzutów kierowanych wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, jest stwierdzenie, że potwierdzone naruszenie ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z istotnym wpływem na wynik postępowania, o którym mowa w przywołanym przepisie, mamy do czynienia w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów wyartykułowanych w odwołaniu prowadzi do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, lub w przypadku postępowań dwuetapowych co najmniej taką szansę wykonawcy stwarza. Powyższe stanowisko potwierdza także uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. (por. wyrok o sygn. akt: V Ca 3270/12). Również Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 15 maja 2015 r. sygn. akt X Ga 85/15 wyraził pogląd, że podniesione w odwołaniu zarzuty nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, kiedy nie mogły one mieć wpływu na wynik postępowania, rozumianego jako możliwość zmiany czynności zamawiającego w sposób, który pozwoliłby odwołującemu uzyskać zamówienie.



**Art. 192 ust. 3****225. Sygn. akt: VII Ga 150/14, Wyrok SO w Kielcach z dnia 3 października 2014 r.**

W niniejszym postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego zamawiający zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłał odwołującemu faksem w dniu 23.06.2014 r. Zamawiający umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, którego ofertę wybrał, zawarł w dniu 16.06.2014 r., a zatem przed wysłaniem odwołującemu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Z kolei art. 183 ust. 1 pzp stanowi, że w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

X Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. wniosła odwołanie w dniu 27.06.2014 r., rozprawa przed Izbą miała miejsce w dniu 9.07.2014 r., wyrok zapadł w dniu 10.07.2014 r. Zamawiający naruszył zatem zarówno przepis art. 94 ust. 1 pkt 2, jak i art. 183 ust. 1 pzp. W sytuacji, w której zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego i zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 146 ust. 1 pzp, czyli doszło do zawarcia tej umowy z naruszeniem przepisów zarówno art. 94 ust. 1, jak i art. 183 ust. 1 pzp, Izba mogła wydać wyłącznie rozstrzygnięcie oparte na art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a–c pzp. Niedopuszczalne było z uwagi na stan sprawy, wydanie rozstrzygnięcia opartego na ust. 3 pkt 1 powyższego przepisu czyli nakazanie zamawiającemu wykonania lub powtórzenia czynności lub nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego.

Uzupełniając postępowanie dowodowe w oparciu o art. 381 kpc i art. 382 kpc w zw. z art. 198 ust. 2 pzp Sąd dopuścił dowód z zeznań świadka A.B. na okoliczność realizacji umowy z dnia 16.06.2014 r. zawartej przez zamawiającego (...) na dostawę (...) na potrzeby zamawiającego. Wynika z tych zeznań, że dostawy te miały miejsce w dniach 10.07., 14.07. i 28.07.2014 r. i że po wniesieniu przez odwołującego odwołania zostały one wstrzymane. Z przedłożonych przez zamawiającego faktur nr (...), (...) i (...) wynika, że były to dostawy sprzętu medycznego o łącznej wartości (...) zł. Kolejne zamówienia obejmują igły i strzykawki.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę jak też okoliczność, że ani wnoszący skargę, ani zamawiający nie kwestionowali istnienia stwierdzonych przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku podstaw do uwzględnienia odwołania, Sąd Okręgowy uwzględniając skargę zmienił wyrok w ten sposób, że uwzględnił odwołanie i orzekł o skróceniu obowiązywania umowy nr (...) do dnia 31.12.2014 r. na podstawie art. 198f ust. 2 pzp w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c pzp.

Decydując się na skrócenie okresu obowiązywania umowy zawartej przez zamawiającego na okres 12 miesięcy, Sąd miał na względzie to, że do dnia 31.12.2014 r. utrzymanie umowy w mocy leżało w interesie publicznym, z uwagi na cel jakiego służyć miała zawarta umowa i przeznaczenie materiałów medycznych stanowiących przedmiot umowy. Nie jest uzasadnione a wręcz niemożliwe pozbawienie tak dużej placówki medycznej jaką jest (...) dostawy sprzętu medycznego, albowiem skutki tego w rezultacie ponieśliby pacjenci tego szpitala. Za niecelowe Sąd uznał nałożenie na zamawiającego kary finansowej mając na względzie jego sytuację finansową oraz fakt, że umowa z dnia 16.06.2014 r. została do tej pory wykonana w niewielkim zakresie biorąc pod uwagę wartość zamówienia określoną w umowie i faktycznie zrealizowanego.

**Art. 192 ust. 7****226. Sygn. akt: KIO 981/15, Wyrok KIO z dnia 26 maja 2015 r.**

Fakt związania Izby granicami zarzutów wynika z powołanego przepisu art. 192 ust 7 ustawy Pzp. Wiążąca dla określenia kognicji Izby jest bowiem treść zarzutów sformułowanych w odwołaniu z uwzględnieniem wszystkich elementów konstrukcyjnych tych właśnie zarzu-

tów, a zatem, co do zasady, wskazania w odwołaniu na czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, przywołania przepisów, z którymi te czynności lub zaniechania czynności mają być niezgodne, a wreszcie wskazania na okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające formułowanie takich twierdzeń. Co do zasady, dopiero po przedstawieniu przez Odwołującego wszystkich tych elementów zawartych w odwołaniu (a nie formułowanych już po wniesieniu odwołania, choćby w toku rozprawy przed Izba), Izba władna jest odnieść się do podniesionych zarzutów i rozstrzygnąć o ich zasadności.

O konieczności odpowiedniego sformułowania zarzutów w samym odwołaniu świadczy chociażby przepis § 9 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280 z późn. zm.), który brak powołanych elementów konstrukcyjnych zarzutu traktuje jako brak formalny, którego nieuzupełnienie rodzi obowiązek zwrotu odwołania. Pamiętać przy tym należy, że w przypadku, gdy Odwołujący określi w sposób precyzyjny stan faktyczny (wskaże na konkretne dokonane przez Zamawiającego czynności, czy też na istnienie po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania określonej czynności, z którego ten się nie wywiązał) i odniesie tenże stan faktyczny do określonej normy prawnej (nawet bez przywołania konkretnej jednostki redakcyjnej ustawy Pzp), wskazując przy tym na czym zarzucane przez niego naruszenie miałyby polegać i jakie, jego zaistnienie, rodzi konsekwencje dla sfery jego interesów, to takie sformułowanie zarzutu uznane zostać winno za wystarczające dla Izby, aby ta mogła orzec o zasadności tak postawionego zarzutu.

### **227. Sygn. akt: III Ca 1904/14, Wyrok SO w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r.**

Po złożeniu odwołania rozszerzanie zarzutów odwołania przez dodawanie nowych podstaw faktycznych jest niedopuszczalne. Samo powołanie się w treści odwołania na dany artykuł ustawy – Prawo zamówień publicznych nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność, na którą powołuje się odwołujący w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, to jest dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Odwołujący powinien wskazać, w jaki sposób jego interes został naruszony, w wyniku jakiego zachowania, działania bądź zaniechania zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (*vide* wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2011 roku, o sygn. akt. KIO 2625/11).

### **Art. 192 ust. 9**

### **228. Sygn. akt: XII Ga 73/13, Wyrok SO w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r.**

Zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia [*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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – *przyj. red.*] do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby.

W przekonaniu Sądu Okręgowego z powyższego zapisu ani z żadnego innego przepisu nie wynika, aby zwrot kosztów podróży należał się w granicach najtańszego środka transportu (pociąg osobowy, II klasa, ewentualnie I, jak wskazywał skarżący). W tym stanie rzeczy, zdaniem Sądu Okręgowego pełnomocnik nie miał obowiązku stawiając się na rozprawę korzystać ze środka komunikacji w postaci pociągu zamiast samolotu, tym bardziej, że obecnie przeloty są powszechnie dostępnym środkiem komunikacji, który gwarantuje najkrótszą podróż, co ma szczególne znaczenie przy tak znacznej odległości, jaka dzieli oba

miasta – Warszawę i Gdańsk. Nie bez znaczenia dla spornej pomiędzy stronami kwestii jest także fakt, iż termin rozprawy wyznaczony został na 17 grudnia 2012 r. na godzinę 10:00. Stąd też słusznie uczestnik postępowania zauważył, że skorzystanie przez niego pociągu relacji Gdańsk – Główny Warszawa Centralna odjeżdżającego o godzinie 5.02 spowodowałoby opóźnionym stawiennictwem na wyznaczoną rozprawę skoro pociąg ten przyjeżdża planowo o godzinie 10.14.

