

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR **20**

WYDANIE SPECJALNE. UCHWAŁY KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

URZĄD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

**ZAMÓWIENIA PUBLICZNE
W ORZECZNICTWIE**

ZESZYTY ORZECZNICZE

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

ZESZYT NR 20

Wydanie specjalne

Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej

WARSZAWA, październik 2015

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE W ORZECZNICTWIE

ZESZYTY ORZECZNICZE

WYBRANE ORZECZENIA KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

ZESZYT NR 20
WYDANIE SPECJALNE. UCHWAŁY KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

Małgorzata Stręciwillk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Magdalena Grabarczyk (Krajowa Izba Odwoławcza)
Luiza Łamejko (Krajowa Izba Odwoławcza)
Marzena Ordysińska (Krajowa Izba Odwoławcza)
Izabela Rzepkowska (Urząd Zamówień Publicznych)

Kierownictwo i redakcja:

Małgorzata Stręciwillk

Opracowanie techniczne:

Małgorzata Stręciwillk

Wydawca:

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

ISSN 1731-7207

© Urząd Zamówień Publicznych

ŁAMANIE, DRUK I OPRAWA

Wydział Poligrafii

 CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH

ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

Zam. 752/W/C/2015

Warszawa 2015 r.

SPIS TREŚCI

Wprowadzenie	13
Wykaz skrótów	14
Art. 2 pkt 1	15
1. Sygn. akt: KIO/KD 107/14, Uchwała KIO z dnia 12 grudnia 2014 r.	15
Art. 2 pkt 13	15
2. Sygn. akt: KIO/KD 45/11, Uchwała KIO z dnia 25 maja 2011 r.	15
3. Sygn. akt: KIO/KD 2/12, Uchwała KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.	16
Art. 3 ust. 1	17
4. Sygn. akt: KIO/KD 7/09, Uchwała KIO z dnia 27 marca 2009 r.	17
5. Sygn. akt: KIO/KD 3/14, Uchwała KIO z dnia 27 stycznia 2014 r.	19
6. Sygn. akt: KIO/KD 104/14, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.	20
Art. 4 pkt 5	21
7. Sygn. akt: KIO/KU 2/08, Uchwała KIO z dnia 19 czerwca 2008 r.	21
Art. 5 ust. 2	22
8. Sygn. akt: KIO/KD 111/13, Uchwała KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.	22
Art. 7 ust. 1	23
9. Sygn. akt: KIO/KU 80/11, Uchwała KIO z dnia 25 października 2011 r.	23
Art. 7 ust. 3	23
10. Sygn. akt: KIO/KD 75/12, Uchwała KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.	23
11. Sygn. akt: KIO/KD 101/12, Uchwała KIO z dnia 28 grudnia 2012 r.	24
12. Sygn. akt: KIO/KD 27/14, Uchwała KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r.	26
13. Sygn. akt: KIO/KD 87/14, Uchwała KIO z dnia 30 września 2014 r.	26
Art. 9 ust. 2	28
14. Sygn. akt: KIO/KD 56/09, Uchwała KIO z dnia 7 stycznia 2010 r.	28
Art. 10 ust. 2	28
15. Sygn. akt: KIO/KU 79/13, Uchwała KIO z dnia 4 września 2013 r.	28
Art. 11 ust. 7	29
16. Sygn. akt: KIO/KD 11/10, Uchwała KIO z dnia 11 lutego 2010 r.	29
Art. 12a	29
17. Sygn. akt: KIO/KD 50/10, Uchwała KIO z dnia 7 lipca 2010 r.	29

Art. 17	30
18. Sygn. akt: KIO/KD 100/11, Uchwała KIO z dnia 21 grudnia 2011 r.	30
19. Sygn. akt: KIO/KD 99/11, Uchwała KIO z dnia 22 grudnia 2011 r.	31
20. Sygn. akt: KIO/KD 101/11, Uchwała KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.	32
21. Sygn. akt: KIO/KD 4/12, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2012 r.	33
22. Sygn. akt: KIO/KD 27/13, Uchwała KIO z dnia 26 marca 2013 r.	34
23. Sygn. akt: KIO/KD 86/14, Uchwała KIO z dnia 30 września 2014 r.	34
Art. 22 ust. 1 pkt 2	35
24. Sygn. akt: KIO/KD 33/12, Uchwała KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.	35
25. Sygn. akt: KIO/KU 18/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.	35
26. Sygn. akt: KIO/KD 33/14, Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.	36
27. Sygn. akt: KIO/KU 93/14, Uchwała KIO z dnia 8 października 2014 r.	36
Art. 22 ust. 1 pkt 4	37
28. Sygn. akt: KIO/KD 50/11, Uchwała KIO z dnia 22 czerwca 2011 r.	37
29. Sygn. akt: KIO/KU 18/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.	37
Art. 22 ust. 4	38
30. Sygn. akt: KIO/KD 9/11, Uchwała KIO z dnia 14 lutego 2011 r.	38
31. Sygn. akt: KIO/KD 33/12, Uchwała KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.	38
32. Sygn. akt: KIO/KD 58/12, Uchwała KIO z dnia 5 lipca 2012 r.	39
33. Sygn. akt: KIO/KD 98/12, Uchwała KIO z dnia 19 grudnia 2012 r.	40
34. Sygn. akt: KIO/KD 110/12, Uchwała KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.	41
35. Sygn. akt: KIO/KD 62/13, Uchwała KIO z dnia 23 lipca 2013 r.	42
36. Sygn. akt: KIO/KU 18/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.	42
37. Sygn. akt: KIO/KU 62/14, Uchwała KIO z dnia 23 lipca 2014 r.	43
38. Sygn. akt: KIO/KU 74/14, Uchwała KIO z dnia 5 września 2014 r.	43
Art. 22 ust. 5	44
39. Sygn. akt: KIO/KU 94/13, Uchwała KIO z dnia 31 października 2013 r.	44
Art. 23	44
40. Sygn. akt: KIO/KU 83/10, Uchwała KIO z dnia 22 listopada 2010 r.	44
41. Sygn. akt: KIO/KD 19/11, Uchwała KIO z dnia 16 marca 2011 r.	45
42. Sygn. akt: KIO/KD 30/11, Uchwała KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.	46
43. Sygn. akt: KIO/KD 3/13, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	46
44. Sygn. akt: KIO/KD 10/14, Uchwała KIO z dnia 26 lutego 2014 r.	46
Art. 24 ust. 1 pkt 9	47
45. Sygn. akt: KIO/KD 6/11, Uchwała KIO z dnia 27 stycznia 2011 r.	47

Art. 24 ust. 2 pkt 2	48
46. Sygn. akt: KIO/KD 55/09, Uchwała KIO z dnia 7 stycznia 2010 r.	48
47. Sygn. akt: KIO/KD 45/13, Uchwała KIO z dnia 24 maja 2013 r.	48
Art. 25 ust. 1	49
48. Sygn. akt: KIO/KU 18/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.	49
Art. 25 ust. 1 pkt 1	50
49. Sygn. akt: KIO/KU 28/09, Uchwała KIO z dnia 9 września 2009 r.	50
50. Sygn. akt: KIO/KU 54/10, Uchwała KIO z dnia 20 lipca 2010 r.	51
51. Sygn. akt: KIO/KD 33/12, Uchwała KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.	51
52. Sygn. akt: KIO/KD 58/12, Uchwała KIO z dnia 5 lipca 2012 r.	51
53. Sygn. akt: KIO/KD 60/13, Uchwała KIO z dnia 11 lipca 2013 r.	52
54. Sygn. akt: KIO/KD 20/14, Uchwała KIO z dnia 24 marca 2014 r.	52
55. Sygn. akt: KIO/KD 60/14, Uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r.	53
56. Sygn. akt: KIO/KU 80/14, Uchwała KIO z dnia 18 września 2014 r.	53
57. Sygn. akt: KIO/KD 95/14, Uchwała KIO z dnia 21 października 2014 r.	54
58. Sygn. akt: KIO/KD 98/14, Uchwała KIO z dnia 12 listopada 2014 r.	55
Art. 26 ust. 1	55
59. Sygn. akt: KIO/KD 60/14, Uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r.	55
Art. 26 ust. 2b	56
60. Sygn. akt: KIO/KD 63/12, Uchwała KIO z dnia 11 lipca 2012 r.	56
61. Sygn. akt: KIO/KU 31/13, Uchwała KIO z dnia 5 kwietnia 2013 r.	57
62. Sygn. akt: KIO/KD 46/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.	58
63. Sygn. akt: KIO/KU 88/13, Uchwała KIO z dnia 28 października 2013 r.	58
64. Sygn. akt: KIO/KU 96/13, Uchwała KIO z dnia 7 listopada 2013 r.	59
65. Sygn. akt: KIO/KU 118/13, Uchwała KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.	60
66. Sygn. akt: KIO/KU 65/14, Uchwała KIO z dnia 30 lipca 2014 r.	61
Art. 26 ust. 3	62
67. Sygn. akt: KIO/KD 7/09, Uchwała KIO z dnia 27 marca 2009 r.	62
68. Sygn. akt: KIO/KD 3/10, Uchwała KIO z dnia 22 stycznia 2010 r.	63
69. Sygn. akt: KIO/KU 84/10, Uchwała KIO z dnia 24 listopada 2010 r.	63
70. Sygn. akt: KIO/KD 44/11, Uchwała KIO z dnia 24 maja 2011 r.	64
71. Sygn. akt: KIO/KD 25/12, Uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r.	65
72. Sygn. akt: KIO/KD 97/12, Uchwała KIO z dnia 21 grudnia 2012 r.	65
73. Sygn. akt: KIO/KD 3/13, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	66
74. Sygn. akt: KIO/KD 46/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.	66

75. Sygn. akt: KIO/KD 47/14, Uchwała KIO z dnia 22 maja 2014 r.	67
76. Sygn. akt: KIO/KD 94/14, Uchwała KIO z dnia 13 października 2014 r.	67
Art. 26 ust. 4	68
77. Sygn. akt: KIO/KD 107/13, Uchwała KIO z dnia 11 grudnia 2013 r.	68
Art. 29 ust. 1–3	68
78. Sygn. akt: KIO/KD 6/09, Uchwała KIO z dnia 17 marca 2009 r.	68
79. Sygn. akt: KIO/KD 14/12, Uchwała KIO z dnia 6 lutego 2012 r.	69
80. Sygn. akt: KIO/KD 16/12, Uchwała KIO z dnia 13 lutego 2012 r.	70
81. Sygn. akt: KIO/KD 52/13, Uchwała KIO z dnia 11 czerwca 2013 r.	71
82. Sygn. akt: KIO/KD 19/14, Uchwała KIO z dnia 18 marca 2014 r.	71
83. Sygn. akt: KIO/KD 30/14, Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.	72
84. Sygn. akt: KIO/KD 64/14, Uchwała KIO z dnia 30 lipca 2014 r.	72
85. Sygn. akt: KIO/KD 95/14, Uchwała KIO z dnia 21 października 2014 r.	73
Art. 32 ust. 1	73
86. Sygn. akt: KIO/KD 17/14, Uchwała KIO z dnia 14 marca 2014 r.	73
Art. 32 ust. 2 i ust. 4	74
87. Sygn. akt: KIO/KD 42/09, Uchwała KIO z dnia 12 listopada 2009 r.	74
88. Sygn. akt: KIO/KD 51/10, Uchwała KIO z dnia 19 lipca 2010 r.	75
89. Sygn. akt: KIO/KD 69/11, Uchwała KIO z dnia 6 września 2011 r.	75
90. Sygn. akt: KIO/KD 82/12, Uchwała KIO z dnia 3 października 2012 r.	76
91. Sygn. akt: KIO/KD 5/13, Uchwała KIO z dnia 24 stycznia 2013 r.	79
92. Sygn. akt: KIO/KD 91/14, Uchwała KIO z dnia 10 października 2014 r.	79
93. Sygn. akt: KIO/KD 96/14, Uchwała KIO z dnia 27 października 2014 r.	80
Art. 33 ust. 1	81
94. Sygn. akt: KIO/KD 30/14, Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.	81
Art. 36 ust. 1	81
95. Sygn. akt: KIO/KU 20/12, Uchwała KIO z dnia 21 lutego 2012 r.	81
Art. 36 ust. 1 pkt 13	82
96. Sygn. akt: KIO/KD 52/10, Uchwała KIO z dnia 16 lipca 2010 r.	82
Art. 38 ust. 4a	83
97. Sygn. akt: KIO/KU 24/10, Uchwała KIO z dnia 13 kwietnia 2010 r.	83
98. Sygn. akt: KIO/KU 65/10, Uchwała KIO z dnia 16 września 2010 r.	84
Art. 38 ust. 6	84
99. Sygn. akt: KIO/KD 6/14, Uchwała KIO z dnia 20 lutego 2014 r.	84

Art. 40 ust. 6 pkt 2	85
100. Sygn. akt: KIO/KU 1/11, Uchwała KIO z dnia 18 stycznia 2011 r.	85
Art. 41 pkt 15	85
101. Sygn. akt: KIO/KU 60/10, Uchwała KIO z dnia 17 sierpnia 2010 r.	85
Art. 45 ust. 4	86
102. Sygn. akt: KIO/KD 25/10, Uchwała KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r.	86
103. Sygn. akt: KIO/KD 47/12, Uchwała KIO z dnia 23 maja 2012 r.	86
Art. 46.	87
104. Sygn. akt: KIO/KU 105/11, Uchwała KIO z dnia 3 stycznia 2012 r.	87
Art. 51 ust. 1a	88
105. Sygn. akt: KIO/KD 46/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.	88
Art. 62 ust. 1 pkt 4	88
106. Sygn. akt: KIO/KD 60/12, Uchwała KIO z dnia 29 czerwca 2012 r.	88
Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a)	90
107. Sygn. akt: KIO/KU 4/08, Uchwała KIO z dnia 9 września 2008 r.	90
108. Sygn. akt: KIO/KD 13/09, Uchwała KIO z dnia 12 maja 2009 r.	90
109. Sygn. akt: KIO/KD 31/10, Uchwała KIO z dnia 5 maja 2010 r.	91
110. Sygn. akt: KIO/KD 77/10, Uchwała KIO z dnia 25 października 2010 r.	92
111. Sygn. akt: KIO/KD 43/11, Uchwała KIO z dnia 19 maja 2011 r.	93
112. Sygn. akt: KIO/KD 70/11, Uchwała KIO z dnia 21 września 2011 r.	94
113. Sygn. akt: KIO/KD 76/11, Uchwała KIO z dnia 7 października 2011 r.	95
114. Sygn. akt: KIO/KD 1/12, Uchwała KIO z dnia 19 stycznia 2012 r.	95
115. Sygn. akt: KIO/KD 13/12, Uchwała KIO z dnia 6 lutego 2012 r.	96
116. Sygn. akt: KIO/KD 22/12, Uchwała KIO z dnia 1 marca 2012 r.	97
117. Sygn. akt: KIO/KD 37/12, Uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r.	99
118. Sygn. akt: KIO/KD 43/12, Uchwała KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r.	100
119. Sygn. akt: KIO/KD 50/12, Uchwała KIO z dnia 15 czerwca 2012 r.	101
120. Sygn. akt: KIO/KD 66/12, Uchwała KIO z dnia 23 lipca 2012 r.	102
121. Sygn. akt: KIO/KD 73/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.	104
122. Sygn. akt: KIO/KD 76/12, Uchwała KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r.	104
123. Sygn. akt: KIO/KD 6/13, Uchwała KIO z dnia 1 lutego 2013 r.	106
124. Sygn. akt: KIO/KD 17/13, Uchwała KIO z dnia 26 lutego 2013 r.	107
125. Sygn. akt: KIO/KD 21/13, Uchwała KIO z dnia 12 marca 2013 r.	107
126. Sygn. akt: KIO/KD 49/13, Uchwała KIO z dnia 27 maja 2013 r.	107
127. Sygn. akt: KIO/KD 100/13, Uchwała KIO z dnia 2 grudnia 2013 r.	108

128. Sygn. akt: KIO/KD 7/14, Uchwała KIO z dnia 24 lutego 2014 r.	108
129. Sygn. akt: KIO/KD 8/14, Uchwała KIO z dnia 27 lutego 2014 r.	109
130. Sygn. akt: KIO/KD 16/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.	110
131. Sygn. akt: KIO/KD 37/14, Uchwała KIO z dnia 28 kwietnia 2014 r.	111
132. Sygn. akt: KIO/KD 41/14, Uchwała KIO z dnia 9 maja 2014 r.	112
133. Sygn. akt: KIO/KD 56/14, Uchwała KIO z dnia 10 lipca 2014 r.	113
134. Sygn. akt: KIO/KD 58/14, Uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r.	113
135. Sygn. akt: KIO/KD 61/14, Uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r.	114
136. Sygn. akt: KIO/KD 88/14, Uchwała KIO z dnia 3 października 2014 r.	114
137. Sygn. akt: KIO/KD 90/14, Uchwała KIO z dnia 10 października 2014 r.	115
138. Sygn. akt: KIO/KD 104/14, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.	116
139. Sygn. akt: KIO/KU 106/14, Uchwała KIO z dnia 12 grudnia 2014 r.	117
Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b)	119
140. Sygn. akt: KIO/KU 1/08, Uchwała KIO z dnia 16 stycznia 2008 r.	119
141. Sygn. akt: KIO/KD 23/10, Uchwała KIO z dnia 7 kwietnia 2010 r.	119
142. Sygn. akt: KIO/KD 71/11, Uchwała KIO z dnia 23 września 2011 r.	120
143. Sygn. akt: KIO/KD 74/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.	122
144. Sygn. akt: KIO/KD 41/13, Uchwała KIO z dnia 23 maja 2013 r.	123
145. Sygn. akt: KIO/KD 4/14, Uchwała KIO z dnia 6 lutego 2014 r.	123
146. Sygn. akt: KIO/KD 9/14, Uchwała KIO z dnia 3 marca 2014 r.	124
Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c)	125
147. Sygn. akt: KIO/KD 9/14, Uchwała KIO z dnia 3 marca 2014 r.	125
Art. 67 ust. 1 pkt 2	126
148. Sygn. akt: KIO/KD 12/14, Uchwała KIO z dnia 5 marca 2014 r.	126
Art. 67 ust. 1 pkt 3	127
149. Sygn. akt: KIO/KU 3/08, Uchwała KIO z dnia 28 lipca 2008 r.	127
150. Sygn. akt: KIO/KU 7/08, Uchwała KIO z dnia 7 listopada 2008 r.	128
151. Sygn. akt: KIO/KD 21/09, Uchwała KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r.	128
152. Sygn. akt: KIO/KD 51/09, Uchwała KIO z dnia 23 grudnia 2009 r.	129
153. Sygn. akt: KIO/KD 4/11, Uchwała KIO z dnia 18 stycznia 2011 r.	130
154. Sygn. akt: KIO/KD 8/11, Uchwała KIO z dnia 2 lutego 2011 r.	131
155. Sygn. akt: KIO/KD 66/11, Uchwała KIO z dnia 30 sierpnia 2011 r.	131
156. Sygn. akt: KIO/KD 94/11, Uchwała KIO z dnia 20 grudnia 2011 r.	131
157. Sygn. akt: KIO/KD 28/12, Uchwała KIO z dnia 15 marca 2012 r.	132
158. Sygn. akt: KIO/KD 43/13, Uchwała KIO z dnia 20 maja 2013 r.	133
159. Sygn. akt: KIO/KD 44/13, Uchwała KIO z dnia 28 maja 2013 r.	134

160. Sygn. akt: KIO/KD 50/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.	134
161. Sygn. akt: KIO/KD 63/13, Uchwała KIO z dnia 25 lipca 2013 r.	135
162. Sygn. akt: KIO/KD 111/13, Uchwała KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.	135
163. Sygn. akt: KIO/KD 8/14, Uchwała KIO z dnia 27 lutego 2014 r.	136
164. Sygn. akt: KIO/KD 44/14, Uchwała KIO z dnia 13 maja 2014 r.	136
165. Sygn. akt: KIO/KD 81/14, Uchwała KIO z dnia 29 września 2014 r.	137
Art. 67 ust. 1 pkt 4	138
166. Sygn. akt: KIO/KD 66/10, Uchwała KIO z dnia 8 października 2010 r.	138
167. Sygn. akt: KIO/KD 62/11, Uchwała KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r.	139
168. Sygn. akt: KIO/KD 15/12, Uchwała KIO z dnia 7 lutego 2012 r.	139
169. Sygn. akt: KIO/KD 73/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.	140
170. Sygn. akt: KIO/KD 99/13, Uchwała KIO z dnia 3 grudnia 2013 r.	141
Art. 67 ust. 1 pkt 5	142
171. Sygn. akt: KIO/KD 30/10, Uchwała KIO z dnia 4 maja 2010 r.	142
172. Sygn. akt: KIO/KD 32/11, Uchwała KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r.	143
173. Sygn. akt: KIO/KD 75/11, Uchwała KIO z dnia 5 października 2011 r.	143
174. Sygn. akt: KIO/KD 87/11, Uchwała KIO z dnia 8 grudnia 2011 r.	144
175. Sygn. akt: KIO/KD 88/11, Uchwała KIO z dnia 9 grudnia 2011 r.	145
176. Sygn. akt: KIO/KD 89/11, Uchwała KIO z dnia 9 grudnia 2011 r.	145
177. Sygn. akt: KIO/KD 21/12, Uchwała KIO z dnia 23 lutego 2012 r.	146
178. Sygn. akt: KIO/KD 38/12, Uchwała KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.	146
179. Sygn. akt: KIO/KD 68/12, Uchwała KIO z dnia 3 sierpnia 2012 r.	147
180. Sygn. akt: KIO/KD 12/13, Uchwała KIO z dnia 13 lutego 2013 r.	148
181. Sygn. akt: KIO/KD 119/14, Uchwała KIO z dnia 9 stycznia 2015 r.	148
Art. 67 ust. 1 pkt 6	149
182. Sygn. akt: KIO/KD 77/11, Uchwała KIO z dnia 13 października 2011 r.	149
183. Sygn. akt: KIO/KD 10/12, Uchwała KIO z dnia 26 stycznia 2012 r.	150
184. Sygn. akt: KIO/KD 14/14, Uchwała KIO z dnia 12 marca 2014 r.	150
185. Sygn. akt: KIO/KD 25/14, Uchwała KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r.	151
Art. 70	152
186. Sygn. akt: KIO/KD 46/09, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2009 r.	152
187. Sygn. akt: KIO/KD 49/11, Uchwała KIO z dnia 15 czerwca 2011 r.	152
188. Sygn. akt: KIO/KD 75/11, Uchwała KIO z dnia 5 października 2011 r.	153
189. Sygn. akt: KIO/KD 104/11, Uchwała KIO z dnia 3 stycznia 2012 r.	155
190. Sygn. akt: KIO/KD 51/13, Uchwała KIO z dnia 7 czerwca 2013 r.	156
191. Sygn. akt: KIO/KD 21/14, Uchwała KIO z dnia 26 marca 2014 r.	156
192. Sygn. akt: KIO/KD 26/14, Uchwała KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.	157

Art. 85 ust. 2	158
193. Sygn. akt: KIO/KD 34/14, Uchwała KIO z dnia 17 kwietnia 2014 r.	158
Art. 85 ust. 4	159
194. Sygn. akt: KIO/KD 54/14, Uchwała KIO z dnia 2 lipca 2014 r.	159
Art. 87 ust. 2 pkt 2	160
195. Sygn. akt: KIO/KD 2/11, Uchwała KIO z dnia 12 stycznia 2011 r.	160
196. Sygn. akt: KIO/KU 72/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.	161
Art. 87 ust. 2 pkt 3	161
197. Sygn. akt: KIO/KD 74/10, Uchwała KIO z dnia 19 października 2010 r.	161
198. Sygn. akt: KIO/KD 54/12, Uchwała KIO z dnia 21 czerwca 2012 r.	162
199. Sygn. akt: KIO/KU 72/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.	163
200. Sygn. akt: KIO/KD 73/13, Uchwała KIO z dnia 14 sierpnia 2013 r.	164
201. Sygn. akt: KIO/KD 105/13, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2013 r.	165
202. Sygn. akt: KIO/KD 42/14, Uchwała KIO z dnia 13 maja 2014 r.	165
Art. 89 ust. 1 pkt 2	166
203. Sygn. akt: KIO/KD 94/14, Uchwała KIO z dnia 13 października 2014 r.	166
204. Sygn. akt: KIO/KD 105/14, Uchwała KIO z dnia 11 grudnia 2014 r.	167
Art. 89 ust. 1 pkt 3	168
205. Sygn. akt: KIO/KD 30/14, Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.	168
Art. 89 ust. 1 pkt 4	168
206. Sygn. akt: KIO/KD 5/14, Uchwała KIO z dnia 4 lutego 2014 r.	168
Art. 89 ust. 1 pkt 6	169
207. Sygn. akt: KIO/KD 91/11, Uchwała KIO z dnia 14 grudnia 2011 r.	169
208. Sygn. akt: KIO/KD 25/12, Uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r.	169
209. Sygn. akt: KIO/KD 38/14, Uchwała KIO z dnia 2 maja 2014 r.	170
Art. 89 ust. 1 pkt 8	171
210. Sygn. akt: KIO/KD 1/13, Uchwała KIO z dnia 18 stycznia 2013 r.	171
211. Sygn. akt: KIO/KU 87/13, Uchwała KIO z dnia 30 września 2013 r.	171
Art. 90 ust. 1	172
212. Sygn. akt: KIO/KU 40/14, Uchwała KIO z dnia 7 maja 2014 r.	172
Art. 91	173
213. Sygn. akt: KIO/KD 65/11, Uchwała KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r.	173

214. Sygn. akt: KIO/KD 96/11, Uchwała KIO z dnia 21 grudnia 2011 r.	174
215. Sygn. akt: KIO/KD 38/13, Uchwała KIO z dnia 9 maja 2013 r.	175
Art. 93 ust. 1 pkt 6	175
216. Sygn. akt: KIO/KD 4/13, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	175
Art. 93 ust. 1 pkt 7	176
217. Sygn. akt: KIO/KD 52/10, Uchwała KIO z dnia 16 lipca 2010 r.	176
218. Sygn. akt: KIO/KD 85/12, Uchwała KIO z dnia 2 listopada 2012 r.	176
219. Sygn. akt: KIO/KD 34/14, Uchwała KIO z dnia 17 kwietnia 2014 r.	178
Art. 94 ust. 3	179
220. Sygn. akt: KIO/KD 83/14, Uchwała KIO z dnia 1 października 2014 r.	179
Art. 95 ust. 1–ust. 2	180
221. Sygn. akt: KIO/KD 50/10, Uchwała KIO z dnia 7 lipca 2010 r.	180
222. Sygn. akt: KIO/KD 47/12, Uchwała KIO z dnia 23 maja 2012 r.	181
223. Sygn. akt: KIO/KD 26/14, Uchwała KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.	181
224. Sygn. akt: KIO/KD 86/14, Uchwała KIO z dnia 30 września 2014 r.	181
Art. 96 ust. 1	182
225. Sygn. akt: KIO/KD 9/11, Uchwała KIO z dnia 14 lutego 2011 r.	182
Art. 132	182
226. Sygn. akt: KIO/KD 104/14, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.	182
Art. 133 ust. 3	182
227. Sygn. akt: KIO/KU 40/14, Uchwała KIO z dnia 7 maja 2014 r.	182
Art. 140 ust. 1	183
228. Sygn. akt: KIO/KD 10/13, Uchwała KIO z dnia 4 lutego 2013 r.	183
Art. 144	183
229. Sygn. akt: KIO/KD 97/12, Uchwała KIO z dnia 21 grudnia 2012 r.	183
230. Sygn. akt: KIO/KD 3/13, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.	184
Art. 147	185
231. Sygn. akt: KIO/KD 120/14, Uchwała KIO z dnia 13 stycznia 2015 r.	185
Art. 148	186
232. Sygn. akt: KIO/KU 54/11, Uchwała KIO z dnia 22 lipca 2011 r.	186
233. Sygn. akt: KIO/KU 109/11, Uchwała KIO z dnia 29 grudnia 2011 r.	186

Art. 150 ust. 1	187
234. Sygn. akt: KIO/KU 11/14, Uchwała KIO z dnia 3 marca 2014 r.	187
Art. 161 ust. 2	187
235. Sygn. akt: KIO/KD 47/14, Uchwała KIO z dnia 22 maja 2014 r.	187
236. Sygn. akt: KIO/KD 54/14, Uchwała KIO z dnia 2 lipca 2014 r.	188
237. Sygn. akt: KIO/KD 91/14, Uchwała KIO z dnia 10 października 2014 r.	188
Art. 163 ust. 1 pkt 3	188
238. Sygn. akt: KIO/KD 39/13, Uchwała KIO z dnia 15 maja 2013 r.	188
Art. 167	189
239. Sygn. akt: KIO/KD 29/12, Uchwała KIO z dnia 20 marca 2012 r.	189
240. Sygn. akt: KIO/KD 37/13, Uchwała KIO z dnia 9 maja 2013 r.	189
241. Sygn. akt: KIO/KD 39/13, Uchwała KIO z dnia 15 maja 2013 r.	189
242. Sygn. akt: KIO/KD 73/13, Uchwała KIO z dnia 14 sierpnia 2013 r.	190
243. Sygn. akt: KIO/KD 104/13, Uchwała KIO z dnia 10 grudnia 2013 r.	190
244. Sygn. akt: KIO/KU 65/14, Uchwała KIO z dnia 30 lipca 2014 r.	190
245. Sygn. akt: KIO/KD 90/14, Uchwała KIO z dnia 10 października 2014 r.	191
246. Sygn. akt: KIO/KD 110/14, Uchwała KIO z dnia 5 stycznia 2015 r.	191
Art. 196	191
247. Sygn. akt: KIO/KD 46/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.	191
Indeks rzeczowy	193
Akty prawne przywołane w orzeczeniach	197

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

Jak się okazuje czas płynie nieubłaganie. Wydaje się całkiem niedawno, bo w lipcu 2012 r., przygotowaliśmy dla Państwa jubileuszowe wydanie Zeszytu nr 10, które zawierało zestawienie uchwał Sądu Najwyższego, wydanych do 2011 r. na skutek zapytań prawnych kierowanych w sprawie zamówień publicznych przez sądy okręgowe.

Po trzech latach przyszedł czas na kolejne jubileuszowe wydanie, to jest Zeszyt nr 20. Również tym razem chcieliśmy, aby miało ono specjalny charakter i pokazywało szczególnie aspekt orzeczniczy w zakresie zamówień publicznych. W związku z powyższym postanowiliśmy dokonać analizy ponad 600 uchwał Krajowej Izby Odwoławczej, w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydanych od początku funkcjonowania Izby, tj. od 2007 r., do końca 2014 r.

Opiniowanie kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na skutek zastrzeżeń składanych od wyników tej kontroli przez podmioty zamawiające to – obok podstawowych obowiązków związanych z rozpoznawaniem odwołań wnoszonych przez wykonawców – szczególna forma działalności Izby. Ta forma działalności pozwala na aktywną wymianę doświadczeń pomiędzy dwoma istotnymi w systemie zamówień publicznych podmiotami, właściwymi w sprawach zamówień publicznych, tj. Krajową Izbą Odwoławczą i Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych. Wskazana wymiana doświadczeń daje wymierny efekt w postaci uchwał Izby, które mają moc wiążącą tak dla zamawiającego, jak i Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Jak pokazują dane statystyczne prezentowane w corocznych Informacjach o działalności Izby, w większości Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza ustalenia wyników kontroli Prezesa Urzędu. Są jednak przypadki, że wyniki kontroli Prezesa są przez Izbę weryfikowane w całości bądź w części. Przedstawiony wybór i opracowanie Zeszytu nr 20 pokazuje – zgodnie z przyjętymi zasadami współpracy – przede wszystkim zgodne stanowisko tych dwóch organów w sprawach istotnych z systemowego punktu widzenia.

Chciałabym zachęcić Państwa do lektury tego Zeszytu, mając nadzieję, że przedstawiona w nim materia będzie stanowiła uzupełnienie zakresu zagadnień tematycznych, którymi Izba w swojej praktyce orzeczniczej również się zajmuje. W tym kontekście przedmiotowy Zeszyt jest tym bardziej cenny, że zawiera bardzo dużo rozstrzygnięć Izby w sprawie zastosowania przesłanek do udzielenia zamówienia w szczególnym trybie, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki, ukazując tę przestrzeń procedury udzielania zamówienia publicznego, która jest rzadkością, jeśli chodzi o rozpoznawanie odwołań wnoszonych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Liczę, że udało mi się zachęcić Państwa do sięgnięcia do tego numeru Zeszytu i mam nadzieję do zobaczenia przy okazji kolejnych wydań.

Małgorzata Stręciwillk



Redaktor Zeszytów Orzeczniczych
Członek KIO

Warszawa, 19 października 2015 r.

WYKAZ SKRÓTÓW

art.	– artykuł
BZP	– Biuletyn Zamówień Publicznych
CPV	– Wspólny Słownik Zamówień
Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. U. UE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
FIDIC	– Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils (Warunki Kontraktowe na roboty budowlane)
KC, Kc, kc lub k.c.	– Kodeks Cywilny
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
KPC, Kpc, kpc lub k.p.c.	– Kodeks postępowania cywilnego
KRK	– Krajowy Rejestr Krany
KRS	– Krajowy Rejestr Sądowy
KSH lub ksh	– Kodeks Spółek Handlowych
lit.	– litera
m.in.	– między innymi
np.	– na przykład
nr	– numer
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
Ustawa Pzp, pzp lub PZP	– ustawa Prawo zamówień publicznych
pkt	– punkt
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– Sąd Okręgowy
poz.	– pozycja
przyp. red.	– przypis redakcyjny
SIWZ lub siwz	– Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
tj.	– to jest
t.j.	– tekst jednolity
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS UE lub ETS	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
UE	– Unia Europejska
US	– Urząd Skarbowy
ust.	– ustęp
u.z.n.k.	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
UZP	– Urząd Zamówień Publicznych
VAT	– Podatek od towarów i usług
ZA	– Zespół Arbitrów
zd.	– zdanie
ze zm.	– ze zmianami
ZNKU, z.n.k.u. lub znku	– ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
ZUS	– Zakład Ubezpieczeń Społecznych

Art. 2 pkt 1

1. Sygn. akt: KIO/KD 107/14, Uchwała KIO z dnia 12 grudnia 2014 r.

Zdaniem Izby Zamawiający w zasadzie nie kwestionuje, że wprowadzone przez niego jedyne kryterium oceny ofert – najniższa cena ofertowa netto – jest niezgodne z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 i 5 ustawy Pzp, na co wskazał Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli. Zamawiający nie podważa, że według tych przepisów kryterium ceny oznacza konieczność brania pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty, która zawiera najniższą cenę brutto.

Natomiast zastrzeżenia Zamawiającego zmierzają – w pierwszej kolejności – do wykazania, że nie ma znaczenia naruszenie powyższych przepisów ustawy Pzp, gdyż stanowią one wynik niewłaściwej implementacji odpowiednich przepisów 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 {zwanej w skrócie „dyrektywą 2004/18/WE” lub „dyrektywą klasyczną”}, z których ma jakoby wynikać, że kryterium ceny może również oznaczać najniższą cenę netto.

Izba zważyła, że skoro zamówienia publiczne, zarówno w świetle dyrektyw, jak i ustawy Pzp, oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, koniecznym elementem składanych przez wykonawców ofert jest cena, za którą wykonawca podejmie się realizacji zamówienia, a tym samym cena, którą zobowiązany będzie zapłacić za to zamawiający. Oczywiście jest zatem, że jeżeli cena ta uwarunkowana jest nie tylko wysokością wynagrodzenia oczekiwanego przez wykonawcę, ale również obowiązującymi w danym państwie członkowskim podatkami pośrednimi, znaczenie ma cena końcowa, którą będzie musiał zapłacić zamawiający, czyli cena brutto.

Zamawiający dowolnie i bezpodstawnie poczytuje wskazanie w dyrektywie jako jedyne kryterium najniższej ceny – za dopuszczenie możliwości, aby za najkorzystniejszą mogła być uznana oferta z ceną, która niekoniecznie będzie najniższa dla zamawiającego. Należy dodać, że wbrew temu, co zdaje się sugerować Zamawiający, konieczność uwzględnienia przy porównywaniu złożonych ofert – w ramach jedyne kryterium najniższej ceny – całkowitej kwoty wydatkowanych przez instytucję zamawiającą środków, łącznie z wartością podatków i innych obligatoryjnych opłat, nie budziła dotychczas żadnych wątpliwości w piśmiennictwie poświęconym uregulowaniom dyrektywy klasycznej (...).

Art. 2 pkt 13

2. Sygn. akt: KIO/KD 45/11, Uchwała KIO z dnia 25 maja 2011 r.

Izba podzieliła bowiem, pogląd Prezesa Urzędu, że przedmiotowe zamówienie pn. „Wykonanie robot budowlanych polecających na wykonaniu wykopów pod nieckę składowiska odpadów i niecki składowiska odpadów zawierających azbest dla budowy Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w C. gm. Z., w zamian za pozyskanie przez Wykonawcę gruntów z wykopu “ spełnia wszystkie przesłanki zawarte z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp i należało je zakwalifikować jako zamówienie publiczne. Tym samym nie można uznać za trafny argument Zamawiającego podnoszony w zastrzeżeniach, że przedmiotowego zamówienia nie można zakwalifikować jako zamówienia publicznego, ponieważ przedmiot zamówienia w części dotyczącej świadczeń dodatkowych miał zostać określony przez samych wykonawców, przez co był zmienny i niemożliwy do opisanie zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby okoliczności niniejszej sprawy wskazują że nie zaistniały przeszkody natury faktycznej i prawnej uniemożliwiające przeprowadzenie postępowania zgodnie z procedurą wynikającą z ustawy Pzp. Tak jak stwierdził Prezes Urzędu, mając na uwadze treść ogłoszenia

przedmiotem postępowania było „wykonanie robót budowlanych, polegających na wykonaniu wykopów pod nieckę składowania odpadów oraz dwie niecki składowania odpadów zawierających azbest, dla budowy Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w C. gmina Z., w zamian za pozyskanie przez wykonawcę gruntów z wykopu”. Ustalenia w sprawie – w tym dokumentacja postępowania oraz treść zastrzeżeń Zamawiającego – bezspornie potwierdzają – że, zakres robót budowlanych związanych z wykonaniem niecek był ściśle określony, tym samym niezmienny. Bezspornym także jest, że Zamawiający zażądał dodatkowo od wykonawców biorących udział w postępowaniu wskazania świadczeń dodatkowych na rzecz Gminy Z. z uwagi na to, że wartość gruntu z wykopów, jaki otrzyma wykonawca, przewyższa wartość robót budowlanych niezbędnych do wykonania trzech niecek pod składowisko odpadów. Tak jak wskazał Prezes Urzędu, wskazane świadczenia dodatkowe mają wprawdzie charakter zmienny, gdyż ich wielkość zależy od przyjęcia przez wykonawców wartości gruntu z wykopów, jednak nie są one właściwym przedmiotem zamówienia. W tym postępowaniu możliwe było także rozważenie przyjęcia innego rozwiązania, np. polegającego na sprzedaży przez Zamawiającego pozostałej ziemi z wykopów. Także zdaniem Izby, co wymaga podkreślenia, działanie Zamawiającego zmierzające do wykorzystania gruntu z wykopów, determinujące złożoność przedmiotowego postępowania, w żadnej mierze nie może uzasadniać odstąpienia od stosowania ustawy Pzp. Głównym celem, a jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego, powinno być przede wszystkim działanie w granicach obowiązującego prawa. Cel ten powinien determinować wybór najkorzystniejszego ekonomicznie rozwiązania. W konsekwencji, również kryterium oceny ofert według kryterium wartości świadczeń dodatkowych nie jest jedynym możliwym i nie wyklucza zastosowania kryterium ceny. Tak jak wskazał Prezes UZP, przy rezygnacji z wymogu wskazania w ofercie świadczeń dodatkowych na rzecz Gminy, Zamawiający za zrealizowanie przedmiotu zamówienia mógłby oferować grunt z wykopów, posiadający konkretną wartość określoną z góry przez niego w ogłoszeniu oraz SIWZ. Wykonawcy, składając swoje oferty wskazywaliby, ile gruntu chcą wywieźć z wykopu w zamian za wykonanie niecek. Ilość gruntu przeliczona na wartość PLN według cen wskazanych przez Zamawiającego byłaby ceną oferty. W konsekwencji, im mniej gruntu żądałby wykonawca za wykonanie robót budowlanych, tym niższa byłaby cena ofertowa. Dodatkowo, Zamawiający mógłby określić procentowy udział cen poszczególnych frakcji gruntu w ogólnej cenie ofertowej tak, aby ceny mniej przydatnych w jego ocenie gruntów miały mniejsze znaczenie niż ceny za grunt bardziej przydatny. Pozostałą część gruntu, nie przekazaną wykonawcy w zamian za wykonane roboty budowlane, Zamawiający mógłby sprzedać na rynku, a za uzyskane w ten sposób środki nabyć inne świadczenia na rzecz Gminy. Tym samym argument dotyczący braku możliwości określenia kryterium cenowego przy udzieleniu niniejszego zamówienia nie potwierdził się i nie uzasadnia odstąpienia od stosowania ustawy Pzp. Trudności wynikające z zastosowania przez Zamawiającego konstrukcji prawnej wskazywanej przez Prezesa UZP, zgodnie z którą Zamawiający za wykopanie niecek i dowolne świadczenia dodatkowe zobowiązał się przekazać wykonawcy wykopany grunt, nie mogą uzasadniać odstąpienia od przepisów ustawy Pzp.

3. Sygn. akt: KIO/KD 2/12, Uchwała KIO z dnia 18 stycznia 2012 r.

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp przez „zamówienie publiczne” należy rozumieć odpłatną umowę zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Udzieleniem zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, która spełnia łącznie następujące przesłanki: jej stronami są zamawiający i wykonawca, przedmiotem tej umowy są usługi, dostawy lub roboty budowlane, a także umowa ma charakter odpłatny. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że umową odpłatną jest wzajemne, dowolne świadczenie mieszczące się w ramach odpłatnych czynności prawnych, tj. czynności, w których każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Odwołując się do definicji

„zamówienia publicznego” można stwierdzić, że wymóg odpłatności zamówienia publicznego oznacza, iż zamówieniem publicznym są tylko takie umowy, na podstawie których usługi, dostawy lub roboty budowlane (świadczenie wykonawcy) są wykonywane w zamian za wynagrodzenie ze strony zamawiającego (...).

Warto zauważyć, że wynagrodzenie (świadczenie zamawiającego) nie musi mieć pieniężnego charakteru. Z takiego układu wzajemnych relacji stron umowy wynika, iż w wyniku zamówienia publicznego zamawiający w zamian za określone przysporzenie ze strony wykonawcy (usługę, dostawę lub robotę budowlaną) sam dokonuje przysporzenia na rzecz wykonawcy. Istotne zatem z punktu widzenia kwalifikacji prawnej zamówienia publicznego jest uzyskanie przez wykonawcę określonego przysporzenia ze strony zamawiającego. Jeżeli zatem wykonawca wskutek zawarcia określonej umowy nie uzyskuje od zamawiającego przysporzenia, tj. zamawiający nie staje się dłużnikiem wykonawcy, wówczas brak jest podstaw do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych. W takim przypadku odpada causa stosowania przepisów ustawy Pzp.

Należy przyjąć, że mimo, iż płatność w ramach zamówienia na grupowe ubezpieczenia pracownicze jest dokonywana przez zamawiającego, to świadczenie stanowiące przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego może być finansowane przez podmiot trzeci (czyli pracownika) i być wykonywane na jego rzecz. Podkreślić należy, że konstrukcja grupowego ubezpieczenia pracowników przewiduje, że to zamawiający samodzielnie i we własnym imieniu zobowiązuje się wobec wykonawcy i dokonuje na jego rzecz określonego przysporzenia, wykonawca zaś zobowiązany jest do spełnienia świadczenia wzajemnego w postaci określonych w umowie usług, dostaw lub robót budowlanych. Przykładem powyższych okoliczności są grupowe umowy ubezpieczeń na życie zawierane z zakładem ubezpieczeń przez pracodawcę zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp, na rzecz jego pracowników.

Art. 3 ust. 1

4. Sygn. akt: KIO/KD 7/09, Uchwała KIO z dnia 27 marca 2009 r.

Kolejną kwestią wymagającą odniesienia przez Izbę jest ustalenie, czy Zespół Zarządców Nieruchomości X Sp. z o.o. jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp.

Bezspornym jest, iż Zespół Zarządców Nieruchomości X jest spółką powołaną zgodnie z przepisami prawa handlowego, jak również i to, że przedmiotem działalności spółki jest zarządzanie nieruchomościami na zlecenie, administrowanie nieruchomościami, pośrednictwo w obrocie nieruchomościami, działalność rachunkowo-księgową, doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzania oraz sprzątanie i czyszczenie obiektów. Spółka została utworzona przez X, będącą państwową osobą prawną, której mienie stanowi własność Skarbu Państwa i, która – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu sił zbrojnych (Dz. U. z 1995 r., Nr 41, poz. 398 z późn. zm.) wykonuje zadania z zakresu administracji rządowej. W myśl ww. ustawy gospodaruje ona mieniem Skarbu Państwa m.in. przez zlecenie osobom prawnym lub fizycznym zarządzania i administrowania mieniem. Tak więc należy stwierdzić, iż Spółka w istocie przejęła część ustawowych zadań, które ustawa przypisała X. Oznacza to, iż Spółka, obok innych zadań, do których realizacji została powołana, realizuje także zadania publiczne, w zakresie powierzonym jej przez X (m.in. zarządzanie i administrowanie).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp 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% lub

- 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.”

Przepis ten wprowadza definicję instytucji prawa publicznego, która została zawarta w dyrektywach 2004/17/EWG (art. 2 ust. 1) i 2004/18/EWG (art. 1 ust. 9), zgodnie z którą podmiotem prawa publicznego jest każdy podmiot:

- 1) posiadający osobowość prawną,
- 2) utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego i handlowego,
- 3) spełniający co najmniej jeden z warunków:
 - a) finansowany w przeważającej części przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego,
 - b) zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów,
 - c) ponad połowa składu jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego stanowią osoby wyznaczone przez organy państwowe, samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego.

Pojęcie instytucji prawa publicznego jest więc pojęciem prawa wspólnotowego, przy czym dla ustalenia, czy dany podmiot jest instytucją prawa publicznego bierze się także pod uwagę normy prawa krajowego. Aby więc uznać, iż dany podmiot jest instytucją prawa publicznego należy zbadać, czy spełnia on przesłanki z powołanego przepisu, które muszą wystąpić kumulatywnie.

Bezspornym jest, iż Zespół Zarządców Nieruchomości X Sp. z o.o. posiada osobowość prawną w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Bezspornym jest także, iż Spółka jest organem, na funkcjonowanie którego realny wpływ ma organ założycielski, czyli X. Kwestią sporną jest natomiast interpretacja trzeciej z przesłanek decydujących o zaliczeniu instytucji do instytucji prawa publicznego, a mianowicie prowadzenie działalności w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego i handlowego. Zakres tego pojęcia jest interpretowany szeroko. Zgodnie z wykładnią językową działalnością sprowadzającą się do zaspokajania potrzeb powszechnych będzie każdy rodzaj aktywności gospodarczej nakierowanej na oferowanie dóbr i usług odpowiadających społecznemu zapotrzebowaniu, jeżeli nie jest nastawiona na maksymalizację zysku (niehandlowa i nieprzemysłowa) (...). Przy czym maksymalizacja zysku oznacza nie tylko zamiar zachowania posiadanego kapitału. Zamiar maksymalizacji zysku jest czymś więcej niż tylko wolą unikania utraty substancji majątkowej. Dlatego nawet podmiot zorganizowany na wzór przedsiębiorcy nastawionego na maksymalizację zysku, a więc działający w formie spółki prawa handlowego, prowadzący rachunkowość na zasadach komercyjnych, może być uznany za podmiot, który nie posiada charakteru przemysłowego lub handlowego (...). Przesłanka ta jest bowiem spełniona, gdy działalność handlowa lub przemysłowa jest determinowana przez inne, zwłaszcza publiczne cele, w tym również wtedy, gdy działalność polegająca na zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego lub handlowego, stanowi jedynie niewielką część działalności danego podmiotu, zaś przeważająca jest działalność handlowa (wyrok ETS z dnia 15.01.1998 r., sygn. C-44/96 w sprawie „Mannesmann”). Status podmiotu prawa publicznego nie zależy więc od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego lub handlowego. Przesądza o tym charakter powierzonych zadań, o ile są one powiązane z działalnością państwa. Istotnym jest więc, czy celem, dla którego dany podmiot został utworzony jest działalność nastawiona na zaspokajanie potrzeb powszechnych i, czy taki zapis znajduje się w akcie założycielskim. Powody utworzenia konkretnej instytucji są bowiem okolicznością przesądzającą o zakwalifikowaniu jej działalności jako działalności publicznej. Jednak ważne jest nie tylko to, co zostało zapisane w dokumentach, ale i faktyczny cel powołania osoby prawnej.

Niewątpliwie X utworzyła spółkę w celu realizacji swego zadania polegającego na gospodarowaniu mieniem Skarbu Państwa, poprzez zlecenie zarządzania i administrowania. Tak więc wydaje się, iż celem jej utworzenia była nie tylko działalność nastawiona na zysk, ale przekazania zadania w sposób określony w ustawie. Jednocześnie należy podkreślić, że nawet gdyby dany podmiot nie został pierwotnie utworzony w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, to istotne jest jaką działalność faktycznie wykonuje. Również w sytuacji, gdy powiązania określonego podmiotu z państwem lub organem państwowym mają charakter pośredni, istnieje możliwość wpływania przez państwo na zamówienia udzielane przez zamawiającego i w takich wypadkach ETS stwierdzał zaliczenie podmiotu do zamawiającego (...). Instytucja, aby mogła być zakwalifikowana jako instytucja prawa publicznego musi być ustanowiona w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym. Potrzebami o charakterze powszechnym będą takie potrzeby, których zaspokajanie jest ściśle powiązane z instytucjonalnym funkcjonowaniem państwa oraz służy pożytkowi społeczeństwa jako całości (wyrok ETS z dnia 15.01.1998 r., sygn. C-44/96 w sprawie „Mannesmann”), przy czym „powszechny” nie oznacza „dostępny dla wszystkich, a w znaczeniu „dotyczący wielu, dostępny dla wielu”, czy też dla tych, którzy spełniają warunkami określone odpowiednimi przepisami (...). Powyższe oznacza, iż zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym faktycznie będzie dotyczyło określonego kręgu osób, których zbiorowe potrzeby w sposób bieżący i nieprzerwany będą zaspokajane przez Spółkę. Działalność Spółki skierowana jest bowiem do dość szerokiego, ale określonego kręgu podmiotów.

Zdaniem Zespołu Zarządców Nieruchomości X Sp. z o.o. istotnym z punktu widzenia zakwalifikowania podmiotu do instytucji prawa publicznego jest odniesienie się do stopnia konkurencyjności rynku, na którym przedmiotowy podmiot działa. Istotnie istnienie konkurencji na danym rynku nie jest bez znaczenia dla stwierdzenia, czy potrzeby, dla spełnienia których podmiot został utworzony, mają charakter nieprzemysłowy i niehandlowy. Niemniej jednak istnienie silnej konkurencji na danym rynku jest okolicznością, która powinna być wzięta pod uwagę (...). Tym samym Izba uznała, iż spełniona została ostatnia przesłanka, stwierdzając że Zespół Zarządców Nieruchomości X Sp. z o.o. jest instytucja prawa publicznego, zobowiązana do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

5. Sygn. akt: KIO/KD 3/14, Uchwała KIO z dnia 27 stycznia 2014 r.

Działalność (...) Fundacji (...) jest ściśle związana z realizacją celów publicznych, do których zaliczamy wybudowanie basenów pływackich oraz wspieranie rozwoju sportu i kultury fizycznej na terenie miasta (...) W., w szczególności Klubu Sportowego X. Powyższe wynika z § 4 ust. 1 Statutu tego podmiotu. Ponadto, zgodnie z zapisami § 3 ust. 4 i 6 Statutu, (...) Fundacja (...) może prowadzić działalność gospodarczą dla właściwego realizowania celów statutowych. Zatem, umożliwiono ww. fundacji prowadzenie działalności gospodarczej, ale jedynie dla realizacji i wspierania ww. celów publicznych, jednocześnie należy zauważyć, iż zysk z prowadzonej działalności nie stanowi jedynego źródła finansowania działalności ww. fundacji [§ 7 Statutu]. (...)

Prowadzenie działalności gospodarczej przez Fundację, na co powołuje się Zamawiający, podporządkowane jest zatem celom, dla jakich Fundację powołano i dla jakich aktualnie ona funkcjonuje. Nie jest dziś celem Fundacji prowadzenie działalności gospodarczej w celu osiągnięcia zysku samego w sobie, ale pozyskiwanie w wyniku tej działalności środków na realizację celów, dla jakich Fundacja istnieje, to jest wspierania rozwoju sportu i kultury fizycznej na terenie miasta (...) W. (...), w szczególności Klubu Sportowego X. Cel ten w sposób oczywisty jest nastawiony na zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Bez znaczenia dla powyższego pozostaje fakt, że cel szczegółowy, za jaki należy uznać wybudowanie basenów pływackich na terenie wniesionym do Fundacji, został zrealizowany przed wejściem w życie obecnie obowiązującej ustawy

Prawo zamówień publicznych. Należy bowiem uznać, iż z dniem 2 marca 2004 r. nałożono na (...) Fundację (...) obowiązek stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień publicznych. Warto, w tym zakresie, dostrzec wytyczne wyrażane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości: „jeżeli instytucja została utworzona w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, a zaczęła prowadzić także działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje ona status instytucji prawa publicznego nawet, jeżeli działalność w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową” [wyrok ETS z dnia 15.01.1998 r. w sprawie C-44/96].

Nie ulega ponadto wątpliwości, że prawo powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego posiada Miasto (...) W. Wynika to z § 10 Statutu Zamawiającego, zgodnie z którym, organami (...) Fundacji (...) są: rada Fundacji oraz zarząd Fundacji. Rada Fundacji będąca organem nadzorującym i kontrolnym składa się z pięciu członków: trzech wyznaczonych przez miasto (...) W., reprezentowane przez Prezydenta (...) W., na wniosek Zarządu (...), oraz dwóch wyznaczonych przez Zarząd Klubu Sportowego X [§ 11 ust. 1 i 2 Statutu].

Tym samym, (...) Fundację (...) należy zakwalifikować jako osobę prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, w którym instytucja sektora finansów publicznych określona w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych posiada prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego, Zatem, (...) Fundacja (...) jest Zamawiającym zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień w oparciu o art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. d ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 2 pkt 13 ustawy stanowi, że przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W tych okolicznościach zasadą jest zatem, że do czynności, których następstwem ma być zawarcie umowy odpłatnej między zamawiającym a wykonawcą, a której przedmiotem ma być usługa, dostawa lub robota budowlana, stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasadnie zatem przypisano Zamawiającemu zaniechanie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zawarcia umowy, której przedmiotem było wykonanie wymiany złóż w filtrach obiegowych basenu sportowego oraz wymiany zaworów klapowych w obiekcie (...) prowadzonym przez (...) Fundację (...).

6. Sygn. akt: KIO/KD 104/14, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.

Odnosząc się do kwestii udzielania zamówień *in house* stwierdzić należy, że tak przepisy ustawy Pzp, jak i dyrektywy sektorowej aktualnie obowiązującej (regulacje nowych dyrektyw z dnia 26 lutego 2014 r. nie zostały jeszcze wdrożone do porządku prawnego polskiej ustawy Pzp, a termin na ich wdrożenie upływa dopiero w dniu 18 kwietnia 2016 r.), tj. dyrektywy 2004/17/WE, (jak i dyrektywy klasycznej 2004/18/WE), nie przewidują wprost unormowań dotyczących wyłączenia obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do udzielania tego typu zamówień. Na tego typu sytuacje wskazuje natomiast wprost orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości). Z tych też względów w omawianej kwestii należy wziąć pod uwagę właśnie orzecznictwo TS UE. Istotne w tym zakresie jest orzeczenie Trybunału z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie Teckal (C-107/98), które także przywoływał Zamawiający w zastrzeżeniach od wyników kontroli. Z orzeczenia tego można wywodzić tezę, iż jeżeli określony podmiot zobowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach zawiera odpłatną umowę z inną osobą (odrębnym podmiotem) nie będzie miał obowiązku stosowania tych przepisów przy zawarciu umowy, jeżeli podmiot ten ma w stosunku do wskazanej osoby uprawnienia podobne do uprawnień przysługujących mu wobec jego własnych służb (sprawuje nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami) oraz osoba ta wykonuje istotną część działalności tego podmiotu (wykonuje swoją dzia-

łalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej go jednostki). Podobne stanowisko zostało wyrażone w orzeczeniach Trybunału w sprawie Stadt Halle i RPL Lochau C-26/03 (wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r.), w sprawie Komisji przeciwko Hiszpanii C-84/03 (wyrok z dnia 13 stycznia 2005 r.), w sprawie Komisji przeciwko Austrii C-29/04 (wyrok z dnia 10 listopada 2005 r.), w sprawie Carbotermo i Consorzio Alisei C-340/04 (wyrok z dnia 11 maja 2006 r.), w sprawie Tragsa C-295/05 (wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r.), czy w sprawie Datenlotsen C-15/13 (wyrok z dnia 8 maja 2014 r.).

Przenosząc główne tezy z tych orzeczeń na stan niniejszej sprawy stwierdzić należy, że o ile pierwsza z w/w przesłanek uprawniających do przyjęcia, że mamy do czynienia z zamówieniem in house mogłaby znaleźć swoje wypełnienie (Zamawiający – Spółka z o.o., poprzez dysponowanie 100% udziałami w firmie X Sp. z o.o. sprawuje kontrolę nad tą spółką podobną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, choć dodatkowo wymagałoby to potwierdzenia stosownymi dokumentami pozwalającymi na ocenę charakteru stosunków pomiędzy tymi odrębnymi podmiotami gospodarczymi – czy mają one charakter stosunków wewnętrznych, zależnych i podległych, a ponadto wymagałoby to oceny, że mamy do czynienia z kontrolą skuteczną, na którą wskazuje orzecznictwo Trybunału), to istnieją poważne wątpliwości, czy zachodzi druga z wymienionych przesłanek (zasadnicza działalność X Sp. z o.o. wykonywana jest na rzecz Zamawiającego). Choć wedle oświadczeń Zamawiającego składanych Prezesowi UZP podstawowym kierunkiem działania wskazanej Spółki (X Sp. z o.o.), jest świadczenie usług transportowych, naprawczych oraz serwisowych dla całej floty pojazdów będącej w bieżącym użytkowaniu Zamawiającego, to Zamawiający nie przedłożył w tym zakresie żadnych dokumentów, potwierdzających do jakich celów została powołana wskazana spółka, a ponadto dokumentów, które wskazywałyby na tożsamość przedmiotu zlecenia (zawartej umowy) z zakresem zadań do jakich ta spółka została powołana. Jeśli uznać za słuszne twierdzenia Zamawiającego (choć – jak wskazano – nie zostało to poparte żadnymi dokumentami), iż spółka X ukierunkowana jest na świadczenie usług transportowych, naprawczych oraz serwisowych na rzecz Zamawiającego, to z całą pewnością takiego rodzaju usługi nie zostały zlecone przez Zamawiającego do wykonania przez X Sp. z o.o. w ramach kwestionowanej umowy z dnia 19 grudnia 2013 r. Przedmiotem tej umowy była bowiem dostawa pojazdów, a nie świadczenie wskazanych usług.

Tym samym zatem, w ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż w tym przypadku mielibyśmy do czynienia z tzw. zamówieniem in house, pozwalającym na ustalenie, iż podmiot zamawiający nie ma obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach, a więc nie ma też prawa odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzieleniu kwestionowanego zamówienia.

Art. 4 pkt 5

7. Sygn. akt: KIO/KU 2/08, Uchwała KIO z dnia 19 czerwca 2008 r.

Istotą sporu jest bowiem możliwość zastosowania przepisu art. 4 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, iż ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień, m.in. jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa [*aktualne brzmienie tego przepisu nadane przepisami ustawy z dnia 12.10.2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271) odwołuje się nie tylko do pojęcia „istotny interes bezpieczeństwa państwa”, lecz również do zamówień, którym nadano klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne” zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych oraz do pojęcia „bezpieczeństwa publicznego” – przyp. red.]. W zakresie tego wyłączenia ustawa posługuje się pojęciem nieostrym, jakim jest „istotny interes bezpieczeństwa państwa”. Wskazać należy, iż brak w systemie prawa polskiego definicji legalnej przedmiotowego wyrażenia. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że dla właściwego zastosowania przytoczonej regulacji, nie jest wystarczające dokonanie wykładni tego pojęcia. Nieodzwonne jest zwrócenie uwagi na*

konstrukcję tego przepisu. Zastosowanie przedmiotowego wyłączenia jest możliwe, ze względu na istotny interes bezpieczeństwa państwa. Zatem, jeżeli prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy Pzp powodowałoby szkodę dla interesów bezpieczeństwa państwa czy choćby powstanie niebezpieczeństwa naruszenia tego interesu, uzasadnione jest zastosowanie wyłączenia z art. 4 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający, podejmując więc decyzję o skorzystaniu z rozpatrywanego przepisu, zobowiązany jest wykazać, że udzielenie zamówienia z poszanowaniem podstawowych zasad, w szczególności jawności i powszechności dostępu oraz w trybie określonym w ustawie Pzp nie jest możliwe bez zagrożenia dla istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. W świetle powyższego, zadaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zdefiniowanie pojęcia „istotnego interesu bezpieczeństwa państwa” ma znaczenie wtórne. Stwierdzenie bowiem wystąpienia tego interesu w procesie udzielania konkretnego zamówienia nie jest wystarczające dla zastosowania wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt 5 ustawy Pzp. (...)

W tym miejscu konieczne jest również zajęcie stanowiska w kwestii pojęcia „istotnego interesu bezpieczeństwa państwa” i określenia właściwości organów uprawnionych do kwalifikacji zdarzeń, okoliczności, do kategorii bezpieczeństwa państwa. Z przedstawionej opinii prof. Stanisława B. wynika, że terminu tego nie zna obowiązująca ustawa zasadnicza, co więcej, Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż brak w systemie polskiego prawa definicji legalnej tego wyrażenia. W przedmiotowej opinii zdefiniowano to pojęcie w ten sposób, że „bezpieczeństwo państwa to taki stan faktyczny, kiedy nie występują żadne istotne zagrożenia dla bytu państwa (i jego obywateli), a tym samym zagwarantowana zostaje w miarę bezpieczna egzystencja i trwały rozwój państwa oraz całego Narodu”. Podkreślono również, że pojęcie to odnosi się do bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego. Zaprezentowana definicja obejmuje szerokie rozumienie tego pojęcia. Krajowa Izba Odwoławcza podziela rozpatrywane znaczenia „bezpieczeństwa państwa” w szerokim aspekcie.

Art. 5 ust. 2

8. Sygn. akt: KIO/KD 111/13, Uchwała KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.

Zamawiający powoływał się także na dyspozycję art. 5 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis wskazuje, że jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi niepriorytetowe oraz inne usługi, dostawy czy roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy.

Niewątpliwie w zakres przedmiotu zamówienia objętego zamówieniem udzielonym przez Zamawiającego w trybie z wolnej ręki wchodziły zarówno usługi niepriorytetowe (usługi pielęgnacji i opieki na oddziałach szpitalnych ujęte pod kategorią nr 25 o nazwie usługi społeczne i zdrowotne załącznika nr 2 wskazanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów [rozporządzenie z 28.01.2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68) – *przyp. red.*] – kod CPV: 85000000-9). Brak również wątpliwości, że w zakres przedmiotu zamówienia wchodziły też inne usługi, które nie zostały wyszczególnione w załączniku nr 2 do wskazanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów jako usługi niepriorytetowe. Były to usługi o charakterze priorytetowym (sprzątanie wewnątrz budynków, sprzątanie terenu zewnętrznego, usługa transportowa, usługa elektryczna). W takiej konfiguracji przedmiotu zamówienia, jaką przyjął Zamawiający, dla przyjęcia możliwości zastosowania dyspozycji art. 5 ust. 2 ustawy Pzp koniecznym było ustalenie, jaka jest wartość usług o charakterze niepriorytetowym i odrębnie, jaka była wartość usług objętych przedmiotem zamówienia, które tego waloru nie mają, czyli a contrario usług priorytetowych. Z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych Prezesowi UZP wynika, że wartość poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia kształtowała się następująco:

- sprzątanie wewnątrz budynków – 1 230 909,60 zł,

- sprzątanie terenu zewnętrznego – 738 628,32 zł,
- pielęgnacja i opieka na oddziałach szpitalnych – 2 303 424,00 zł,
- usługa transportowa – 191 980,80 zł,
- usługa elektryczna – 564 101,76 zł.

Tym samym zatem przeważającą kwotowo część zamówienia stanowiła wartość usług o charakterze priorytetowym, będących przedmiotem niniejszego postępowania, tj. sprzątanie wewnątrz budynków, sprzątanie terenu zewnętrznego, usługa transportowa oraz usługa elektryczna (2 725 620,48 zł), podczas gdy wartość usług o charakterze niepriorytetowym, tj. dotyczących pielęgnacji i opieki na oddziałach szpitalnych, została oszacowana na niższym poziomie (2 303 424,00 zł). Niedopuszczalne jest – zdaniem Izby – stanowisko Zamawiającego i dokonana przez niego wykładania art. 5 ust. 2 ustawy Pzp – jego zdaniem – pozwalająca na odrębną wycenę poszczególnych rodzajów usług wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, w tym odrębną wycenę dla każdej z usług o charakterze priorytetowym. Przywołany przepis ma służyć temu, aby podmiot zamawiający, w sytuacji gdy połączenie określonych, różnego rodzaju usług (o charakterze priorytetowym, jak i niepriorytetowym) jest obiektywnie uzasadnione (nie jest wprowadzone w celu ominięcia stosowania przepisów ustawy Pzp), mógł zastosować łagodniejszy tryb udzielenia danego zamówienia, jeśli wartość usług niepriorytetowych jest większa niż usług priorytetowych. Inne rozumienie tego przepisu przeczyłoby jego naturze i celowi, któremu miał służyć, a także jego literalnemu brzmieniu, wbrew temu co twierdzi Zamawiający.

Art. 7 ust. 1

9. Sygn. akt: KIO/KU 80/11, Uchwała KIO z dnia 25 października 2011 r.

Izba, mając na względzie stan faktyczny sprawy, stanęła na stanowisku, iż art. 7 ust. 1 nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów naruszenia przepisów ustawy podnoszonym wobec Zamawiającego. Przepis ten ustanawia bowiem generalną zasadę, którą powinien kierować się Zamawiający przy przygotowywaniu i prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Naruszenie zasady ma miejsce w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez dokonanie czynności niezgodnej z przepisami ustawy lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Dlatego też przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby, nie może, w rozpoznawanym przypadku, stanowić samoistnej podstawy dla postawiania zarzutów Zamawiającemu. Zarzut naruszenia tegoż przepisu odnosić się powinien do czynności lub zaniechania takiej czynności, których obowiązek dokonania wypływa z przepisów ustawy Pzp. Tym samym powinien on nierozwiewnie się wiązać z zarzutami naruszenia przepisów ustawy Pzp regulujących przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 7 ust. 3

10. Sygn. akt: KIO/KD 75/12, Uchwała KIO z dnia 21 sierpnia 2012 r.

Izba uznała, że zgromadzony przez kontrolę materiał dowodowy potwierdza w sposób nie budzący wątpliwości zaistnienie podnoszonego naruszenia. Przeprowadzona kontrola prawidłowo ustaliła stan faktyczny i prawidłowo rozstrzygnęła, odnośnie charakteru Gminy P., jako Zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp. Nie ma bowiem wątpliwości, że na rzecz Zamawiającego wykonano roboty budowlane w postaci wykonania w ramach przebudowy uzbrojenia ulicy Bema, będącej własnością Gminy P. (droga gminna) i za nie Zamawiający *de facto* zapłacił (dokonując potrącenia), mimo twierdzeń, że nie zlecał w tym zakresie żadnych robót budowlanych – ponad 560.000,00 PLN z kwoty ponad 600.000,00 PLN (za inwestycje w mienie Gminy P. polegające na uzbrojeniu dróg gmin-

nych wynikających z porozumień partycypacyjnych – ich charakter, tj. zgodność z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa nie był przedmiotem kontroli). Nadto, zamówienie zostało zrealizowane na rzecz Gminy P. – Zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp, była to niewątpliwie robota budowlana w rozumieniu art. 2 pkt 8 Pzp, stanowiła zwiększenie majątku Gminy P., co oznacza odpłatność w rozumieniu art. 2 pkt 13 Pzp. Kwota ponad 560.000,00 PLN została zaakceptowana przez Zamawiającego (po weryfikacji kosztorysu powykonawczego) i winna ona zostać uiszczona na rzecz (...) Czesław P. z tytułu wykonania w ramach przebudowy uzbrojenia ulicy Bema. Przy czym, Izba wskazując że jeden z dokumentów Zamawiającego załączonych do kontroli, a przywołanych w informacji o wyniku kontroli określa (...) Czesław P. jako inwestora zastępczego (pismo z dnia 19.09.2007 r.): „Wydział Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w załączeniu przekazuje kosztorys powykonawczy na remont ul. Bema w P. zrealizowany przez firmę (...) w ramach inwestorstwa zastępczego”. Kwestia ewentualnego zwrotu przez Gminę P. ponad 560.000,00 PLN + 75.000,00 PLN (pozostała kwota z tytułu porozumień partycypacyjnych) z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia nie było objęte przedmiotem kontroli, niniejsze kwestią są w gestii (...) Czesław P., Gminy P. oraz właściwego sądu powszechnego.

Reasumując, Zamawiający Gmina P. udzieliła zamówienia publicznego na wykonanie zadania „Przebudowa ulicy Bema w P.” wykonawcy: (...) Czesław P., dokonując jego wyboru z pominięciem zasadach określonych w ustawie Pzp, czym naruszyła przepisy art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 2 pkt 13 Pzp, które to naruszenie miało wpływ na wynik tego postępowania.

11. Sygn. akt: KIO/KD 101/12, Uchwała KIO z dnia 28 grudnia 2012 r.

Art. 2 pkt 13 ustawy stanowi natomiast, że przez zamówienia publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W tych okolicznościach zasadą jest zatem, że do czynności, których następstwem ma być zawarcie umowy odpłatnej między zamawiającym a wykonawcą, a której przedmiotem ma być usługa, dostawa lub robota budowlana, stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Trafnie dostrzegł organ kontroli w Informacji o kontroli doraźnej, że jakkolwiek umowa dzierżawy nie stanowiła umowy o roboty budowlane, to skutkiem jej zawarcia były roboty budowlane polegające na wybudowaniu obiektu budowlanego w postaci hali dydaktyczno – sportowej. Zestaw okoliczności wynikających z zawartych dwóch umów nie pozostawia wątpliwości, że ich celem nie było oddanie nieruchomości należących do Zamawiającego innemu podmiotowi do używania i pobierania pożytków, w zamian za umówiony czynsz, ale cel tych umów z założenia zakładał wybudowanie określonych budynków, których właścicielem miał być Zamawiający. Cel ten wyraźnie wynika z § 4 pkt 2 Umowy Dzierżawy z 13 sierpnia 2007 r. (akt notarialny Rep. A (...)), w którym postanowiono, że Dzierżawca będzie wykorzystywał Przedmiot Dzierżawy w celu wybudowania na niej hali dydaktyczno – sportowej wraz z towarzyszącą infrastrukturą w postaci: dróg wewnętrznych, urządzenia sieci infrastruktury oraz innych koniecznych urządzeń (dalej: Hala Dydaktyczno – Sportowa). Analogiczny cel wynika z Umowy Dzierżawy z 13 sierpnia 2007 r. (akt notarialny Rep. A (...)) gdzie w § 4 pkt 2, postanowiono, że Dzierżawca – firma X S.A., będzie wykorzystywał Przedmiot Dzierżawy w celu wybudowania na nim parkingu wielopoziomowego wraz z towarzyszącą infrastrukturą w postaci: dróg wewnętrznych, urządzenia sieci infrastruktury oraz innych koniecznych urządzeń (dalej: Parking Wielopoziomowy). Potwierdza to także fakt, że umowy miały charakter warunkowych, uzależnionych od ziszczenia się dwóch warunków zawieszających: uzyskaniu przez Dzierżawcę ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę, a także uzyskania przez Y decyzji o wyrażeniu zgody

Ministra (...) na zawarcie ww. umowy. Istotne jest przy tym, że na podstawie § 10 ust. 1–4 Umowy Dzierżawy z 13 sierpnia 2007 r. (akt notarialny Rep. A (...)), po jej wygaśnięciu, to jest upływie terminu na jaki została zawarta (co do zasady 18 miesięcy – § 5 pkt 1, z zastrzeżeniem pkt 6 i 7) Dzierżawca pozostawi na gruncie nakłady związane z realizacją Hali Dydaktyczno-Sportowej z obowiązkiem rozliczenia się przez Y z pozostawionych nakładów. To rozliczenie, zgodnie z § 10 pkt 4 miało nastąpić poprzez kompensatę czynszu, jaki Dzierżawca zobowiązany był do zapłaty z tytułu dzierżawy nieruchomości dzierżawionej na podstawie drugiej umowy (Umowy Dzierżawy z 13 sierpnia 2007 r., akt notarialny Rep. A (...)). Jednocześnie każde z tych zobowiązań (z tytułu czynszu z dzierżawy nieruchomości zajętej na cele parkingu, oraz z tytułu nakładów na wybudowanie Hali Dydaktyczno-Sportowej) zostało ograniczone do kwoty 12 990 000 zł. W rezultacie Zamawiający, po upływie pierwszej umowy otrzymywał budynek Hali Dydaktyczno-Sportowej, za który obowiązywał do zapłaty, tytułem poniesionych przez X w K. nakładów, przy czym te nakłady podlegają potrąceniu z należnościami z tytułu czynszu za dzierżawę nieruchomości, na której miał zostać wybudowany parking. Powyższe oznaczają, że z perspektywy Zamawiającego, Y w K., celem obu umów dzierżawy nie było uzyskiwanie dochodów z tytułu dzierżawy (czynszu), ale uzyskanie wybudowanego obiektu – Hali Dydaktyczno-Sportowej, wynagrodzenie, za który stanowiło prawo używania nieruchomości, na której Dzierżawca postawił parking. W istocie zatem obie umowy kreowały mechanizm służący nabyciu przez Y w K. (wybudowaniu) obiektu – Hali Dydaktyczno-Sportowej w zamian za umożliwienie korzystania i pobierania pożytków z nieruchomości, na której Dzierżawca postawił parking. Wzajemne świadczenia obu stron z wymienionych tytułów podlegały potrąceniu do wysokości 12 990 000 zł – dotyczy to czynszu z tytułu dzierżawy przez 30 lat nieruchomości, na której postawiono parking oraz wartości nakładów związanych z realizacją Hali Dydaktyczno-Sportowej. W każdej z umów świadczenia podlegające potrąceniu ustalono na co do zasady 12 990 000 zł, wyjąwszy zwiększenie kosztów realizacji Hali Dydaktyczno-Sportowej, co do których Y w K. nie była zobowiązana ponad uzgodnioną kwotę 12 990 000 zł, a także zmniejszenie kosztów realizacji Hali Dydaktyczno-Sportowej, co skutkowało potrąceniem zobowiązania z tytułu czynszu jedynie do kwoty poniesionych nakładów. Świadczenia te podlegały jednorazowemu potrąceniu po podpisaniu protokołu zdawczo-odbiorczego nieruchomości wraz z wybudowaną Halą Dydaktyczno-Sportową.