Powyzsze okoliczności zdaniem Sądu Okręgowego przemawiają za uznaniem, iż uzasadniony koszt postępowania odwoławczego to koszt związanego z dojazdem profesjonalnego pełnomocnika drogą lotniczą odpowiadający cenie jednego biletu lotniczego na trasie Gdańsk – Warszawa – Gdańsk w kwocie (...) zł (*vide* faktura VAT (...)).

### **229. Sygn. akt: X Ga 95/13, Wyrok SO w Gliwicach z dnia 14 czerwca 2013 r.**

Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 – przyp. red.*] w żaden sposób nie precyzują jak powinien wyglądać rachunek. Pełnomocnik zamawiającego złożył fakturę VAT na kwotę (...) zł wraz z wnioskiem o zwrot kosztów postępowania. KIO brak zasądzenia kosztów pełnomocnikowi skarżącego uzasadniła tym, że na fakturze VAT widnieje jedynie napis „obsługa prawna”, a co za tym idzie nie można wywieść, iż obsługa ta miała związek z postępowaniem. Sąd Okręgowy uznaje, że w związku z brakiem dokładnego określenia elementów rachunku w ww. rozporządzeniu przedstawiona przez zamawiającego faktura VAT jest wystarczająca. Zasadność jej wystawienia i jej związek z niniejszym postępowaniem potwierdza treść zlecenia z 12 lutego 2012 r., które wyraźnie stanowi, że zamawiający zlecił pełnomocnikowi reprezentację przed KIO.

### **230. Sygn. akt: V Ca 750/13, Wyrok SO w Warszawie z dnia 24 czerwca 2013 r.**

Zgodnie z § 3 pkt 2 b) 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*), do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności: b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.

Zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 powyższego rozporządzenia, Izba o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego orzeka wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Przedłożenie tylko pisemnego wniosku nie spełnia tego wymagania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2013 r., KIO 682/13, (...)).

A.B. w niniejszym postępowaniu w pierwszej i drugiej instancji występowała sama bez pełnomocnika. Fakt, że jest ona z zawodu adwokatem nie uzasadnia zwrotu jej kosztów zastępstwa prawnego, gdyż takich kosztów nie poniosła. W rzeczywistości A.B. wnosi o zwrot utraconych korzyści związanych z występowaniem w niniejszej sprawie, co spowodowało, że nie mogła wywiązać się ze wszystkich obowiązków względem swoich klientów oraz zamiast wykonywać przyjęte zlecenia musiała poświęcić swój czas na udział w tym postępowaniu. Jednakże należy zauważyć, że skarżąca sama zainicjowała postępowanie odwoławcze, w którym zdecydowała się działać bez profesjonalnego pełnomocnika, nie został ustanowiony przez nią pełnomocnik w toku postępowania, nie złożyła żadnego rachunku świadczącego o poniesionych uzasadnionych wydatkach. Zatem brak jest jakichkolwiek podstaw do uwzględnienia skargi A.B.

**Art. 192 ust. 9 i 10****231. Sygn. akt: VIII Ga 243/13, Wyrok SO w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2013 r.**

Przypomnieć należy, że z mocy art. 192 ust. 10 PZP wynika, iż strony mają obowiązek poniesienia kosztów postępowania odwoławczego. Według zaś § 3 pkt 2 powołanego wyżej rozporządzenia [*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. z 2010 r. nr 41, poz. 238) – *przyp. red.*] kosztami postępowania odwoławczego są uzasadnione koszty stron tego postępowania. Przepis ten wymienia dwie kategorie tych kosztów. Wylczenie to jest niewątpliwie przykładowe, o czym świadczy zwrot „w szczególności”. Zatem do kosztów tych mogą należeć również inne wydatki o ile są one uzasadnione – a więc celowe (wydane w celu prawidłowej realizacji praw strony w postępowaniu przed KIO) i pozostające w związku z występowaniem strony w tym postępowaniu. W tym zakresie mieszczą się niewątpliwie wydatki poniesione przez stronę w celu dotarcia osób ją reprezentujących na rozprawę przed KIO, na co wskazuje zresztą wprost przepis § 3 pkt 2 lit. a rozporządzenia. Podkreślić należy, że przepis ten nie różnicuje kosztów dotarcia na rozprawę samej strony i jej pełnomocnika. Zatem literalna wykładnia powołanej normy nakazuje przyjąć, że do kosztów postępowania zalicza się wydatki strony związane z przejazdem zarówno jej, jak i jej pełnomocników na rozprawę przed KIO.

Wykładnia celowościowa i systemowa nie prowadzi do wniosków wykluczających wyniki wykładni gramatycznej. Żadne względy nie wskazują bowiem na to, by pełnomocnik strony w postępowaniu przed KIO był zobligowany do poniesienia kosztów dotarcia na rozprawę we własnym zakresie a poniesione wydatki (niezależnie od ich wysokości musiały być refundowane wyłącznie przez przyznanie wynagrodzenia mieszczącego się w granicach, o których mowa w § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia. W szczególności brak jest podstaw do tego, by w ramach umowy między pełnomocnikiem i reprezentowaną stroną niemożliwym było zobowiązanie się strony do zapłaty kosztów dotarcia na rozprawę niezależnie od zapłaty umówionego wynagrodzenia. Przypomnieć też należy, że w świetle orzecnictwa Sądu Najwyższego dotyczącego kosztów procesu cywilnego obecnie za utrwalony uznać należy pogląd, iż celowe koszty stawienia (dotarcia na rozprawę) pełnomocnika zawodowego strony mieszczą się w pojęciu niezbędnych kosztów procesu (por. np. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2012 r. III PZP 4/2012 OSNP 2012/23-24 poz. 280, postanowienie z dnia 20 kwietnia 2011 r. I CZ 22/2011 (...)). W świetle przepisów PZP i przepisów wykonawczych do tej ustawy, nie ma podstaw normatywnych by odmiennie oceniać zasadność żądania kosztów podróży w celu wzięcia udziału w rozprawie przed KIO. Koszty te zatem powinny być uznane za uzasadnione wydatki w rozumieniu § 3 powołanego wyżej rozporządzenia. Tym bardziej nie znajduje uzasadnienia odmowa uwzględnienia kwot poniesionych faktycznie (uiszczonych) przez samą stronę w związku z podróżą jej pełnomocnika na rozprawę.

**232. Sygn. akt: II Ca 506/13, Postanowienie SO w Bielsku-Białej z dnia 17 września 2013 r.**

Niezasadny też jest w ocenie sądu zarzut naruszenia art. 5 kc w wyniku przyznania zamawiającemu kosztów udziału pełnomocnika w maksymalnej wysokości. Przepisy regulujące zasady zwrotu kosztów postępowania odwoławczego nie dają organowi orzekającemu uprawnienia do miarkowania wysokości wynagrodzenia stosownie do nakładu pracy pełnomocnika, charakteru sprawy czy innych okoliczności, nie ma też podstaw do stosowania *per analogiam* przepisów o kosztach postępowania cywilnego (*vide*: wyrok SO w Olsztynie z 27.07.2011 – V Ga 84/11 – niepubl.), w tym art. 102 czy art. 103 kpc albo art. 109 § 2 kpc. Nie sposób też podzielić poglądu skarżących, iż wobec nieobecności pełnomocnika zamawiającego w osobie radcy prawnego na rozprawie przed KIO i niezłożenia w postępowaniu odwoławczym żadnych pism procesowych udzielenie pełnomocnictwa temu radcy prawnemu

było czynnością pozorną. Zasady procedury nie wymagają osobistej obecności pełnomocnika na rozprawie przed KIO ani też konieczności składania pism procesowych, czynności proceduralne w tym postępowaniu w imieniu pełnomocnika podejmował zaś działający z jego umocowania dalszy pełnomocnik.