Powyższe oznaczają, że wbrew argumentacji prezentowanej w zastrzeżeniach Zamawiającego, mamy do czynienia z odpłatnością, bowiem odpłatność obejmuje nie tylko świadczenie pieniężne, ale także świadczenie w innej postaci niż pieniężna. Formą płatności jest wartość nakładów, do pokrycia których obowiązywał Zamawiający, a które podlegały potrąceniu z wzajemnej wierzytelności Zamawiającego należnej z tytułu czynszu za dzierżawę nieruchomości, na której postawiono parking. W tych okolicznościach niezrozumiałą jest argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą czynsz dzierżawny stanowi sumę kilku składników w tym podatki; wysokość podatków za lata 2011–2012 stanowiła kwotę 23 500 000 zł, a przez okres 30 lat trwania dzierżawy ogólna wartość czynszu przekroczy kwotę 60 000 000 zł. Z § 10 pkt 2 umowy dzierżawy nieruchomości, na której postawiono parking wynika, że miesięczny czynsz dzierżawny ustalono w wysokości 5 415,50 zł.

W okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający obowiązywał był zastosować do wyboru wykonawcy ustawę Prawo zamówień publicznych. O ile bowiem do umowy dzierżawy nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych, to w analizowanej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy w istocie zawarte umowy dzierżawy zmierzają do uzyskania budynku, to jest roboty budowlanej. Stąd wniosek zaprezentowany w Informacji o wyniku kontroli, że *de facto* mamy do czynienia z umową o roboty budowlane jest o tyle trafny, że w analizowanej sprawie Zamawiający winien był zastosować tryb zamówienia publicznego w celu zawarcia umowy, której przedmiotem są roboty budowlane. Stąd, nie negując

co do zasady argumentacji Zamawiającego, wskazującej, że w umowach dzierżawy brak jest cech przedmiotowo istotnych dla umowy o roboty budowlane, dostrzeżenia wymaga, że do umów ukierunkowanych na osiągnięcie celu jakim było uzyskanie przez Zamawiającego budynku Hali Dydaktyczno-Sportowej, winna być zastosowana ustawa Prawo zamówień publicznych.

12. Sygn. akt: KIO/KD 27/14, Uchwała KIO z dnia 10 kwietnia 2014 r.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej [ustawa z dnia 15.04.2011 r. (Dz. U. t.j. z 2015 r. poz. 618 ze zm.) – *przyp. red.*] wyłączenie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych dotyczy zamówień udzielanych przez podmioty lecznicze posiadające status zamawiającego w rozumieniu art. 3 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, których przedmiotem jest udzielanie świadczeń zdrowotnych.

Izba podziela stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, iż przeciwko uznaniu dopuszczalności zastosowania przepisów ustawy o działalności leczniczej do udzielania zamówień na wykonanie usługi transportu sanitarnego, a tym samym prawidłowości przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania na usługi samochodowego transportu sanitarnego w trybie konkursu ofert, przemawia okoliczność, że usługi te nie wchodzą w zakres pojęcia świadczeń zdrowotnych. Status prawny podmiotu będącego wykonawcą przedmiotowego zamówienia nie przesądza, wbrew opinii Zamawiającego, na podstawie jakich przepisów należy udzielić zamówienia.

Zgodnie z definicją legalną transportu sanitarnego, zawartą w art. 5 pkt 33a ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych [ustawa z dnia 27.08.2004 r. (Dz. U. t.j. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.) – *przyp. red.*], transport sanitarny stanowi przewóz osób albo materiałów biologicznych i materiałów wykorzystywanych do udzielania świadczeń zdrowotnych, wymagających specjalnych warunków transportu. Opisany w ten sposób zakres przedmiotowy transportu sanitarnego nie mieści się w zakresie, opisanym legalnej definicji świadczeń zdrowotnych (zawartej w art. 2 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej oraz w art. 5 pkt 40 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych). Organ kontrolujący słusznie zauważył, że na gruncie przepisów ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych transport sanitarny stanowi tzw. świadczenia towarzyszące (art. 5 pkt 38 tejże ustawy), wchodzące obok świadczeń zdrowotnych w zakres świadczeń opieki zdrowotnej w rozumieniu art. 5 pkt 34 tej ustawy. Podsumowując, pojęcie świadczeń opieki zdrowotnej jest szersze od pojęcia świadczeń zdrowotnych, a jedynie wobec tych ostatnich świadczeń (zdrowotnych) uzasadnione jest wyłączenie stosowania przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych, na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej.

Reasumując, skoro transport sanitarny nie może być uznany za świadczenie zdrowotne, nie można udzielić na niego zamówienia z pominięciem przepisów Prawa zamówień publicznych.

13. Sygn. akt: KIO/KD 87/14, Uchwała KIO z dnia 30 września 2014 r.

Przedmiotem analizy było udzielenie zamówienia na „Świadczenie obsługi transportu sanitarnego dla Szpitala (...)” Niepublicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej (...) wybranemu w trybie konkursu ofert z powołaniem się na art. 26 i 27 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej [ustawa z dnia 15.04.2011 r. (Dz. U. t.j. z 2015 r. poz. 618 ze zm.) – *przyp. red.*]. (...)

Izba podzieliła argumentację prawną Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącą wyników przeprowadzonej kontroli doraźnej, sprowadzającą się do stanowiska, że stosownie do brzmienia art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. Nr 112, poz. 654, z późn. zm.) podmiot leczniczy spełniający przesłanki określone w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp może dać zamówienie na udzielanie w określonym zakresie

świadczeń zdrowotnych podmiotowi wykonującemu działalność leczniczą, lub osobie legitymującej się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub określonej dziedzinie medycyny. Udzielenie takiego zamówienia następuje w trybie konkursu ofert. Wyraźnie w tym przepisie jest jednak mowa o „udzielaniu świadczeń zdrowotnych”.

Dla oceny dopuszczalności zastosowania przepisów art. 26 ustawy o działalności leczniczej do zamówień na usługi transportu sanitarnego rozstrzygające znaczenie ma zatem ustalenie, czy usługi te wchodzą w zakres pojęcia świadczeń zdrowotnych. Legalną definicję świadczeń zdrowotnych zawiera art. 2 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej, zgodnie z którym świadczenie zdrowotne oznacza działania służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania. Stosownie do postanowienia art. 3 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej działalność lecznicza polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Zgodnie zaś z art. 8 tej ustawy rodzajami działalności leczniczej są: stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne szpitalne albo inne niż szpitalne, oraz ambulatoryjne świadczenia zdrowotne. Określenie zakresów powyższych rodzajów działalności leczniczej zawierają przepisy art. 2 pkt 11 i 12 oraz art. 9–12 ustawy o działalności leczniczej. W żadnym ze wskazanych powyżej przepisów ustawy o działalności leczniczej nie wymienia się usług transportu sanitarnego. Powyższe prowadzi do wniosku, iż usługi te nie wchodzą w zakres pojęcia świadczeń zdrowotnych w rozumieniu art. 26 ust. 1 ustawy o działalności leczniczej.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest uregulowanie zawartej w przepisach ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych z dnia 27 sierpnia 2004 r. (Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027, z późn. zm.). Stosownie, bowiem do legalnej definicji transportu sanitarnego zawartej w art. 5 pkt 33a tej ustawy transport sanitarny stanowi przewóz osób albo materiałów biologicznych i materiałów wykorzystywanych do udzielania świadczeń zdrowotnych, wymagających specjalnych warunków transportu. Tak ukształtowany zakres przedmiotowy transportu sanitarnego nie mieści się w zakresie legalnej definicji świadczeń zdrowotnych zawartej w art. 2 pkt 10 ustawy o działalności leczniczej, jak też w legalnej definicji świadczenia zdrowotnego zawartej w art. 5 pkt 40 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Przy czym podkreślenia wymaga, iż na gruncie przepisów ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych transport sanitarny stanowi tzw. świadczenia towarzyszące (uregulowane w art. 5 pkt 38 tej ustawy), wchodzące obok świadczeń zdrowotnych w zakres świadczeń opieki zdrowotnej w rozumieniu art. 5 pkt 34 tej ustawy, który uznaje za świadczenie „opieki zdrowotnej” – świadczenie zdrowotne, jako świadczenie zdrowotne rzeczowe i świadczenie towarzyszące odnoszące się do zakresu świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, a więc kompleksowo zlecanych przez NFZ bez stosowania ustawy Pzp podmiotom wykonującym działalność leczniczą polegającą na udzielaniu świadczeń zdrowotnych. Jednocześnie „obsługa – usługa transportu sanitarnego,” będąca przedmiotem kontrolowanego zamówienia jest pojęciem węższym, i nie zostały nią objęte żadne świadczenia lecznicze (zdrowotne), a więc nie mogła zostać uznana za kompleksowe usługi zdrowotne, dla których świadczenia towarzyszące są wykorzystywane, co mieści się w pojęciu „opieki zdrowotnej” i nie jest tożsame ze „świadczeniem zdrowotnym.” (...)

Zachodzą podstawy do stwierdzenia, iż przeprowadzając konkurs ofert na świadczenie obsługi, a w rzeczywistości usługi transportu sanitarnego dla Szpitala (...) na podstawie ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał stosowania ustawy Pzp. Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a więc przy zastosowaniu jednego z trybów w niej wskazanych.

Art. 9 ust. 2**14. Sygn. akt: KIO/KD 56/09, Uchwała KIO z dnia 7 stycznia 2010 r.**

Okolicznością wynikającą z dokumentacji postępowania jest określenie wymogu w pkt 21 siwz „Opis sposobu przygotowania oferty”, aby wykonawcy składający dokument w innym języku niż język polski złożyli go wraz z tłumaczeniem na język polski przez tłumacza przysięgłego. Niewątpliwie wymóg ten wykracza poza zakres określony w § 4 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 87, poz. 605 ze zm.) [aktualnie przepisowi temu odpowiada § 7 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.], który określa, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez wykonawcę.

Zamawiający określając wymogi co do udziału w postępowaniu ma obowiązek kierować się przepisami ustawy i rozporządzeń wykonawczych, mając na uwadze okoliczność, że wymogi te nie mogą być formułowane w sposób nadmierny i wykraczający poza dozwolone granice. Skoro ustawodawca uznał za wystarczające złożenie dokumentu w języku obcym wraz z jego tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez wykonawcę, to działanie zamawiającego określające wymóg znacznie bardziej rygorystyczny dotyczący złożenia tłumaczenia na język polski przez tłumacza przysięgłego, nie znajduje oparcia w przepisach przywołanego rozporządzenia, nawet jeśli wynikało ono, jak twierdzi zamawiający, wyłącznie z dążenia do uniknięcia ewentualnych błędnych tłumaczeń dokumentów sporządzonych w języku obcym.

Izba podziela jednak stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego, że stwierdzone naruszenie normy § 4 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane nie miało wpływu na wynik postępowania i nie stanowi rażącego naruszenia skutkującego nieważnością zawartej umowy. Wobec powyższego, w ocenie Izby, zamawiający w rozpatrywanym postępowaniu przekroczył uprawnień wynikające z normy § 4 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane a złożone zastrzeżenia z dnia 14 grudnia 2009 roku w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

Art. 10 ust. 2**15. Sygn. akt: KIO/KU 79/13, Uchwała KIO z dnia 4 września 2013 r.**

Art. 10 ust. 1 Pzp stanowi, że przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony są podstawowymi trybami udzielania zamówienia. Natomiast za art. 10 ust. 2 Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia w innych trybach tylko w przypadkach określonych w ustawie. Wynika z tego, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybach podstawowych (przetarg nieograniczony albo przetarg ograniczony) w każdych okolicznościach bez konieczności wykazywania zasadności zastosowania takiego trybu. Natomiast w przypadku zastosowania innego trybu, a w tym trybu zamówienia z wolnej ręki, który został wykorzystany w kontrolowanym postępowaniu, zamawiający musi wykazać spełnienie ustawowych przesłanek do możliwości przeprowadzenia procedury w danym trybie. Ponadto, że względu na wyjątkowość możliwości stosowania trybów niepodstawowych, a zwłaszcza zamówienia z wolnej ręki, przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki należy interpretować ściśle i podmiot, który się powołuje na wystąpienie takich przesłanek musi być w stanie udowodnić zaistnienie tych okoliczności – *vide* orzeczenie ETS z 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13, oraz orzeczenie ETS

z 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58; wyrok SN z 6 lipca 2001 r. sygn. akt III EN 16/01, wyrok NSA z 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01). Dlatego ciężar dowodu wykazania prawidłowości zastosowania trybu z wolnej ręki spoczywa na zamawiającym.

Art. 11 ust. 7

16. Sygn. akt: KIO/KD 11/10, Uchwała KIO z dnia 11 lutego 2010 r.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 11 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu na „Wybór Inżyniera Kontraktu” dla projektu „Zintegrowany system zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków dla miasta N. i wschodniej części gminy N.” zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 października 2006 r. Z treści przedmiotowego ogłoszenia: sekcja III, pkt III.2 „Warunki udziału” ppkt 3.2.1–3.2.3 wynika, iż Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu, opisu tego dokonał poprzez wskazanie, iż: „Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: Jak w SIWZ”. Zapis ten niewątpliwie jest lakoniczny i odsyła do kolejnego dokumentu w postępowaniu, jakim jest SIWZ, mimo iż Zamawiający zobowiązany jest do zawarcia już w ogłoszeniu opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Wykonawcy powinni mieć bowiem możliwość dokonania oceny postawionych warunków i podjęcia decyzji o ewentualnym udziale w postępowaniu już na etapie ogłoszenia o zamówieniu. Tak więc warunki udziału w postępowaniu powinny jednoznacznie wynikać z treści ogłoszenia. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Zamawiający w treści ogłoszenia zamieścił zapis, który w sposób nieuprawniony odesłał wykonawców do treści SIWZ. Stanowi to naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawcy powinni posiadać możliwość powzięcia określonych informacji i powinny one być nie tylko takie same, a co przede wszystkim podkreśla Zamawiający, ale również powinny być przekazane w tym samym czasie. To właśnie treść ogłoszenia o zamówieniu – zgodnie z preambułą (36) 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 oraz treścią zawartych w niej przepisów – ma umożliwiać wykonawcom ze Wspólnoty stwierdzenie, czy opublikowane zamówienia są dla nich interesujące. W tym też celu duży nacisk kładzie na udostępnienie im odpowiednich informacji na temat przedmiotu zamówienia oraz związanych z nim warunków. W kontekście powyższego wskazywanie na identyczną treść ogłoszenia przekazywanego różnym adresatom celem publikacji jest nieporozumieniem. Wymóg identycznej treści ogłoszeń, zarówno publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jak również zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronie internetowej Zamawiającego, a także jego siedzibie jest bezsporny. Równie istotnym jest, jak już wyżej wskazywano, aby ogłoszenia zawierały określoną treść, z uwzględnieniem wszystkich elementów wymaganych we wzorze ogłoszenia, przesyłanego do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, czy też Biuletynu Zamówień Publicznych. A niewątpliwym jest, iż wymaganych informacji, dotyczących warunków udziału w postępowaniu, opublikowane ogłoszenie nie zawierało. Tym samym stwierdzić należy, iż Zamawiający naruszył w tym zakresie przepisy ustawy Pzp, gdyż nieuprawnionym było odesłanie do treści SIWZ w zakresie postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Art. 12a

17. Sygn. akt: KIO/KD 50/10, Uchwała KIO z dnia 7 lipca 2010 r.

Izba podziela stanowiska Kontrolującego w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 12a ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 12a ustawy Pzp stanowi, że w przypadku dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej, zamawiający przedłużył termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach, jeżeli jest to konieczne. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „przedłużył” oznacza w tym zakresie obowiązek nałożony na zamawiającego, a nie przysługujące mu uprawnienie.

Słusznie zauważył Kontrolujący, iż od momentu wpłynięcia protestu [*instytucja protestu została zlikwidowana w wyniku przepisów ustawy z dnia 2.12.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – przyp. red.*] do upływu pierwotnego terminu składania wniosków zamawiający miał 3 dni na podjęcie decyzji o zmianie terminu składania wniosków, zwłaszcza że mógł i powinien był przewidzieć, że w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu taka zmiana może być konieczna. Logicznym jest również, że zmiana terminu może nastąpić przed jego upłynięciem, w czasie trwania nie zaś po jego upływie. Patrząc na wskazany przepis z punktu widzenia wykładni celowościowej, przedłużenie terminu jest możliwe i uzasadnione tylko wówczas, gdy termin ten jeszcze nie upłynął. Wykładnia taka jest zwłaszcza uzasadniona w przypadku wystąpienia okoliczności przewidzianych w ustępie 2 cytowanego przepisu, jeżeli zmiana jest istotna i dotyczy w szczególności określenia przedmiotu zamówienia, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełnienia, zamawiający ma obowiązek przedłużyć termin składania wniosków o niezbędny czas na wprowadzenie zmian określony przez ustawodawcę szczegółowo w dniach. Jest to uregulowaniem oczywistym, ponieważ wymienione w przepisie zmiany dotyczące treści ogłoszenia mają na tyle istotny charakter, że wykonawcy muszą mieć określony czas na przygotowanie nowych lub zmian wniosków o dopuszczenie.

Niewłaściwym jest również twierdzenie zamawiającego, że ustawa Pzp nie przewiduje terminu na podjęcie czynności polegającej na przedłużeniu czy zmianie terminu do składania wniosków o dopuszczenie. Ustawa przewiduje przynajmniej termin graniczny, kiedy takiej zmiany dokonać już nie wolno, wynikający z art. 38 ust. 4b, tj. po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie, niedopuszczalne jest dokonywanie zmian w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które prowadziłyby do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

Na uwagę zasługują również konsekwencje, jakie swoim działaniem wywołał zamawiający. W wyniku przedłużenia terminu na składanie wniosków w dniu 25 czerwca 2009 roku po upływie pierwotnego terminu w dniu 15 czerwca 2009 roku, zamawiający doprowadził do sytuacji, że dopuszczony do udziału w postępowaniu został wykonawca, który nie złożył wniosku w pierwotnie przewidzianym terminie, następnie została z nim podpisana umowa w sprawie zamówienia publicznego. Co prawda zamawiający podnosi w wyjaśnieniach argument zwiększenia konkurencyjności w postępowaniu, aczkolwiek zauważyć należy, że zwiększenie konkurencyjności postępowania i „wygenerowanie oszczędności związanych ze złożeniem większej liczby ofert” (z wyjaśnień zamawiającego) nie może odbywać się kosztem nieprzestrzegania bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Ostatecznie zresztą w postępowaniu złożono tylko 2 wnioski i 2 oferty. Zatem argumenty podnoszone przez zamawiającego nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania.

Art. 17

18. Sygn. akt: KIO/KD 100/11, Uchwała KIO z dnia 21 grudnia 2011 r.

W art. 17 ust. 1 pkt 4 pzp ustawodawca wskazał, iż wyłączeniu z postępowania podlegają osoby, które pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób.

Stosunek prawny to wyznaczony przez normę prawną zależność pomiędzy podmiotami prawa odnoszących się do wzajemnych uprawnień i obowiązków. Stosunek prawny zachodzi gdy jeden podmiot jest uprawniony, a drugi zobowiązany, np. z umowy dzierżawy, o dzieło,

itp. Natomiast jeśli chodzi o stosunek faktyczny to obrazuje on z reguły zależność pomiędzy osobami fizycznymi. Zwrot „stosunek faktyczny” jest typowym zwrotem niedookreślonym mogącym określać więzy osobiste wynikające ze znajomości, koleżeństwa, przyjaźni, itp. Z istnieniem stosunku faktycznego prawo nie łączy żadnych skutków prawnych. Treść ww. przepisu nie zawiera żadnych wskazań, które mogłyby być przydatne dla ustalenia tego typu relacji. Zgodnie z poglądem doktryny przepis art. 17 ust. 4 ustawy Pzp [chodzi o art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – *przyp. red.*] budzi z powodu niedookreślenia przesłanki, której wystąpienie winno skutkować wyłączeniem się określonej osoby z udziału w postępowaniu, poważne wątpliwości interpretacyjne. W przepisie tym ustawodawca posłużył się określeniem „uzasadnione wątpliwości” co sugeruje, że do przesłanek uzasadniających wyłączenie nie można zaliczyć relacji osobistych zachodzących wyłącznie na gruncie zawodowym, jak również relacji w zwykłych wzajemnych kontaktach pozbawionych więzi emocjonalnych. Tym samym należy stwierdzić, że do zaistnienia przesłanki faktycznej z powodu uzasadnionych wątpliwości musi wystąpić taka sytuacja, która budzi uzasadnione (a więc szczególne) wątpliwości co do bezstronności danej osoby przy wykonywaniu danych czynności.

W przypadku regulacji wskazanej w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy należy kierować się rzeczywistymi relacjami zachodzącymi pomiędzy osobą wykonującą czynności w postępowaniu, a wykonawcą oraz tym, jak relacje te są oceniane w określonym środowisku przez innych, w tym również wykonawców zamówień publicznych.

19. Sygn. akt: KIO/KD 99/11, Uchwała KIO z dnia 22 grudnia 2011 r.

Przy ocenie spełnienia przesłanek określonych w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w ocenie Izby występują zarówno aspekty o charakterze subiektywnym jak i obiektywnym. Element subiektywny wynika z faktu, że oświadczenie składa konkretna osoba wykonująca czynności w postępowaniu, w określonej sytuacji, czasie i przy określonym poziomie świadomości. A zatem przy ocenie prawidłowości jej oświadczenia należy uwzględnić czy w momencie składania oświadczenia posiadała lub też powinna posiadać świadomość istnienia pewnych relacji z wykonawcą, które budzą wątpliwości co do jej bezstronności. Oceniając złożone oświadczenie z punktu widzenia elementu subiektywnego Izba stwierdziła, iż z informacji o wynikach kontroli nie wynika, czy kierownik zamawiającego Pan Marek P. miał lub w okolicznościach danej sprawy mógł mieć świadomość, że sprzęt darowany kierowanej przez niego jednostce przez Stowarzyszenie X na mocy umowy darowizny z dnia 22 maja 2006 roku pochodził z uprzednio dokonanej darowizny Y Sp. z o. o. na rzecz tego Stowarzyszenia. Ewentualny brak świadomości kierownika zamawiającego o pierwotnym pochodzeniu darowizn nie pozwala na zarzucenie mu, iż złożył nieprawidłowe oświadczenie w zakresie ww. okoliczności.

W ocenie Izby, przy ocenie złożonego oświadczenia niewątpliwie należy również uwzględnić element obiektywny, co wynika z celu jakiego służyć ma przepis art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Celem tym jest ochrona zaufania wykonawców do osób biorących udział po stronie zamawiającego w czynnościach podejmowanych w postępowaniu. Biorąc pod uwagę cel regulacji należy badać zatem, w jaki sposób relacje pomiędzy osobą wykonującą czynności w postępowaniu, a jednym z wykonawców są oceniane przez innych wykonawców jako obiektywnych, zewnętrznych obserwatorów. Tylko bowiem wprowadzenie obiektywnego punktu odniesienia pozwala na ocenę prawidłowości złożonego oświadczenia. Element obiektywny, akcentowany jest przez ustawodawcę poprzez konieczność zaistnienia „uzasadnionych” wątpliwości. Oceniając złożone w analizowanym postępowaniu oświadczenie kierownika Zamawiającego z obiektywnego punktu widzenia na uwagę zasługiwała podniesiona przez Zamawiającego argumentacja, że dokonywanie darowizn na rzecz niedoinwestowanych SP ZOZ-ów jest zjawiskiem powszechnym. Zamawiający wskazał również, że uzyskiwanie sprzętu medycznego w sytuacji ciągłych problemów finansowych jest koniecznością i było

nie tylko aprobowane, ale i pożądanie nie tylko przez organ założycielski Zamawiającego, ale i jego ówczesną Radę Społeczną. Podniesione przez Zamawiającego okoliczności świadczyły o tym, że dokonywanie nieodpłatnych świadczeń na rzecz nie tylko tego Zamawiającego, ale i innych SP ZOZ nie jest odosobnione. W konsekwencji inni wykonawcy, którzy prawdopodobnie sami powszechnie dokonują analogicznych przysporzeń na rzecz jednostek ochrony zdrowia, dokonując oceny relacji kierownika Zamawiającego z innym wykonawcą, niewątpliwie uwzględniają ten czynnik. Stan taki może oznaczać zatem, że podpisanie umów darowizny sprzętu medycznego na rzecz Zamawiającego może nie budzić wątpliwości co do bezstronności kierownika takiej jednostki, które można określić mianem „uzasadnionych” z punktu widzenia zewnętrznego, obiektywnego obserwatora. (...)

W zastrzeżeniach do wyniku kontroli Zamawiający wskazał ponadto, że brak było bezpośredniego związku faktycznego pomiędzy Y Sp. z o.o. a osobą kierownika zamawiającego i wywodził, że Dyrektor PS ZOZ Z osobiście nie czerpał żadnych „korzyści” z przywołanych darowizn, a wszelkie podejmowane działania związane z darowiznami zmierzały do uzyskania sprzętu medycznego dla kierowanej jednostki. W ocenie Izby, przywołana przez zamawiającego okoliczność sama przez się nie oznaczała jeszcze, że nie wystąpiła przesłanka wyłączenia kierownika zamawiającego z postępowania. (...) Podnieść należy, że w świetle przepisu art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wyłączenie osoby wykonującej czynności w postępowaniu możliwe jest w oparciu o jakiegokolwiek okoliczności mogące wywołać uzasadnioną wątpliwość co do bezstronności osoby w danej sprawie. Oznacza to, że wyłączenie może uzasadniać także okoliczność niemająca cech stosunku osobistego między taką osobą a jednym z wykonawców. Nie można np. wykluczyć powstania wątpliwości co do bezstronności osoby wykonującej czynności w postępowaniu ze względu na jej stosunki służbowe z wykonawcą. Powyższe znajduje uzasadnienie choćby w stanowisku Trybunału Konstytucyjnego, który na tle art. 49 KPC stwierdził, iż art. 49 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, ze zm.) w zakresie, w jakim ogranicza przesłankę wyłączenia sędziego jedynie do stosunku osobistego między nim a jedną ze stron lub jej przedstawicielem ustawowym, pomijając inne okoliczności, które mogłyby wywołać wątpliwości co do bezstronności sędziego, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 czerwca 2008 r., sygn. akt P 8/07, Dz.U. Nr 119 poz. 772). Nadmienić należy, że następstwem przywołanego wyroku TK przepis art. 49 KPC otrzymał brzmienie zbliżone do art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

20. Sygn. akt: KIO/KD 101/11, Uchwała KIO z dnia 28 grudnia 2011 r.

Należy podzielić stanowisko Izby wyrażone ww. uchwale z dnia 21 grudnia 2011 r, według którego przesłanka wyłączenia osób wykonujących czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne opisaną w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy ma charakter ocenny oraz podlega konkretyzacji na gruncie konkretnego stanu faktycznego i wymaga uwzględnienia okoliczności danego przypadku. W piśmiennictwie akcentuje się, że w świetle przywoływanego przepisu źródłem wątpliwości mogą być stosunki prawne lub faktyczne, jednakże wątpliwości te muszą być „uzasadnione”. Do wyłączenia z postępowania nie wystarcza sam fakt zaistnienia stosunku faktycznego (np. bliska znajomość osoby wykonującej czynności w postępowaniu z wykonawcą) lub pozostawanie w jakimkolwiek stosunku prawnym z wykonawcą. W przypadku art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy kierować się rzeczywistymi relacjami zachodzącymi pomiędzy osobą wykonującą czynności w postępowaniu a wykonawcą oraz tym, jak relacje te oceniane są przez innych, w tym również wykonawców (...).

Na wskazywaną przesłankę składają się więc kumulatywne wystąpienie takich elementów jak: aktualny (w przepisie: „pozostają”) stosunek faktyczny lub prawny pomiędzy osobą wykonującą czynności w postępowaniu, możliwość wystąpienia wątpliwości, co do bezstronno-

ści tej osoby w związku z istnieniem ww. stosunku, nadto wątpliwości te mają być uzasadnione. (...)

W tym kontekście należy wskazać na znaczenie sformułowań użytych w powoływanym wyżej przepisie, a odnoszących się do możliwości powstania uzasadnionych wątpliwości oraz oceny ich wypełnienia przez zastany stan faktyczny. Należy tu podnieść, iż przywołanej możliwości powstania wątpliwości nie należy rozumieć absolutnie, jako jakiegokolwiek możliwości powstania jakichkolwiek wątpliwości, ale jako realne i obiektywne prawdopodobieństwo powstania wątpliwości uzasadnionych. Przy innym rozumieniu pojęcia możliwości i związanych z nim wątpliwości, właściwie w każdym przypadku kontaktu przedstawicieli wykonawcy z osobami występującymi po stronie zamawiającego wątpliwość taka mogłaby powstawać.

21. Sygn. akt: KIO/KD 4/12, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2012 r.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, a więc zaniechania złożenia oświadczenia o istnieniu okoliczności określonych w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez Pana Dariusza Ł. oraz Pana Tomasza K. stwierdzić należy, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po stronie Zamawiającego powinny brać udział osoby, które zapewnią prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami prawa oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niewątpliwym jest więc, iż będzie to możliwe wyłącznie wtedy, gdy czynności w postępowaniu, będą wykonywać jedynie osoby, które nie są zainteresowane udzieleniem zamówienia konkretnemu wykonawcy lecz optymalnym zaspokojeniem zapotrzebowania zamawiającego. Wyrażeniem ww. zasad jest więc art. 17 ustawy Pzp, który określa przesłanki wyłączenia, w określonych sytuacjach, osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jedną z takich przesłanek, która stanowi podstawę postawionego Zamawiającemu zarzutu, jest przesłanka wyrażona w art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu osoby wykonujące czynności w postępowaniu podlegają wyłączeniu, jeżeli pozostają z wykonawcą w takim stosunku prawnym lub faktycznym, że może to budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności tych osób, przy czym dla spełnienia przesłanek z tego właśnie przepisu nie wystarczy pozostawanie danej osoby (wykonującej czynności w imieniu zamawiającego) w określonym stosunku prawnym lub faktycznym, ale koniecznym jest wykazanie, iż ten stosunek (stosunek prawny lub faktyczny), budzi uzasadnione wątpliwości co do bezstronności osób wykonujących czynności w tym konkretnym postępowaniu. Okoliczność ta musi mieć więc charakter zobiektywizowany.

W niniejszym stanie faktycznym, co jest bezsporne i czego Zamawiający nie kwestionował, czynności w postępowaniu wykonywały osoby (Pan Dariusz Ł. oraz Pan Tomasz K.) pozostające z konkretnym wykonawcą, wykonawcą ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, a któremu to następnie tego zamówienia udzielono, tj. X Sp. z o.o., w określonym stosunku faktycznym. Niewątpliwym bowiem jest, iż osoby te uczestniczyły wielokrotnie w zagranicznych i krajowych kursach, szkoleniach oraz konferencjach finansowanych w całości bądź też współfinansowanych przez firmę X Sp. z o.o. Ustalenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych potwierdza w tym zakresie także załączone do wniesionych zastrzeżeń pismem stanowisko Pana Dariusza Ł. Tak więc dla każdego oceniającego tą właśnie konkretną sytuację (fakt sponsorowania wyjazdów ww. osób), w tym rozsądnie myślącego człowieka, powstaje wątpliwość co do bezstronności osób wykonujących w tym postępowaniu określone czynności. Ma miejsce bowiem faktyczny związek tych osób z firmą X Sp. z o.o., a czego wyrazem jest niewątpliwie sponsorowanie wyjazdów Pana Dariusza Ł. oraz Pana Tomasza K. W przypadku zajścia okoliczności, „które mogą wpłynąć na bezstronne i obiektywne zachowanie danej osoby, powinna ona zostać wyłączona z postępowania, wystarcza w tej sytuacji sama możliwość powstania wątpliwości co do bezstronności danej osoby, nie zaś dowody

takiego zachowania (art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp)” (...). W niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie taka wątpliwość się rodzi, a tym samym taka sytuacja powstała. A ponieważ osoby wykonujące czynności w postępowaniu zobowiązane są złożyć, pod rygorem odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznania, pisemne oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp) oznacza to, iż oświadczenie takie powinno być złożone przez Pana Dariusza Ł. oraz Pana Tomasza K. Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 17 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

22. Sygn. akt: KIO/KD 27/13, Uchwała KIO z dnia 26 marca 2013 r.

Izba zgadza się z oceną prawną dokonaną przez Prezesa Urzędu, iż stwierdzone w toku kontroli złożenie przez kierownika Zamawiającego – prof. dr hab. n. med. Henryka S. podpisu pod zaproszeniem do negocjacji skierowanym do wykonawcy stanowi element zainicjowania (wszczęcia) postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym uznać je należy za czynność w postępowaniu, z którą wiąże się obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną definicją legalną postępowania o udzielenie zamówienia inicjowane jest ono w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy. Powyższa definicja wyraźnie zatem wyznacza ramy czasowe postępowania o udzielenie zamówienia, wskazując w odniesieniu do trybu zamówienia z wolnej ręki, wystosowanie zaproszenia do negocjacji w celu uzgodnienia postanowień umowy jako czynność inicjującą postępowanie. Nie sposób zatem uznać, jak chce tego Zamawiający, aby podpisanie takiego oświadczenia w imieniu Zamawiającego nie było uznane za czynność w postępowaniu, a osoba podpisująca takie zaproszenie – nie była kwalifikowana jako osoba wykonująca czynności w postępowaniu, gdyż wybór osoby podpisującej determinują zasady reprezentacji Zamawiającego „na zewnątrz”. Zauważyć należy, iż charakter zaproszenia do negocjacji jako oświadczenia woli Zamawiającego wymaga, aby podpisującym oświadczenie była osoba upoważniona do składania takich oświadczeń. Co do zasady jest to osoba, której prawo do reprezentacji wynika ze stosownych przepisów lub aktów wewnętrznych – w tym przypadku dyrektor Zamawiającego. Ma ona jednak możliwość delegowania tego uprawnienia innej osobie. Przepisy ustawy Pzp wyraźnie przewidują w art. 18 ust. 2 możliwość pisemnego powierzenia przez kierownika zamawiającego wykonywania zastrzeżonych dla niego czynności pracownikom zamawiającego. Powierzenie może dotyczyć nawet wszystkich czynności w postępowaniu. Jeżeli do takiego powierzenia nie doszło, każda osoba, w tym kierownik Zamawiającego, która wykonuje czynności w postępowaniu, zobligowana jest do złożenia oświadczenia wymaganego art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

23. Sygn. akt: KIO/KD 86/14, Uchwała KIO z dnia 30 września 2014 r.

Biorąc pod uwagę cel przepisu art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, tj. eliminacji z postępowania występujących po stronie Zamawiającego osób z przyczyn tam wskazanych, uznać należy, że koniecznym jest złożenie takiego oświadczenia jeszcze w toku postępowania. Podkreślenia przy tym wymaga, że zatwierdzenie protokołu nie jest jedynie „formalnością”, ale czynnością ważką, wymagającą analizy zgodności z prawem Pzp podejmowanych czynności i wymagającą „interwencji” w sytuacji stwierdzenia naruszenia prawa. Interwencja taka ma jednak sens jedynie przed zawarciem umowy, stąd samo badanie protokołu, a tym samym złożenie oświadczenia w trybie art. 17 ust. 2 ustawy Pzp winno być dokonywane na bieżąco i bezwzględnie przed zawarciem umowy. Zamawiający pominął także istotny fakt, że wskazana

osoba wykonywała czynności w toku postępowania, polegające na zatwierdzaniu dokumentów związanych z tym zamówieniem.

Art. 22 ust. 1 pkt 2

24. Sygn. akt: KIO/KD 33/12, Uchwała KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.

(...) to na zamawiającym spoczywa obowiązek takiego opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, który będzie niezbędny do wykazania zdolności do realizacji zamówienia. Następnie zaś Zamawiający dokonuje oceny spełniania przez wykonawcę warunku w oparciu o opis tego warunku dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z. Zamawiający nie może zatem ocenić spełniania przez wykonawcę warunków nieopisanych uprzednio w ogłoszeniu i s.i.w.z.

Na podstawie przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania ustalono, że zamawiający opisał sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w następujący sposób „wykonawcy udokumentują, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali co najmniej 3 roboty w zakresie budowy obiektów użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 329 m² każdy obiekt”. W odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców odnośnie ww. opisu zamawiający wyjaśnił, iż „remont może być robotą budowlaną zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz. U. Nr 243, poz. 1623)”. Powyższe oznacza, iż zamawiający zmodyfikował pierwotny opis warunku wiedzy i doświadczenia poprzez dopuszczenie możliwości wykazania się 3 robotami w zakresie budowy lub/i remontu ww. obiektów. Z powyższego opisu nie wynika jednak, jakimi szczegółowymi pracami w budowie lub remoncie obiektów powinien się wykazać wykonawca (tj. zamawiający dokonując opisu sposobu oceny spełniania ww. warunku nie wskazał, że remont budynków ma obejmować np. wymianę pokrycia dachu i ścian piętra, wymianę stolarki okiennej i drzwiowej, izolację termiczną ścian, wykonanie elewacji itd.). W świetle brzmienia przywołanego warunku wiedzy i doświadczenia wystarczające w ocenie zamawiającego było zatem wykazanie się przez wykonawców doświadczeniem w jakichkolwiek pracach remontowych na ww. obiektach.

Wobec powyższego należy uznać, że wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe X wskazując w wykazie:

1. Roboty budowlane w budynku Schroniska dla Nieletnich w D. – ocieplenie elewacji – na kwotę 727.175,71 zł;
2. Roboty budowlane w budynku Schroniska dla Nieletnich w D. – remont dachów – na kwotę 745.259,27 zł;
3. Adaptację budynku użytkowego na mieszkanie socjalne – na kwotę 1.500.000,00 zł;
4. Termomodernizację budynku P.C.E.Z. – na kwotę 450.000,00 zł,

potwierdził spełnianie opisanego przez Zamawiającego w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a tym samym nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

25. Sygn. akt: KIO/KU 18/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.

W zakresie stwierdzonych nieprawidłowości dotyczących postawionego warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba uznaje za zasadne stanowisko kontrolującego poczynione w tym zakresie. Nie było żadnych uzasadnionych przesłanek, aby ograniczyć krąg potencjalnych wykonawców tylko do tych, którzy wykonali takie lub większe zamówienie tylko na polskich uczelniach publicznych. Dokonany opis był opisem naruszającym zasadę uczciwej konkurencji poprzez ograniczenie dostępności zamówienia dla wykonawców, którzy realizowali dostawy na rzecz uczelni prywatnych o porównywalnej specyfice zamówienia.

Zasadnie stwierdził kontrolujący, iż biorąc pod uwagę treść ww. pisma Ministerstwa (...) z dnia 17.01.2014 r. zamawiający opisał warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i w sposób, który mógł utrudnić uczciwą konkurencję. Jedyne tylko 4 z wskazanych przez Zamawiającego 27 istotnych procesów występują zasadniczo jedynie w uczelniach publicznych, część może być stosowana fakultatywnie, a pozostałe 10 jest obligatoryjnie stosowane na każdym typie uczelni wyższej. Nie było zatem powodu, do niedopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców posiadający doświadczenie w zakresie realizacji dostawy wraz z wdrożeniem oferowanego Oprogramowania standardowego na rzecz uczelni niepublicznej. (...)

Izba stwierdza, że nie było jakichkolwiek przeszkód, aby dla tych dziedzin – czy procesów, niestosowanych na uczelniach publicznych, Zamawiający w SIWZ opisał w sposób szczegółowy stawiane wymagania tak, aby każdy wykonawca niezależnie od faktu czy wymaganą wiedzę i doświadczenie zdobył przy realizacji zamówień na uczelniach publicznych czy prywatnych mógł złożyć ofertę. Natomiast Zamawiający tak postawiony warunek udziału tłumaczył tym, że „dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy wdrożyli system dla uczelni niepublicznej nie dałoby pewności, że taki wykonawca poradzi sobie z tym zamówieniem”.

26. Sygn. akt: KIO/KD 33/14, Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.

Z treści tego dokumentu (uzupełnionego przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego), jak również ze złożonego w ofercie Wykazu wykonanych robót budowlanych wynika, że wykonawca wykonał w ramach realizowanego zadania mury oporowe żelbetowe. Należy mieć na uwadze, że z treści wymagań Zamawiającego, z opisu sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikało, że wykonawca ma wykazać się realizacją najmniej dwóch robót budowlanych o zakresie i charakterze porównywalnym z zamówieniem, tzn. robót o wartości powyżej 200 000,00 zł każda – Zamawiający jednoznacznie odniósł się do wartości kwotowej w tej części opisu, a następnie wskazał, że wykazane roboty budowlane mają zawierać w swoim zakresie budowę, bądź odbudowę murów oporowych żelbetowych – jednakże w tej części opisu nie wskazał żadnych szczegółowych wymagań. Wynika z tego, że w zakresie zadania miały znajdować się prace polegające na budowie bądź odbudowie murów oporowych, jednakże nie zostało określone, jaki miały stanowić zakres wykonanych prac, nie było określone, że ma to być główna część wykonanego zadania. Zamawiający jedynie wskazał, że miały być wykonane w realizacji zadania takie prace (tj. budowa bądź odbudowa murów oporowych). Należy wskazać, iż to opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków a nie indywidualna interpretacja określa jak będzie dokonywana weryfikacja podmiotowa wykonawców (porównaj wyrok KIO z dnia 21 października 2013 roku sygn. akt KIO 2384/13).

Kwestionowana była przez Prezesa UZP ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Zakład Stolarki Stanisław S., która również w ocenie Izby dokonana została w sposób nieprawidłowy, w oparciu o niewyartykułowane w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu postanowienie opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co spowodowało naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

27. Sygn. akt: KIO/KU 93/14, Uchwała KIO z dnia 8 października 2014 r.

Niewątpliwie usługę projektowania oraz roboty budowlane można wykonać zarówno w ramach jednej inwestycji („ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ”), jak i w ramach dwóch odrębnych zadań. Nie ma powodu, aby wykonawcy takiemu umożliwiano wykazanie tej inwestycji na potwierdzenie np. tylko warunku dotyczącego budowy, a dla wykazania spełnienia warunku dotyczącego projektowania zmuszono go do wykazania się inną, dodatkową inwestycją. Niewątpliwie także – poziom doświadczenia wykonawcy pod kątem zdolności do należytej realizacji zamówienia mógł zostać zbadany poprzez żądanie wykazania się inwestycją o odpo-

wiedniej wielkości i charakterze, czy warunkach realizacji usługi/roboty budowlanej, a nie poprzez zwiększanie liczby żądanych inwestycji. Proporcjonalność przejawiać się powinna w adekwatności do rozmiaru/wielkości przedsięwzięcia, jakim jest opisywany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia. Zakwestionowany warunek udziału w postępowaniu bezsprzecznie wyeliminował z postępowania wykonawców posiadających doświadczenie przy realizacji np. dwóch lub trzech inwestycji w systemie „ZAPROJEKTUJ I WYBUDUJ”, a więc wykonawców niewątpliwie posiadających duże doświadczenie w tym zakresie – „Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 Pzp, jeśli uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia” (tak: wyrok KIO z 17.04.2012 r., sygn. akt: KIO 655/12, Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyt nr 13).

Art. 22 ust. 1 pkt 4

28. Sygn. akt: KIO/KD 50/11, Uchwała KIO z dnia 22 czerwca 2011 r.

Trafnie uznał Prezes Urzędu, że wymaganie od wykonawców wykazania zysku w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej ma charakter dyskryminujący. Należy zauważyć, że zysk – dodatni wynik finansowy – stanowi kategorię ekonomiczną, która nie musi być miarodajna dla oceny rzeczywistej kondycji ekonomicznej lub finansowej przedsiębiorcy. Przykładowo może mieć swe źródło w wymaganiach właścicieli, którzy w danym okresie chcą czerpać bezpośrednie pożytki w postaci wypłat z zysku lub dywidendy i w ten sposób kreują decyzje ekonomiczne organów zarządzających. Trafnie zatem przyjmuje się w orzecznictwie i piśmiennictwie, że wymaganie wykazania się zyskiem narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Z punktu widzenia dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców o potencjale ekonomicznym i finansowym umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia zasadne jest wymaganie przez zamawiającego przychodu lub obrotu na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia. Wymaganie wykazania dodatniego wyniku finansowego uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom rozpoczynającym działalność, realizującym inwestycje lub które w wymaganym okresie dokonały nakładów na własną działalność umożliwiającą osiągnięcie zysków w przyszłości, a które są w stanie wykonać zamówienie z należytą starannością.

29. Sygn. akt: KIO/KU 18/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.

Odnosząc się do kolejnych zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących postawienia warunku udziału w postępowaniu, aby o zamówienie mógł się ubiegać tylko taki wykonawca, który wykaże się osiągnięciem łącznie w ostatnich trzech latach obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, przychodami netto ze sprzedaży w wysokości co najmniej 60 000 000.00 zł wskazać należy, że Zamawiający postawienie takiego warunku uzasadniał tym, że kierował się przede wszystkim troską o zapewnienie wykonania zamówienia, a także opisał przedmiotowy warunek w sposób proporcjonalny do wartości zamówienia.

Oceniając powyższe stwierdzić należy, że słusznym jest, aby Zamawiający kierował się troską o zapewnienie prawidłowego wykonania zamówienia, ale pominął obowiązek bezwzględnie ciążyący na podmiocie wydatkującym środki publiczne, tj. zapewnienia konkurencji pomiędzy wykonawcami. Również bezzasadne jest twierdzenie Zamawiającego jakoby tak opisany warunek był warunkiem proporcjonalnym do wartości zamówienia. Warunek proporcjonalny to taki, który w najmniejszym stopniu ogranicza prawa i interesy innych podmiotów, wg. słownika języka polskiego „proporcjonalny” oznacza „określony stosunek części do całości lub jakiejś wielkości”. W zamówieniach tą całością jest wartość zamówienia. W tym postępowaniu Zamawiający nie tylko nie określił proporcjonalnie do wartości zamówienia, warunku udziału, ale określił go jako krotność tej wartości – przyjęty przez Zamawiającego wymóg

posiadania łącznego przychodu netto ze sprzedaży o wysokości 60 000 000,00 zł za trzy lata obrotowe, ponad dziesięciokrotnie przewyższa wartość szacunkową zamówienia, określoną przez Zamawiającego na wysokości 5 550 508,64 zł.

Art. 22 ust. 4

30. Sygn. akt: KIO/KD 9/11, Uchwała KIO z dnia 14 lutego 2011 r.

W odniesieniu do naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy, polegającego na braku sprecyzowania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i żądania złożenia dokumentu – wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawie stanowiącej przedmiot zamówienia – co najmniej wartością złożonej oferty, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy zostały wykonane należycie, Izba potwierdza słuszność stanowiska Prezesa UZP, co do obowiązku dookreślenia treści warunku, skonkretyzowanego dla danego postępowania. Opisu warunku udziału w postępowaniu, który zamawiający był zobowiązany zamieścić w siwz, nie wypełniało samo przytoczenie treści przepisu art. 22 ustawy. Skoro Zamawiający zdecydował się na ocenę spełnienia warunku w oparciu o żądany dokument – wykaz wykonanych dostaw, konieczne było wskazanie w treści specyfikacji, jakie dostawy Zamawiający będzie uznawał za wystarczające dla potwierdzenia niezbędnego doświadczenia. Bez tego wskazania, Zamawiający pozostawił sobie dużą swobodę w ocenie doświadczenia wykonawców ubiegających się o zamówienie. W ocenie Izby, opis warunku udziału w postępowaniu mógł być zawarty także przy opisie dokumentów, jakich zamawiający żądał i które stanowiły podstawę do oceny spełnienia warunku. Izba uznała, iż treść siwz pozwalała na częściowe ustalenie warunku udziału dotyczącego niezbędnego doświadczenia, za które Zamawiający uznał dostawy odpowiadające co najmniej wartości złożonej oferty (siwz pkt IV.1, poz. 6 tabeli, kolumna trzecia). Wskazanie to pozwalało na ocenę dostaw pod względem ich adekwatności z przedmiotem zamówienia. Należy jednak zauważyć, iż Zamawiający nie wskazał jakie dostawy pod względem rodzajowym odpowiadały przedmiotowi zamówienia. W związku z powyższym, Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy w części był zasadny.

31. Sygn. akt: KIO/KD 33/12, Uchwała KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.

W pkt 2.4 Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej stwierdzono, że opisany przez Zamawiającego sposób dokonania oceny spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia poprzez wymóg udokumentowania przez wykonawców, „że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonali co najmniej 3 roboty w zakresie (budowy) obiektów użyteczności publicznej o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 329 m² każdy obiekt”, był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym naruszał art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może być dokonany ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego związane z przedmiotem zamówienia i powinien być w stosunku do niego proporcjonalny. W ramach opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na podstawie art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest określić poziom, od którego uzna np. doświadczenie wykonawcy za wystarczające do prawidłowego wykonania zamówienia, to znaczy: ma określić właściwy stosunek niezbędnego poziomu doświadczenia do zakresu, wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Nor-

ma wpływająca z ww. przepisu podlega konkretyzacji w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Na uwagę zasługuje wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 20 marca 2009 r. (sygn. akt VIII Ga 58/09), zgodnie z którym „dokonując wykładni przepisu art. 22 ustawy Pzp w nauce prawa wskazuje się, że zakaz utrudniania uczciwej konkurencji wymaga od Zamawiającego, by precyzując warunki udziału w przetargu opierał się na przesłankach obiektywnych. Podkreśla się, że celem przepisu jest wyłącznie ochrona interesu publicznego i nie może on stanowić podstawy do nieuzasadnionego zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców. (...) jeżeli więc Zamawiający twierdzi, że ma prawo żądać od oferenta chcącego wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...) spełnienia określonych kryteriów, to (...) jest zobowiązany wykazać istnienie faktów uzasadniających to prawo w tym również tego, że jego żądanie nie narusza zakazu określonego normą art. 22 ust. 2” (w aktualnym stanie prawnym przepis znajduje odzwierciedlenie w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp).

Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być określony proporcjonalnie do specyfiki danego zamówienia i uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, nie może w drodze nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu niektórych wykonawców, a także nie mogą warunki te stawiać w uprzywilejowanej pozycji niektórych z nich (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 428/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 235/09, KIO/UZP 452/09).

Przedmiotowe zamówienie polegało na remoncie strażnicy OSP. Zakres prac remontowych wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie uzasadniał nałożenia na wykonawców wymogu wykazania się doświadczeniem dotyczącym obiektów użyteczności publicznej, gdyż przedmiotowe prace mogły być z powodzeniem wykonywane także na innych obiektach. Skoro zatem przedmiot zamówienia obejmował prace, które są standardowo wykonywane np. przy budowie domu jednorodzinnego, to nie można uznać, że wymóg wykazania robót na obiektach użyteczności publicznej był niezbędny do zbadania, czy wykonawcy są zdolni do wykonania zamówienia. W konsekwencji taki opis warunku nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszał art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

32. Sygn. akt: KIO/KD 58/12, Uchwała KIO z dnia 5 lipca 2012 r.

Należy zauważyć, że zakres przedmiotu zamówienia określony przez zamawiającego nie potwierdza tezy o konieczności takiego opisanie warunku ze względu na konieczności posiadania przez wykonawcę doświadczenia w czynnościach „okołomerytorycznych”. Zgodnie z dokonanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisem w zakres przedmiotu zamówienia wchodziły określone szczegółowo usługi szkoleniowe i doradcze. W żadnym punkcie opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie wskazał, że integralną częścią powyższych usług jest realizacja czynności związanych z faktem dofinansowania przedmiotu zamówienia ze środków Unii Europejskiej. Z kolei, zgodnie z umową w sprawie zamówienia publicznego, czynności „okołomerytoryczne”, które podnosi Zamawiający, stanowiły element dodatkowy w stosunku do przedmiotu zamówienia, odnosiły się bowiem do kwestii formalnych powstałych w toku realizacji usług szkoleniowych i doradczych, polegających na obowiązku dostarczenia przez wykonawcę dokumentacji oznaczonej zgodnie z „Wytycznymi dotyczącymi oznaczania projektów w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki” (m.in. harmonogramu z zajęć szkoleniowych, listy obecności uczestników, zaświadczeń i certyfikatów). Stwierdzić zatem należy, że nie były to elementy odnoszące się bezpośrednio do zakresu merytorycznego przedmiotu zamówienia i nie miały wpływu na jego prawidłowe wykonanie. Ponadto, charakter tych czynności i fakt, że wynikają one z powszechnie dostępnego dokumentu powoduje, że tym bardziej dla

właściwego ich wykonania nie było konieczne posiadanie doświadczenia w usługach szkoleniowych współfinansowanych ze środków UE.

Za nieprawidłową należy też uznać argumentację zamawiającego, zgodnie z którą opisanie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób ograniczający możliwość ubiegania się o zamówienie tylko do wykonawców posiadających doświadczenie w realizacji usług współfinansowanych ze środków UE było uzasadnione ponoszeniem przez wykonawcę częściowej odpowiedzialności za otrzymanie dofinansowania ze środków unijnych na realizację przedmiotu zamówienia. Należy podkreślić, że interes zamawiającego polegający na otrzymaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego potrzebami i oczekiwaniami oraz jednocześnie w sposób zapewniający otrzymanie dofinansowania ze środków unijnych jest realizowany w pierwszej kolejności poprzez właściwe i pełne opisanie tego przedmiotu zamówienia, co umożliwia na etapie realizacji umowy egzekwowanie należytego jego wykonania. Niedopuszczalne jest „zagwarantowanie” sobie przez zamawiającego realizacji przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający otrzymanie dofinansowania unijnego poprzez opisanie warunku doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w konsekwencji w sposób ograniczający uczciwą konkurencję.

Jak zostało wskazane w Informacji o wyniku kontroli, jeśli zamawiający chciał mieć pewność, że kwestie formalne związane z realizacją usługi zostaną wykonane zgodnie z „Wytycznymi dotyczącymi oznaczania projektów w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki”, mógł opisać warunek polegający na dysponowaniu osobami mającymi doświadczenie w realizacji konkretnie wymaganych i opisanych „okołomerytorycznych” czynności. Powyższego nie można jednak utożsamiać z dopuszczalnością opisanego warunku polegającego na dysponowaniu osobami, które realizowały usługi szkoleniowe i doradcze współfinansowane ze środków UE, tym bardziej, że bez wyszczególnienia konkretnych czynności związanych z faktem współfinansowania usługi, Zamawiający nie mógłby dokonać weryfikacji posiadania przez te osoby wymaganych umiejętności z uwagi na fakt, iż osoby te, realizując usługi szkoleniowe, mogły nie wykonywać żadnych czynności „okołomerytorycznych” związanych z faktem finansowania danej usługi ze środków unijnych.

33. Sygn. akt: KIO/KD 98/12, Uchwała KIO z dnia 19 grudnia 2012 r.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający, wymagając doświadczenia w zaprojektowaniu i wykonaniu w jednym zadaniu kanalizacji sanitarnej o wartości 12 mln zł oraz zaprojektowaniu i wykonaniu w jednym zadaniu oczyszczalni ścieków naruszył dyspozycję art. 22 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 7 ustawy Pzp. Działania zamawiającego doprowadziły do wyeliminowania podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia oraz mogły utrudnić uczciwą konkurencję. Celem przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp jest umożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom niepodlegającym wykluczeniu z postępowania, posiadającym wymagane uprawnienia, potencjał, wiedzę i doświadczenie, którzy w przypadku uzyskania zamówienia publicznego zdolni będą do jego należytego wykonania.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być obiektywny i podyktowany koniecznością zweryfikowania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zależności od konkretnego zakresu zamówienia publicznego. Za niezgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców należy uznać uniemożliwienie dostępu do udziału w postępowaniu lub stawianie wybranych wykonawców w uprzywilejowanej sytuacji w stosunku do pozostałych (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 587/05). Podkreślić także należy, że zamawiający nie może określać minimalnych wymagań wykraczających ponad to, co jest konieczne do osiągnięcia celu jakim jest należyte wykonanie zamówienia publicznego. Sformułowane wymagania nie mogą być nadmierne (czyli takie, że uniemożliwiają ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom zdolnym do jego

wykonania) lub niewystarczające (czyli takie, że umożliwiają ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcom niezdolnym do jego wykonania). Opisując warunki udziału w postępowaniu zamawiający winien zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia publicznego a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z 20.12.2005 r., sygn. II Ca 584/05).

Izba nie kwestionuje: możliwości przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w formie „zaprojektuj i wybuduj” oraz samego wymogu wykazania się przez wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia doświadczeniem w zaprojektowaniu i wykonaniu zamówienia. Jednak stawianie wymogu, aby zarówno zaprojektowanie i wykonanie sieci kanalizacji sanitarnej było zrealizowane w jednym zadaniu i aby dotyczyło tego samego obiektu stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. Udzieloną odpowiedzią na pytanie jednego z wykonawców w toku postępowania zamawiający nie dopuścił możliwości wykazania wymaganego doświadczenia przez konsorcjum, w ten sposób, że jeden z jego uczestników wykonał prace polegające na zaprojektowaniu kanalizacji sanitarnej o długości min. 16 km zaś drugi uczestnik konsorcjum zrealizował prace polegające na wykonaniu kanalizacji sanitarnej o długości 16 km i wartości robót budowlanych nie mniej niż 12 000 000 zł. Tym samym zamawiający doprowadził do ograniczenia konkurencji i uniemożliwił dostęp do przedmiotowego zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania, którzy posiadali odpowiednie doświadczenie, ale zdobyte oddzielnie w zaprojektowaniu i wykonaniu danej inwestycji.

Podzielić należy także argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli co do nieadekwatności opisu warunku doświadczenia w zakresie wymaganej wartości prac (12 mln zł), która znacznie przekracza wartość szacunkową zamówienia, tj. o ok. 2 mln zł. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym w złożonych zastrzeżeniach, że określona wartość prac na poziomie 12 mln zł gwarantowała zamawiającemu wybór wykonawcy posiadającego doświadczenie w realizacji podobnych zamówień w trudnym geologicznie terenie. Sama wartość zamówienia nie świadczy i nie przesądza o jego stopniu skomplikowania. Zatem stawianie wymogu wykazania się realizacją polegającą na zaprojektowaniu i wykonaniu zadania o wartości przekraczającej znacznie wartość szacunkową zamówienia, nie gwarantowało zamawiającemu wyłonienia wykonawcy posiadającego doświadczenie w realizacji zadań na tak trudnym terenie, ale stanowiło ono niewątpliwie ograniczenie dostępu do zamówienia innym potencjalnym wykonawcom, którzy posiadali doświadczenie w realizacji podobnych zamówień na trudnym terenie, ale o mniejszej wartości.

34. Sygn. akt: KIO/KD 110/12, Uchwała KIO z dnia 11 stycznia 2013 r.

Przedmiotem zamówienia, w postępowaniu prowadzonym przez Miasto M. (zwane dalej: Zamawiającym) na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 [aktualnie: Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm. – *przyp. red.*]; dalej: Prawo zamówień publicznych), w którym przeprowadzono kontrolę, była adaptacja obiektu poprzemysłowego przy ul. Spacerowej 4 w M. (...)

Rzeczywiście, nie ulega wątpliwości, że w okolicznościach ustalonych w niniejszej sprawie, doszło do naruszenia art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez opisanie warunku udziału w postępowaniu w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców. Faktycznie, w niniejszym postępowaniu, prawidłowe jest ustalenie, że Zamawiający ograniczył możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie tylko do tych wykonawców, którzy uprzednio wykonali budowę lub przebudowę obiektu użyteczności publicznej. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, nie zgadzając się z zastrzeżeniami Zamawiającego, trafnie zauważył, że powoływany przez Zamawiającego w zastrzeżeniach fakt, że roboty stanowiące przedmiot zamówienia wymagają

pozwolenia na budowę, czy też decyzji o pozwoleniu na użytkowanie nie uzasadnia zawężenia doświadczenia wyłącznie do obiektów użyteczności publicznej. Uzyskanie powyższych dokumentów jest wymagane przepisami prawa nie tylko w przypadku tych obiektów. Tym samym, określenie warunku udziału w postępowaniu nie było proporcjonalne do celu, jakiego miało służyć, czyli wyborowi wykonawcy, który należy wykonać zamówienie publiczne. W konsekwencji Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż brak powodu, dla którego wykonawca posiadający doświadczenie w zakresie wskazanych przez zamawiającego prac zrealizowanych w obiekcie innym, niż obiekt użyteczności publicznej, nie mógłby ich wykonać także w przedmiotowym zamówieniu.

35. Sygn. akt: KIO/KD 62/13, Uchwała KIO z dnia 23 lipca 2013 r.

Izba ustaliła, że opis spornego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia znalazł się w pkt 9.1 ppkt 2) SIWZ oraz w pkt III.3.2) ogłoszenia o zamówieniu. Zdaniem Izby, Zamawiający, wymagając od wykonawców legitymowania się co najmniej jedną usługą obejmującą zaprojektowanie budynku mieszkalnego socjalnego, który uzyskał finansowe wsparcie w tworzeniu lokali socjalnych ze środków Banku Gospodarstwa Krajowego o powierzchni użytkowej mieszkań nie mniejszej niż 1600 m² naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, a także doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, ograniczając w sposób nieuzasadniony dostęp do tego zamówienia. Zgodzić należy się z Prezesem UZP, że określanie przez zamawiających opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunku w sposób nadmiarowy, ograniczający dostęp do zamówienia określonym podmiotom, które są zdolne do jego realizacji, jest nieuprawnionym działaniem Zamawiającego. Opis warunków udziału w postępowaniu (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków), w tym co do wiedzy i doświadczenia, zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Powyższe oznacza, że opis warunku nie może być tożsamy z przedmiotem zamówienia. Stopień związania z przedmiotem zamówienia podmiotowi zamawiającemu powinna wyznaczać zasada równego traktowania oraz uczciwej konkurencji przy uwzględnieniu warunków konkretnego zamówienia oraz rynku danego rodzaju zamówień – dostaw usług, czy robót budowlanych. Okoliczność, iż Zamawiający w niniejszym postępowaniu w ramach zamawianej usługi projektowania oczekiwał jednocześnie finansowego wsparcia danego przedsięwzięcia, tj. tworzenia lokali socjalnych ze środków Banku Gospodarstwa Krajowego, nie powinna mieć znaczenia dla weryfikacji podmiotowych zdolności wykonawcy do opracowania dokumentacji projektowej na konkretne zadanie inwestycyjne. Zadanie to nie charakteryzuje się w praktyce jego realizacji szczególnymi wymogami, które wymagają nadzwyczajnych umiejętności wymaganych po stronie wykonawcy, aby móc zweryfikować wykonawcę pod kątem jego obiektywnych zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia. Takie uszczegółowienie opisu warunku należy uznać za nadmiarowe prowadzące do ograniczenia konkurencji.

36. Sygn. akt: KIO/KU 18/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.

Na wstępie oceny zasadności podniesionych zastrzeżeń w świetle dokonanych i nie kwestionowanych przez Zamawiającego ustaleń stanu faktycznego postępowania, zwrócić należy uwagę na obowiązujące w tym zakresie przepisy ustawy Pzp, orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) oraz Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004), gdzie w preambule jednoznacznie stwierdzono, iż: udzielanie zamówień musi odbywać się na zasadzie poszanowania zasad Traktatu, do których w szczególności zalicza się zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania wykonawców, zasada niedyskryminacji, zasada proporcjonalności.

W wyroku z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu, którzy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a ewentualne ograniczania konkurencji winny być jak najmniejsze i stosowane jedynie w zakresie, niezbędnym dla osiągnięcia celów danego zamówienia. W innych z wyrokach, tj. z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), i w wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii (C-414/97) Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż naruszeniem Traktatu jest żądanie wymogu doświadczenia, który nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, a nadto zabronione jest postawienie wymagań w stopniu nieadekwatnym i koniecznym do osiągnięcia wybranego celu.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że dokonany przez Zamawiającego opis warunków udziału może ograniczać udział w postępowaniu tylko takich wykonawców, którzy nie spełniając wymaganych warunków podmiotowych nie dają rękojmi należytej realizacji zamówienia publicznego. Tym samym zamawiający winien określić niezbędny poziom spełniania warunków podmiotowych odnosząc je do zakresu, wartości i stopnia skomplikowania przedmiotu zamówienia. Zatem opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może powodować wyłączenia z udziału wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Nieprawidłowe jest zatem na tyle rygorystyczne opisanie warunków udziału w postępowaniu, iż nie można ich uzasadnić potrzebami danego zamówienia i zamawiającego.

37. Sygn. akt: KIO/KU 62/14, Uchwała KIO z dnia 23 lipca 2014 r.

Izba, mając na względzie stan faktyczny sprawy stanęła na stanowisku, iż ocena postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do wymagań stawianych wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia czy podmiotom trzecim, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, powinna następować z uwzględnieniem specyfiki danego postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności jego przedmiotu. W ocenie Izby, zarówno wysoki stopień zaawansowania technologicznego robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, jak również szczególna sytuacja polegająca na prowadzeniu przez zamawiającego po raz trzeci postępowania na ten sam przedmiot z uwagi na upadłość i opuszczenie placu budowy przez uprzednio wybranych wykonawców, uzasadniają postawione przez zamawiającego wymagania.

38. Sygn. akt: KIO/KU 74/14, Uchwała KIO z dnia 5 września 2014 r.

(...) bezsporne jest to, że zawarte w art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wymogi oznaczają, iż warunki udziału w postępowaniu mają być „związane z przedmiotem zamówienia” oznacza, że opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. (...)

Nie budzi wątpliwości, że z jednej strony warunki udziału w postępowaniu nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji, jednak z drugiej strony ich celem jest przede wszystkim weryfikacja, czy też próba weryfikacji, którzy właściwie wykonawcy są do wykonania tego zamówienia zdolni. Zatem zawsze powstaje pytanie – jak zweryfikować a priori, które podmioty są do realizacji zamówienia przygotowane, a nie wyłącznie potencjalnie chętne, a jednocześnie nie ustanowić granicy zbyt wysoko lub zbyt nisko. (...)

Ma bowiem rację zamawiający, że warunki nie mogą być postrzegane wyłącznie jako formalność, lecz przede wszystkim jako narzędzie oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Zamawiający podkreślił tu zdolność wykonawcy do

poniesienia kosztów finansowych realizacji zamówienia. W kontekście serii upadłości wykonawców robót budowlanych, która ma miejsce w ostatnich latach, oraz podkreślanych jego własnych doświadczeń, trudno zarzucać zamawiającemu zbyt dużą dbałość w tym zakresie.

Art. 22 ust. 5

39. Sygn. akt: KIO/KU 94/13, Uchwała KIO z dnia 31 października 2013 r.

Izba rozważyła, że w zakresie delegacji ustawowej jest określenie nie konkretnych dokumentów czy oświadczeń, ale wskazanie ich rodzaju, natomiast zamawiający zgodnie z normą art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy ma przedstawić wykonawcom konkretny wykaz oświadczeń lub dokumentów, których żąda na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem zdaniem Izby już zakres delegacji ustawowej wskazuje, że rodzaje dokumentów lub oświadczeń będą przez zamawiającego określane na podstawie rozporządzenia wykonawczego, ale konkretyzowane w ramach danej siwz. Izba zauważa także, iż art. 25 ust 2 ustawy należy odczytywać przez pryzmat art. 25 ust. 1 ustawy, tj. w spornym zakresie dotyczy on określenia rodzajów dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub wymagań określonych przez zamawiającego przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Izba stoi na stanowisku, że z kolei art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy nie można odczytywać w oderwaniu od treści art. 22 ust. 5 ustawy. Zgodnie z tym przepisem wszystkie warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, w tym warunki dotyczące zdolności finansowej i ekonomicznej, oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Jak podkreślano w uzasadnieniu projektu nowelizacji ustawy z dnia 12 października 2012 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271), dodanie ust. 5 art. 22 ustawy ma służyć realizacji art. 44 ust. 1 i art. 48 ust. 5 dyrektywy klasycznej. Nowelizacja art. 22 stanowi odejście od formalnego podejścia do zamówień publicznych polegającego na weryfikacji istnienia dokumentu, a nie na weryfikacji realnej możliwości wykonawcy do realizacji zamówienia. Ustawodawca wprost w zd. 2 ust. 5 art. 22 ustawy zawarł uprawnienie dla zamawiających, w tym zamawiającego w niniejszym postępowaniu, w którym przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, że zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w odniesieniu do w szczególności jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności, doświadczenia. Izba zwróciła uwagę na to, że w sekcji III.2.2 ogłoszenia zamawiający określił zdolność finansową wykonawcy jako zdolność posiadania środków lub zdolność kredytową, tam gdzie wykonawca ma rachunek na poziomie co najmniej 5 mln PLN. W ocenie Izby zamawiający zatem skorzystał z uprawnienia przysługującego mu w świetle art. 22 ust. 5 zd. 2 ustawy, do określenia efektywności czy rzetelności przez pryzmat sposobu wykazania zdolności finansowej. Izba stoi na stanowisku, że kontrolujący w sposób nieprawidłowy zastosował ścisłą wykładnię językową § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z 2013 r. [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. poz. 231) – *przyp. red.*] i jedynie w wyniku zastosowania takiej wykładni uznał, że zamawiający dopuścił się obrazy powyższego przepisu.

Art. 23

40. Sygn. akt: KIO/KU 83/10, Uchwała KIO z dnia 22 listopada 2010 r.

Ustawodawca w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp dopuścił możliwość wspólnego składania ofert przez wykonawców. Celem tego przepisu jest umożliwienie grupie wykonawców połączenie ich wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, ludzkiego, ekonomicznego i finansowego w sytuacji, gdy każdy z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, określo-

nych przez zamawiającego. Warunki określone w art. 22 ust. 1 mogą spełniać wspólnie wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (suma potencjałów wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). Należy podkreślić, że zasadą wykonawców konsorcjalnych jest łączenie ich doświadczeń zawodowych. Żądanie przez zamawiającego, aby jeden z wykonawców występujących wspólnie wykonał żadaną ilość usług o podobnym charakterze jest całkowicie bezzasadne. Zamawiający ma obowiązek, w przypadku podmiotów występujących wspólnie, sumować potencjał techniczny, a także doświadczenie wykonawców występujących wspólnie. Wymogi określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą spełniać wspólnie tak, jakby byli jednym wykonawcą. Potencjał wiedzy, doświadczenia i potencjał ekonomiczny określone w art. 22 ust. 1 mogą się wzajemnie uzupełniać, tworząc całość odpowiadającą wymogom zamówienia.

41. Sygn. akt: KIO/KD 19/11, Uchwała KIO z dnia 16 marca 2011 r.

Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia powinni być traktowani na równych zasadach z wykonawcą działającym samodzielnie. Zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji zamawiający nie powinien różnicować sytuacji wykonawcy ze względu na to, czy jest to konsorcjum czy samodzielny wykonawca, szczególnie przez stawianie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu, czy też żądanie dodatkowych dokumentów.

W trakcie kontroli zarzucono zamawiającemu, że żądał od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa o bardzo szczegółowo określonej przez zamawiającego treści. Wskazać należy, że pełnomocnictwo stanowi dla zamawiającego istotne źródło informacji nie tylko odnośnie podmiotu uprawnionego do występowania w imieniu konsorcjum, ale pozwala także na identyfikację wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Prawdłowo sformułowane pełnomocnictwo i należycie ustanowiony pełnomocnik mają zasadnicze znaczenie dla ważności postępowania.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego przedstawionej w zastrzeżeniach pokontrolnych, Izba pragnie podkreślić, że podziela stanowisko zamawiającego w tym zakresie, „iż pełnomocnictwo jest pisemną formą potwierdzenia uprawnienia osoby, podmiotu do podejmowania czynności faktycznych, prawnych w imieniu i na rzecz mocodawcy, mocodawców. (...) pełnomocnictwo w kontekście ubiegania się przez kilku wykonawców o udzielenie wspólnego zamówienia (np. konsorcjum) stanowi informację niezbędną dla zamawiającego, a odnoszącą się do podmiotu, iż jest on osobą uprawnioną do działania w imieniu osób trzecich w celu skutecznego złożenia oferty”. Nie można się jednak zgodzić z dalszymi wnioskami płynącymi z pisma zamawiającego, iż takie pełnomocnictwo powinno przyjąć szczególną formę czy też zawierać jakieś szczególne informacje co do celu, zakresu współdziałania czy też warunków odpowiedzialności poszczególnych członków konsorcjum. Istotnym jest, aby z treści tego dokumentu, wynikało w sposób nie budzący wątpliwości u zamawiającego, przez kogo i w jakim zakresie określonym przez ustawę (do reprezentowania, czy do reprezentowania i zawarcia umowy) zostało ono udzielone. Te informacje są wystarczające, aby zamawiający miał możliwość dokonania weryfikacji, czy osoba składająca ofertę (podpisująca dokumenty) jest do tego uprawniona. Treść dokumentu pełnomocnictwa składanego przez konsorcjum winna wypełniać minimalne wymagania wskazane ustawą, jednakże jej kształtowanie jest wyłącznym prawem wykonawców i zamawiający nie ma prawa ingerować w treść dokumentu, ani żądać zawarcia w nim oczekiwanych przez niego postanowień. Wniosek taki płynie choćby z wyroku z dnia 29 sierpnia 2008 roku Sądu Okręgowego w Olsztynie (sygn. akt IX Ca542/08), w którym podzielono stanowisko składu orzekającego KIO, że „w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za dopuszczony i odpowiedni nie może być uznany wyłącznie dokument oznaczony nazwą „pełnomocnictwo”, jednakże może być to każdy dokument, który będzie zawierał oświadczenie podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie o zawiązaniu konsorcjum i zakresie upoważnienia

dla lidera. Art. 23 ust. 2 ustawy Pzp nie wskazuje ani formy, ani żadnych szczególnych elementów, które powinny być zawarte w treści pełnomocnictwa”.

42. Sygn. akt: KIO/KD 30/11, Uchwała KIO z dnia 12 kwietnia 2011 r.

W świetle przepisów kodeksu cywilnego spółka cywilna nie posiada podmiotowości prawnej, ale jest wyłącznie stosunkiem o charakterze zobowiązaniowym. Wobec powyższego podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia są wspólnicy spółki cywilnej, a nie spółka, która nie może być podmiotem praw i obowiązków. Wspólnicy mają więc status wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, do których stosuje się przepis art. 23 ustawy Pzp, a umowa spółki cywilnej jest umową regulującą współpracę tych wykonawców. Ustęp 4 tego przywołanego artykułu jednoznacznie określa, kiedy zamawiający może żądać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia umowy regulującej ich współpracę, stanowiąc, że może to nastąpić przed zawarciem umowy, wyłącznie w stosunku do wykonawców, których oferta została wybrana. Brak jest zatem podstawy do żądania złożenia umowy spółki cywilnej wraz z ofertą.

Umowa spółki cywilnej nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i nie jest wymieniona w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) [aktualnie to rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.], co potwierdza brak możliwości jej żądania na etapie składania ofert.

43. Sygn. akt: KIO/KD 3/13, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Izba podziela pogląd, że złożenie pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum wykonawców w postępowaniu nie jest tożsame z występowaniem wykonawców wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednak nie budzi wątpliwości Izby fakt, że skoro ofertę złożył wykonawca występujący na podstawie załączonego pełnomocnictwa, choć w formularzu oferty nie wskazał wykonawców występujących wspólnie to Zamawiający ma obowiązek wyjaśnić treść oferty w powyższym zakresie. Wypełniając ten obowiązek Zamawiający nie narusza art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienie w takim przypadku, tj. gdy zachodzą uzasadnione wątpliwości, nie prowadzi do zmiany treści oferty. Zgodzić się należy z Prezesem Urzędu, że ustalenie tej kwestii miało kluczowe znaczenie dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez ww. konsorcjum ubiegające się o udzielenie zamówienia. Zauważyć także należy, że formularz ofertowy nie może być utożsamiany z treścią oferty. Ofertę, zgodnie z art. 66 k.c. oferta stanowi oświadczenie woli wykonawcy, które podlega interpretacji, zgodnie z regułami wykładni, o których mowa w art. 65 k.c. Zwrócić należy uwagę na fakt, że wyrazem woli wykonawcy może być załączenie do oferty dokumentów pełnomocnictwa, z którego wynika umocowanie do wspólnego ubiegania się konsorcjum o udzielenie ww. zamówienia oraz dokumentów podmiotowych zarówno dla obu podmiotów. Zamawiający nie może pominąć tych faktów bez wyjaśnienia ze strony wykonawcy.