### **233. Sygn. akt: V Ca 2696/13, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 17 października 2013 r.**

Zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się: uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3.600 zł.

Dokonując interpretacji powyższego przepisu należy wskazać, że jeżeli chodzi o sformułowanie „uzasadnione koszty” zostało ono użyte w kontekście w ogóle dopuszczalności uznania pewnych wydatków jako koszty celowe w ramach postępowania przed KIO, do których to kosztów m.in. zalicza się wynagrodzenie pełnomocników. Powyższy zapis nie oznacza natomiast, że KIO ma możliwość ustalania wysokości tego typu kosztów w zależności od nakładu pracy pełnomocnika, czy też skomplikowania sprawy. Trzeba bowiem podkreślić, że koszty te są ograniczone jedynie limitem kwotowym, co skutkuje niemożnością zasądzenia wyższej kwoty. Z drugiej strony skład orzekający nie ma prawa weryfikować wysokości kosztów wnioskowanych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, o ile mieszczą się one w limicie 3.600 zł, ponieważ ww. rozporządzenie zakwalifikowało je jako uzasadnione, a przede wszystkim nie istnieje przepis przyznający Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencję miarkowania wynagrodzenia pełnomocnika (o ile mieści się w limicie 3.600 zł).

W tym stanie rzeczy, skoro skarżący tytułem zastępstwa prawnego przedłożył fakturę VAT opiewającą na kwotę 3.600 zł (co wynika z protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 25 lipca 2013 roku), brak było podstaw do kwestionowania tej kwoty i jej obniżania przez KIO.

### **234. Sygn. akt: VI Ga 102/13, Postanowienie SO w Toruniu z dnia 21 października 2013 r.**

Regulacja kosztów w postępowaniu odwoławczym została rozproszona i zawarta nie tylko w powołanym w skardze art. 192 ust. 9–10 upzp, ale także w art. 186 ust. 6 upzp oraz aktach wykonawczych, do których wydania delegacje zostały przewidziane w art. 198 upzp, przy czym zasadnicze znaczenie posiada powołane również w skardze 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 sposobie ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Powyższe przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie znają instytucji częściowego uwzględnienia odwołania i w konsekwencji proporcjonalnego rozkładu kosztów postępowania odwoławczego pomiędzy jego stronami; dlatego też, jak trafnie podnosi odwołujący w odpowiedzi na skargę, uwzględnienie jednego zarzutu skutkuje uwzględnieniem odwołania nawet jeżeli pozostałe zarzuty nie zostały uwzględnione. Na mocy art. 192 ust. 10 upzp uczestnicy postępowania odwoławczego ponoszą jego koszty stosownie do jego wyniku. Nie ma zatem potrzeby do sięgania przez analogię do odpowiednich przepisów kodeksu postępowania cywilnego o kosztach procesu, gdyż postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma w tym zakresie swoje regulacje. Z drugiej strony trzeba jednak wskazać, iż przepis art. 192 ust. 10 upzp oznacza, że obowiązuje w nim, tak jak w procesie cywilnym, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.). Jest przy tym całkowicie obojętne, czy strona przegrała proces z przyczyn czysto formalnych, czy też dlatego, że jej żądanie było niezasadne. Ta kompleksowa regulacja zasad rozliczania kosztów ponoszonych przez uczestników postępowania i strony postępowania odwoławczego znalazła się w postanowieniach § 5 cytowanego wyżej roz-



porządzenia 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 sposobie ich rozliczenia.

### **235. Sygn. akt: II Ca 725/14, Postanowienie SO w Bielsku-Białej z dnia 16 stycznia 2015 r.**

Szczegółowe zasady rozliczenia kosztów postępowania w poszczególnych sytuacjach procesowych zawiera natomiast § 5 cytowanego rozporządzenia. *[Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – przyp. redl.* Ustęp 3 tego paragrafu określa sposób rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego poniesionych przez strony w sytuacji cofnięcia odwołania zarówno przed otwarciem rozprawy, jak też już po tymże otwarciu. Zgodnie z tą regulacją, jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy Izba orzeka jedynie o zwrocie odwołującemu 90% uiszczonego wpisu, jeżeli zaś cofnięcie odwołania nastąpiło już po otwarciu rozprawy Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia od odwołującego na rzecz zamawiającego lub wnoszącego sprzeciw. W sytuacji zatem, w której – jak w niniejszej sprawie – cofnięcie odwołania Odwołującego nastąpiło wprawdzie na posiedzeniu Izby, ale przed otwarciem rozprawy, brak jest podstaw do zasądzenia od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu jakichkolwiek kosztów postępowania odwoławczego w oparciu o dyspozycję § 5 ust. 3 lit. a cytowanego rozporządzenia, na które powołuje się zaskarżone orzeczenie albowiem przepis ten takiego rozstrzygnięcia nie przewiduje. Przewiduje je natomiast przepis § 5 ust. 3 lit. b tego rozporządzenia, który jednak w sprawie nie ma zastosowania. Tym samym konkludując te rozważania uznać należy, że w sytuacji, gdy cofnięcie odwołania następuje przed otwarciem rozprawy w Krajowej Izbie Odwoławczej brak jest regulacji prawnych pozwalających na zasądzenie od odwołującego na rzecz przeciwników odwołania zwrotu jakichkolwiek poniesionych przez nich kosztów w postępowaniu odwoławczym (tak KIO np. w orzeczeniach z 15.07.2013 – KIO 1617/13 (...) i z 13.08.2013-KIO 1897/13 (...)).

### **Art. 196 ust. 6**

### **236. Sygn. akt: XXIII Ga 1074/14, Postanowienie SO w Warszawie z dnia 26 czerwca 2014 r.**

Zawarte w wyroku z 07 kwietnia 2014 r. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania jasno i precyzyjnie wskazuje, która ze stron została obciążona kosztami postępowania i w jakiej wysokości. Zapis słowny wszystkich kwot jest tożsamy z zapisem cyfrowym, nie zawiera błędów, czy innych omyłek technicznych. „Sprostowanie orzeczeń sądowych prowadzi do przywrócenia w treści dokumentu orzeczenia – bez potrzeby uruchamiania nadzoru judykacyjnego – rzeczywistej woli składu sądu. Dlatego przedmiotem sprostowania może być wyłącznie oczywista omyłka sporządzającego dokument orzeczenia i uwidoczniiona w osnowie tego dokumentu, nie zaś wadliwość, która wystąpiła już w procesie decyzyjnym orzekania. Komentowany przepis jedynie przykładowo wymienia niektóre oczywiste omyłki, a to: niedokładności (np. polegające na niewłaściwym oznaczeniu strony jako „X” zamiast „Iks”, ale nigdy na poprawieniu oznaczenia strony określonej w wyroku jako podmiot nieposiadający zdolności sądowej, np. „Sklep w S”. – na „X – właściciel Sklepu w S.”); błędy pisarskie (np. „powudztwo”) oraz rachunkowe, które nie muszą wynikać z samej sentencji, ale także z zestawienia uzasadnienia z sentencją wyroku.” (Przemysław Telenga, Komentarz aktualizowany do art. 350 Kodeksu postępowania cywilnego, (...)).

Powyższy podgląd jest zasadny także w odniesieniu do orzeczeń wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą (art. 196 ust 6 prawa zamówień publicznych). Zmiana wysokości kosztów jest ingerencją w merytoryczną treść rozstrzygnięcia i nie można podzielić zawartego w postanowieniu stanowiska, jakoby był to tylko błąd pisarski, czy omyłka wynikająca wyłącznie ze względów technicznych.