44. Sygn. akt: KIO/KD 10/14, Uchwała KIO z dnia 26 lutego 2014 r.

W złożonych zastrzeżeniach zamawiający prezentuje podgląd, jak sam przyznaje, odmienny od większości głosów doktryny oraz orzecznictwa KIO, że spółka cywilna może mieć status podmiotu będącego wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Wskazuje nadto, że jedynie w ustawie o podatku od towarów i usług uznawana jest prawnopodatkowa podmiotowość spółki cywilnej. Wskazuje także na atrybuty spółki cywilnej wskazujące na jej podmiotowość, tj. własny NIP, REGON, wpis w ewidencji CEiDG. W tym miejscu należy zauważyć, że ewidencja działalności gospodarczej obejmuje przedsiębiorców będących osobami fizycz-

nymi, natomiast spółki cywilne takiej ewidencji nie podlegają, a jedynie przedsiębiorcy działający wspólnie przedstawiają organowi ewidencyjnemu informację w tym przedmiocie. Istotne znaczenie w sprawie ma stwierdzenie, że spółka cywilna w obecnym stanie prawnym nie posiada podmiotowości prawnej, jest natomiast stosunkiem o charakterze zobowiązaniowym (umową) zawartym pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami. Spółka cywilna nie posiada zdolności sądowej i procesowej, upadłościowej, układowej ani wekslowej. Nie posiada także statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 431 k.c., ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorcami są natomiast jej wspólnicy w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Spółka cywilna nie posiada zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej statusu wykonawcy w rozumieniu przywołanego przepisu. Stosownie do art. 860 kc, znajdującego zastosowanie z mocy art. 14 ustawy Pzp spółka cywilna jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka taka jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, a żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, o których mowa w 33¹ k.c. Uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 p.z.p., są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 p.z.p.

W tym też kontekście ocenić należy, na kogo opiewać mają zaświadczenia wystawione przez właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz właściwy oddział ZUS. Obowiązek podatkowy z tytułu podatku dochodowego od osób fizycznych ciąży na wspólnikach spółki cywilnej, a nie na spółce. Natomiast spółka cywilna posiada podmiotowość podatkowo-prawną, ale wyraźnie przyznaną wyłącznie dla potrzeb stosowania przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.). Potwierdza to również orzecznictwo. W wyroku z 28 września 2005 r., sygn. akt I FSK 412/05 (...) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „na gruncie podatku od towarów i usług podmiotowość prawno-podatkową przyznaje się spółce osobowej jako organizacji wspólników, a nie samym wspólnikom, tym samym wszelkie obowiązki i uprawnienia podatników wynikające z ustawy o podatku od towarów i usług oraz o podatku akcyzowym odnoszą się do tych spółek, a nie bezpośrednio do ich wspólników”. W konsekwencji stanowisko organu kontroli dotyczące konieczności złożenia przez wspólników spółki cywilnej zaświadczenia dotyczącego indywidualnie każdego z nich oraz spółki cywilnej uznać należy za prawidłowe. Tylko z tak złożonych zaświadczeń wynikać może w sposób nie budzący wątpliwości stan realizacji zobowiązań prawno-podatkowych, w zakresie wymaganym przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu natomiast do zaświadczenia właściwego oddziału ZUS stwierdzić należy, że wspólnicy spółki cywilnej samodzielnie odprowadzają swoje składki, w indywidualnych przypadkach może uczynić to również spółka. Przedłożenie zatem stosownych zaświadczeń jest niezbędne, by ocenić, czy osoby składające ofertę nie zalegają ze składkami na ubezpieczenie społeczne.

Art. 24 ust. 1 pkt 9

45. Sygn. akt: KIO/KD 6/11, Uchwała KIO z dnia 27 stycznia 2011 r.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż ustawodawca w sposób enumeratywny wymienił okoliczności, które wymagają potwierdzenia w przypadku, gdy wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bowiem nie jest możliwe

przedstawienie informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Przedmiotowe okoliczności wykonawca zobowiązany jest wykazać za pomocą dokumentu (§ 2 ust. 1 pkt 1 lit. a i c powoływanego rozporządzenia [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), któremu aktualnie odpowiada rozporządzenie z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231) i § 3 ust. 1 pkt 6 tego rozporządzenia – *przyp. red.*]), a jeśli takiego dokumentu w danym kraju się nie wydaje, to należy go zastąpić oświadczeniem złożonym przed notariuszem lub wskazanym organem (§ 2 ust. 3 wymienionego rozporządzenia). Z powyższego wynika, iż wykonawca zagraniczny zobowiązany jest do potwierdzenia okoliczności, iż nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie. Tymczasem w zaświadczeniu wydanym przez Sąd Krajowy i Okręgowy w Linzu podano jedynie informację w przedmiocie likwidacji i upadłości. Brak wpisu dotyczącego zakazu ubiegania się o zamówienie w żadnym razie, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie daje podstaw do przyjęcia, iż jest to równoznaczne z brakiem przesłanek do wykluczenia Wykonawcy, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie, treść niniejszego zaświadczenia nie daje podstaw do przyjęcia, iż jeśli określonej okoliczności Sąd nie stwierdza w odniesieniu do określonego podmiotu, to kwestię tę w zaświadczeniu pomija. Skoro Sąd stwierdził, iż w stosunku do Wykonawcy nie ogłoszono upadłości, ani nie otwarto likwidacji, to oznacza to, iż przedmiotem badania były jedynie wskazane okoliczności. Zaś, brak udzielenia informacji co do zakazu ubiegania się o zamówienie świadczy o tym, iż albo przedmiot ten nie był objęty wnioskiem, albo Sąd nie jest właściwy do wydawania zaświadczeń w tym przedmiocie, albo w Austrii takich zaświadczeń się nie wydaje (w takim wypadku należało przedstawić oświadczenie, o którym była mowa wyżej). Tę okoliczność Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić i w dalszej kolejności podjąć adekwatne decyzje.

Art. 24 ust. 2 pkt 2

46. Sygn. akt: KIO/KD 55/09, Uchwała KIO z dnia 7 stycznia 2010 r.

Po pierwsze, Izba uznaje, że jedyną ustawową przesłanką wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego co do zabezpieczenia złożonej oferty wadium może być wyłącznie fakt, że wykonawca w ogóle nie wniósł wadium w jednej z dopuszczonych form. Jedną z tych form, wskazaną w przepisie art. 45 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp jest „pieniądz”, którego sposób wniesienia został określony w przepisie art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, tj. wadium w tej formie wnosi się przelewem. Zamawiający stwierdził niezgodność sposobu wniesienia wadium przez 5 wykonawców.

Uwzględniając brzmienie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp [aktualnie po wejściu w życie ustawy z dnia 5.11.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) jest to art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – *przyp. red.*] nakazującego wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy nie wniósł on wadium stwierdzić należy, że wniesienie wadium niezgodnie co do sposobu („gotówka” zamiast „przelew”), ale prawidłowo co do formy („pieniądz”) nie jest usankcjonowane wykluczeniem wykonawcy, a zatem wykluczenie wykonawcy w takim przypadku jest sprzeczne z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i stanowi jego naruszenie.

47. Sygn. akt: KIO/KD 45/13, Uchwała KIO z dnia 24 maja 2013 r.

Odnosnie naruszenia opisanego w pkt 1 informacji o wyniku kontroli Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego nie są zasadne. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione przez Prezesa UZP i przywołaną tam argumentację. W ocenie Izby w oparciu o przytoczone postanowienia gwarancji zamawiający byłby uprawniony do zatrzymania wa-

dium jedynie w sytuacjach opisanych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Natomiast nie byłby uprawniony do zatrzymania wadium w sytuacji, gdyby wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie złożył oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictw (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp). W treści gwarancji przywołano bowiem jedynie przesłanki zatrzymania wadium wymienione w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie brak było jakiegokolwiek nawiązania do okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium, wymienionych w pkt 46 ust. 4a ustawy Pzp, nawet choćby poprzez ogólne przywołanie ustawy Pzp, czy postanowień SIWZ.

Oceniając ww. stan faktyczny zamawiający winien wziąć pod uwagę okoliczność, że gwarancja bankowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w relacji do stosunku podstawowego, a więc treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”, co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie zabezpieczonego rezultatu powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby nie ma konieczności przytoczenia przepisów ustawy Pzp w tym zakresie, możliwe jest przykładowo odwołanie do właściwych przepisów ustawy Pzp, czy też postanowień SIWZ, które te przepisy powołują. Jednak uprawnienia zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadkach określonych w ustawie Pzp powinny dać się wyinterpretować z treści gwarancji. Jakiegokolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe. Zatem, skoro gwarancja nie wymienia wszystkich przesłanek zatrzymania wadium, zaś brakujących przesłanek nie da się w żaden sposób wyinterpretować, należy uznać, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo.

Art. 25 ust. 1

48. Sygn. akt: KIO/KU 18/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.

W zakresie ostatniego zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli dotyczącego zakazania w punkcie V 5.3 SIWZ, niedopuszczenia składania w postępowaniu dokumentów elektronicznych, opatrzonych przez wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Izba w całości podtrzymuje w tym zakresie ustalenia kontroli i stwierdza, że Zamawiający nie może ograniczać prawa wykonawcy do swobodnego wyboru sposobu składania dokumentów spośród możliwych form przewidzianych w przepisach prawa. Zaawansowane podpisy elektroniczne oparte o kwalifikowany certyfikat i złożone za pomocą bezpiecznego urządzenia służącego do składania podpisu, spełniają wymogi prawne podpisu w odniesieniu do danych w formie elektronicznej w ten sam sposób, co podpis odręczny w odniesieniu do danych znajdujących się na papierze.

Zamawiający odnosząc się w zastrzeżeniach do tego ustalenia Kontrolującego stwierdził, że postanowienia w pkt 5 ppkt 3 rozdziału V SIWZ, jako naruszające art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. [rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz firm, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.], mają pierwszeństwo przed postanowieniami zawartymi w SIWZ. W związku z powyższym zapis w pkt 5 ppkt 3 rozdziału V SIWZ, tj. „Zamawiający nie dopuszcza składania elektronicznych dokumentów opatrzonych przez Wykonawcę bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu”, był zakazem nieskutecznym, niemającym żadnych konsekwencji dla wykonawcy. Tym samym zdaniem Izby zamawiający przyznał, iż poprzez taki opis pkt 5 ppkt 3 rozdziału V SIWZ naruszył ww. przepisy prawa.

Art. 25 ust. 1 pkt 1**49. Sygn. akt: KIO/KU 28/09, Uchwała KIO z dnia 9 września 2009 r.**

Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 6.7 siwz) dokument – informację banku – wymagany w celu potwierdzenia przez wykonawców, że znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie przedmiotowego zamówienia, tj. posiadają środki własne i / lub zdolność kredytową w wysokości 250 000 000 PLN.

Zgłaszając zastrzeżenia do stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia omówionego w pkt 2 Informacji, Zamawiający wskazał dwa argumenty. Po pierwsze, iż treść warunku nie wykluczyło możliwości złożenia wraz z ofertą informacji spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej na potwierdzenie znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, a powszechnie obowiązująca moc przepisu § 1 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), któremu aktualnie odpowiada § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.*] powoduje, że nie wskazanie w siwz jednego z dokumentów wymienionych w tym przepisie nie wyłącza możliwości jego złożenia i prawidłowej oceny. Po drugie, że zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz. U. z 1996 r. Nr 1 poz. 2), spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa nie może udzielać pożyczek i kredytów na cele związane z działalnością gospodarczą jednemu członkowi kasy na łączną kwotę przekraczającą 15% zasadniczych funduszy własnych kasy. Biorąc pod uwagę wysokość zdolności kredytowej wymaganej w pkt 6.7 siwz (250 000 000 zł), jest mało prawdopodobne, aby jakkolwiek spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa była w stanie, w świetle ww. przepisu, potwierdzić posiadanie zdolności kredytowej w wymaganej wysokości.

W ocenie Izby, oba przywołane przez Zamawiającego argumenty nie zasługują na uwzględnienie. Stosownie do treści art. 25 ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania określonych w ww. rozporządzeniu, a zgodnie z treścią przepisu § 1 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów [*j.w. – przyp. red.*], w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zamawiający może żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Przepis § 1 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia [*j.w. – przyp. red.*] wskazuje dokumenty, których zamawiający może żądać od wykonawców, a wykonawcy mogą złożyć w postępowaniu na potwierdzenie spełniania ww. warunku. Wymienione w tym przepisie rodzaje dokumentów ustawodawca w sposób jednoznaczny uznał na równoważne. Nie wymienienie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednego z nich stanowi nieuprawnione zawężenie katalogu dokumentów zawartego w przepisie powszechnie obowiązującego aktu wykonawczego do ustawy Prawo zamówień publicznych i ograniczenie uprawnień wykonawców. Stanowi to naruszenie przepisu § 1 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia [*j.w. – przyp. red.*]. Izba zważyła również, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może podejmować w szczególności takie czynności, do wykonania których uprawniana i zobowiązują go przepisy prawa. W świetle powyższego, zaniechanie wypełnienia obowiązku wynikającego z obowiązujących przepisów prawa, poprzez nie wskazanie informacji spół-

dzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej jako jednego z dokumentów, które może wykonawca złożyć w postępowaniu narusza ww. przepisy. Nie można wykluczyć także faktu, iż skutkiem nieuprawnionego zaniechania Zamawiającego mogło być mylne przeświadczenie niektórych wykonawców, iż tylko wykonawcy, którzy złożą dokument wskazany przez Zamawiającego w siwz, spełnią wymaganie postawione w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosząc się do drugiego argumentu podniesionego przez Zamawiającego, Izba zważyła, że żaden przepis ustawy Prawo zamówień publicznych ani aktów wykonawczych do ustawy nie wskazuje przesłanek i nie daje podstawy do subiektywnego decydowania i wyboru przez zamawiającego, jaki rodzaj dokumentu spośród wskazanych jako równoważne w § 1 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia może być złożony przez wykonawców na potwierdzenie spełniania omawianego warunku. Nawet jeśli złożenie danego rodzaju dokumentu może wydawać się zamawiającemu za mało prawdopodobne (co nie wyklucza możliwości jego złożenia), to nie można przyjąć, iż w granicach obowiązującego prawa zamawiający jest uprawniony do pominięcia tego rodzaju dokumentu w specyfikacji.

50. Sygn. akt: KIO/KU 54/10, Uchwała KIO z dnia 20 lipca 2010 r.

W pierwszej kolejności Zamawiający określa warunki w danym postępowaniu, a następnie winien wskazać, w jaki sposób będzie dokonywał oceny spełniania tych warunków. Zgodnie z ustawą, dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się na podstawie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego oraz złożonych w ofercie przez Wykonawcę. Żądanie przez Zamawiającego przedłożenia dokumentów bez jednoczesnego opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest możliwe żądanie dokumentów bez określenia warunku i bez określenia sposobu oceny warunku, którego spełnienie dokumenty te mają potwierdzać. W niniejszej sprawie Zamawiający zażądał dokumentów bez określenia kryteriów oceny, a więc nie był w stanie, zweryfikować spełniania przez wykonawców warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Izba podkreśla, że zakres żądanych od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu uzależniony jest m.in. od opisanego przez zamawiającego sposobu oceny tych warunków.

51. Sygn. akt: KIO/KD 33/12, Uchwała KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.

W pkt 2.6 Informacji o wyniku kontroli doraźnej wskazano, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania od wykonawców przedłożenia oświadczenia potwierdzającego przynależność osób, wskazanych do wykonywania zamówienia do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa. Powyższy dokument nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania oraz nie został wymieniony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 26, poz. 1817) [w świetle aktualnie obowiązującego rozporządzenia z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231) zamawiający może żądać od wykonawcy oświadczenia o posiadaniu wymaganych uprawnień, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, przez osoby które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (§ 1 ust. 1 pkt 8) – przyp. red.]. Tym samym, Zamawiający żądając ww. dokumentu naruszył dyspozycję art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisami ww. rozporządzenia.

52. Sygn. akt: KIO/KD 58/12, Uchwała KIO z dnia 5 lipca 2012 r.

W odniesieniu do zastrzeżeń dotyczących żądania zaświadczenia o wpisie do rejestru instytucji szkoleniowych należy podnieść, że dokument ten nie znajduje się w katalogu dokumentów określonym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226, poz. 1817) [aktualnie obowiązujące rozporządzenie to rozporządzenie z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231) – *przyp. red.*], co potwierdził sam zamawiający w swoich zastrzeżeniach. Zgodnie natomiast z delegacją zawartą w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp powyższe rozporządzenie jest jedynym aktem prawnym określającym rodzaje dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Jedynie na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający sektorowy może żądać także innych niezbędnych dokumentów, niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, jednakże uprawnienie to nie dotyczy zamawiających klasycznych, do których zalicza się Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej. Ponadto, wbrew twierdzeniom zamawiającego, inne ustawy, w tym także ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy [Dz. U. tj. z 2015 r. poz. 149 ze zm. – *przyp. red.*], nie dają podstawy prawnej do żądania innych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Bezsprzeczne jest zatem, że zamawiający nie był uprawniony do żądania zaświadczenia o wpisie do rejestru instytucji szkoleniowych.

53. Sygn. akt: KIO/KD 60/13, Uchwała KIO z dnia 11 lipca 2013 r.

Odnośnie naruszenia art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 3 Prawa zamówień publicznych przez żądanie określonego dokumentu, „podczas gdy w ogłoszeniu o zamówieniu nie określił odpowiedniego warunku udziału w postępowaniu, którego spełnianie miał ten dokument potwierdzać”, skład orzekający stwierdził, że bezsprzecznie do takiego naruszenia doszło. Faktycznie, jak trafnie dostrzegł Prezes UZP, Zamawiający w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie określił warunku udziału w postępowaniu, na którego potwierdzenie mógłby żądać konkretnego dokumentu – a jednak dokument taki był w SIWZ wymagany. Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli przyznał, że w SIWZ omyłkowo zamieszczono wymóg odnośnie dokumentu (informacji z banku), wskazywał jednak równocześnie, że powyższe nie miało wpływu na wynik postępowania. Faktycznie, powyższe naruszenie Prawa zamówień publicznych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie miało wpływu na jego wynik, jednak Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego trafnie zauważył, że w informacji o wyniku kontroli wskazuje się wszystkie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych stwierdzone w toku jej prowadzenia, a nie tylko naruszenia, które stanowiły podstawę do jej wszczęcia i miały wpływ na wynik postępowania. Zatem zastrzeżeń Zamawiającego w tym zakresie Izba nie może uwzględnić.

54. Sygn. akt: KIO/KD 20/14, Uchwała KIO z dnia 24 marca 2014 r.

Przepisy ustawy Pzp określają procedurę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w tym czynności, które zamawiający podejmuje w toku prowadzonego postępowania. Wszystkie czynności zamawiającego mają zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. spełniającej wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w danym postępowaniu, złożonej przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zarówno ocena treści oferty (strona przedmiotowa), jak i ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, musi być dokonana w sposób rzetelny, tj. z uwzględnieniem wszystkich okoliczności i informacji, które powziął zamawiający w związku z prowadzonym postępowaniem. Temu celowi m.in. służy tryb wyjaśniania treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) i treści złożonych przez wykonawcę dokumentów podmiotowych (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Jakikolwiek uzasadnione wątpliwości zaistniały w toku prowadzonego postępowania co do treści złożonych przez wykonawcę dokumentów, muszą podlegać wyjaśnieniu, gdyż wątpliwości uniemożliwiają pozytywną ocenę dokumentów. Nieistotne jest przy tym źródło, z którego zamawiający powziął informacje powodujące powstanie wątpliwości co do treści złożonych przez wyko-

nawcę dokumentów (np. informacje od innych wykonawców, podmiotów trzecich, informacji publikowanych itp.). Podkreślić również należy, że aż do chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zamawiający dokonuje czynności w prowadzonym postępowaniu w celu wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, zamawiający jest uprawniony i zobowiązany zarazem do dokonania czynności wymaganych, stosownie do okoliczności faktycznych zaistniałych w trakcie prowadzonego postępowania. Nawet zatem po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w przypadku wystąpienia nowych okoliczności uzasadniających powtórzenie czynności badania i oceny ofert, zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności wyjaśniających niezbędnych w danym stanie faktycznym. Przepisy ustawy Pzp nie ograniczają zamawiającego w tym względzie, a zasada zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako jedna z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązuje zamawiającego do rzetelnego zbadania i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości.

55. Sygn. akt: KIO/KD 60/14, Uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r.

W siwz oraz w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. jedną osobą z uprawnieniami do nadzoru prac konstrukcyjno-budowlanych. W celu wykazania spełnienia warunku, o którym mowa wyżej, wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć „oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają wymagane uprawnienia, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Dołączyć imienny wykaz osób zdolnych do realizacji niniejszego zamówienia z podaniem ich kwalifikacji, do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające posiadanie danych kwalifikacji – tytuł zawodowy w danym zakresie oraz praktykę zawodową”.

W zastrzeżeniach Zamawiający wskazał co legło u podstaw żądania w Wykazie osób szczegółowych informacji odnośnie kwalifikacji i doświadczenia. Zamawiający nie dostrzegł jednak, iż kwestionowane nie jest żądanie informacji a dokumentów (tytułu zawodowego w danym zakresie oraz praktyki zawodowej). W tym stanie rzeczy jedynie na marginesie należy wskazać, że powyższe stanowi nieuzasadniony wymóg w kontekście treści warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ponieważ nie odnosi się do żadnego elementu opisu warunku. Wobec tego, żądanie dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji nie było niezbędne do przeprowadzenia kontrolowanego postępowania (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp).

Nadto, należy stwierdzić, że również w świetle § 1 ust. 1 pkt 6 powoływanego rozporządzenia [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.*] żądanie to byłoby nieuprawnione.

56. Sygn. akt: KIO/KU 80/14, Uchwała KIO z dnia 18 września 2014 r.

Bezspornym jest, iż zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w zakresie dotyczącym oceny spełnienia warunku dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej powołał się na treść rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2009 r. [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), które aktualnie zostało zastąpione przez rozporządzenie z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.*]. Bezspornym jest także, iż w dacie tej (publikacji ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ) obowiązywało już nowe rozporządzenie w sprawie dokumentów, a mianowicie rozporządzenie z dnia 19 lutego 2013 r., które weszło w życie w dniu 20 lutego 2013 r., a więc przed wszczęciem przez zamawiającego postępowania o przedmio-

towe zamówienie. Tym samym zamawiający w celu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu mógł żądać od wykonawców dokumentów, o których mowa w nowym rozporządzeniu i w brzmieniu w nim określonym. Niewłaściwym było więc powołanie się na treść nieaktualnego już rozporządzenia w sprawie dokumentów (rozporządzenia z 2009 r.), gdyż jego treść w odniesieniu do dokumentu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej, tj., dokumentu potwierdzającego sytuację finansową wykonawcy (posiadania środków lub zdolności kredytowej) uległa zmianie. Zamawiający – zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r. – mógł żądać „informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składani ofert”, a nie jak to błędnie uczynił „informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składani ofert”. Bez znaczenia są tu motywy działania zamawiającego, jak i okoliczność, że obecnie istnieje możliwość otwarcia rachunku bankowego w dowolnym banku lub spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej, co powoduje, że tak sformułowany wymóg mógłby być spełniony przez dowolny podmiot bezkosztowo i bezproblemowo. Reasumując stwierdzić należy, iż naruszenie przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r. faktycznie ma miejsce. Zamawiający nie może bowiem dokonywać zmiany obowiązujących przepisów poprzez zmianę ich brzmienia w treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ.

57. Sygn. akt: KIO/KD 95/14, Uchwała KIO z dnia 21 października 2014 r.

Izba nie uznała za zasadnych również zastrzeżeń zgłoszonych w odniesieniu do naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp stwierdzonego z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty o opłaconą polisę potwierdzającą spełnienie warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Przede wszystkim, nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, że dokumentem, którego może żądać zamawiający jest jedynie dokument polisy, bez możliwości żądania dokumentów (dowodów) potwierdzających fakt jej opłacenia. Zarówno w poprzednio obowiązującym rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. Nr 226, poz. 1817 – przyp. red.], jak i w obecnie obowiązującym rozporządzeniu z dnia 19 lutego 2013 r. [Dz. U. poz. 231 – przyp. red.], prawodawca wskazał na możliwość żądania przedłożenia opłaconej polisy (§ 1 ust. 1 pkt 10 – obecnie § 1 ust. 1 pkt 11). Możliwość żądania przedłożenia opłaconej polisy wynika więc bezpośrednio z przepisów prawa (por. wyrok KIO z dnia 27 maja 2014 r., sygn. akt KIO 968/14).

W niniejszym postępowaniu uzupełniona „aktualna polisa” nie zawierała żadnej adnotacji na temat opłacenia składki – nie był więc to dokument potwierdzający spełnienie wymogów wynikających z ww. przepisu. Wykonawca nie załączył także potwierdzenia dokonania przelewu pierwszej raty wymagalnej przed upływem terminu składania ofert. Nie zostały złożone także inne dowody (wskazane przykładowo przez Kontrolującego), które potwierdzałyby okoliczność odprowadzenia stosownych składek. W konsekwencji, wykonawca nie przedłożył Zamawiającemu dokumentów, których łączna analiza pozwalałaby na uznanie, że na dzień upływu terminu składania ofert złożona w wyniku wezwania „aktualna polisa” odpowiadała dokumentowi, o którym stanowi ww. przepis. W związku z tym, że przepis stanowi o polisie opłaconej, Zamawiający miał natomiast możliwość i obowiązek wezwania wykonawcy do przedłożenia dowodu potwierdzającego, że polisa została faktycznie opłacona (przynajmniej w odniesieniu do pierwszej raty). Wykazanie opłacenia polisy najpóźniej na dzień upływu terminu składania ofert było okolicznością niezbędną także z tego względu, że późniejsze

wypełnienie tego obowiązku, tj. opłacenie polisy – jak zasadnie wskazał Kontrolujący – nie może być uznane za wykazanie spełnienia warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Należy wskazać, że nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu obwarowane jest sankcją w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp). Także na gruncie tego przepisu wykonawca ma obowiązek dowieść zamawiającemu, że polisa została opłacona, zatem musi przedstawić mu dokument, który będzie miał w tym zakresie wartość dowodową (por. wyrok KIO z dnia 10 września 2012 r., sygn. akt KIO 1826/12). Wobec faktu, że wykonawca tego rodzaju dokumentów / dowodów nie przedstawił Zamawiającemu wraz z przedkładaną polisą, Zamawiający był zobowiązany do zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, czemu jednak uchybił, a tym samym zasadnie Prezes UZP stwierdził, iż w okolicznościach faktycznych tej sprawy doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

58. Sygn. akt: KIO/KD 98/14, Uchwała KIO z dnia 12 listopada 2014 r.

W pkt 6 Informacji o wyniku kontroli wskazano, że Zamawiający nie był uprawniony do żądania od wykonawców przedłożenia oświadczenia potwierdzającego przynależność osób wskazanych do wykonywania zamówienia, do właściwej izby samorządu zawodowego.

Należy zauważyć, że żądane w przedmiotowej sprawie dokumenty potwierdzające przynależność osób wykonujących zamówienie do właściwej izby samorządu zawodowego nie mieszczą się w katalogu dokumentów wskazanych w rozporządzeniu 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). Należy zwrócić uwagę, iż przepisy ww. rozporządzenia enumeratywnie wymieniają dokumenty, jakich może żądać zamawiający od wykonawców celem potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że jeżeli określony dokument nie został wskazany w jego przepisach, to Zamawiający nie jest uprawniony do jego żądania w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, nie może budzić wątpliwości, że na gruncie przepisów ww. rozporządzenia Zamawiający nie może żądać oświadczenia o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego. W obecnym stanie prawnym jedynymi dokumentami, których może żądać Zamawiający od wykonawców w celu wykazania posiadania uprawnień przez osoby mające wykonywać zamówienie są informacje dotyczące nabytych kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia oraz oświadczenie wykonawcy w sprawie wymaganych uprawnień. Żądając zatem oświadczenia o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego Zamawiający naruszył art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z przepisami ww. rozporządzenia.

Art. 26 ust. 1

59. Sygn. akt: KIO/KD 60/14, Uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r.

Jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz, zamawiający nie żądał, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, następujących dokumentów:

- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, w tym również od wykonawców zagranicznych,
- aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

W konsekwencji braku żądania powyższych dokumentów, Zamawiający nie zastrzegł również w siwz możliwości złożenia zaświadczenia bądź oświadczenia dotyczącego osób mających miejsce zamieszkania poza terytorium RP, o którym mowa w § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz forma, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.*].

W zastrzeżeniach Zamawiający podniósł, że z mocy przepisu art. 25 ust. 1 ustawy Pzp może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do prowadzenia postępowania. Jednakże Zamawiający nie dostrzega, że przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek żądania od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Skoro zaś wartość niniejszego zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, to oznacza, że obowiązek żądania przedmiotowych dokumentów nie winien budzić wątpliwości i wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie stanowi jego prawa podmiotowego.

Art. 26 ust. 2b

60. Sygn. akt: KIO/KD 63/12, Uchwała KIO z dnia 11 lipca 2012 r.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż jednym z dowodów, którym może posłużyć się wykonawca w celu wykazania, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia jest pisemne zobowiązanie podmiotu, z którego zasobów wykonawca zamierza skorzystać (art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). Jakkolwiek ustawa nie zawiera wyczerpującego wyliczenia środków dowodowych, którymi może się posłużyć wykonawca, jednakże nie ulega wątpliwości, że przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego, a więc dokumentu wprost wymienionego w treści powołanego przepisu, rodzi konieczność oceny przedmiotowego zobowiązania przez pryzmat wymogów zawartych w ustawie. Skoro zaś wolą ustawodawcy było, aby rzeczne zobowiązania miały formę pisemną to zachowanie tej formy jest niezbędne. Oznacza to, że jeśli wykonawca decyduje się, dla udowodnienia faktu dysponowania zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia, przedstawić zobowiązanie podmiotu trzeciego, to musi to uczynić w formie wymaganej prawem, bo tylko taki sposób dowodzenia jest skuteczny. Jednocześnie analizowany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek określenia żądanych dokumentów lub oświadczeń w sposób zgodny z ustawą, a więc wskazanie na zobowiązanie podmiotu trzeciego wymaga sprecyzowania jego formy, przy czym w świetle analizowanego przepisu może to być jedynie forma pisemna.

Zatem, nie znajduje uzasadnienia takie działanie Zamawiającego, który dopuszcza formę kopii dla przedmiotowego zobowiązania, nawet jeśli wykonawca potwierdził jej zgodność z oryginałem. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż zgodnie z przepisem art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 78 § 1 k.c. dla zachowania formy pisemnej konieczne jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Skoro zaś wolą ustawodawcy jest przedstawienie zobowiązania w formie pisemnej to nie inaczej należy tłumaczyć powyższy wymóg, jak tylko w taki sposób, że niezbędne jest złożenie wymaganego zobowiązania co do zasady w oryginale.

Zaś argument, iż Zamawiający dopuszczając kopię zobowiązania kierował się treścią uzasadnienia nowelizacji ustawy, której celem było zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest absolutnie niezrozumiały. Trudno bowiem dostrzec taką zależność, a tym samym przyznać rację Zamawiającemu, iż obowiązek przedstawienia dokumentu w formie pisemnej stanowi istotną przeszkodę dla udziału w postępowaniu przez wykonawcę. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, iż zwiększeniu

konkurencyjności miało służyć wprowadzenie możliwości posługiwania się zasobami podmiotów trzecich, a nie jak błędnie Zamawiający wywodzi, rozwiązania w zakresie formy składanych dokumentów. Stąd też należy zgodzić się z poglądem, iż wadliwe określenie w SIWZ przez Zamawiającego formy, jaką należy zachować dla zobowiązania podmiotu trzeciego może być konwalidowane w ten sposób, iż Zamawiający wezwie wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentu w formie prawem wymaganej. Zaś, zaniechanie przedmiotowej czynności należy kwalifikować jako uchybienie wskazanemu przepisowi.

61. Sygn. akt: KIO/KU 31/13, Uchwała KIO z dnia 5 kwietnia 2013 r.

Izba zważyła, że art. 26 ust. 2b Pzp, wskazując na możliwość posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jeżeli wykonawca nie dysponuje własnymi zasobami wymaganymi dla realizacji zamówienia, nie podaje jednocześnie w sposób wyczerpujący sposobu w jaki wykonawca ma postąpić dla osiągnięcia tego celu. Z przepisu wynika natomiast jednoznacznie konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, że będzie dysponował takimi zewnętrznymi zasobami, na które się powołuje. Przy czym art. 26 ust. 2b Pzp wskazuje również, że może to być w szczególności wskazany wprost w tym przepisie środek dowodowy w postaci pisemnego zobowiązania innego podmiotu, który ma takie zasoby, jakich potrzebuje wykonawca, i zgadza się na ich udostępnienie temu wykonawcy. Z uwagi na różnorodny charakter stosunków, które mogą łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, a także zróżnicowany charakter zasobów podlegających udostępnieniu, przepis art. 26 ust. 2b nie może precyzyjnie określać uniwersalnej treści takiego zobowiązania, która niezależnie od okoliczności gwarantowałaby skuteczne wykazanie przez wykonawcę możliwości polegania na zasobach innego podmiotu niezbędnych do wykonania zamówienia. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w uzasadnieniu wyroku z 25 lipca 2011 r. (sygn. akt XII Ga 315/11) zwrócił uwagę na to, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnych oświadczeń, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, było z całą pewnością niewystarczające dla uznania przez zamawiającego, że wykonawcy X i Y wykazali spełnienie powyżej przywołanych warunków udziału w postępowaniu zamówienia.

Jak to trafnie zauważył Prezes Urzędu nie uwzględniając zastrzeżeń – przepis art. 26 ust. 2b Pzp jest implementacją 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, przy czym z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty, czyli, że zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. „Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, 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 przez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem, że może wykazać, że ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia” (orzeczenie Trybunału z 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari).

62. Sygn. akt: KIO/KD 46/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.

Nietrafnie wskazuje w okolicznościach sprawy zamawiający, że art. 26 ust. 2b Pzp nie daje podstaw do ograniczonego uzupełniania dokumentów, gdyż wykonawcy składający ofertę powinni być zainteresowani pozyskiwaniem jak najbardziej doświadczonych podmiotów udostępniających swój potencjał, co zwiększa gwarancję należytego wykonania zamówienia a przepisy ustawy nie ograniczają prawa posługiwania się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w jak najszerszym zakresie.

Rozumowanie to byłoby trafne w sytuacji, gdy podmiot udzielający swój potencjał wykonawcom deklarował udział w wykonaniu zamówienia w części, w odniesieniu do których udostępnił swe zasoby. W sytuacji, w której następuje tylko złożenie zobowiązania i referencji podmiotu trzeciego na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz uzyskania punktów w wyniku oceny spełnienia tych warunków, a zamawiający nie ma pewności, czy wykorzystanie tych zasobów będzie rzeczywiste, trudno uznać, że udostępnienie swych zasobów nawet przez najbardziej doświadczony podmiot zwiększy gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Skoro zatem, co wynika ze stanowiska zamawiającego w pkt ad 4), X nie będzie brał udziału w wykonaniu części przedmiotu zamówienia, niezasadne jest powołanie się na zasoby tego podmiotu dla celów oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

63. Sygn. akt: KIO/KU 88/13, Uchwała KIO z dnia 28 października 2013 r.

Na marginesie jedynie Izba stwierdza, że zobowiązanie podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, o tyle może mieć charakter warunkowy, o ile w ogólności jest związane z udzieleniem zamówienia publicznego wykonawcy, który wspiera się potencjałem podmiotu trzeciego przy ubieganiu się o zamówienie. Warunkowość w tym zakresie wynika z samego charakteru instytucji udostępnienia potencjału wykonawcy – jeżeli jego oferta zostanie wybrana.

W pozostałym zakresie zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, nie może być obwarowane innymi warunkami. W szczególności takimi, jak miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu, że udostępnienie wybranemu w zadaniu 3 wykonawcy X Sp. z o. o. – Kierownika robót elektroenergetycznych, uzależnione zostało przez podmiot trzeci – Y S.A. od jego udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Zobowiązanie Y S.A. należało bowiem odczytywać – „udostępnię oznaczonego eksperta – jeżeli otrzymam od wykonawcy zlecenia realizacyjne na podwykonawstwo robót” – w innym przypadku zobowiązanie nie wiązało.

Wszelkie kwestie dotyczące porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim odnośnie charakteru i warunków udziału takiego podmiotu w realizacji zamówienia, winny zostać uzgodnione między zainteresowanymi stronami, a zamawiający na etapie składania ofert – ma otrzymać nie budzące wątpliwości zobowiązanie takiego podmiotu do udostępnienia wykonawcy oznaczonego zasobu, w tym przypadku jedynie oznaczonej osoby – na czas realizacji zamówienia, do czego nie jest niezbędne uczestniczenie samego podmiotu udostępniającego w wykonawstwie zamówienia – jako podwykonawcy (w przeciwieństwie do innych sytuacji – udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia – wraz z zadeklarowaniem sposobu uczestniczenia w realizacji umowy samego podmiotu trzeciego), co pozwala na zweryfikowanie zdolności wykonawcy do podjęcia się wykonawstwa zamówienia i pozytywnej oceny spełnienia wyznaczonych warunków udziału w przetargu, w aspekcie stosunku łączącego wykonawcę z udostępniającym podmiotem, gwarantującym rzeczywisty dostęp do stawianego do dyspozycji wykonawcy zasobu, o czym stanowi § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) [rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz

forma, w jakich te dokumenty mogą być żądane (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.]. Jednocześnie przywoływany przepis § 1 ust. 6 pkt 2) umożliwia zamawiającemu żądanie dokumentów, w szczególności dotyczących: zakresu dostępnych zasobów podmiotu trzeciego; sposobu ich wykorzystania; charakteru stosunku, który będzie łączył wykonawcę z tymi podmiotami, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

64. Sygn. akt: KIO/KU 96/13, Uchwała KIO z dnia 7 listopada 2013 r.

Odnosząc się do sytuacji zaistniałej w ramach przeprowadzonej kontroli przedmiotowego postępowania, w ocenie Izby, Kontrolujący nie wykazał, że w ramach załączonego do oferty zobowiązania z dnia 15.07.2013 r., a w szczególności treści porozumienia z dnia 15.07.2013 r., nie mamy do czynienia z realnym dysponowaniem udostępnionymi zasobami. A co za tym idzie, że zaistniały podstawy do ewentualnego wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. We wskazanym porozumieniu określono bowiem zakres udostępnienia zasobów (pkt 1) – udostępnienie przez podmiot trzeci swojej wiedzy i doświadczenia realizacyjnego zdobytego przy realizacji zamówień, których referencje przekazano Wykonawcy, czyli to know-how jest rodzajem zasobów udostępnianych, a nie zasób kadrowy, zasób techniczny; sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia (pkt 2) – podmiot trzeci zobowiązał się w szczególności do opiniowania prawidłowości założeń wykonawczych, konsultacji i doradztwa w przypadkach trudnych napotkanych podczas realizacji oraz w pozostałym zakresie po dodatkowych uzgodnieniach; charakter stosunku między Wykonawcą, a podmiotem trzecim (pkt 3) – przedmiotowe porozumienie; zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia przez podmiot trzeci (pkt 4), gdzie podmiot trzeci stwierdził, że nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, a udzielane wsparcie w zakresie wiedzy i doświadczenia w uzgodnionym obszarze nie może być podstawą do jakichkolwiek roszczeń wobec podmiotu trzeciego. Należy zauważyć, że treść porozumienia i wymienione powyżej punktu porozumienia stanowią wyraz unormowania zawartemu w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów z 2013 r. [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być żądane (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.*], określają bowiem dokładnie te kwestie, które zgodnie z przywołaną regulacją miałyby być obiektem wezwania do wyjaśnień i żądania ze strony Zamawiającego wobec Wykonawcy. Mamy więc w konsekwencji jeden zbiorczy dokument, który odpowiada na ewentualne pytania związane z realnością dysponowania udostępnionymi zasobami.

W pierwszym wypadku porozumienie wprost odnosi się do udostępnienia wiedzy i doświadczenia – realizacyjnego, a nie tylko: „papierowego” opartego na przekazanych referencjach, zdobytego przy konkretnych zamówieniach adekwatnych do przedmiotu zamówienia.

W drugim wypadku, porozumienie określa sposób użyczenia, przy czym należy zauważyć, że ma on charakter katalogu otwartego, a nie zamkniętego (sformułowanie: „w szczególności”) – opiniowanie prawidłowości założeń wykonawczych – czyli całego procesu wykonawczego, zanim nastąpi wykonawstwo, będzie miało miejsce opiniowanie ze strony podmiotu trzeciego, konsultacji i doradztwa w przypadkach trudnych napotkanych podczas realizacji oraz w pozostałym zakresie po dodatkowych uzgodnieniach – czyli swoisty nadzór podmiotu trzeciego. W tym miejscu należy podnieść, że Wykonawca wykazał się w ofercie stosownie wymaganą kadrą mającą konieczne uprawnienia i wymagane doświadczenie zawodowe. Brak jest także jakichkolwiek podstaw do uznania, hipotez stawianych w odpowiedzi kontrolującego na zastrzeżenia, że w grę wchodzi tylko konsultacje telefoniczne, bez możliwości faktycznej oceny sytuacji na miejscu. Nadto, możliwość faktycznej oceny sytuacji na miejscu, może równie dobrze wynikać z otwartego katalogu sposobu użyczenia udostępnionych zasobów, tudzież sformułowania: „w pozostałym zakresie po dodatkowych uzgodnieniach”.

W trzecim wypadku – wskazano cywilnoprawne porozumienie, mające charakter zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego Wykonawcy co do wykorzystania w czasie realizacji określonych świadczeń, które będą umożliwiać Wykonawcy należyte wykonanie przedmiotu umowy. Należy w tym zakresie zauważyć, że porozumienie zostało zawarte przed wyborem oferty najkorzystniejszej i nie ma żadnej gwarancji na tym etapie, że dana oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Z tego też względu w ocenie Izby dopuszczalne jest przyjęcie jego ramowego charakteru, którego szczegółowe wzajemne prawa i obowiązki, jak również ewentualna odpłatność za świadczone usługi i terminy ich świadczenia, będą określane na etapie realizacji zamówienia publicznego w postaci porozumień szczegółowych określających, np. termin, zakres sporządzenia opinii do założeń wykonawczych, cenę takiej opinii. W przedmiotowym stanie faktycznym, spór dotyczy porozumienia załączonego wraz z zobowiązaniem do oferty, która uplasowała się na piątej pozycji.

W czwartym wypadku – stwierdzono, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, czyli nie będzie podwykonawcą, co jest zgodne chociażby z wyrokiem SO w Gdańsku z dnia 25.07.2011 r., sygn. akt: XII Ga 315/11, który wskazuje, że podwykonawstwo nie jest jedyną formą brania udziału w realizacji zamówienia. Izba w tym miejscu powołuje także za wyrokiem KIO z dnia 26.09.2013 r., sygn. akt: 2182/13 oraz wyrokiem KIO z dnia 09.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2292/13, że: „Podkreślenia wymaga (...) okoliczność, iż ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału, choć niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego”. Zatem zawsze udostępnienie zasobu musi wiązać się z korzystaniem z tego zasobu na etapie wykonania zamówienia, choć nie zawsze z udziałem podmiotu udostępniającego zasób w realizacji części zamówienia i w konsekwencji i możliwością np. żądania przez Zamawiającego dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia od podmiotów udostępniających zasób (podobnie w wyroku KIO z dnia 18.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2144/13).

65. Sygn. akt: KIO/KU 118/13, Uchwała KIO z dnia 9 stycznia 2014 r.

Rozpoznając zastrzeżenia, Izba podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający, w związku z treścią zobowiązania podmiotu trzeciego przedstawionego w ofercie przez wykonawcę X S.J. (...) zobowiązany był wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że zakres i sposób udostępnienia zasobu finansowego zapewnia należyłą realizację zamówienia lub do uzupełnienia innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków przez tego wykonawcę. Przede wszystkim z przedłożonego zobowiązania nie wynika, czy zasób finansowy realnie będzie pozostawać w dyspozycji tego wykonawcy, ani na jakich zasadach będzie udostępniany. Przykładowo, jak podał Prezes Urzędu, czy podmiot trzeci posiadający zdolność kredytową na wymaganą kwotę zobowiązuje się zaciągnąć kredyt, a następnie wymagane środki udostępnić wykonawcy, np. w formie darowizny, pożyczki, czy też zakupu za wymaganą kwotę materiałów potrzebnych do budowy. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy – Prawo zamówień publicznych na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował udostępnionymi mu przez podmiot trzeci zasobami. Podkreślenia także wymaga, że niezależnie od tego, w jaki sposób oraz jakimi dokumentami wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, treść ich powinna jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz jakiego okresu, a także w jaki sposób będzie ono wy-

konane, tzn. nie tylko jakie zasoby zostaną udostępnione, ale również na jakich zasadach. Izba również podkreśla, że istotą zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jest nie tylko potwierdzenie, że podmioty trzecie posiadają zasoby wymagane przez zamawiającego, ale także wykazanie, że wykonawcy składający ofertę mogą swobodnie z zasobów podmiotów trzecich korzystać w zakresie i na zasadach zapewniających im należyłą realizację zamówienia. Powyższe – także zdaniem Izby – znajduje potwierdzenie w treści § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów (Dz. U. poz. 231) – przyp. red.*], albowiem zgodnie z tym przepisem, zamawiający w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących m.in. zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu oraz sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia. Tym samym również ten przepis, odwołując się do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wskazuje na konieczność dokonania w toku postępowania oceny, czy dostępność wykonawcy do zasobów podmiotu trzeciego jest realna i czy sposób udostępnienia tych zasobów zapewnia należyte wykonanie zamówienia.

66. Sygn. akt: KIO/KU 65/14, Uchwała KIO z dnia 30 lipca 2014 r.

(...) to na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa ciężar wykazania, że spełnia on warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, iż w sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu dla wykazania spełnienia warunków udziału, został on przez ww. przepis ustawy zobowiązany do „udowodnienia” dysponowania przez wykonawcę określonym zasobem. Nie ulega tym samym wątpliwości, że wykazanie dysponowania wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów w tym zakresie zamawiającego. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu – tak, jak w tym postępowaniu, wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego formy oraz zakresu udostępnienia, to nie sposób uznać, że wykonawca udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, iż załączenie przez wykonawcę w swojej ofercie dokumentów podmiotu trzeciego takich, jakie są w myśl – § 3 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, (...) (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), wymagane są od podwykonawcy, stanowi potwierdzenie tej formy udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu. Zauważyć należy, że przekazanie potencjału przez inny podmiot, musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie zasobów, a jego zakres i forma winna jednoznacznie wynikać z pisemnego zobowiązania, lub innego dokumentu, po to, aby zamawiający mógł ocenić realność tego udostępnienia oraz ocenić, czy wskazana forma udostępnienia tego zasobu w realiach tego postępowania jest wystarczająca.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawca nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie wykazał, że udostępniający zasoby podmiot będzie brał udział w jego realizacji w charakterze podwykonawcy. Tylko na podstawie dedukcji z faktu, iż wykonawca składając wraz z udostępnieniem zasobów podmiotu trzeciego, dokumenty tego podmiotu, które winien złożyć podmiot biorący udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, można było wywieść, że podmiot trzeci ewentualnie zamierza brać udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawca. Takiej sytuacji nie można uznać za spełniającą wymóg z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. (...)

Izba stwierdza również, że dla konieczności udowodnienia zamawiającemu realności dysponowania wystarczającym zasobem podmiotu trzeciego nie jest niezbędne wskazanie tego wymagania w SIWZ. Jest to obowiązek ustawowy wynikający z art. 22 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż to na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa ciężar wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez zamawiającego. Udowodnienie dysponowania zasobem należącym do podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie polega na wyczerpaniu stanu formalnego, polegającego na złożeniu w poczet dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentu tytułowanego „zobowiązanie” powielającego w swej treści brzmienie przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, lub innego podobnego dokumentu, ale udowodnienie zamawiającemu, że wykonawca na podstawie tego udostępnienia, uzyska odpowiedni potencjał w wyniku którego spełni on warunki udziału w postępowaniu.

Art. 26 ust. 3

67. Sygn. akt: KIO/KD 7/09, Uchwała KIO z dnia 27 marca 2009 r.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieuprawnionego uzupełnienia dokumentu w ofercie wykonawcy X Izba ustaliła, iż Zamawiający (Zespół Zarządców Nieruchomości Y Sp. z o.o., Oddział G.) zamieścił w SIWZ postanowienie, iż „w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia należy złożyć następujące dokumenty:

B.1) Wykaz wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych) w okresie trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie minimum 3 usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie”. (s. 4 SIWZ).

Wykonawca X wraz z ofertą przedłożył „Wykaz wykonywanych usług związanych z przedmiotem zamówienia”, podając nazwy podmiotów, na rzecz których usługi wykonywano, ich adresy oraz informacje, iż miesięczny dochód za wykonywanie usługi wynosi około osiem tysięcy złotych, a Wspólnoty Mieszkaniowe wykazane w spisie są zarządzane przez Zespół Zarządców Nieruchomości w G., ul. (...) (s. 11 oferty). Do przedmiotowego wykazu wykonawca nie załączył dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie.

Ze względu na fakt, iż usługi wskazane w wykazie były wykonywane na rzecz Zespołu Zarządców Nieruchomości Y Sp. z o.o., Oddział G. Zamawiający sporządził „Wykaz wykonywanych świadczeń na rzecz Wspólnot Mieszkaniowych przez firmę X” (wykaz opatrzony jest datą 12.12.2008 r.), który następnie załączył do dokumentacji przetargowej (pismo Zespołu Zarządców Nieruchomości Y Sp. z o.o., Oddział G. z dnia 26 listopada 2008 r.).

W oparciu o powyższe Izba uznała, iż wykonawca X nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykaz załączony do oferty nie zawiera bowiem wszystkich informacji wymaganych w rozdziale VII SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, punkt B, podpunkt B1. Wykonawca nie załączył także dokumentów potwierdzających, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie.

Zamawiający, stwierdzając ww. braki miał obowiązek zwrócenia się do wykonawcy, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a więc wykazu zawierającego wszystkie wymagane przez SIWZ informacje, jak również dokumentu, czy też dokumentów potwierdzających należyte

wykonanie wskazanych w wykazie usług. Z obowiązku tego Zamawiający jest zwolniony jedynie w sytuacjach ściśle określonych we wskazanym przepisie, tj., wtedy, gdy mimo złożenia brakujących lub wadliwych dokumentów oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo też konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Żadna z tych enumeratywnie wymienionych okoliczności nie miała miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Natomiast niedopuszczalnym jest takie działanie jakie podjął Zamawiający, tj. uzupełnianie dokumentów przez Zamawiającego, jak i dokonywanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez pryzmat posiadanej przez niego wiedzy, nie znajdującej odzwierciedlenia w przedłożonych przez wykonawcę dokumentach. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu może być bowiem dokonana wyłącznie na podstawie oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę.

68. Sygn. akt: KIO/KD 3/10, Uchwała KIO z dnia 22 stycznia 2010 r.

Po pierwsze, należy zauważyć, iż Zamawiający sformułował katalog dokumentów wymaganych w celu potwierdzenia „warunków jakościowych” m.in. nawierzchni poliuretanowej (rozdział 11 pkt 4 lit. A siwz). Podstawą żądania przedmiotowych dokumentów jest przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który uprawnia zamawiającego do zobowiązania wykonawców do przedstawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Jednocześnie w sytuacji, w której wykonawcy nie złożą wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, albo złożą takie, które zawierają błędy, na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania tychże wykonawców do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

W niniejszym postępowaniu, Zamawiający nie zadośćuczynił obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mimo, iż zaktualizowały się wszystkie przesłanki wskazane w przedmiotowym przepisie, niezbędne do wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Zarówno oświadczenie według załącznika nr 5a do siwz, jak i dokument zawierający wyniki badań specjalistycznego laboratorium, dotyczące parametrów nawierzchni należą do kategorii dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, pierwszego dokumentu Wykonawca w ogóle nie złożył, zaś drugi uznano za nieważny, co zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, stanowi podstawę do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak zwrócił bowiem uwagę Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w odpowiedzi na zastrzeżenia, odmienne stanowisko prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców. W lepszej sytuacji byłiby bowiem wykonawcy, którzy dokumentów nie złożyli lub którzy złożyli dokumenty błędnie, niż ci, którzy spełnili obowiązek, ale przedstawione dokumenty nie potwierdzają postawionych warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, powoływana przez Zamawiającego okoliczność, iż nieaktualność przedmiotowego dokumentu stanowi przeszkodę do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w świetle jednolitego (i szeroko popularyzowanego) orzecnictwa nie znajduje uzasadnienia.

69. Sygn. akt: KIO/KU 84/10, Uchwała KIO z dnia 24 listopada 2010 r.

Stanowisko orzecznictwa i piśmiennictwa wskazujące, że art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie dotyczy możliwości uzupełniania kosztorysu ofertowego, jest zasadniczo jednolite, kosztorys jest bowiem dokumentem stanowiącym rdzeń oferty w rozumieniu art. 66 § 1 kodeksu cywilnego – wskazanie przedmiotu przyszłej umowy (opis pozycji i ilość) oraz ceny poszczególnych pozycji, za które umowa ta będzie wykonana. I chociaż dokumenty wskazane w § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form,

w jakich te dokumenty mogą być składane [(Dz. U. Nr 226, poz. 1817), które to rozporządzenie aktualnie zostało zastąpione rozporządzeniem z dnia 19.02.2013 r. (Dz. U. poz. 231) i przywołanemu przepisowi odpowiada aktualnie § 6 ust. 1 tego rozporządzenia – przyp. red.] również odnoszą się do przedmiotu przyszłej umowy, to wskazanie w kosztorysie cen nadaje mu wyjątkowe znaczenie jako dokumentu ofertowego, a z punktu widzenia proceduralnego – brak wskazania go w ww. § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) (jakkolwiek zawarty w § 5 rozporządzenia katalog nie jest zamknięty, lecz rodzaj dokumentu jest inny niż wskazane w tym przepisie) i niemożność, właśnie ze względu na podane ceny, zakwalifikowania go jako „opisu”, o którym mowa w punkcie 1 tego przepisu, powodują niemożność odniesienia do niego art. 25 ust. 1 i tym samym art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

70. Sygn. akt: KIO/KD 44/11, Uchwała KIO z dnia 24 maja 2011 r.

Zgodzić się także należało z zarzutem zawartym w Informacji o wyniku kontroli, iż Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, co do której nie wykazano spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skoro zaniechano wezwania do uzupełnienia dokumentu, do czego obliguje Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W celu potwierdzenia dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający żądał bowiem złożenia wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności (załącznik Nr 4 a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia). Bezsporne jest, że ze złożonego w ofercie Konsorcjum firm X S.A. i Y Sp. j. „Wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”, stanowiącym załącznik nr 4a do SIWZ, nie wynika, czy wskazane w nim osoby posiadają doświadczenie wymagane przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Załączona tabela, stanowiąca wykaz osób nie zawiera informacji na temat doświadczenia tych osób, czyniąc niemożliwym ocenę, czy wykonawca spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca nie potwierdził, iż spełnia określony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Słusznie zatem zwrócił uwagę organ kontroli, iż zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dniu wszczęcia postępowania, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, zawierające błędy do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. W sytuacji niezłożenia przez wykonawcę wymaganych oświadczeń lub dokumentów mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca nie potwierdza faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie wynika z tego bynajmniej, że wykonawca ten nie jest w stanie wykonać zamówienia i, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W myśl bowiem zasady, że ciężar udowodnienia faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy, wykonawca winien wykazać, załączając wymagane oświadczenia i dokumenty, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podobnie należy ocenić sytuację, w której wykonawca składa oświadczenie lub dokument, lecz z oświadczenia tego lub dokumentu nie wynika potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podzielono zatem konkluzję wyrażoną przez organ kontroli, iż Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi doświadczenie w wymaganym zakresie, a w przypadku, gdyby

wykonawca nie przedłożył w wyznaczonym terminie odpowiednich dokumentów, zamawiający zobowiązany byłby wówczas do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

71. Sygn. akt: KIO/KD 25/12, Uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r.

Zamawiający stwierdził, że wykonawca nie przedłożył wymaganych zgodnie z punktem 10.2.2 SIWZ dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków, tj. wykazu usług potwierdzających, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie lub wykonuje należycie usługi, które odpowiadają swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia w tym w obsłudze podmiotów określonych w art. 1a i podlegające regulacji art. 2 ustawy o radiofonii i telewizji [ustawa z dnia 29.12.1992 r. (Dz. U. t.j. z 2011 r. Nr 43, poz. 226 ze zm.) – *przyp. red.*]. Wykonawca nie podał określonego tam doświadczenia w zakresie obsługi prawnej obejmującego należyte wykonywanie określonych usług w zakresie jego działalności. Wykonawca nie podał, które z usług świadczonych przez wskazanych radców prawnych były ewentualnie wykonywane w ramach działalności wykonawcy. Ponadto, wykonawca wraz z odpowiedzią na wezwanie do uzupełnienia oferty (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) w zakresie spełniania warunków wykazał dodatkową osobę, tym samym wkraczając poza dopuszczalne uzupełnienie dokumentacji, co jest złożeniem oferty o nowej treści po terminie. Podanie po terminie do składania ofert nowej osoby mającej wykonywać zamówienie w dokumentacji ofertowej, jako uzupełnienie tej dokumentacji, stanowi istotną zmianę oferty i skutkuje koniecznością pominięcia przez zamawiającego tej informacji w zakresie oferty.

Składając zastrzeżenia zamawiający wskazał, że wykonawca nie podał, którzy radcowie prawni posiadają doświadczenie w zakresie obsługi prawnej spółek Skarbu Państwa, czego wymagał warunek udziału w postępowaniu. Jako odbiorcy usług podane zostały podmioty stanowiące *stationes fisci* Skarbu Państwa, nie zostały wskazane spółki, co do których podana zostałaby informacja, że są to spółki Skarbu Państwa. Ponadto nie wykazano się doświadczeniem w zakresie obsługi podmiotów określonych w art. 1a i podlegających regulacji art. 2 ustawy o radiofonii i telewizji, a wskazanie dodatkowej osoby o takim doświadczeniu dopiero w wykazie uzupełnionym na wezwanie, stanowi przekroczenie granicy uzupełniania dokumentów.

W ocenie składu rozpatrującego zastrzeżenia Kontrolujący prawidłowo stwierdził naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów przedłożonych wraz z ofertą, zobowiązany był na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących ich treści. Do momentu wszechstronnego rozważenia złożonych dokumentów w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający nie ma podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Należy również wskazać, że za dopuszczalne uznać można uzupełnienie dokumentów przez przedstawienie nowej osoby w wykazie osób. W przeciwnym przypadku, mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający wzywając danego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów (które pierwotnie nie zostały przedłożone) i taki brak zostałby uzupełniony, to taki wykonawca znajdowałby się w sytuacji korzystniejszej od wykonawcy, który wprawdzie pierwotnie przedłożył wymagany dokument, lecz niepotwierdzający spełniania warunków udziału w postępowaniu.

72. Sygn. akt: KIO/KD 97/12, Uchwała KIO z dnia 21 grudnia 2012 r.

Zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w ustalonym w toku kontroli stanie faktycznym było bezwzględny obowiązkiem Zamawiającego. Przepis ten stanowi, że Zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 albo, którzy złożyli oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. W analizowanej sprawie nie

wystąpiły okoliczności wyłączające obowiązek wezwania, tj. konieczność odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania.

Zaniechanie Zamawiającego było rezultatem przyjęcia błędnej – zdaniem Izby – interpretacji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle której obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów występuje wyłącznie w sytuacji ich nieprzedłożenia lub przedłożenia dokumentów zawierających błędy określone przez Zamawiającego jako „formalne”. Takie zawężenie dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie ma oparcia w brzmieniu i celu tego przepisu. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie mówi bowiem o dokumentach zawierających braki formalne, ale o każdej sytuacji złożenia dokumentów zawierających błędy, zaś jego celem jest ograniczenie konieczności wykluczenia z postępowania takich wykonawców, którzy są w stanie wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale z różnych przyczyn (przeoczenie, niewłaściwa ocena składanych dokumentów) nie zrobili tego już w momencie złożenia oferty. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym dokumentem zawierającym błędy jest dokument, który – czy to z powodów formalnych uchybień, czy merytorycznych niezgodności z oczekiwaniami zamawiającego – nie potwierdza spełniania ustalonych wymagań. Tylko takie rozumienie art. 26 ust. 3 pozwala osiągnąć jego cel. Z kolei wykładania odmienna prowadziłaby – jak słusznie zauważył Prezes Urzędu – do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawców, którzy określonych dokumentów w ogóle nie złożyli.

73. Sygn. akt: KIO/KD 3/13, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Izba wskazuje, że chociaż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie precyzuje w sposób szczegółowy treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, to nie ma jednak wątpliwości, iż celem tego przepisu jest umożliwienie wykonawcom naprawienia braków lub błędów w zakresie złożonych w ofercie dokumentów. Cel ten może być osiągnięty tylko wówczas, gdy wykonawca w sposób rzeczowy i jasny zostanie poinformowany w wezwaniu, na czym błędy lub braki te polegają oraz w jakim zakresie dokumenty mogą podlegać uzupełnieniu. Nie podanie w wezwaniu powyższych informacji stanowi istotne utrudnienie wykonawcom możliwości skutecznego uzupełnienia dokumentów, gdyż wykonawca, często przeświadczony o prawidłowości złożonych w ofercie dokumentów, nie posiada wystarczającej wiedzy na temat tego, co musi uzupełnić, aby udowodnić, że spełnia dany warunek.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że wezwanie wykonawców do uzupełnienia dokumentów w sposób ogólny może być uzasadnione tylko wówczas gdy wykonawca w ogóle nie złożył dokumentów, natomiast taki sposób wezwania w przypadku złożenia dokumentów, które zostały wstępnie ocenione przez zamawiającego, stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

74. Sygn. akt: KIO/KD 46/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.

Prezes Urzędu trafnie stawia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem 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 orzecznictwie Krajowej Izby Odwo-

ławczej ukształtował się pogląd, aprobowany przez Sądy Okręgowe sprawujące kontrolę instancyjną rozstrzygnąć Izby oraz piśmiennictwo, że zamawiający jest zobowiązany skorzystać z przywołanego przepisu każdorazowo, jeśli z oświadczeń i dokumentów, złożonych przez wykonawcę wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub wraz z ofertą, nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu (przykładowo wyrok z 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2664/12). Do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołuje się również art. 25 ust. 1 Pzp.

Regulacja art. 26 ust. 3 Pzp ma charakter wyjątkowy, gdyż zgodnie z przepisami ustawy oświadczenia i dokumenty winny być złożone wraz z wnioskiem lub ofertą (por. art. 44 i art. 50 Pzp). Przywołany przepis podlega zatem wykładni ścisłej – co oznacza, że oświadczenia lub dokumenty mogą być uzupełniane – po pierwsze – wyłącznie na wezwanie zamawiającego oraz – po drugie – wyłącznie, gdy skutkiem niezłożenia oświadczeń lub dokumentów albo złożenia oświadczeń lub dokumentów zawierających błędy wykonawcy nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z takim rozumieniem normy zawartej w art. 26 ust. 3 Pzp współbrzmi art. 51 Pzp oddzielający spełnianie warunków udziału w postępowaniu od oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

75. Sygn. akt: KIO/KD 47/14, Uchwała KIO z dnia 22 maja 2014 r.

Naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy, któremu udzielono zamówienia z wolnej ręki (P.P.H.U. X), do złożenia odrębnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, wskazane w pkt 2, zostało faktycznie przyznane przez zamawiającego, jako skutek niewłaściwej oceny odrębności dwóch postępowań o udzielenie zamówienia – podstawowego w trybie przetargu nieograniczonego i dodatkowego w trybie z wolnej ręki.

76. Sygn. akt: KIO/KD 94/14, Uchwała KIO z dnia 13 października 2014 r.

Wbrew stanowisku zamawiającego, zgodnie z poglądem utrwalonym i jednolicie prezentowanym tak w orzecznictwie Izby, jak i sądów okręgowych, sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym złożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wywodzi się to z wniosku *a maiori ad minus*. Jeżeli bowiem w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały złożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów), to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnienie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz robót i referencje), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby, zamawiający bezzasadnie uznał, że nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż prowadziłoby to do zmiany oferty. Jak wynikało z powołanej argumentacji, zamawiający pomylił dwie zasadniczo różne instytucje prawa zamówień publicznych, tj. oświadczenia i dokumenty składane na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu (strona podmiotowa zamówienia, art. 22 i art. 24 ustawy Pzp) oraz treść oferty, stanowiącą sposób realizacji roboty opisanej przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (strona przedmiotowa zamówienia). Warunki udziału w postępowaniu służą wykazaniu potencjału technicznego, osobowego, finansowego, ekonomicznego oraz wiedzy i doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Na tej podstawie zamawiający może ocenić, czy wykonawca jest podmiotowo zdolny do wykonania zamówienia i czy daje rękojmię należytego jego wykonania. Od potencjału wykonawcy ustawa odróżnia treść oferty, która stanowi określenie sposobu, w jaki

wykonawca będzie wykonywał zamówienie. Zatem, uzupełnienie przez wykonawcę dokumentów dotyczących jego wiedzy i doświadczenia w żaden sposób nie mogło doprowadzić do zmiany oferty, niedopuszczalnej w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 26 ust. 4

77. Sygn. akt: KIO/KD 107/13, Uchwała KIO z dnia 11 grudnia 2013 r.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, „zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”. Przepis ten nakłada na zamawiającego taki obowiązek, jeśli na podstawie złożonych dokumentów powźmie on wątpliwości co do spełnienia przez wykonawcę wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Jego celem jest więc zapewnienie wykonawcom możliwości ustosunkowania się do stanowiska zamawiającego w zakresie oceny złożonych przez nich oświadczeń lub dokumentów, przed podjęciem przez zamawiającego decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu wykonawcy czy odrzuceniu jego oferty, jak również umożliwienie wykonawcom dalszego udziału w postępowaniu bez konieczności wszczynania postępowań odwoławczych. Zamawiający powinien korzystać z tego przepisu zarówno w sytuacji wątpliwości, co do złożonych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów, jak i w sytuacji, gdy sam takich wątpliwości nie ma, ale zwrócenie się o wyjaśnienia umożliwi usunięcie ewentualnego sporu pomiędzy stronami.

Art. 29 ust. 1–3

78. Sygn. akt: KIO/KD 6/09, Uchwała KIO z dnia 17 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie naruszeń objętych zastrzeżeniami Zamawiającego ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadził dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego oraz w trybie zapytania o cenę. W obu postępowaniach Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w podobny, ale nie identyczny sposób: Zamawiający w obu postępowaniach wskazał nazwy konkretnych producentów i typy (numery katalogowe) produktów:

- 1) W postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę Zamawiający nie wskazał w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że dopuszcza składanie ofert na produkty o cechach podobnych, posiadających te same funkcjonalności – brak w opisie przedmiotu zamówienia wyrażenia „lub równoważne” (opis przedmiotu zamówienia pkt. 5.3 SIWZ, s. 2).
- 2) W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający dopuścił składanie zamienników niektórych materiałów eksploatacyjnych, które określił przez podanie typu i nazwy producenta – po numerze katalogowym Zamawiający dodał wyrażenie „albo równoważne” (pkt. 5.4.1.1 do 5.4.1.4 SIWZ, s. 2). Co do pozostałych materiałów eksploatacyjnych (pkt. 5.4.2.1 do 5.4.2.4 oraz pkt. 5.4.3, 5.4.4 SIWZ) Zamawiający nie dodał określenia „albo równoważne”.

W przetargu nieograniczonym prowadzonym przez Zamawiającego złożono 7 ofert, zaś w trybie zapytania o cenę – 2 oferty. Wobec takiego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, spostrzeżenia zawarte w informacji o wyniku kontroli w zakresie naruszenia art. 29 ust. 2 i 3 w związku z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych skład orzekający Izby uznaje za trafne. Przepis art. 29 ust. 3 Prawa zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący, i zgodnie z nim Zamawiający winien w każdym przypadku, jeżeli nie może określić przedmiotu zamówienia inaczej, niż przez podanie konkretnych znaków towarowych, (nazw handlowych), powinien dopuścić złożenie „zamienników” przez dodanie słów „lub równoważ-

nych” albo innych o tożsamym znaczeniu. W obu postępowaniach objętych kontrolą Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, lecz w sposób, który mógł spowodować utrudnienie uczciwej konkurencji.

79. Sygn. akt: KIO/KD 14/12, Uchwała KIO z dnia 6 lutego 2012 r.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone musi być zgodnie z określonymi w ustawie zasadami w tym z art. 7 ust. 1 ustawy stanowiącym, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Każdorazowo zasady, jako dyrektywy ogólne wypełnia przepis uszczegółwiający, w przedmiotowej sprawie art. 29 ust. 2 – Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Obowiązkiem i uprawnieniem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami opisanymi w art. 29 ustawy oraz w zakresie, w którym Zamawiający uzna to za zasadne, i da temu wyraz w treści ogłoszenia oraz SIWZ jednakże nie może dokonać opisu przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu urządzenia określonej klasy oferowanego przez określonego wykonawcę, gdyż takie działanie stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy. Istotne jest, aby przedmiot zamówienia został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Oznacza to konieczność eliminacji z opisu przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać konkretnego wykonawcę, bądź które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie ofert lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. (tak też wyrok KIO z 21 września 2010 roku sygn. akt KIO 1954/10, wyrok KIO z 7 października 2010 roku sygn. akt KIO 2053/10).

Istotą sprawy jest regulacja zawarta w art. 29 ust. 2 ustawy, który wskazuje, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W tym zakresie nie jest konieczne wykazanie, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na konkretny produkt prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji, lecz konieczne jest wykazanie, iż opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia w sposób bezsprzeczny zaoferowanie większej liczby produktów lub równoważnych rozwiązań technologicznych. Analiza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie wskazuje, iż sposób i treść merytoryczna opisu przedmiotu zamówienia musi być sformułowana w ten sposób, iż przy określonych realiach rynkowych i gospodarczych (tj. w określonej sytuacji rynkowej) dochodzi do faktycznego monopolu jednego wykonawcy, producenta, dystrybutora (monopolu podmiotowego) lub monopolu jednego określonego rodzaju produktu (monopolu przedmiotowego). W takim wypadku, tj. w przypadku wykazania takiego monopolu, stosownie do treści art. 29 ust. 2 ustawy, nie jest konieczne wykazanie i udowodnienie takiej sytuacji, a więc jej przewidywanych następstw w postaci możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji. W tym zakresie wystarczające jest już samo uprawdopodobnienie, iż następstwem takiego opisu przedmiotu zamówienia może być, np. stosowanie nieuczciwych praktyk monopolistycznych, czynów nieuczciwej konkurencji, w szczególności kreujących określone monopole lub ograniczających dostęp do rynku innych wykonawców lub preferowanych przez nich produktów (tak też wyrok KIO z 6 maja 2010 roku sygn. akt KIO 634/10). Naruszenie uczciwej konkurencji lub tylko podejrzenie takiego naruszenia musi być następstwem nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i ten ostatni fakt został wykazany w kontroli Prezesa UZP, której treść oparta została o opinię biegłego. Jak wynika z literalnej wykładni art. 29 ust. 2 ustawy użyty

w treści tego przepisu zwrot „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję” wskazuje, iż dla uznania naruszenia ustanowionego w powyższej normie prawnej zakazu wystarczające jest jedynie takie działanie Zamawiającego, które mogłoby sprzyjać naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niekoniecznie zaś godzić w nią bezpośrednio. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 ustawy wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia. Z przepisu tego wynika jedynie zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji, nie zaś zakaz sporządzenia opisu w taki sposób, że w obrocie istnieją inne produkty, których zaferowanie byłoby niemożliwe.

80. Sygn. akt: KIO/KD 16/12, Uchwała KIO z dnia 13 lutego 2012 r.

W ramach dokonanego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający naruszył normy wynikające z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, których celem ustanowienia była maksymalizacja konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zastrzec przy tym należy, iż chodzi o konkurencję interpretowaną na gruncie Pzp w sposób, w jaki przedstawił to Prezes UZP, a nie uczciwą konkurencję w rozumieniu innych ustaw.

Powyższe w żadnym razie nie stoi w sprzeczności z realizacją zobiektywizowanych i uzasadnionych potrzeb zamawiającego przejawiających się w konieczności zakupu dóbr i usług spełniających określone standardy i wymogi. Konkurencyjność polegająca między innymi na umożliwieniu jak najszerszego dostępu do zamówienia podmiotom obecnym na rynku może zostać jak najbardziej w ten sposób ograniczona. W skrajnych przypadkach konieczność dokonania określonych zakupów prowadzić może nawet do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Jednakże to na zamawiającym ciążyć będzie obowiązek uzasadnienia, a nawet udowodnienia rzeczowych podstaw takiego ograniczenia.

Tymczasem w przedmiotowym przypadku Zamawiający jakichkolwiek rzeczowych powodów dla ograniczenia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia wynikającej z art. 29 ust. 2 Pzp, nie przedstawił. W szczególności z wyjaśnień i zastrzeżeń Zamawiającego można co najwyżej odczytać sugestie, iż Zamawiający musiał zakupić oprogramowanie X. Natomiast powodów dlaczego mogłoby to być wyłącznie tego typu oprogramowanie nie wskazano. Natomiast odnośnie stwierdzonego w ramach kontroli pośredniego ograniczenia konkurencji polegającego na sformułowaniu zbyt daleko idących kryteriów równoważności do oprogramowania X, należy podzielić opinię biegłego, iż przy literalnym odczytaniu wymagań siwz (a nie jej „prokonkurencyjnej” wykładni dokonywanej dopiero następnie przez zamawiającego), zakładana równoważność sprowadza się w wielu aspektach do nieuzasadnionej identyczności, tzn. jest de facto wymaganiem produktu identycznego z oprogramowaniem X, np. co do wersji, struktury, obsługi ilości modeli.

Następnie stwierdzić należy, iż wskazywana przez Zamawiającego specyfika przedmiotu zamówienia lub sugerowana niemożność jego opisanie przy pomocy dostatecznie dokładnych określeń, nie uzasadnia w tym przypadku zniesienia zakazu opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy znaków towarowych, patentów lub pochodzenia wynikającego z przepisu art. 29 ust. 3 ustawy, tzn. rzeczona specyfika i niemożność właściwie nie zostały przez Zamawiającego wykazane i tym samym nie uzasadniały posłużenia się znakiem towarowym X w takim zakresie w jakim zostało to poczynione w przedmiotowej siwz. Powyższe było z pewnością uzasadnione w odniesieniu do wskazania i opisu posiadanych modeli, których możliwość wykorzystania (czy przeniesienia zgromadzonych w nich danych) skutkowałą koniecznością wskazania przy użyciu jakiego oprogramowania zostały wytworzone i zapisane. Zama-

wiający nie wykazał natomiast jakie inne funkcjonalności czy parametry właściwie dla oprogramowania X, które winno posiadać aktualnie zamawiane oprogramowanie, a których nie można było opisać przy pomocy wymagań funkcjonalnych czy innych dokładnych określeń, ale konieczne było odwołanie się przy tym do konkretnego znaku towarowego i właściwości produktu oznaczonego w ten sposób.