**Art. 198a ust. 1****237. Sygn. akt: III Ca 1053/14, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 12 września 2014 r.**

Zgodnie z art. 192 ust. 1 u.p.z.p. o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku; w pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Zatem w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą przewidziane są dwie formy orzeczeń – pierwszy w postaci wyroku oraz – drugi w postaci postanowienia. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 9 u.p.z.p. w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Tym samym rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego jest integralną częścią orzeczenia Izby. W ramach tak ukształtowanego systemu orzekania ustawodawca wprowadził uniwersalny środek zaskarżenia w postaci skargi, która przysługuje na oba wymienione orzeczenia (tj. zarówno od wyroku jak i postanowienia). Zgodnie z art. 198a ust. 1 u.p.z.p. na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu. Zatem skarga ma nietypowy charakter prawny, ponieważ zastępuje apelację, a gdy dotyczy postanowienia, stanowi surogat zażalenia. Jednocześnie ustawodawca nie rozróżnił żadnych części orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, których skarga mogłaby dotyczyć. Dlatego należy przyjąć, iż skarga na orzeczenie Izby wyłącznie w zakresie kosztów postępowania jest dopuszczalna. Za przyjętym rozwiązaniem przemawiają także argumenty natury celowościowej, niewątpliwie kontrola sądowa byłaby niepełna, gdyby wyłączyć z jej zakresu rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego (*vide* uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2002 roku, sygn. akt III CZP 68/02, OSNC 2003/7-8/103; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2005 roku, sygn. akt III CZP 109/05, OSNC 2006/11/182, wraz z glosą aprobującą R. Szostaka, FK 2006/04/81).

**Art. 198a ust. 2****238. Sygn. akt: II Ca 1173/13, Postanowienie SO w Białymstoku z dnia 27 listopada 2013 r.**

W przedmiotowej sprawie uznać należy, że zamawiającym jest Skarb Państwa – X. Świadczy o tym treść SIWZ wraz z załącznikami. Jakkolwiek bowiem w tomie I rozdziale 1 punkt 1 SIWZ jako zamawiającego wskazano X Oddział B. to jednak następnie w tomie II rozdziale 1 zawierającym formularz umowy wyraźnie określono, że będzie ona zawarta pomiędzy Skarbem Państwa – X reprezentowanym przez pełnomocników (wskazanych imiennie pracowników) Oddziału X w B., „w dalszej treści Umowy zwanym „Zamawiającym”.

Zgodnie z art. 18a ust. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 roku o drogach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 260) X realizuje swoje zadania przy pomocy (...), w skład której stosownie do ust. 2 tego artykułu wchodzi oddziały w województwach. W konsekwencji powyższego uznać należy, iż jednostką organizacyjną Skarbu Państwa, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie jest X. Nie jest nią natomiast wchodząca w jej skład komórką organizacyjną – Oddział w B. – nie mająca samodzielnego bytu prawnego (tak też: WSA w Warszawie, I SA/Wa 218/07, wyrok z dnia 30.05.2007 r., (...)). X Oddział Białostok w przedmiotowym postępowaniu jest w istocie jedynie pełnomocnikiem Skarbu Państwa – X co wynika tak z formularza umowy zawartego w SIWZ, jak i złożonych do akt pełnomocnictw (...).

**239. Sygn. akt: X Ga 27/14, Postanowienie SO we Wrocławiu z dnia 12 marca 2014 r.**

Jak wynika z akt sprawy skarżący w skardze na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2730/13) domagał się uchylecia ww. orzeczenia w części nakazującej zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert. W skardze skarżący wniósł o zwolnienie go od kosztów sądowych w całości lub w części. Postanowieniem z dnia 28 stycznia 2014 r., doręczonym pełnomocnikowi skarżącego w dniu 19 lutego 2014 r. (data potwierdzenia odbioru) Sąd Okręgowy we W. Wydział (...) oddalił wniosek o zwolnienie od

kosztów sądowych. Spółka osiągnęła bowiem zysk netto w wysokości 0,225 mln złotych. Wygenerowana przez spółkę strata dotyczyła zaś strat ze sprzedaży, podczas gdy spółka posiadała także przychody operacyjne (w tym dotacje) oraz inne przychody finansowe. Jak wynikało z rachunku zysków i strat spółka nie odnotowała strat za III kwartał 2013 r. Sąd zdawał sobie sprawę z tego, że w ujętym w sprawozdaniu zysku netto uwzględniono dotacje i należności ze sprzedaży majątku spółki jednak oceniał to czy wnioskujący ma dostateczne środki na uiszczenie wpisu, a nie skąd środki te pochodzą. Sąd Okręgowy uznał, że skarżący nie wykazał tego, że nie jest w stanie ponieść kosztów sądowych w sprawie. Skarżący, pomimo doręczenia mu wezwania o uiszczenie opłaty od skargi otrzymanego w dniu 11 lutego 2014 r. (data potwierdzenia odbioru), wskazanej w nim opłaty w wysokości 157.050 zł nie uiszczył. Z tych względów, w oparciu o powołane przepisy skargę należało odrzucić jako nieopłaconą

#### **240. Sygn. akt: II Ca 238/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 18 kwietnia 2014 r.**

Zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 596) osobowość prawną ma województwo. W niniejszej sprawie zdolność sądowa przysługuje zatem Województwu (...). Wskazać zarazem należy, że w ogłoszeniu o zamówieniu jako nazwa zamawiającego wskazany został przez samego zamawiającego Urząd Marszałkowski Województwa X (...), również przystępujący do sprawy wykonawca M. w piśmie z dnia 2 kwietnia 2014 r. określił zamawiającego jako Urząd Marszałkowski Województwa X (...).

Oznaczenie przez skarżącą jako przeciwnika skargi Urzędu Marszałkowskiego Województwa X w ocenie Sądu Okręgowego można było zakwalifikować jako niedokładność, pozostającą bez wpływu na możliwość nadania skardze dalszego biegu. Naprawienie tej wadliwości nastąpiło w drodze sprostowania oznaczenia strony przez skarżącą w piśmie z dnia 11 kwietnia 2014 r., a uściślenie to nie doprowadziło do naruszenia tożsamości stron. Sąd Okręgowy podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone wyroku z dnia 22 czerwca 2006 r. V CSK 139/2006 co do dopuszczalności uściślenia oznaczenia strony pozwanej w procesie, jeżeli nie prowadzi ono do naruszenia tożsamości stron, a mylne oznaczenie w pozwie strony pozwanej nie daje samo przez się podstawy do odrzucenia pozwu, gdy z przebiegu procesu widoczne jest, kogo powód miał właściwie zamiar pozwać (też: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 2009 r. I CSK 400/2008; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2000 r. I CKN 749/2000; postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 lutego 2013 r. I ACz 377/2013). Na gruncie niniejszej sprawy stwierdzić należy, iż nie budziło w niej wątpliwości, kto jest przeciwnikiem skargi.

#### **241. Sygn. akt: II Ca 2332/13, Wyrok SO w Krakowie z dnia 8 lipca 2014 r.**

Ma rację przeciwnik skargi, iż w części wstępnej skargi strona skarżąca nie została precyzyjnie oznaczona. Jako skarżący wskazany został Sąd Apelacyjny w (...) oraz Prokuratura (...) w (...), a więc podmioty, które w ocenie Sądu Okręgowego jako tzw. *stacio fisci* Skarbu Państwa nie mają zdolności sądowej w niniejszym postępowaniu skargowym toczącym się przed sądem. Podkreślić jednakże należy, że w skardze, tuż po oznaczeniu strony przeciwnej, wskazano, że podmioty wnoszące skargę działają jako jednostki organizacyjne Skarbu Państwa. W takiej sytuacji, zarzuty dotyczące nieprawidłowego oznaczenia strony skarżącej nie mogą zostać uznane za zasadne. Z całą bowiem pewnością, skarżącym jest Skarb Państwa reprezentowany przez Sąd Apelacyjny w (...) i Prokuraturę (...) w (...), zaś brak wymienienia Skarbu Państwa przy określeniu podmiotu skarżącego jest jedynie oczywistą niedokładnością. Na marginesie można również odnotować, iż wątpliwości co do określenia podmiotu skarżącego, który zainicjował niniejsze postępowanie, nie miał także ani Sąd Apelacyjny w (...), ani Sąd Najwyższy, które to sądy orzekały w przedmiocie zasadności złożonego w toku postępowania wniosku o wyłączenie sędziów.