W świetle generalnej zasady wynikającej z art. 29 ust. 3 Pzp posługiwanie się znakami towarowymi i wskazaniem konkretnych produktów winno być minimalizowane, czyli zasadą jest opis przedmiotu zamówienia bez ich użycia, a dopiero w obszarach, których inaczej opisać nie sposób (lub będzie to nazbyt skomplikowane, nieczytelne... etc...) oznaczenia tego typu mogą być wykorzystane. W rozpatrywanej sytuacji Zamawiający powyższą zasadę po prostu odwrócił i wskazał, że chce zakupić oprogramowanie X lub równoważne.

81. Sygn. akt: KIO/KD 52/13, Uchwała KIO z dnia 11 czerwca 2013 r.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego zawartej w zastrzeżeniach, Izba częściowo podzieliła stanowisko prezentowane przez zamawiającego uznając, iż zamawiający opisując przedmiot zamówienia w zakresie przewracarki osadów nie naruszył art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż zgodnie z dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby nie będzie utrudniać uczciwej konkurencji takie opisanie przedmiotu zamówienia, które eliminuje możliwość zrealizowania zamówienia przez niektórych potencjalnych oferentów, o ile podyktowane to jest potrzebami zamawiającego mającymi charakter obiektywny. Izba wskazuje, iż zakazu ograniczania konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia nie można rozumieć w ten sposób, że zamawiający nie może ustalać określonych standardów poprzez stawianie wymogów mających na celu wykonanie zamówienia zgodnie z jego założeniami, jeśli tylko w jakimkolwiek stopniu ograniczają one jako taki krąg podmiotów mogących sprostać wymaganiom zamawiającego. Izba wskazuje, iż opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nienaruszający dyspozycji art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. W ocenie Izby brak możliwości spełnienia określonych wymogów zamawiającego znajdujących oparcie w jego uzasadnionych potrzebach przez potencjalnego wykonawcę nie stanowi utrudnienia uczciwej konkurencji, jeśli do tego samego zamówienia ma dostęp szereg innych wykonawców. Bezspornym jest, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający szczegółowo opisał wymagane parametry przewracarki osadów jednakże, jak wskazał sam kontrolujący, co wydaje się być kwestią bezsporną, opis ten nie ogranicza możliwości dostarczenia wyłącznie jednego konkretnego urządzenia.

82. Sygn. akt: KIO/KD 19/14, Uchwała KIO z dnia 18 marca 2014 r.

(...) Izba wskazuje, iż zobiektywizowane potrzeby zamawiający przedstawił tylko co do naczepy (zabudowy), a nie dla podwozia. Co więcej sam przyznał, że taką zabudowę można zabudowywać na podwoziach różnych firm. Z zastrzeżeń wynika, że zamawiający nie zbadał, czy podane przez niego parametry dla podwozia nie mają charakteru dyskryminującego, a jedynie, jak sam stwierdził, tak mu się wydawało. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia dla podwozia ogranicza nie tylko samochody mniej ekologiczne, ale także te bardziej ekologiczne, co potwierdził biegły w uzupełniającej opinii. Dla naruszenia normy art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wystarczającej jest jedynie uprawdopodobnienie utrudnienia uczciwej konkurencji, stąd nie można ocenić pierwszej opinii biegłego jako niekompletnej, gdyż nie odnosi się do podwozi wszystkich producentów na świecie.

W ocenie Izby stwierdzenie wyeliminowania za pomocą opisu przedmiotu zamówienia 27 z 28 przebadanych marek wysoce uprawdopodobnia utrudnienie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

83. Sygn. akt: KIO/KD 30/14, Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.

Naruszenie art. 29 ust. 1 oraz 31 ust. 1 i jednocześnie art. 41 ustawy Pzp przez nieokreślenie wielkości lub zakresu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej, jako zasadne, nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego w sposób zasługujący na uwzględnienie.

Podniesione w zastrzeżeniach okoliczności, że „Jednak roboty budowlane polegające na remoncie cząstkowym dróg gruntowych są trudnym do zwymiarowania i opisanym przedmiotem zamówienia z uwagi na fakt, iż zakres i ilość prac uzależniona jest głównie od warunków pogodowych panujących w okresie zimowym, a wielkość ubytków przeznaczona do wyremontowania nie jest widoczna od razu tylko wraz z upływem czasu po okresie zimowym pojawiają się ubytki/wyrwy w drogach gruntowych”, nie mogą zostać uwzględnione, gdyż nie zwalniają zamawiającego z obowiązku opisanego przedmiotu zamówienia w sposób właściwy dla robót budowlanych.

W protokole kontroli doraźnej (UZP/DKD/KND/14/13) kontrolujący ustalił w części B, pkt 1, na podstawie informacji zamieszczonych w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W ocenie Izby, skoro wartość zamówienia na roboty budowlane w postępowaniu wszczętym w dniu 14.12.2012 r. została ustalana na podstawie „lat ubiegłych i poniesionych kosztów”, słuszne było stanowisko kontrolującego nie uznające tak sformułowanych zastrzeżeń zamawiającego. Izba podziela stanowisko kontrolującego, że zamawiający mógł określić wielkość lub zakres zamówienia na podstawie ilości robót wykonanych w poprzednich latach, w sposób nienaruszający przepisów ustawy Pzp wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

84. Sygn. akt: KIO/KD 64/14, Uchwała KIO z dnia 30 lipca 2014 r.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznaje zastrzeżenia zamawiającego za niezasadne. Istotnie przedmiot zamówienia został opisany w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący. Jak ustalono, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, w oparciu o kryterium ceny najmu, zamawiający wybrał spośród czterech marek zaoferowanych, 8 aut modelu (...) E 200 CGI uzasadniając ten wybór względami ekologicznymi, technicznymi i eksploatacyjnymi, a także rocznikiem produkcji, niezawodnością i bezpieczeństwem. Wybór modeli pojazdów nastąpił po wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli, jak stwierdził zamawiający, po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Potwierdza się zatem ustalenie kontrolującego, że wykonawcy składając ofertę zobowiązali się do wynajęcia ośmiu samochodów osobowych o nieokreślonej marce/modelu. Nie były przy tym znane kryteria ostatecznego wyboru dokonanego przez zamawiającego, gdyż nie określono w siwz, jakie parametry przedmiotu najmu zdecydują o uznaniu, że spełnia on oczekiwania zamawiającego. W konsekwencji opis przedmiotu zamówienia cechowała niepewność co do rzeczywistego kształtu zobowiązania stron i skutek w postaci znacznego marginesu swobody po dokonaniu wyboru oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zauważa przy tym, że następstwem nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia jest niemożność przygotowania i złożenia prawidłowej oferty, a następnie określenie zakresu świadczenia wykonawcy w umowie, który musi być, stosownie do art. 140 ust. 1 ust. 1 ustawy Pzp, tożsamy z tożsamy z zobowiązaniem zawartym

w ofercie. Izba stwierdza także, że błędne stanowisko jest zamawiającego, iż dokonał on ostatecznego wyboru modeli samochodów już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaje się to sugerować, że po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy zamawiający był uprawniony do przeprowadzenia dodatkowej procedury nie przewidzianej przepisami prawa, w tym Prawa zamówień publicznych. Należy podkreślić, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na gruncie ustawy, zgodnie z treścią art. 2 ust. 7a ustawy (w brzmieniu tego przepisu obowiązującym od 29 stycznia 2010 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 223, poz. 1778), da się zdefiniować jako ciąg czynności faktycznych i prawnych rozpoczynający się z chwilą ogłoszenia o zamówieniu, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy. Wprawdzie przepis nie określa momentu zakończenia tego postępowania, ale „treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.” Powyższe stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale III CZP 103/10 z dnia 17 grudnia 2010 r. Tak więc ocena oferty także na etapie wyboru modeli pojazdów dokonywana była bezspornie pod rządami ustawy Pzp, natomiast co najmniej wobec niedostatecznego opisu przedmiotu zamówienia nie mogła być dokonana w zgodzie z przepisami.

85. Sygn. akt: KIO/KD 95/14, Uchwała KIO z dnia 21 października 2014 r.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp, Zamawiający poprzestał jedynie na stwierdzeniu, iż zakres prac określała precyzyjnie dokumentacja projektowa. Pozostaje to w sprzeczności z przytoczonymi przez Kontrolującego postanowieniami SIWZ, których obiektywna analiza prowadzi do wniosku, iż przedmiot zamówienia nie został w tym postępowaniu opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zastrzeżenia poczynione przez Zamawiającego w pkt 3.4 SIWZ wskazują, że to nie SIWZ, ale dodatkowo czynność polegająca na przeprowadzeniu przez wykonawcę wizji lokalnej, uszczegóławiała warunki związane z wykonaniem zamówienia, jak również informacje niezbędne do oceny prac. Przedmiotowe kwestie, jak zasadnie stwierdził Kontrolujący, powinny natomiast znaleźć wyraźne odzwierciedlenie w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca nie powinien być natomiast zmuszany do poszukiwania tego rodzaju informacji poza dokumentem SIWZ, niejako w innych źródłach (nie będących elementem specyfikacji) – co miało miejsce w analizowanym postępowaniu właśnie poprzez nałożenie wymogu przeprowadzenia wizji lokalnej m.in. w celu uzyskania dodatkowych informacji na temat koniecznych i przydatnych prac, czy elementów niezbędnych do wykonania umowy. W konsekwencji, to na wykonawców został przerzucony obowiązek, który z mocy art. 29 ust. 1 Pzp ciąży na zamawiającego. W dodatku w tym postępowaniu Zamawiający wyłączył swoją odpowiedzialność za treść uzyskanej przez wykonawcę informacji. W istocie, wykonawcy nie została zagwarantowana pewność, co do przedmiotu zamówienia i realizacji umowy, co wynikało z faktu, iż przedmiot ten nie został opisany w sposób kompletny i obejmujący wszelkie wymagania i warunki realizacji zamówienia.

Art. 32 ust. 1

86. Sygn. akt: KIO/KD 17/14, Uchwała KIO z dnia 14 marca 2014 r.

Odnosnie naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, wskazanego w pkt I informacji o wyniku kontroli należało stwierdzić, że organ kontrolny swój wniosek o naruszeniu tego przepisu wyprowadził wyłącznie w oparciu o porównanie pkt 2 i pkt 5 protokołu postępowania. Wywiódł, że skoro w pkt 5 protokołu zamawiający wskazał, iż kwota na sfinansowanie zamówie-

nia stanowi 653.000 zł brutto, a więc z podatkiem VAT, to z pewnością wartość szacunkową zamówienia, podaną w pkt 2 również w kwocie 653.000 zł, ustalono niezgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, tj. również łącznie z podatkiem VAT.

Izba stwierdziła, że domniemanie faktyczne, na jakim oparł się organ kontrolny, było wadliwe. Z faktu, iż zamawiający w pkt 5 (w którym podaje się kwotę brutto, a więc z podatkiem VAT) oraz w pkt 2 protokołu (w którym należy podać kwotę netto, tj. bez podatku) wskazał tę samą kwotę można było bowiem wyciągnąć również inny, poprawny pod względem logiczny wniosek. Uszło uwadze organu kontrolnego, że tożsamość kwot mogła być wynikiem tego, że usługi będące przedmiotem zamówienia podlegały zwolnieniu od podatku VAT. Istnienie innego, poprawnego pod względem logicznym faktu, jaki można ustalić w oparciu o fakt tożsamości kwot z pkt 2 i pkt 5 protokołu, oznaczało, że domniemanie faktyczne, na jakim oparł się organ kontrolny okazał się nieprawidłowe. Nadmienić należy, że z informacji o wyniku kontroli nie wynikało, aby organ kontrolny wykluczył, że zamawiana usługa nie korzystała ze zwolnienia od podatku VAT. W kontekście stawianego zarzutu naruszenia art. 32 ust. 1 ustawy Pzp ustalenia takie należało poczynić, biorąc pod uwagę również to, że stawka podatku VAT „zwolniony” została wskazana w dwóch z czterech ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu.

Art. 32 ust. 2 i ust. 4

87. Sygn. akt: KIO/KD 42/09, Uchwała KIO z dnia 12 listopada 2009 r.

Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 32 ust. 4 ustawy Pzp przez osobne ustalenie wartości zamówienia dla każdego z trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na nadzór inwestorski dla inwestycji: budowa systemu kanalizacji sanitarnej na terenie gminy K. – etap I, etap II, etap III. Jednocześnie za wyczerpującą Izba uznała argumentację Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w pełni ją podzielając.

Podkreślić należy, iż szacowanie wartości zamówienia jest czynnością kluczową dla konieczności stosowania poszczególnych przepisów ustawy Pzp, a tym samym dla prawidłowości prowadzonego postępowania. Wobec tożsamości usług będących przedmiotem wszystkich trzech postępowań, faktu, iż ofertę na wykonanie trzech zamówień złożył tylko jeden wykonawca, z którym następnie podpisane zostały umowy, zbiegu terminu zarówno wszczęcia wszystkich postępowań stanowiących przedmiot kontroli oraz terminu zawarcia umów z wykonawcą, co świadczy o świadomości zamawiającego co do konieczności zapewnienia nadzoru na trzech etapach inwestycji, Izba nie dopatrzyła się odrębności przedmiotowych usług pozwalającej na zaniechanie stosowania art. 32 ust. 4 ustawy Pzp.

Stwierdzone naruszenie ma znaczenie tym bardziej, że nie sumując wszystkich trzech części zamówienia zamawiający ustalił wartość każdego z nich na mniej niż 60 000 euro, a tym samym uniknął prowadzenia postępowania w zastrzeżonej procedurze, w tym m.in. zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i wyznaczenia 52-dniowego terminu na składanie ofert, co niewątpliwie miało przełożenie na dostępność do zamówienia podmiotów zdolnych do jego realizacji. Bez wpływu na działanie zamawiającego pozostaje, w ocenie Izby, fakt przeprowadzenia trzech odrębnych postępowań na roboty budowlane polegające na budowie kanalizacji sanitarnej oraz okoliczność zawarcia odrębnych umów na dofinansowanie inwestycji. Sposób finansowania nie ma znaczenia dla ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy Pzp przeprowadził trzy odrębne postępowania na nadzór inwestorski po uprzednim zsumowaniu ich wartości i ogłoszeniu w stosownym publikatorze.

88. Sygn. akt: KIO/KD 51/10, Uchwała KIO z dnia 19 lipca 2010 r.

Dodatkowo Izba wskazuje, że przy ustalaniu wartości zamówienia należy wziąć pod uwagę łączną wartość wynagrodzenia za wykonanie całości zamówienia, przy czym dla ustalenia wartości zamówienia istotny i miarodajny jest konkretny projekt, zamiar, cel nakierowany na osiągnięcie określonej z góry funkcjonalności. Ustalając wartość zamówienia zamawiający winien wziąć pod uwagę całe zaplanowane zapotrzebowanie, cel.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, wszczęte przez zamawiającego, w odstępach kilku miesięcy, postępowania przetargowe polegające na: dostawie 5 stacji bazowych (...) wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego (wartość 515 000 zł, co stanowi 132 831, 24 euro) oraz na instalacji 5 stacji bazowych (...) wraz z aktualizacją oprogramowania i serwerem regionalnym na istniejących obiektach (wartość 650 000 zł, co stanowi 167 651, 08 euro) są zamówieniami nierozzerwalnie i funkcjonalnie ze sobą powiązanymi, służącymi do realizacji wspólnego celu, jakim jest unifikacja sprzętowa i programowa stacji bazowych systemu (...) – PL. Obok niewątpliwie istniejącego związku funkcjonalnego pomiędzy wskazanymi wyżej zamówieniami, należy także podnieść istnienie związku czasowego, uzasadniającego konieczność dokonania sumowania wartości obu zamówień. Związek taki w zaistniałej sytuacji zachodzi, gdyż powiązane ze sobą funkcjonalnie zamówienia miały być zrealizowane w dającej się przewidzieć, określonej perspektywie czasowej. Zamawiający, udzielając zamówienia na dostawę 5 sztuk stacji bazowych miał świadomość i wiedzę o tym, że w niedługiej perspektywie czasowej udzieli zamówienia na instalację zakupionych stacji bazowych. Świadczy o tym dobitnie wskazany w informacji o wyniku kontroli fakt, że we wniosku o dofinansowanie zamawiający traktował dostawę i usługę łącznie.

Izba nie neguje dopuszczalności udzielenia zamówienia w tzw. częściach, odrębnych procedurach przetargowych, tak jak uczynił to zamawiający. Jednakże, w sytuacji, gdy zamawiający przewidział podział zamówienia (funkcjonalnie i czasowo ze sobą powiązanego) na części, należy pamiętać, że wartością każdego z odrębnie udzielanych zamówień jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Stąd obowiązkiem zamawiającego było zsumowanie wartości obu zamówień, wszczęcie i przeprowadzenie procedury o zamówienie publiczne na dostawę 5 sztuk stacji bazowych (...) wraz z aktualizacją oprogramowania sieciowego w pełnej procedurze ze wszelkimi rygorami przewidzianymi dla zamówień, których wartość przekracza równowartość kwoty 133 000 euro.

89. Sygn. akt: KIO/KD 69/11, Uchwała KIO z dnia 6 września 2011 r.

Należy w tym miejscu zważyć, iż tożsamość zakresu usług będących przedmiotem każdej z dwóch umów, które zawarł zamawiający, wynikająca z dokumentacji (dwa odpowiadające sobie opisy przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 pn. „Szczegółowy zakres opracowania” do każdej z zawartych umów) w kontekście zbiegających się terminów zawarcia umów z tym samym wykonawcą pozwala na stwierdzenie, iż zamawiający miał pełną świadomość konieczności sporządzenia koncepcji programowo-przestrzennych gazociągu dla obu odcinków gazociągu, tj. A–B i B–C. Nadmienić należy, że sam zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach posługuje się pojęciem „odcinki” wymiennie z pojęciem „gazociągu”, co potwierdza również przyjęcie stanowiska, iż to koncepcja programowo-przestrzenna dla gazociągu realizowana w odcinkach (częściach) stanowiła przedmiot zawartych umów. Istotne znaczenie ma również brak wykazania przez zamawiającego faktycznych przyczyn, przesłanek stanowiących o odmienności przedmiotu zamówienia w dwóch zawartych umowach. Zamawiający podał, że odcinki gazociągu A–B i B–C są odrębnymi przedsięwzięciami inwestycyjnymi i pełnią w polskim systemie przesyłowym odrębne funkcje techniczno-użytkowe a także wskazał, że nieistnienie jednego z nich nie oznacza braku możliwości funkcjonowania drugiego. Niemniej istotnym jest, iż przedmiotem umów jest sporządzenie koncepcji programowo-przestrzennych gazociągu odpowiednio dla odcinka gazociągu A–B oraz B–C według

zbieżnych wymagań i założeń, dlatego też uzasadnienie zamawiającego jakoby sporządzenie dwóch odrębnych dokumentacji przedprojektowych (koncepcja programowo przestrzenna dla każdego z gazociągów) dla instalacji mogących funkcjonować w pełni niezależnie od siebie nie stanowi podstawy do sumowania wartości tych usług przy jednoczesnym braku wykazania odrębności przedmiotu zamówienia na usługę wykonania koncepcji programowo – przestrzennych potwierdza brak odrębności w zakresie przedmiotu udzielonych zamówień. Tym samym Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 32 ust. 2 i 4 ustawy Pzp. Ustawodawca zakazał dzielenia zamówienia na części w sposób, który prowadziłby do uniknięcia stosowania ustawy Pzp. Zamawiający może zatem podzielić zamówienie na części, może również udzielić zamówień na poszczególne części w osobnych postępowaniach o udzielnie zamówienia publicznego jednakże zobowiązany jest ustawowo do stosowania takich przepisów ustawy Pzp, które są właściwe dla wartości zamówienia stanowiącej łączną wartość poszczególnych części zamówienia.

90. Sygn. akt: KIO/KD 82/12, Uchwała KIO z dnia 3 października 2012 r.

Z postanowień § 5 umowy partnerskiej na rzecz realizacji projektu „Proste drogi do sukcesu wynika, „że partnerzy projektu, tj. gminy w nim uczestniczące zobowiązani zostali do wskazywania i oznaczenia budynków i pomieszczeń, w których prowadzone były zadania w ramach tego projektu. Finansowaniem objęte zostały także wydatki związane z przedmiotami pomocy dydaktycznych, materiałów biurowych i sprzętu. Ponadto przewidziano zaangażowanie opieki pedagogiczno-psychologicznej oraz nauczycieli (w liczbie wskazanej na poszczególne zadania). Szczegółowy budżet projektu w ramach zadania nr 1 Zarządzanie projektem przewidywał zaangażowanie 49 osób jako koordynatorów szkolnych, gdzie planowane wydatki przewidziano w kwocie 161 700,00 zł. Harmonogram realizacji projektu przewidywał czas jego trwania od września 2009 r. do lipca 2010 r. Zamawiający zawarł w dniach 7.12.2009 r., 30.03.2010 r. oraz 1.04.2010 r. umowy zlecenia z osobami pełniącymi funkcje koordynatorów szkolnych. Z podsumowania kwot wynagrodzeń dla koordynatorów szkolnych, przewidzianych zawartymi umowami wynika, że wyniosły one kwotę 161 700,00 zł. Budżet projektu – wniosek o dofinansowanie, nie jest równoznaczny z szacunkową wartością zamówienia, określoną art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, której Zamawiający nie ustalił w oparciu o przepisy Pzp. W dacie udzielenia przedmiotowych zamówień obowiązywało rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. ustalające średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania zamówień publicznych w wysokości 3,8771 zł. (Dz. U. Nr 241, poz. 1763) [aktualnie jest to rozporządzenie z dnia 23.12.2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1692), która ustanawia wartość tego przelicznika na poziomie: 4,2249 – przyp. red.], zatem odpowiadająca wysokości 14 000 euro [aktualnie, po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 14.03.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 423), wartość progu, od którego powstaje obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp podwyższono do równowartości 30 000 euro – przyp. red.] kwota w złotych wynosiła 54 279,40 zł. Zakres obowiązków i kwalifikacje koordynatorów szkolnych zostały ustalone jednolicie i obejmowały:

- prowadzenie w szkole działań, których celem było poinformowanie społeczności szkolnej o możliwościach stwarzanych przez program dla uczniów i nauczycieli,
- otrzymywanie od organizatora programu danych, które umożliwiały zbieranie i przetwarzanie informacji,
- informowanie pozostałych nauczycieli o uczestnictwie szkoły w programie, informowanie społeczności szkolnej o przebiegu prac nad projektem,
- dbałość o systematyczne pobieranie materiałów,

- planowanie zadań do realizacji w danej szkole, zgodnie z opracowanym harmonogramem rzeczowo-finansowym projektu,
- czuwanie nad organizacją wycieczek i wyjazdów edukacyjnych w koordynowanej szkole,
- dbanie o organizację imprez szkolnych związanych z realizacją projektu,
- przeprowadzanie spotkań z nauczycielami prowadzącymi zajęcia i dyrektorem szkoły,
- raportowanie o zauważonych nieprawidłowościach koordynatorowi gminnemu oraz przygotowywanie scenariuszy działań naprawczych,
- rozliczanie nauczycieli pod względem merytorycznym w zakresie przeprowadzonych godzin zajęć,
- dbanie o bieżące uaktualnianie strony internetowej szkoły informacją o realizowanym projekcie.

Ustalenie, czy zachodzi jedno zamówienie, czy też kilka odrębnych zamówień, winno być według cytowanych wyżej przepisów ustawy Pzp i ukształtowanej praktyki dokonywane przy zastosowaniu niżej wymienionych trzech kryteriów:

1. tożsamości przedmiotowej zamówienia,
2. tożsamości czasowej zamówienia,
3. tożsamości podmiotowej zamówienia.

W ocenie Izby, zachodzi tożsamość przedmiotowa zamówienia, skoro przedmiotem zamówienia na usługi świadczone przez koordynatorów szkolnych są przytoczone wyżej identyczne czynności przewidziane do wykonania dla poszczególnych szkół. Zaświadcza to, iż zachodzi tego samego rodzaju zamówienie – o tym samym przeznaczeniu, czego Zamawiający nie był w stanie kwestionować. Okoliczność, że czynności koordynatorów szkolnych świadczone były na rzecz odrębnych placówek, położonych w różnych miejscowościach nie miała istotnego znaczenia. O tożsamości czasowej zamówienia świadczy, że zgodnie z umową na wykonanie projektu „Proste drogi do Sukcesu” i ustalonym harmonogramem – był on realizowany w okresie od września 2009 r. do lipca 2010 r., a więc zamówienia były zlecane i realizowane w tej samej perspektywie czasowej, obejmującej trwanie projektu. Większość umów z koordynatorami szkolnymi została zawarta w jednej dacie to jest 7.12.2009 r. Jedynie dwie umowy zostały zawarte w terminie późniejszym. W ocenie Izby zachodzi także warunek tożsamości podmiotowej zamówienia, dający możliwość uzyskania tego zamówienia u tego samego wykonawcy. Zakres zadań oraz kwalifikacji dla koordynatorów szkolnych zostały ustalone jednolicie. Oznacza to możliwość zlecenia tych usług jednemu wykonawcy. Zamawiający nie oponował przeciwko uznaniu tożsamości przedmiotowej i czasowej przedmiotowego zamówienia. Głównie podnosił na obronę swego stanowiska, że nie zachodzi tożsamość podmiotowa. Jako argumenty podał w piśmie z dnia 21 maja 2012 r. oraz w wyjaśnieniach z dnia 22 lipca 2011 r., że z uwagi na liczbę placówek oświatowych, konieczność dobrej znajomości specyfiki szkolnej u koordynatora i założeń projektu – Zamawiający uznał, że nie ma możliwości udzielenia zamówienia jednemu wykonawcy ze względów organizacyjnych. W zastrzeżeniach od Informacji o wyniku kontroli argumentacja ta została podtrzymana. Dodatkowo Zamawiający podał, że w znacznej części zajęcia w szkołach odbywały się w tym samym czasie i jeden wykonawca nie miał możliwości być obecnym w miejscu szkolenia w trakcie trwania zajęć. Ponadto zamawiający podnosił, że nie był w stanie określić na etapie planowania zamówienia godzin pracy wykonawcy z uwagi na fakt, że godziny te były dostosowane do możliwości dyspozycyjnych uczniów, biorących udział w zajęciach oraz warunków lokalowych szkół.

W ocenie Izby, z zakresu czynności koordynatorów szkolnych nie wynika ich obowiązek prowadzenia pracy z dziećmi, gdyż zajęcia bezpośrednio prowadzili nauczyciele, zgodnie z założeniami i harmonogramem rzeczowo-finansowym tego projektu. Czynności koordynacyjne nie wymagały stałej obecności koordynatora i dyspozycyjności w danej placówce, objętej programem. Zamawiający w warunkach zamówienia mógł ustalić harmonogram czynności koordy-

natorów szkolnych oraz powinien ustalić stosowne do zadań warunki udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełnienia. Mógł także określić zasady dostępu i korzystania z infrastruktury szkolnej. Rzeczą wykonawcy ubiegającego się o zamówienie było natomiast dysponowanie odpowiednią ilością osób o wymaganych kwalifikacjach do wypełnienia zadań związanych z jego realizacją, nawet w sytuacji gdyby nie zostało ono podzielone na odrębne części – umożliwiające uzyskanie przedmiotowego zamówienia przez większą liczbę wykonawców.

Zdaniem Izby, stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamówienie mogło być wykonane w tym samym, zakładanym czasie przez tego samego wykonawcę. Jeżeli Zamawiający chciał osiągnąć także inne cele, o których pisał – ażeby koordynatorami zostali pracownicy poszczególnych szkół, którzy znali warunki techniczne oraz dzieci biorące udział w projekcie, aby mieli zapewniony dostęp do infrastruktury placówki oświatowej – usprawniający pracę i kontakt z koordynatorem również w trakcie godzin pracy osoby, która została koordynatorem, identyfikację koordynatora szkolnego z placówką koordynowaną – mógł dokonać podziału zamówienia na części. Zamawiający władny też był przeprowadzić odrębne postępowania o udzielenie zamówienia na poszczególne części, co jednak nie zwalniało od łącznego oszacowania zamówienia. Nie zachodziły przesłanki ustawowe, upoważniające Zamawiającego do udzielenie zamówienia w trybie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, tj. bez zastosowania przepisów tej ustawy, poprzez zawarcie z koordynatorami szkolnymi odrębnych cywilnoprawnych umów zlecenia. Zamawiający był zobowiązany wartość usług na koordynację przedmiotowego projektu na szczeblu szkolnym ustalić łącznie. W następstwie czego Zamawiający miał obowiązek stosować przepisy ustawy Pzp właściwe dla tak oszacowanej wartości zamówień, w tym miał obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych. Brak sumowania wartości poszczególnych usług koordynacji na szczeblu szkolnym, brak publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych i udzielenie powyższych zamówień z pominięciem przepisów ustawy stanowi naruszenie przepisów Pzp.

Z treści wskazanych przepisów, ich interpretacji i orzecznictwa wynika – zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, że niedopuszczalne jest udzielanie zamówień bez łącznego szacowania ich wartości w sytuacji, gdy usługi spełniają kryteria odnoszące się do tożsamości przedmiotowej, czasowej zamówienia (usługi tego samego rodzaju udzielane w tym samym czasie) oraz podmiotowej. Stanowisko Zamawiającego, że zamówienia zostały udzielone 46 odrębnym wykonawcom, co może stanowić o braku tożsamości podmiotowej zamówień, nie mogło być uwzględnione, gdyż także inni wykonawcy zawiadomieni o zamówieniu ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych byli w stanie wykonać to zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Bezzasadne odstąpienie przez Zamawiającego od zastosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych naruszyło art. 4 ust. 8 ustawy Pzp oraz art. 32 ust. 2 i 4 oraz art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 40 ust. 2 tej ustawy. Brak upublicznienia ogłoszenia o zamówieniu przesądza o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania przy poszanowaniu reguł uczciwej konkurencji. Inni wykonawcy, także poza osobami związanymi z placówkami oświatowymi mogli być zainteresowani danym zamówieniem. Zakres czynności koordynatorów szkolnych, dowodzi natomiast, że poruszane przez Zamawiającego kwestie, mieściły się w sferze organizacyjnej wykonawcy zamówienia i ustalonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu jego realizacji. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła zatem stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, że Zamawiający niezasadnie uznał, iż w zakresie szacowania wartości ocenianych zamówień należało ustalać wartość odrębnie dla każdego z nich. Na podstawie dokonanych ustaleń nie można przyjąć, iż Zamawiający mógł odstąpić od sumowania wartości zamówień, które stanowią podstawę zastosowania właściwej procedury postępowania o zamówienie publiczne zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Przeprowadzenie postępowań w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych dałoby

możliwość ubiegania się o zamówienie na wykonywanie usługi koordynatora szkolnego także innym wykonawcom, tym samym poszerzając konkurencję i równy dostęp do zamówienia.

91. Sygn. akt: KIO/KD 5/13, Uchwała KIO z dnia 24 stycznia 2013 r.

Mając na celu wyrażenie opinii w sprawie zastrzeżeń, Izba dokonała analizy podstaw oraz sposobu ustalenia przez Zamawiającego wartości każdego z dwóch kontrolowanych zamówień. W ocenie składu orzekającego, Prezes UZP zasadnie przyjął, iż z uwagi na jednorodność przedmiotu zamówienia (tożsamość funkcjonalna), możliwość wykonania obu zamówień przez ten sam krąg wykonawców oraz tożsamość czasową (czas dzielący ogłoszenie obu postępowań to niespełna tydzień), wartość obu postępowań powinna zostać zsumowana. Sprawiłoby to, że tak ustalona, łączna wartość zamówienia przekraczałaby kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Za obowiązkiem zsumowania wartości zamówień w obu kontrolowanych postępowaniach przemawia w szczególności opinia biegłego powołanego w toku kontroli. Co istotne do opinii tej Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach nie odniósł się, choćby tylko zdawkowo. Mając to na uwadze, a także uznając, powołaną opinię biegłego za wiarygodną, Izba nie znalazła podstaw do tego, aby kwestionować twierdzenia Prezesa o istnieniu po stronie Zamawiającego obowiązku zastosowania ustawy w odniesieniu do obu kontrolowanych postępowań. Fakt ten w sposób jednoznaczny przemawia zaś za istnieniem po stronie Zamawiającego obowiązku stosowania w toku przygotowania i przeprowadzenia tych postępowań szeregu przepisów ustawy Pzp, w tym m.in. określającego okres czasu stanowiący minimalny termin składania ofert przepisu art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Proste porównanie treści powołanego przepisu – mowa w nim o co najmniej 40 dniach począwszy od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu, ze stanem faktycznym kontrolowanych spraw, pozwala stwierdzić, iż Zamawiający, który będąc zobowiązany do stosowania ustawy, wyznaczył termin krótszy, niż dopuszczony przepisami prawa termin minimalny, naruszył powołany art. 43 ust. 2 ustawy Pzp. Naruszenie to zaistniało niewątpliwie w związku z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, uniemożliwiło bowiem faktycznie przygotowanie oferty wraz z odpowiednimi próbkami wykonawcom innym, aniżeli ten jeden, który złożył jedyne oferty w obu kontrolowanych postępowaniach.

92. Sygn. akt: KIO/KD 91/14, Uchwała KIO z dnia 10 października 2014 r.

Rozpoznając zastrzeżenia, Izba z uwzględnieniem także dokumentów przedłożonych do tych zastrzeżeń, podzieliła pogląd Prezesa Urzędu, że w okolicznościach faktycznych sprawy, wyodrębnienie trzech grup odbiorców spośród docelowej grupy pacjentów ze zdiagnozowanym ubytkiem słuchu nie jest wystarczające do przyjęcia odrębnego charakteru przedmiotu zamówienia, jakim były dostawy systemów implantu ślimakowego. W tym przypadku wspólne pozostaje przeznaczenie tego przedmiotu zamówienia oraz jego kwalifikacja rodzajowa. Zamawiający, zdaniem Izby, nie wykazał, że przedmioty dostawy stanowiące odrębne zamówienia ze względu na ich rodzaj odznaczają się zróżnicowanym, odmiennym zakresem i charakterem, który wpływałyby na przyznanie im statusu odrębnych przedmiotów zamówienia. W przedłożonej przez Zamawiającego opinii niewątpliwie wskazano, że implanty objęte trzema zamówieniami służą temu samemu celowi – leczeniu wad słuchu, jednakże sam fakt konieczności zastrzeżenia odmiennych wymogów względem niektórych parametrów nie może stanowić, zdaniem Izby, obiektywnie uzasadnionej podstawy do uznania, że każdy spośród trzech systemów implantów mógł być uznany za potencjalny przedmiot odrębnego postępowania. Izba zauważa także, że wskazywane przez Zamawiającego parametry, różnicujące przedmioty dostawy, nie wpływają – tak jak zauważył zasadnie Prezes Urzędu – na wspólne im przeznaczenie, oceniane z punktu widzenia konieczności zrealizowania określonego zadania lub zaspokojenia konkretnej potrzeby Zamawiającego i niezbędności poszczególnych

zamówień składających się na pewną całość. Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, że wskazane przez Zamawiającego kryteria i parametry różnicujące przedmiot zamówienia w tych postępowaniach bez wątplenia są istotnymi czynnikami, które Zamawiający musi uwzględnić w toku specjalistycznej działalności zawodowej, jaką prowadzi, ale jednocześnie kryteria te nie odnoszą skutków, jakie przypisuje im Zamawiający na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie nie są wystarczające do wyodrębnienia trzech przedmiotów zamówienia wskazanych w ww. postępowaniach. Izba zwraca także uwagę, że postępowania, co do dostaw zostały wszczęte w tym samym czasie, jak również, że w tej samej dacie udzielono zamówień objętych tymi postępowaniami na rzecz tego samego wykonawcy – X Ltd, jedyne go uczestnika tych postępowań. Te okoliczności – w ocenie Izby – także wskazują, że przedmiotem kwestionowanych postępowań jest jedno zamówienie, którego wartość powinna zostać oszacowana łącznie. Izba zwraca również uwagę, że parametry, które stanowiły podstawę do wyspecyfikowania trzech odrębnych przedmiotów zamówienia wymagających przeprowadzenia – zdaniem Zamawiającego – trzech odrębnych postępowań mogły niewątpliwie stanowić jedno z kryteriów dla podziału przedmiotu zamówienia na pakiety w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując Izba stwierdza, że okoliczności przedmiotowej sprawy i działania podjęte przez Zamawiającego stanowią podstawę do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 32 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym ustawodawca zakazuje dzielenia zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy oraz naruszenia art. 32 ust. 4 ustawy Pzp, który z kolei stanowi, że w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, albo udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Izba zwraca także uwagę, że wskazywane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenie odnosiło się do nieuprawnionego podziału zamówienia na części, co skutkowało zastosowaniem do każdego z odrębnych postępowań przepisów właściwych dla zamówień o wartości poniżej progów unijnych oraz braku zsumowania wartości poszczególnych części zamówienia, nie zaś do nienależytego oszacowania wskazanej kwotowo wartości każdej z części zamówienia. W konsekwencji skutkiem takich działań przedmiotowe zamówienie nie zostało ogłoszone prawidłowo w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, a to z kolei – wobec uchylecia się od obowiązku przekazania ogłoszenia o zamówieniu do właściwego publikatora – naruszyło przede wszystkim zasadę uczciwej konkurencji, albowiem – publikacja w Biuletynie Zamówień Publicznych, który to publikator przeznaczony jest przede wszystkim do zamieszczania ogłoszeń skierowanych do wykonawców i dostawców krajowych – ograniczyło w tym przypadku [także z uwagi na krótsze terminy składania ofert] rynek dostawców i w konsekwencji mogło mieć potencjalny wpływ na wynik w tych postępowaniach.