**242. Sygn. akt: X Ga 393/14, Postanowienie SO w Poznaniu z dnia 30 września 2014 r.**

W pierwszej kolejności należało bowiem wskazać, iż zażalenie na postanowienie Sądu Okręgowego o odmowie zwolnienia od obowiązku poniesienia opłaty sądowej od skargi, jest niedopuszczalne i podstawą prawną do wniesienia takiego zażalenia nie może być art 394 § 1 ust. 2 k.p.c. Mianowicie, w postępowaniu, które toczy się przed Sądem Okręgowym na skutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, Sąd Okręgowy stosuje przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji (art. 198a ust. 2 – Prawo zamówień publicznych) i pełni funkcję Sądu drugiej instancji. Powołany w zażaleniu art. 394 § 1 pkt 2 k.p.c., dotyczy zażalenia na postanowienie Sądu pierwszej instancji, którym nie jest Sąd Okręgowy, rozpoznający skargę na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 2 p.z.p.), a zatem przepis ten nie ma zastosowania w rozpoznawanej sprawie. Nadto, zgodnie z art. 112 u.k.s.c., który ma zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy – jeśli strona jest reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika, w takim przypadku, jeżeli wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych złożony przed upływem terminu do opłacenia pisma został oddalony, tygodniowy termin do opłacenia pisma biegnie od dnia doręczenia stronie postanowienia, a gdy postanowienie zostało wydane na posiedzeniu jawnym – od dnia jego ogłoszenia. Jeżeli jednak o zwolnieniu od kosztów sądowych orzekał sąd pierwszej instancji a strona wniosła zażalenie w przepisany terminie, termin do opłacenia pisma biegnie od dnia doręczenia stronie postanowienia oddalającego zażalenie, a jeżeli postanowienie sądu drugiej instancji zostało wydane na posiedzeniu jawnym – od dnia jego ogłoszenia. Z powyższego wynika, że art. 394 § 1 ust. 2 k.p.c. nie może być podstawą do wywiedzenia zażalenia od postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu z 29 sierpnia 2014 r., do Sądu Apelacyjnego, jako Sądu drugiej instancji. Nie może być także podstawą do złożenia takiego zażalenia do Sądu Najwyższego, w tym zakresie utrwalone zostało w orzecznictwie stanowisko, że na postanowienie sądu drugiej instancji o odmowie zwolnienia od kosztów sądowych zażalenie nie przysługuje (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 31 marca 2009 r. SK 19/2008 OTK ZU 2009/3A poz. 29, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 października 2009 r. II PZ 14/2009 (...) i z dnia 13 stycznia 2010 r. II CZ 81/2009 niepubl.).

**243. Sygn. akt: X Ga 460/14, Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 października 2014 r.**

Jak wynika z akt sprawy skarżąca pismem z dnia 22 września 2014 r. (data stempla pocztowego) domagała się zwolnienia jej od opłaty od skargi. Postanowieniem z dnia 13 października 2014 r. Sąd Okręgowy we W. Wydział (...) oddalił wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych w zakresie opłaty od skargi. Postanowienie to w myśl art. 394<sup>1</sup> i art. 394<sup>2</sup> k.p.c. było niezaskarżalne. Postanowienie w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych nie jest także postanowieniem kończącym postępowanie w sprawie, dlatego też zgodnie z art. 387 § 1 k.p.c. Sąd II Instancji nie był zobowiązany do sporządzenia jego uzasadnienia. Treść rozstrzygnięcia w przedmiocie zwolnienia od opłaty od skargi miała jednak wpływ na decyzję Sądu w przedmiocie odrzucenia skargi. W związku z powyższym Sąd Okręgowy przedstawił motywy ww. rozstrzygnięcia w treści niniejszego uzasadnienia jako orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że z treści wniosku o zwolnienie od kosztów wynikało, że sytuacja ekonomiczna spółki wynika ze znacznych inwestycji w sprzęt do wykonania kontraktów oraz na pokrycie wynagrodzenia pracowników. Spółka wskazała, że z uwagi na powyższe na dzień 30 sierpnia 2014 r. odnotowuje stratę w wysokości 667.473,43 zł i nie posiada zdolności kredytowej. Także z rachunku zysków i strat spółki za rok 2013 wynika, iż spółka ponosiła bardzo wysokie koszty uzyskania przychodu chociaż koniec roku zakończył się dla niej pozytywnym wynikiem finansowym. W tym miejscu wskazać należy, że generowanie przez spółkę wysokich kosztów uzyskania przychodu nie może przesądzać o uznaniu, iż spółka wymaga kredytowania ze strony Państwa. Nadto z bilansu spółki wynika, iż na dzień



30 sierpnia 2014 r. spółka posiadała aktywa obrotowe (a zatem aktywa, które można szybko spieniężyć) w wysokości (...) zł. Sąd ocenia zaś czy wnioskujący o zwolnienie od kosztów ma dostateczne środki na ich uiszczenie, a nie skąd środki te pochodzą (art. 103 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych). Dlatego też bez znaczenia dla rozstrzygnięcia wniosku było to ile spółka posiada środków pieniężnych na koncie obrotowym skoro mogła je pozyskać z innych źródeł. Dodatkowo podkreślić trzeba, iż z treści dokumentów przedłożonych przez interwenienta ubocznego X wprost wynika, iż Przedsiębiorstwo Y Sp. z o.o. prowadzi aktywnie działalność gospodarczą skoro w okresie od czerwca do sierpnia 2014 r. wygrała co najmniej kilka przetargów nieograniczonych (...) opiewających na wielomilionowe kwoty. Na marginesie jedynie wskazać należy, iż spółka nie wskazywała, aby miała problemy ze spłaceniem bieżących zobowiązań finansowych lub, aby prowadzone były wobec niej liczne postępowania egzekucyjne czy sądowe. W tym miejscu wskazać należy, że wydatki na koszty sądowe nie mogą być traktowane mniej preferencyjnie od innych zobowiązań strony, gdyż oznaczałoby to, że Skarb Państwa de facto kredytowałby prowadzoną przez nią działalność.

#### **244. Sygn. akt: XII Ga 659/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 5 grudnia 2014 r.**

Zgodnie z art. 198a pkt 2 ustawy do postępowania wywołanego wniesieniem skargi mają odpowiednio zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, chyba, że przepisy ustawy stanowią inaczej. Z kolei jedyną odrębnością wynikającą z ustawy jest brak możliwości uchylecia przez sąd skargi i skierowania sprawy do ponownego rozpoznania. W pozostałym zakresie wszystkie przepisy o apelacji mają zastosowanie do postępowania skargowego. Wszystkie nadzwyczajne środki zaskarżenia, jak np. skarga o wznowienie, czy skarga o uchylenie wyroku sądu polubownego, ukierunkowane są na badanie legalności orzeczenia, a nie prawidłowości rozstrzygnięcia. Tymczasem przepisy regulujące skargę wskazują, iż sąd stanowi drugą instancję merytoryczną, w której następuje ponowne badanie sprawy. Sąd bada zatem zasadność odwołania jak sąd II instancji. Celem skargi jest, zatem ponowne rozpoznanie sprawy w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu. *Ratio legis* dla tak pojmowanej instytucji skargi wyznaczają nadto standardy prawa europejskiego, a to art. 2 ust. 8 i 9 dyrektywy 89/665/EWG, który zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia odwołania do sądu od orzeczenia niesądowego organu odwoławczego. W konsekwencji przyjąć należy, iż do postępowania ze skargi odnosi się zasada pełnej apelacji, co z kolei implikuje twierdzenie, iż sąd uprawniony jest do pełnej merytorycznej kontroli orzeczenia.

#### **245. Sygn. akt: II Ca 1328/14, Wyrok SO w Krakowie z dnia 13 marca 2015 r.**

Wątpliwości co do prawidłowości sformułowania wyroku może budzić sposób redakcji treści zaskarżonego wyroku z uwagi na brak wyraźnego wymienienia w nim X jako zamawiającego. O ile w przypadku orzeczenia sądu powszechnego taka okoliczność stanowiłaby wadliwość rzutującą na kwestię jego wykonalności, to jednak przy uwzględnieniu specyfiki rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej, które skierowane są na wywołanie określonych skutków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a nadto mając na uwadze treść zaskarżonego wyroku, nie budzi wątpliwości, iż fakt ten nie powinien mieć żadnego wpływu na wykonanie kwestionowanego przez zamawiającego orzeczenia. Podkreślenia bowiem wymaga, iż adresatem wynikającego z jego treści obowiązku przeprowadzenia wskazanych czynności jest zamawiający, który co chyba oczywiste jest świadomy swojego statusu w prowadzonym postępowaniu. Podobnie wiedzę o tym, kto jest zamawiającym mają stający do przetargu wykonawcy, którzy mogą oczekiwać podjęcia wskazanych przez Izbę czynności. Orzeczenie to, w zakresie wynikającego z niego obowiązku zamawiającego jest natomiast pozbawione jakiegokolwiek znaczenia poza postępowaniem przetargowym, a więc brak możliwości stwierdzenia przez podmioty niezwiązane z tym postępowaniem, kto jest zamawiającym nie ma żadnego znaczenia dla jego wykonalności.



**246. Sygn. akt: III Ca 1904/14, Wyrok SO w Łodzi z dnia 27 marca 2015 r.**

(...) żaden z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych nie wskazuje kto jest przeciwnikiem skargi, w sytuacji gdy skargę do sądu okręgowego na orzeczenie KIO wnosi wykonawca, który uprzednio przystąpił do odwołania po stronie zamawiającego, jednak KIO przyznała rację odwołującemu. W ocenie Sądu Okręgowego w opisanym powyższej przypadku za strony postępowania sądowego wszczętego na skutek skargi na orzeczenie KIO należy uznać skarżącego (wykonawcę) oraz zamawiającego (przeciwnika skargi). Zdaniem Sądu Okręgowego określenie przeciwnika skargi nie może być postrzegane jedynie w odniesieniu do stanowisk zajmowanych przez poszczególne podmioty. Zarówno odwołujący, jak i zamawiający wychodzą z błędnego założenia, że skoro ich faktyczne interesy są ze sobą zbieżne, należy przyjąć, iż przeciwnikiem skargi jest odwołujący. Pogląd ten jest sprzecznym z ugruntowanym orzecznictwem, w tym Sądu Najwyższego. Podnieść należy, że Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojego postanowienia z dnia 19 czerwca 2007 roku, sygn. akt III CZP 25/07, wskazał, iż postępowanie zainicjowane skargą na orzeczenie KIO jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze trybu procesowego. Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie dają podstawy do konstruowania postępowania ze skargi jako postępowania, w którym występuje mnogość stron. Stroną postępowania jest zawsze skarżący, którym może być również zamawiający oraz przeciwnik skargi (odwołujący się wykonawca albo zamawiający). Mówiąc wprost stroną postępowania skargowego zawsze jest zamawiający. Zamawiający nie będzie przeciwnikiem skargi jedynie wówczas gdy sam wniesie skargę na orzeczenie KIO. Powyższy pogląd Sąd Najwyższy potwierdził w uchwale z dnia 24 lutego 2009 roku, sygn. akt III CZP 147/08. Pogląd Sądu Najwyższego znalazł także akceptację w orzecznictwie sądów powszechnych (postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 maja 2012 roku, sygn. akt XXIII Ga 436/12; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2011 roku, sygn. akt V Ca 3061/11; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 października 2011 roku, sygn. akt XXIII Ga 666/11; wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 13 stycznia 2009 roku, sygn. akt II Ca 1141/08).

Reasumując w niniejszej sprawie na etapie postępowania sądowego przeciwnikami procesowymi (wbrew swojej woli) są zamawiający (przeciwnik skargi) oraz wykonawca wybrany (skarżący). W ocenie Sądu Okręgowego brak jest bowiem dostatecznych argumentów na rzecz poglądu, że przeciwnikiem skargi jest odwołujący. Z pewnością takim argumentem nie może być jedynie wskazanie na tożsamość faktycznych interesów wykonawcy wybranego (skarżącego) i zamawiającego. Warto w tym miejscu dodatkowo zaznaczyć, że adresatem orzeczenia KIO jest zamawiający, to na nim spoczywa powinność wykonania orzeczenia Izby. W rozpoznawanej sprawie ze skargi na orzeczenie KIO Sąd Okręgowy może skargę uwzględnić bądź też jako bezzasadną oddalić. Uwzględniając skargę Sąd Okręgowy zmienia zaskarżonego orzeczenie KIO. Niezależnie od treści rozstrzygnięcia zapadłego przed Sądem Okręgowym zawsze będzie ono dotyczyć zaskarżonego orzeczenia KIO, którego ciężar wykonania spoczywa na zamawiającym. Tym samym adresatem rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego, niezależnie od tego kto jest skarżącym, będzie zamawiający. W konsekwencji zamawiający jest stroną postępowania sądowego, nawet wbrew jego woli i pomimo zbieżności jego stanowiska ze stanowiskiem skarżącego.

**Art. 198b****247. Sygn. akt: XIX Ga 732/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 22 grudnia 2014 r.**

Analiza treści przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych prowadzi jednocześnie do wniosku, iż ustawa ta zawiera uregulowania dotyczące wymagań, jakie powinna zawierać skarga na orzeczenie Izby, zgodnie z którymi skarga powinna czynić zadość wymaganiom przewidzianym dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia,

przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także wniosek o uchylenie orzeczenia w całości lub w części (art. 198c). W sposób samodzielny uregulowane zostały także w ustawie – Prawo zamówień publicznych podstawy odrzucenia skargi. Zdaniem Sądu Okręgowego naruszenie obowiązku dołączenia dowodu przesłania skargi jej przeciwnikowi nie mieści się wśród braków skutkujących odrzuceniem skargi, ale stanowi jej brak formalny. Stanowisko takie zostało wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 8 grudnia 2005 r., III CZP 109/05, OSNC 2006, nr 11, poz. 182, w której stwierdzono, że: niedołączenie do skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów dowodu przesłania jej przeciwnikowi jest brakiem formalnym (art. 195 ust. 2 w zw. z art. 196 ust. 1 i art. 197 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.)”. Uchwała ta została wydana wprawdzie w stanie prawnym sprzed uchwalenia noweli z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz. U. z dnia 29 grudnia 2009 r. Nr 223, poz. 1778), która nadała przepisom o skardze aktualnie obowiązujący kształt, niemniej jednak zachowuje ona pełną aktualność z uwagi na fakt, że aktualnie obowiązujące przepisy art. 198b ust. 1 i 198c zawierają analogiczne unormowania jak w poprzednim stanie prawnym. Z analizowanych przepisów w żaden sposób nie wynika jednak, aby doręczenie odpisu skargi pełnomocnikowi przeciwnika skargi było warunkiem skuteczności wniesienia skargi, z art. 198b ust. 2 pzp wynika jedynie, że „odpis skargi przesyła się jednocześnie przeciwnikowi skargi”.

Powołać w tym miejscu wypada stanowisko, jakie w tej kwestii zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt II CZ 108/09,(...) – gdzie wyrażono pogląd, iż „z art. 198a–198g ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie wynika, że naruszenie obowiązku doręczenia odpisu skargi przeciwnikowi skargi stanowi brak nieusuwalny, przez co skarga podlegałaby oddaleniu *a limine*”. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na wykładnię systemową art. 198b ust. 2 ustawy Pzp (przed nowelizacją z dnia 2 grudnia 2009 r. – art. 195 Pzp), wskazując, że przy wykładni tej normy należy mieć na uwadze, że postępowanie ze skargi zostało uznane za równoznaczne z postępowaniem sądowym w drugiej instancji. Zatem w ocenie Sądu Najwyższego nie do przyjęcia jest wykładnia utrudniająca stronie realizację prawa do sądu, bez wyraźnego uzasadnienia w treści przepisu. Stanowisko powyższe Sąd Okręgowy w pełni podziela. Z tych przyczyn wniosek przeciwnika skargi o jej odrzucenie należało uznać za nieuzasadniony.

### Art. 198d

#### 248. Sygn. akt: I Ca 286/13, Wyrok SO w Łomży z dnia 11 grudnia 2013 r.

(...) stosownie do art. 198d ustawy – Prawo zamówień publicznych, w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania, ani występować z nowymi żądaniami. W związku z tym Sąd Okręgowy na mocy art. 198f ust. 4 ustawy nie mógł orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania. Nie mógł zatem badać, czy oferta innego wykonawcy złożona w przedmiotowym postępowaniu spełniała wymogi s.i.w.z., skoro zarzut taki pojawił się dopiero w złożonej skardze.

### Art. 198f ust. 2

#### 249. Sygn. akt: XIX Ga 385/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 sierpnia 2014 r.

Art. 198f ust. 2 p.z.p. zawiera podstawową zasadę postępowania skargowego, że jego przedmiotem jest merytoryczne rozpoznanie sprawy, nawet wtedy, gdy skarga dotyczy orzeczenia formalnego kończącego postępowanie odwoławcze. Wyrazem tego jest zapis tego przepisu, że nie jest możliwym uchylenie zaskarżonego orzeczenia KIO i skierowania sprawy do ponownego rozpoznania przez ten Organ.

**250. Sygn. akt: III Ca 1053/14, Postanowienie SO w Łodzi z dnia 12 września 2014 r.**

Zgodnie z art. 198f ust. 2 u.p.z.p. sąd oddał skargę wyrokiem, jeżeli jest ona bezzasadna. W przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Analiza przytoczonego przepisu prowadzi do wniosku, iż orzeczenie sądowe wydane w następstwie rozpoznania skargi zapada w formie wyroku tylko wtedy, gdy rozstrzygana jest istota sprawy (meritum), w pozostałych zaś przypadkach rozstrzygnięcie zapada w formie postanowienia. Orzeczenie sądu rozpoznającego skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie kosztów postępowania nie rozstrzyga o istocie sprawy, zapada więc w formie postanowienia (vide postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 3 marca 2014 roku, sygn. akt X Ga 22/14, [orzeczenia.ms.gov.pl](http://orzeczenia.ms.gov.pl); uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2005 roku, sygn. akt III CZP 109/05, OSNC 2006/11/182, wraz z głosem aprobującą R. Szostaka, FK 2006/04/81).

**251. Sygn. akt: II Ca 898/14, Wyrok SO w Białymstoku z dnia 30 października 2014 r.**

Według art. 198f ust. 2 ustawy P.z.p. w postępowaniu przed sądem przepisy art. 192–195 tej ustawy stosuje się odpowiednio, co oznacza, że sąd orzeka także w przedmiocie unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy, a umowa została zawarta. Sąd jest zatem także władny unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, oraz nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, jak również stwierdzić naruszenie przepisów ustawy, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego, została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie (art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy).

**Art. 198f ust. 3****252. Sygn. akt: XIX Ga 731/13, Postanowienie SO w Katowicach z dnia 9 grudnia 2013 r.**

Sąd Okręgowy w pełni podziela pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 14.10.2005 r. sygn. akt III CZP 75/05, że zawarcie umowy przez zamawiającego z wykonawcą umowy o wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez Sąd skargi na orzeczenie KIO, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu chyba, że umowa została wykonana.

Nie budzi wątpliwości, iż jest to związane z koniecznością zapewnienia uczestnikom postępowania w sprawie zamówienia publicznego, a przede wszystkim wykonawcom umożliwienia realnej kontroli przez Sąd prawidłowości prowadzonego postępowania w sprawie zamówienia publicznego.

Jednakże zasada ta doznaje ograniczeń w przypadku wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro bowiem zawarta umowa została wykonana to tym samym rozstrzygnięcie skargi – w szczególności gdy ma dotyczyć merytorycznego rozpoznania odwołania – staje się zbędne.

**253. Sygn. akt: XIX Ga 385/14, Wyrok SO w Katowicach z dnia 11 sierpnia 2014 r.**

Dodać jeszcze należy, że zawarcie umowy przez zamawiającego z wykonawcą nie stanowi podstawy do umorzenia postępowania skargowego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 14 października 2005 roku zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody

w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana (III CZP 73/05, OSNC2006, Nr 7–8, poz. 121).

#### **254. Sygn. akt: V Ca 2208/14, Wyrok SO w Warszawie z dnia 9 września 2014 r.**

Sąd Okręgowy stoi również na stanowisku, że zawarcie umowy nie stoi na przeszkodzie merytorycznemu rozstrzygnięciu skargi. Wniesienie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia w związku z wniesieniem odwołania trwa bowiem tylko do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze (art. 183 ust. 1). Uregulowania powyższe oznaczają, iż zamawiającego w terminie przewidzianym na zaskarżenie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nie obowiązuje już zakaz zawarcia umowy. W związku z powyższym może dojść do sytuacji, w której sąd okręgowy będzie orzekać w przedmiocie skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w momencie, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie już zawarta i wykonywana, a może nawet już wykonana.

Zagadnienie powyższe stało się przedmiotem analizy SN, który w uchwale z dnia 14 października 2005 r., III CZP 73/05, OSNC 2006, nr 7–8, poz. 121, stwierdził, że zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi przeszkody w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie zespołu arbitrów, wydane po rozpoznaniu odwołania innego uczestnika przetargu, chyba że umowa została wykonana. Sąd Najwyższy uznał w tym orzeczeniu, że zawarcie przez zamawiającego umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego w trakcie postępowania ze skargi na wyrok zespołu arbitrów nie mieści się w żadnej z ustawowych kategorii przyczyn umorzenia postępowania. W doktrynie proponuje się zastosowanie rozszerzającej wykładni pojęcia „zbędności” wydania wyroku przez rozciągnięcie tego określenia także na przypadek zawarcia umowy przez zamawiającego. Takiemu rozwiązaniu sprzeciwiają się jednak ważne argumenty natury systemowej i celowościowej. Trzeba podkreślić, że wprowadzenie do systemu prawnego środka odwoławczego w postaci skargi na wyrok arbitrów do sądu powszechnego spowodowane było koniecznością dostosowania prawa polskiego do prawa unijnego. W dyrektywie 89/665/EWG zaleca się wprowadzenie kontroli sądu lub innego organu będącego sądem w rozumieniu TFUE, niezależnego zarówno od zamawiającego, jak i od organu odwoławczego. Stanowisko, że zawarcie w trakcie postępowania sądowego umowy na realizację zamówienia publicznego oznacza zbędność tego postępowania i umorzenie, czyniłoby tę kontrolę w dużym stopniu iluzoryczną. Jednocześnie pozbawiałoby uczestnika przetargu prawa do sądu zagwarantowanego w art. 45 Konstytucji RP, ograniczając je tylko do spraw o zamówienia przekraczające wartości wskazane w art. 182 ust. 2 pkt 2 lit. B





## INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

### A

**Aukcja elektroniczna** – 143, 184

### C

**Cena** – 112

– **rażąco niska** – 15, 119, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 196, 213, 214, 215

**Ciężar dowodowy** – 213, 214, 215, 218

**Czyn nieuczciwej konkurencji** – 118

### D

**Dokumenty** – 25, 29, 38, 43, 50, 52, 56, 61, 67, 68, 71, 160

– **podmiotowe** – 26, 27, 158

– **przedmiotowe** – 21, 65, 100

– **uzupełnianie** – 33, 38, 50, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 116, 172

– **wyjaśnienia** – 65, 66, 71, 72, 77, 78, 79, 80, 116

**Dowody** – 133, 136, 138, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221

### F

**Formularz ofertowy** – 100

**Fax** – 210

### G

**Gwarancja** – 30, 31, 89, 90, 93, 94, 165

**Grupa kapitałowa** – 36, 45, 46, 47

### I

**Interes:**

– **we wniesieniu środka ochrony prawnej** – 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176

– **publiczny** – 154, 155, 156

### K

**Konsorcjum** – 25

**Koszty** – 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 239, 242, 243, 250

**Krajowy Rejestr Karny (KRK)** – 45

**Kryteria** – 140, 141

**Kwota na sfinansowanie zamówienia** – 97, 148, 149, 150, 151, 152, 153

### N

**Nieprawdziwe informacje** – 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40

### O

**Odwołanie:** 42, 225, 227, 244

– **cofnięcie** – 202, 203, 235

– **odrzućenie** – 204, 207, 208, 209

– **uwzględnienie przez zamawiającego** – 170, 198, 199, 202, 208

– **wniesienie** – 181, 200, 201, 210

– **zwrot** – 200, 201

**Oferta:** 29, 30, 32, 70, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 121

– **badanie i ocena** – 1, 25, 41, 100, 140, 141, 142

– **najkorzystniejsza (wybór)** – 5

– **odrzućenie** – 67, 77, 78, 98, 112, 113, 114, 115, 117, 118, 120, 130, 144, 145, 147

– **treść** – 88, 96, 101, 107, 111

– **wyjaśnienie treści** – 99, 102, 103, 116

– **zmiana** – 66, 100, 109

**Ogłoszenie o zamówieniu** – 17

**Omyłka** – 110, 111

**Opozycja** – 193, 196

**Orzeczenie** – 1, 221, 236, 237, 245, 249, 250, 251

**Oświadczenie woli** – 17, 18, 116, 182

### P

**Pełnomocnictwo/Pełnomocnik** – 75, 122, 206, 211, 229, 230, 231, 232, 233

**Podmiot trzeci** – 10, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 63

**Podwykonawca** – 54

**Polisa** – 21, 43

**Postępowanie odwoławcze** – 212

**Potencjał techniczny** – 20

**Próbka** – 68

**Przedmiot zamówienia** – 2, 21, 23, 24, 81, 83, 85, 86, 87, 221

**Przystąpienie/Przystępujący** – 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197

## R

**Referencje** – 48, 49

**Równoważność** – 23, 113

## S

**Sąd Apelacyjny (SA)** – 217, 240

**Sąd Najwyższy (SN)** – 69, 118, 121, 167, 203, 216, 217, 219, 231, 237, 240, 242, 246, 247, 250, 252, 253, 254

**Sąd Okręgowy (SO)** – 33, 60, 67, 91, 93, 156, 172, 178, 179, 188, 203, 224, 232, 246, 250

**Solidarna odpowiedzialność** – 64

**Specyfikacja** – 17, 22, 41, 98, 113, 158, 159, 176

– modyfikacja – 1, 222

– zapytania i wyjaśnienia – 81

## Ś

**Środki ochrony prawnej** – 145, 167, 168, 172, 173, 174, 181, 183, 185, 187, 188, 204, 205, 209, 217, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 252, 253, 254

## T

**Tajemnica przedsiębiorstwa** – 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 187, 188

**Termin** – 74

– odwołanie – 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188

– realizacji zamówienia – 157

**Trybunał Konstytucyjny (TK)** – 155, 242

**Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Europejski Trybunał Sprawiedliwości)** – 49, 130, 137, 145, 182

## U

**Umorzenie postępowania** – 198, 199, 202, 203

**Umowa:** 22, 25, 53, 157, 162, 163, 251

– nieważność – 159

– wzór – 164, 165

– zawarcie – 5, 225, 252, 253, 254

**Unieważnienie postępowania** – 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 158, 169

## W

**Wadium** – 30, 31, 32, 89, 90, 91, 92, 93

**Wartość zamówienia** – 132, 134, 149

**Warunki udziału w postępowaniu** – 18, 19, 22, 23, 24, 27, 42, 44, 48, 61, 74, 88, 158

**Wiedza i doświadczenie** – 19

**Wojewódzki Sąd Administracyjny** – 155, 238

**Wykluczenie wykonawcy** – 28, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 41, 42, 44, 45, 46, 48, 70, 74, 120, 144, 146, 207

**Wynik postępowania** – 223, 224

**Wykonawca** – 22

## Z

**Zamówienia:** 81, 153

– sektorowe – 161

**Zamówienie z wolnej ręki** – 95

**Zarzuty** – 146, 170, 177, 178, 179, 180, 193, 207, 216, 222, 223, 224, 226, 227, 248

**Zasady udzielania zamówień publicznych:**

– jawności – 8, 9, 10, 11, 15, 160

– pisemności – 16, 160

– równego traktowania – 3, 4, 101, 140

– uczciwej konkurencji – 2, 4, 20, 85, 86, 87

## AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

*Podane liczby oznaczają numery tez*

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – 1, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 20, 22, 23, 24, 27, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 42, 44, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83, 84, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 167, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 178, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 231, 234, 236, 237, 242, 244, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 254
- 2) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – 254
- 3) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121) – 17, 18, 22, 28, 31, 50, 64, 69, 91, 93, 96, 114, 122, 170, 182, 206, 214, 218, 232
- 4) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.) – 185, 203, 216, 217, 218, 219, 221, 225, 232, 234, 236, 242, 243
- 5) Ustawa z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. 2013 poz. 260) – 238
- 6) Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) – 6, 7, 8, 11, 14, 15, 17, 86, 118
- 7) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.) – 94
- 8) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz. U. 2015 poz. 613 ze zm.) – 27
- 9) Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. 2013 poz. 596) – 240
- 10) Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2013 poz. 262) – 186
- 11) Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) – 159
- 12) Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. 2014 poz. 1025) – 242, 243
- 13) Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) – 45, 46, 47
- 14) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 r. Nr 223, poz. 1778) – 186, 247
- 15) Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. 2010 Nr 182 poz. 1228) – 212
- 16) Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529) – 186

- 17) Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2013 poz. 880) – 186
- 18) Ustawa z dnia 9 maja 2014 o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915) – 127, 132
- 19) Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 poz. 1232) – 6, 14, 92, 139, 141
- 20) Ustawa z dnia 15 stycznia 2015 r. o obligacjach (Dz. U. 2015 poz. 238) – 156
- 21) Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. L 395 z 30.12.1989, str. 33–35) – 145, 244, 254
- 22) Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. U. L 209 z 24.7.1992, str. 1–24) – 52
- 23) Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 1–113) – 4
- 24) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.04.2004, str. 114–240) – 22, 34, 35, 37, 38, 49, 52
- 25) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. L 335 z 20.12.2007, str. 31–46) – 182
- 26) Rozporządzenie Rady (WE, EURATOM) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248 z 16.9.2002, str. 1–48) – 37
- 27) 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) – 228, 229, 230, 231, 233, 234, 235
- 28) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. tj. z 2014 r. poz. 964) – 189, 190, 200, 201, 202, 203, 212, 226
- 29) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. 2010 Nr 223 poz. 1458) – 160
- 30) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013 r. poz. 231) – 9, 21, 22, 26, 27, 43, 53, 55, 67, 68