93. Sygn. akt: KIO/KD 96/14, Uchwała KIO z dnia 27 października 2014 r.

Jak słusznie wskazała Regionalna Izba Obrachunkowa we Wrocławiu, w uchwałach z dnia 28 marca 2012 roku, sygn. 35/12 oraz z dnia 11 kwietnia 2012 r., sygn. 38/12, iż artykuł 32 ust. 2 Pzp nie wprowadza generalnego zakazu dzielenia zamówienia na części. Jeżeli więc podział nie prowadzi do obejścia przepisów ustawy – a więc tych wprowadzających określone progi – to jest on dozwolony. Jednakże z art. 32 ust. 2 Pzp. można wyprowadzić normę generalną – zakaz zaniżania wartości zamówienia publicznego. Zaniżeniem wartości zamówienia będzie sytuacja, w której zamawiający przy określaniu jego wartości nie dochowa należytej staranności. Ustawodawca w art. 32 ust. 1 Pzp nie definiuje pojęcia należytej staranności, co oznacza, że należy je interpretować – zgodnie z art. 14 Pzp – na podstawie art. 355 k.c. Dla ustalenia, czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy z odrębnymi zamówieniami, konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak: tożsamość przedmiotowa

zamówienia (dostawy, usługi, roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym lub podobnym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie, czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Jeżeli zatem udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy, to mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Art. 33 ust. 1

94. Sygn. akt: KIO/KD 30/14, Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.

Naruszenie art. 33 ust. 1 oraz art. 33 ust. 3 ustawy Pzp, a w szczególności przepisów rozdziału 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym [Dz. U. Nr 130, poz. 1389 ze zm. – *przyp. red.*], w związku z ustaleniem wartości zamówienia na podstawie „lat ubiegłych i poniesionych kosztów”, zostało potwierdzone.

Wskazanie w zastrzeżeniach, że remont cząstkowy nawierzchni jest zespołem zabiegów technicznych wykonywanych na bieżąco, związanych z usuwaniem uszkodzeń o nawierzchni zagrażających bezpieczeństwu ruchu, jak również zabiegów obejmujących małe powierzchnie, hamujące proces powiększania się powstałych uszkodzeń, tym samym polegającym na łatanie nawierzchni, usuwaniu drobnych uszkodzeń, pęknięć, złuszczeń i wykruszeń nawierzchni, usuwaniu skutków przełomów, uszczelnieniu nawierzchni, które mieści się w ogólnym pojęciu „utrzymanie nawierzchni”, a to z kolei jest ogólniejszym pojęciem „utrzymanie dróg”, nie może stanowić podstawy uwzględnienia przedstawionej argumentacji, jako umotywowanych zastrzeżeń. Również, nieposiadanie przez zamawiającego informacji o dokładnej ilości i głębokości wyrw/dziur w drodze na moment ogłoszenia postępowania, co uniemożliwiło sporządzenie kosztorysu inwestorskiego, jak też dokumentacji projektowej, nie stanowi okoliczności uzasadniających zaniechanie zamawiającego doprowadzające w konsekwencji do wskazanego w pkt 4 naruszenia przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia wykonawczego.

Przywoływane w stanowiskach kontrolującego i zamawiającego przepisy ustawy Pzp określają obowiązki zamawiającego związane z przygotowaniem i prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem rodzaju zamówień, w tym robót budowlanych. Zamawiający zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp nie może na etapie wyniku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, kwestionować kwalifikacji zamówienia, jaką przyjął wszczynając postępowanie i wskazywać inny charakter przedmiotu zamówienia, niż wynikający z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 36 ust. 1

95. Sygn. akt: KIO/KU 20/12, Uchwała KIO z dnia 21 lutego 2012 r.

W ślad za powyższym zaznaczyć należy, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 701 § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje w specyfikacji warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania (np. co do kwal-

fikacji podmiotowej wykonawców), 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, 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.

Art. 36 ust. 1 pkt 13

96. Sygn. akt: KIO/KD 52/10, Uchwała KIO z dnia 16 lipca 2010 r.

W opinii Izby, za słuszne należy uznać stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, będących przedmiotem kontroli. Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, iż spełnienie nałożonych na zamawiającego obowiązków podlega ocenie z punktu widzenia naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Analiza dokumentacji postępowania uprawnia do stwierdzenia, iż określenie sposobu oceny, w ramach przyjętych przez Zamawiającego kryteriów „koncepcji badania” i „metodologii badania”, nie czyni zadość dyspozycji normy zawartej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga fakt, iż wybór oferty najkorzystniejszej, będący konsekwencją wyniku oceny ofert, jest jednym z najważniejszych etapów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd też, dążenie do zapewnienia transparentności w tym zakresie, jest bezwzględnym obowiązkiem Zamawiającego. Przyjęcie przez Zamawiającego takich kryteriów oceny ofert jak „koncepcja” i „metodologia badania” jest jak najbardziej dopuszczalne, zapewnia bowiem, jak trafnie wskazuje Zamawiający, ukształtowanie takiej struktury kryteriów oceny ofert, która pozwoli Zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej, z punktu widzenia realizacji potrzeb Zamawiającego, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. Jednakże nieodzowne jest, przy określeniu katalogu kryteriów sformułowanych w sposób nieostry, wyeliminowanie dowolności w dokonywaniu oceny poszczególnych ofert.

W niniejszym stanie faktycznym zwrócić należy uwagę, iż opis przedmiotu zamówienia nie determinował przyjęcia określonej koncepcji i metodologii badania. Wiedzę na temat istotnych elementów, które zdaniem Zamawiającego, składają się na koncepcję i metodologię badania wykonawca mógł powziąć jedynie z opisu sposobu oceny poszczególnych kryteriów. Jednakże takie ujęcie nie jest wystarczające w sytuacji, w której zakres pojęciowy wskazanych kryteriów, jak i ich elementów nie został przez Zamawiającego ustalony. Oczywiście można się zgodzić z Zamawiającym, że przedmiot zamówienia nie pozwala na wyczerpujące określenie tych kategorii, bowiem możemy mieć do czynienia z wieloma możliwymi kombinacjami, których Zamawiający nie jest w stanie nawet przewidzieć. Jeśli jednak tak jest, to rolą Zamawiającego jest określenie gradacji elementów wchodzących w skład danego kryterium po to, aby zwrócić wykonawcom uwagę na preferencje Zamawiającego, ale też po to, aby nie dopuścić do sytuacji, w której o roli danych elementów (czynników) będą decydowały osoby dokonujące oceny, w sposób dowolny, według własnego uznania, o czym wykonawca z oczywistych względów nie może mieć wiedzy. Stąd też, za nieodzowne należało uznać w niniejszym postępowaniu przypisanie wagi poszczególnym elementom, podlegającym ocenie, w przedmiocie koncepcji i metodologii badania.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż sposób oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów powinien być wyartykułowany tak, aby zarówno wykonawca, jak i dokonują-

cy oceny, wnioski wynikające z oceny formułowali w oparciu o identyczny katalog elementów, których znaczenie zostało ustalone. Jeśli pojawiają się kryteria nieostre, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, to przypisanie wagi elementom, które również pozostawiają pewne miejsce na subiektywizm, jest bezwzględnie konieczne. Chodzi bowiem, mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, aby wykonawca miał możliwość stwierdzenia rzetelności dokonanej oceny, a oceniający pewną hierarchię wartości. Należy bowiem zauważyć, iż w niniejszym postępowaniu jedynie z powodu tego, iż dla każdego członka komisji przetargowej inna wartość przedstawiają elementy składające się na koncepcję, czy metodologię badania, ocena ofert będzie diametralnie różna.

Izba podziela w pełni stanowisko Zamawiającego, iż ocena zwykle jest obciążona pewną dozą subiektywizmu. Oczywiście jest również, że w procesie oceny, któremu podlegają twórcze rozwiązania, pożądane są kryteria pozwalające na docenienie najbardziej kreatywnych, a jednocześnie zapewniających najlepszą realizację celów postawionych przez Zamawiającego. Jednakże w takich okolicznościach, sformułowanie podkryteriów i wskazanie na ich znaczenie jest konieczne.

Art. 38 ust. 4a

97. Sygn. akt: KIO/KU 24/10, Uchwała KIO z dnia 13 kwietnia 2010 r.

Zgodnie z art. 38 ust. 4a Ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp. Przy analizie zastosowania powyższego przepisu należy uwzględnić przepisy Ustawy Pzp dotyczące obligatoryjnej treści SIWZ. Art. 36 ust. 1 pkt 11 Ustawy Pzp wskazuje, że do koniecznych elementów każdej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niezależnie od jego wartości, zalicza się termin składania i otwarcia ofert. W związku z powyższym każda zmiana w tym zakresie powinna być rozpatrywana jako zmiana treści SIWZ, ponieważ dotyczy istotnego i obowiązkowego składnika jej treści. Izba podziela uzasadnienie przedstawione przez Prezesa UZP, iż na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 11 Ustawy Pzp oraz art. 38 ust. 4a pkt 2 Ustawy Pzp, biorąc pod uwagę, iż zmiana terminu składania ofert jest zmianą treści SIWZ, powstaje obowiązek publikacji sprostowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdyż termin składania ofert stanowi również element treści opublikowanego w tym miejscu ogłoszenia o zamówieniu (pkt IV.3.4 formularza stanowiącego załącznik II do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 257 z 01.10.2005, str. 1). Zasadną jest argumentacja, że brak takiego sprostowania prowadziłby do rozbieżności treści SIWZ z treścią ogłoszenia w zakresie tych samych informacji, które mogłoby zagrozić równemu traktowaniu wykonawców. Wykonawcy bowiem dowiadują się o zamówieniu z różnych źródeł, tj. ze strony internetowej, na której zamawiający opublikował SIWZ oraz ogłoszenie o zamówieniu wraz z informacją o zmianie terminu składania ofert lub z ogłoszenia publikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, które zawierałoby informację o niezmienionym, krótszym terminie składania ofert. Eliminacja potencjalnego nierównego traktowania wykonawców leży m.in. u podłoża regulacji zawartej w art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Pzp.

98. Sygn. akt: KIO/KU 65/10, Uchwała KIO z dnia 16 września 2010 r.

Zmiana treści SIWZ, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia to w szczególności każda zmiana, która czyni pierwotną treść ujętą w ogłoszeniu niezgodną ze stanem aktualnym. Brak wiedzy co do zaistniałej w toku postępowania niezgodności może wpłynąć na podstawową decyzję wykonawcy, tj. na decyzję o jego udziale w postępowaniu.

Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że źródłem informacji o zamówieniu, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jest dla wykonawców, nie będących jeszcze uczestnikami danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej, oparcie się przez takiego wykonawcę na nieaktualnym terminie składania ofert (np. terminie, który zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu upłynął) jest równoznaczne z jego przekonaniem o braku możliwości wzięcia udziału w takim postępowaniu. Dodatkowo podnieść należy, że wykonawca zagraniczny nie musi – na etapie zapoznawania się z treścią ogłoszenia – znać poszczególnych regulacji prawnych państw członkowskich z zakresu zamówień publicznych, co do sposobów ujawniania dokonywanych przez zamawiających zmian treści SIWZ w poszczególnych trybach. Czterokrotna zmiana przez Zamawiającego terminu składania ofert była niewątpliwie zmianą treści SIWZ, która uczyniła pierwotną treść ujętą w ogłoszeniu (tj. pierwotny termin składania ofert wyznaczony na 26 lutego 2010 roku) niezgodną ze stanem aktualnym skoro kolejne zmiany wprowadzały inne terminy (ostateczny termin: 8 kwietnia 2010 roku). (...)

Niewątpliwie zmiana SIWZ, polegająca na przedłużeniu terminu składania ofert jest zmianą prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, ponieważ jest to jedna z informacji, jaką musi zawierać ogłoszenie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (art. 41 pkt 10 ustawy Pzp) i taką też informację zawierało ogłoszenie o poddanym kontroli zamówieniu.

Brzmienie przepisu artykułu 38 ust. 4a ustawy Pzp jest kategorię – każda zmiana treści SIWZ dokonana w przetargu nieograniczonego, która prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu aktualizuje obowiązek zamawiającego, polegający na przekazaniu odpowiednich informacji do Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich – w tym przypadku informacji (sprostowania) o zmianie terminu składania ofert.

Art. 38 ust. 6**99. Sygn. akt: KIO/KD 6/14, Uchwała KIO z dnia 20 lutego 2014 r.**

W rozpoznawanym przypadku zamawiający zmienił treść SIWZ poprzez likwidację podkryteriów w jedynym kryterium ceny, której zamawiający przypisał wagę 100%. Jednocześnie zamawiający zmienił treść formularza oferty odpowiadający dokonanej zmianie w zakresie przyznawania punktów poszczególnym ofertom. Zmiany tej zamawiający dokonał na 2 dni przed wyznaczonym terminem składania ofert.

W ocenie Izby dokonana zmiana była zmianą istotną, co winno było wiązać się z przedłużeniem terminu składania ofert. Zważyć należy, że każdy wykonawca przygotowując ofertę w przedmiotowym postępowaniu dokonywał kalkulacji oferty pod względem przyjętych kryteriów oceny ofert. Wyszczególnione podkryteria z pewnością były przez wykonawców brane pod uwagę, skoro można było za nie otrzymać określoną ilość punktów. Likwidacja podkryteriów nakładała na wykonawców obowiązek ponownej kalkulacji ceny oferty. Nie sposób zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż dokonana zmiana była ułatwieniem dla wykonawców. Z całą pewnością sposób przyznawania punktów został uproszczony, ale nie było to równoznaczne z jakimikolwiek ułatwieniami dla wykonawców. W ocenie Izby zamawiający nie zapewnił wykonawcom wystarczającej ilości czasu na wprowadzenie zmian w przygotowywanych ofertach. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, że 4 z 8 wykonawców złożyło

oferty na nieaktualnym wzorze formularza ofertowego, w związku z czym zamawiający otrzymał oferty nieporównywalne pod względem ceny. Zważyć również należy, że wykonawcy – oprócz czasu na dokonanie zmian – muszą mieć również czas na przesłanie oferty do zamawiającego. To, że 4 z 8 wykonawców złożyło na starych formularzach, świadczy, że zamawiający nie dał czasu odpowiedniego na przygotowanie ofert. Tym samym stwierdzić należy, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 6 ustawy Pzp.

Z uwagi na fakt, że naruszenie powyższych przepisów przez zamawiającego miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, postępowanie należało uznać za obarczające wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Art. 40 ust. 6 pkt 2

100. Sygn. akt: KIO/KU 1/11, Uchwała KIO z dnia 18 stycznia 2011 r.

Zgodnie z treścią art. 40 ust 6 pkt 2 Pzp ogłoszenie o zamówieniu odpowiednio zamieszczone lub opublikowane w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej, w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, lub w inny sposób, nie może zawierać informacji innych niż zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, innych niż przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Izba zwraca uwagę, że poprzez ww. zapis ustawodawca sformułował zakaz różnicowania treści ogłoszenia o zamówieniu, publikowanego przez Zamawiającego w jego siedzibie, na stronie internetowej w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim, lub w inny sposób, z informacjami zawartymi w ogłoszeniu zamieszczanym w Biuletynie Zamówień Publicznych, a w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 ustawy, oraz z informacjami przekazanymi Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W związku z tym, powyższe ogłoszenia o zamówieniu winny mieć identyczną treść, bez względu na rodzaj zamieszczenia czy też publikatora. Jest to szczególnie istotne z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym oczywistym jest, że każdy z wykonawców mających dostęp obojętnie, do którego z ww. ogłoszeń winien mieć możliwość zapoznania się z tą samą treścią. (...)

W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Zamawiający wskazując w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w swojej siedzibie i na stronie internetowej oraz w dzienniku (...) inne informacje dotyczące warunku wiedzy i doświadczenia, niż te przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich naruszył art. 40 ust. 6 pkt 2 Pzp.

Art. 41 pkt 15

101. Sygn. akt: KIO/KU 60/10, Uchwała KIO z dnia 17 sierpnia 2010 r.

W Części I pkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zawarł informację, że „przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających”. Analogicznego postanowienia Izba nie stwierdziła w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Wskazać należy, że art. 41 ustawy Pzp zawiera wyliczenie niezbędnych elementów ogłoszenia o zamówieniu. W art. 41 pkt 15 ustawy Pzp ustawodawca zawarł dyspozycję, aby w sytuacji, gdy zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, stosowna informacja została zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu. Ponadto, z treści art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że warunkiem udzielenia

zamówień uzupełniających jest m.in. zamieszczenie informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających w ogłoszeniu o zamówieniu. Treść ww. przepisów nie pozostawia wątpliwości, iż obowiązkiem Zamawiającego, w sytuacji, gdy przewidywał udzielenie zamówień uzupełniających, było zamieszczenie stosownej treści w ogłoszeniu o zamówieniu. Argumentu dla zaniechania powyższego nie może stanowić brak stosownej rubryki w formularzu ogłoszenia o zamówieniu – formularz ogłoszenia zawiera wiele pól, w których możliwe jest zamieszczenie takiej informacji mimo braku wyraźnego wskazania w tytule poszczególnych punktów. Konsekwencją braku ww. informacji jest niewątpliwie brak możliwości udzielenia przez Zamawiającego zamówień uzupełniających.

Art. 45 ust. 4

102. Sygn. akt: KIO/KD 25/10, Uchwała KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r.

Izba w pełni podtrzymuje i popiera stanowisko zawarte w pkt 3 Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, że Zamawiający ustalając wadium w kwocie 37.500 zł, to jest 3,07% wartości szacunkowej zamówienia (1.222.625,21 zł) naruszył przepis art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może określić wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia. Zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenie, iż ustalił wadium na poziomie 2,515% kwoty brutto, tj. 1.491.603,98 zł nie może zostać uwzględnione, albowiem w myśl art. 32 ust. 1 wartością szacunkową zamówienia, od której należy liczyć wadium jest szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług.

103. Sygn. akt: KIO/KD 47/12, Uchwała KIO z dnia 23 maja 2012 r.

Odnosząc się do naruszenia art. 45 ust. 4 ustawy – Zamawiający określa kwotę wadium w granicach od 0,5% do 3% wartości zamówienia [aktualnie obowiązujący przepis art. 45 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje na prawo zamawiającego ustalenia wadium w wysokości nie większej niż 3% wartości zamówienia – *przyp. red.*] w ocenie Izby argumentacja wskazana przez Zamawiającego nie uzasadnia jego stanowiska. Zamawiający w zastrzeżeniach do kontroli nie podał innego, niż we wcześniejszych pismach przesyłanych do Prezesa UZP, sposobu obliczenia szacunkowej wartości zamówienia, która stanowiła podstawę od obliczenia wartości wadium oraz nie zakwestionował podanych informacji wynikających z tych pism. Zamawiający kwestionując wartość, od której należało wyliczyć kwotę wadium – która wynosiła 188 524,59 zł, co zostało obliczone przez Prezesa UZP na podstawie danych przedstawionych przez Zamawiającego – nie wskazuje kwoty, jaka była podstawą wyliczenia kwoty wadium w postępowaniu, odnosząc się jedynie do wartości szacunkowej. Zgodnie z art. 32 ust. 1 podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towaru i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Następnie ustawodawca wskazał (art. 32 ust. 3 ustawy). Jeżeli zamawiający przewiduje udzielanie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 i 4, przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się wartość zamówień uzupełniających.

Uwzględniając ustalenia poczynione przez Prezesa UZP a dotyczące oszacowania wartości zamówienia dokonane w oparciu o pismo Zamawiającego z 13 stycznia 2012 r. (pismo znak: CSIOZ-WZP.061.48.2011 2012-00594) oraz wnioski z dnia 22 lutego 2008 roku, z których wynika że wartość szacunkowa zamówienia wynosi ok. 345 000,00 zł brutto (283 000,00 zł netto), a składają się na nią zmiany w oprogramowaniu wynikające ze zmian wprowadzonych rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 9 października 2007 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie rejestru zakładów opieki zdrowotnej [Dz. U. Nr 196, poz. 1424 – akt obecnie uznany za uchylony – *przyp. red.*], a obowiązujące od 1 listopada 2007 r. ok. (150 tys. zł brutto) oraz zmiany oprogramowania postulowane przez organy rejestrowe (80 tys. zł brutto) oraz ewentualne zamówienia uzupełniające 50%. Zamawiający podał w Protokole ZP-2 sza-

cunkową wartość zamówienia w kwocie 283 000,00 zł netto, która odzwierciedla prawidłowo wartość zamówienia wraz z przewidywanymi zamówieniami uzupełniającymi. Wadium zabezpiecza interes Zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez materialne zagwarantowanie podpisania umowy przez wykonawcę, którego oferta w postępowaniu została wybrana. Wynika z tego, że kwota netto stanowiąca podstawę do wyliczenia wartości (od 0,5% do 3%) wadium, to wartość bez przewidywanych zamówień uzupełniających. W kontrolowanym postępowaniu kwotą wyjściową była kwota 230 000, 00 brutto, która wynikała z dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego, tym samym wartość, od której należało wyliczyć kwotę wadium, wynosiła 188 524,59 zł. Kwota wadium wymagana przez Zamawiającego 16 000,00 zł była za wysoka, niezgodna z art. 45 ust. 4 ustawy, stanowiła 8,49%, wyliczonej na podstawie danych przedstawionych przez Zamawiającego, wartości szacunkowej zamówienia netto bez zamówień uzupełniających. Tym samym, w ocenie Izby został naruszony przepis art. 45 ust. 4 ustawy.

Art. 46

104. Sygn. akt: KIO/KU 105/11, Uchwała KIO z dnia 3 stycznia 2012 r.

Niewątpliwym jest, iż gwarancja ubezpieczeniowa nie została stypizowana w przepisach prawa i stanowi specyficzną, ukształtowaną przez praktykę czynność ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych. Jest to zobowiązanie ubezpieczyciela (gwaranta), które polega na tym, że jeśli podmiot uprawniony (beneficjent gwarancji) spełni określone warunki zapłaty, ubezpieczyciel wykona świadczenie pieniężne na jego rzecz. Zobowiązanie ubezpieczyciela ma charakter jednostronnie zobowiązujący, zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu w sposób nie budzący wątpliwości.

W niniejszym stanie faktycznym kwestionowane przez Zamawiającego gwarancje zawierają zapis, że gwarant zobowiązuje się „bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.” Ustawa Pzp również nie określa jaką treść powinna zawierać gwarancja wadialna. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji w pełnym zakresie wynikającym z ustawy nie była kwestionowana. W przeciwnym razie nie można bowiem uznać, że nastąpiło wskazanie „zabezpieczonego rezultatu”.

Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Pzp, przy czym dla uznania wadium za wniesione prawidłowo nie jest konieczne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4a oraz 46 ust. 5 ustawy Pzp. Określenie warunków zapłaty z tytułu gwarancji jest bowiem możliwe poprzez opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów prawa te warunki określających, czy też poprzez lakoniczne wskazanie, że gwarant zapłaci na zasadach określonych we wskazanej ustawie. Kwestionowane gwarancje odsyłają w swej treści do zaistnienia sytuacji określonych „(...) w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.” Zawierają więc generalną klauzulę wskazującą na możliwość zatrzymania wadium zgodnie z przepisami ustawy Pzp i jest to na tyle precyzyjne wskazanie tych sytuacji, poprzez odesłanie do przepisów konkretnie wskazanej ustawy, które pozwala na zaspokojenie się z przedłożonych gwarancji. A ponieważ przepisy ustawy Pzp nie zawierają obowiązku ścisłego cytowania tych właśnie przepisów dla uznania prawidłowości wniesienia wadium koniecznym nie jest cytowanie wprost art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Art. 51 ust. 1a**105. Sygn. akt: KIO/KD 46/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.**

Izba uznała, że zamawiający nie przesyłając informacji o liczbie punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom naruszył art. 51 ust. 1a Pzp. Już wykładnia językowa art. 51 ust. 1a Pzp nie daje podstaw do obrony poglądu, że przekazanie wyłącznie informacji o zakwalifikowaniu się lub nie do kolejnego etapu postępowania stanowi wypełnienia powinności nałożonej na zamawiającego przywołanym przepisem. Ustawa nie wskazuje zakresu przedmiotowego pojęcia „wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Natomiast odwołanie się do wykładni celowościowej i systemowej przesądza o obowiązku zamawiającego przekazywania wykonawcom pełnej informacji umożliwiającej ochronę ich praw w postępowaniu (wyrok z 3 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2706/12, KIO 2709/12).

Treść informacji określa w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne w jakich wykonawcy nie zgadzający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu.

Art. 62 ust. 1 pkt 4**106. Sygn. akt: KIO/KD 60/12, Uchwała KIO z dnia 29 czerwca 2012 r.**

Zakwestionowana przez zamawiającego okoliczność, iż zamawiający mógł wcześniej przewidzieć potrzebę udzielenia przedmiotowego zamówienia, a tym samym, że nie została wypełniona przesłanka dotycząca nieprzewidywalności sytuacji, która spowodowała konieczność udzielenia zamówienia, która stanowi jedną z przesłanek udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym ustalenie Urzędu, że zamawiający mógł wcześniej zlecić przygotowanie odpowiednich dokumentów, tj. wniosku o dofinansowanie, studium wykonalności inwestycji i programu użytkowego, gdyż liczył się z tym, że będzie ubiegał się o dofinansowanie budowy laboratorium i wyposażenia, w ocenie Izby wbrew twierdzeniu zamawiającego ma oparcie w aktach kontroli. Jak wyjaśnił zamawiający w piśmie z dnia 16 maja 2012 r. w 2003 r. rozpoczęta została inwestycja „Budowa budynku magazynowo-technicznego i przebudowa budynku produkcyjnego nr 16”. Roboty budowlane zostały zakończone w marcu 2007 r., a następnie wykonane zostały prace związane z walidacją instalacji i procesów wymaganą przez przepisy międzynarodowe GMP (Dobre Praktyki Wytwarzania), które zakończono w listopadzie 2008 r. Inwestycja powyższa związana była z koniecznością dostosowania standardów działalności producentów substancji aktywnych do wymagań Dobrej Praktyki Wytwarzania (GMP) i Dobrej Praktyki Laboratoryjnej (GLP).

Po wykonaniu ww. inwestycji, pozostało dostosowanie laboratoriów Instytutu do wymogów GLP, które nie zostało ujęte w planie finansowym na 2008 r. zamawiającego z uwagi na brak środków finansowych. Powyższe okoliczności zostały wyjaśnione przez zamawiającego w piśmie z dnia 19 stycznia 2012 r. Potwierdzają one, że zamawiający zdawał sobie sprawę z konieczności wykonania inwestycji, a zatem powinien przewidywać, że jej realizację musi poprzedzać opracowanie stosownych dokumentów takich jak program funkcjonalno-użytkowy oraz kosztorys inwestorski. Brak środków finansowych w danym momencie na realizację inwestycji nie stanowi przeszkody w podjęciu działań zmierzających do przygotowania inwestycji, w tym zmierzających m.in. do pozyskania środków na realizację zadania. Należy podkre-

ślić, że dla pozyskania środków finansowych na realizację inwestycji konieczne jest opracowanie niezbędnych dokumentów, w tym określających wielkość zapotrzebowania na środki finansowe potrzebne do realizacji inwestycji, która w analizowanej sprawie miała zapewnić wypełnienie przez zamawiającego wymogów, zgodnie z normami GLP. Izba uznała w związku z powyższym, że ustalenia Prezesa UZP w omówionym zakresie, zakwestionowane przez zamawiającego w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, znajdują w pełni uzasadnienie w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Zamawiający przyznał wyraźnie w złożonych wyjaśnieniach, iż miał świadomość konieczności dostosowania laboratoriów do wymogów dobrej praktyki laboratoryjnej (GLP), co oznacza świadomość, że inwestycja musiała być zrealizowana. Jak wskazywał zamawiający, bez udziału środków z konkursu byłaby dokonywana sukcesywnie, w ramach posiadanych środków własnych, w kolejnych latach, zgodnie z planem budżetowym Instytutu. Zatem brak środków nie stanowił przeszkody w planowaniu i tym samym przewidywaniu przez zamawiającego konieczności wykonania wymaganej dokumentacji, umożliwiającej zarówno ubieganie się o niezbędne środki na jej realizację, jak i ewentualne zaplanowanie wydatków w ramach budżetu Instytutu w kolejnych latach. Powyższe dowodzi faktu, że decyzja o zleceniu opracowania zarówno programu funkcjonalno-użytkowego, jak i kosztorysu inwestorskiego mogła być podjęta przez zamawiającego odpowiednio wcześniej.

Ponadto Izba uznała za prawidłowe ustalenie Kontrolującego, iż zamawiający zdołałby przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym przed upływem terminu składania wniosków konkursowych, gdyż przeciętny czas realizacji takiego postępowania w 2008 r. wynosił 36 dni. Zauważyć należy, że przeciętny czas realizacji zamówienia w danym okresie, stwierdzony odpowiednio w sprawozdaniach Urzędu, nie wynika z opracowań UZP, lecz stanowi wypadkową obowiązujących procedur, w szczególności jest związany bezpośrednio z terminami określonymi w przepisach ustawy Pzp, dotyczącymi procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem, zamawiający mógł dokonać obliczenia czasu niezbędnego do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, np. przetargu nieograniczonego na podstawie obowiązujących przepisów, co nie wymagało powzięcia informacji o przeciętnym terminie udzielania zamówień ze sprawozdań Urzędu. Biorąc pod uwagę powyższe, skoro zamawiający powziął wiedzę o warunkach konkursu w dniu 10 marca 2008 r., a termin składania wniosków upływał w dniu 29 sierpnia 2008 r., to przyjmując czas niezbędny na realizację zamówienia (ok. 8 tygodni), należy stwierdzić, iż podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego musiałoby nastąpić najpóźniej ok. połowy czerwca 2008 r. Faktycznie zamówienie w powyższym zakresie zostało udzielone w dniu 19 czerwca 2008 r. Biorąc pod uwagę terminy wynikające z przewidzianej w ustawie Pzp procedury udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (w przypadku zamówień o wartości nieprzekraczającej tzw. „progów unijnych”), jak prawidłowo przyjął Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli, wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia powinno nastąpić na przełomie kwietnia i maja 2008 r. lub nawet na początku maja 2008 r., co pozwoliłoby na sprostanie terminowi składania wniosków w ramach konkursu. Przyjmując powyższe ustalenia dokonane w toku przeprowadzonej kontroli przedmiotowego postępowania, Izba zgodziła się ze stwierdzeniem przez Prezesa UZP w zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 62 ust. 1 pkt 4 i art. 10 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba w całości podzieliła stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, że skorzystanie z trybu „niekonkurencyjnego” – negocjacji bez ogłoszenia jest możliwe wyłącznie w przypadkach ściśle określonych w ustawie Pzp. Zgodnie z przytoczonym przez Prezesa UZP orzecnictwem, przesłanki zastosowania trybu stanowiącego jeden z wyjątków od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, podlegają ścisłej interpretacji, przy czym na zamawiającym spoczywa obowiązek udowodnienia spełnienia przesłanek uprawniających do zastosowania tego trybu. Jak wynika z akt sprawy zamawiający nie wykazał, że spośród przesłanek, których spełnienie łącznie jest wymagane do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, spełniona została przesłanka pilnej potrzeby

udzielenia zamówienia niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie można było wcześniej przewidzieć i nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a)

107. Sygn. akt: KIO/KU 4/08, Uchwała KIO z dnia 9 września 2008 r.

W szczególności Izba podziela pogląd o konieczności kumulatywnego spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a), tj. wystąpienia szczególnych przyczyn technicznych, których zaistnieniem powoduje konieczność udzielenia zamówienia określonemu przedsiębiorcy (orzeczenie ETS w sprawie C-394/02, pkt 34 – w odniesieniu do robót budowlanych). Jednocześnie w opinii Trybunału cel zagwarantowania ciągłości robót objętych skomplikowanymi projektami stanowi wymóg techniczny, któremu należy przyznać istotne znaczenie. Jednak samo twierdzenie o złożonym i delikatnym charakterze robót nie jest wystarczające dla wykazania, że ich wykonanie może zostać powierzone tylko jednemu i temu samemu przedsiębiorcy (orzeczenie w sprawie C-385/02, pkt 21).

Wystąpienie jednego wykonawcy musi mieć charakter obiektywny oznaczający istnienie obiektywnego monopolu jednego wykonawcy na określony rodzaj dostaw, usług lub robót budowlanych. Wyjaśnieniu tej przesłanki pomocnym jest orzecznictwo SN i NSA zapadłe na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych, w których podkreślano jej obiektywny charakter. (SN z 6.07.2001. r. III RN 16/01, NSA z 19.04.2002 r. II SA 2514/01). Przekonanie Zamawiającego, że wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca zdolny zrealizować zamówienie (NSA z 11.09.2000 r. II SA 2074/00). Powołana przez Zamawiającego okoliczność, iż dotychczasowy Konsultant zdobył unikalną wiedzę i doświadczenie na tej konkretnej budowie, której inny wykonawca w tym zakresie z przyczyn oczywistych posiadać nie może, nie uzasadnia twierdzenia o możliwości wykonania zamówienia jedynie przez dotychczasowego wykonawcę usługi polegającej na zarządzaniu i nadzorze nad konkretnym projektem budowlanym.

108. Sygn. akt: KIO/KD 13/09, Uchwała KIO z dnia 12 maja 2009 r.

Po przeprowadzeniu analizy Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie wystąpiły okoliczności pozwalające na przyjęcie, iż dostawa stanowiąca przedmiot zamówienia, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, może być wykonana tylko przez jednego wykonawcę tj. X Sp. z o.o.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że dla uznania legalności zastosowania przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych nie mają znaczenia okoliczności, wskazane przez zamawiającego, dotyczące terminu otrzymania środków finansowych na realizację zamówienia oraz krótki termin na ich wydatkowanie.

Ustalone przez zamawiającego okoliczności, jakoby wykonawca X Sp. z o.o. był jedynym na rynku producentem zdolnym do wykonania zamówienia, nie mają charakteru obiektywnego. Zamawiający oparł się w tym zakresie na doświadczeniu własnym i innych podmiotów realizujących zamówienia na ten sam przedmiot zamówienia w ubiegłych latach, co potwierdza subiektywny charakter uzyskanych informacji. Dodatkowo zważyć należy, że rynek (zarówno producentów, jak i dostawców) danego produktu, jest z natury swojej dynamiczny, a wobec tego sytuacja na rynku ulega ciągłym zmianom. Fakt, że wykonawca X Sp. z o.o. uczestniczył we wcześniejszych postępowaniach jako jedyny wykonawca, nie świadczy o tym, że na rynku nie istnieli w tym czasie inni wykonawcy zdolni do wykonania zamówienia. Brak zainteresowania zamówieniem ze strony innych wykonawców, w tym również

z obszaru Unii Europejskiej i GPA, mógł być efektem wielu różnych czynników, ale z pewnością nie może świadczyć o tym, że wykonawców takich nie było i nie ma na danym rynku, a wobec tego, że X Sp. z o.o. są jedynym wykonawcą we wskazanym zakresie przedmiotu zamówienia.

109. Sygn. akt: KIO/KD 31/10, Uchwała KIO z dnia 5 maja 2010 r.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, podobnie jak pozostałe przepisy ust. 1 tego artykułu, jest wyjątkiem od zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybach konkurencyjnych i nie może być interpretowany rozszerzająco. Wyjątkowość tego przepisu oraz brak podstaw do interpretacji rozszerzającej wielokrotnie były przedmiotem orzecznictwa Sądu Najwyższego, NSA, sądów administracyjnych, ETS, a także piśmiennictwa, które m.in. powołane zostały w informacji o wyniku kontroli doraźnej. W zakresie możliwości zastosowania wskazanego trybu orzekł również m.in. NSA w Warszawie w wyroku z dnia 6.04.2006 r., sygn. akt II GSK 7/06 i WSA w Warszawie w wyroku z dnia 14.10.2005 r., sygn. akt III SA/Wa 2091/05. Przeciwno zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, w sytuacji, gdy na rynku istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie, KIO wypowiedziała się uchwałą z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt KIO/KD 8/09. W komentarzu do ustawy Pzp Urzędu Zamówień Publicznych (Warszawa 2007 r., str. 256–257) podano, że każdy z przypadków wskazanych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, sam w sobie uzasadnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Najmniej precyzyjnie oznaczony jest przypadek pierwszy, w którym o możliwości zastosowania tego trybu decydują przyczyny techniczne. Przyczyny takie występują, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na świadczenie tego typu usług, np. usługi pocztowe, czy też niektóre usługi telekomunikacyjne. Przyczyną techniczną może być konieczność zachowania tych samych norm, parametrów lub standardów. Zamówienie z wolnej ręki, udzielone na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, musi mieć charakter jednoznacznie wypływający z uprzednich norm, parametrów, standardów, a ich jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa. Sytuacja ta może występować z uwagi na unikatowe, niepowtarzalne cechy uprzednich prac wykonanych w następstwie wcześniejszego zamówienia. Zbliżone parametry czy normy nie mogą stanowić przesłanki zastosowania tego trybu. Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne czy gospodarcze, które nie mają zastosowania. W ocenie KIO, z powyższego wynika, że o możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, decyduje obiektywna niemożność wykonania zamówienia przez jakiegokolwiek innego wykonawcę, niż wykonawcę wskazanego przez Zamawiającego.

Biegły z zakresu informatyki, którego ustalenia stanowiły podstawę oceny dokonanej przez Prezesa UZP i którego opinii nie sposób pominąć przy wydawaniu opinii przez KIO, z uwagi na jej moc dowodową w postępowaniu kontrolnym (art. 163 ust. 1 pkt 3 i ust. 3 ustawy Pzp), jednoznacznie stwierdził, że zbieg realizacji kilku umów między Zamawiającym a firmą X Sp. z o.o. wymusza udzielenie zamówienia na zasadach wyłączających konkurencję, co jednak w żaden sposób nie jest powiązane z istnieniem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Również biegły podkreślił, iż nie można zgodnie z logiką twierdzić, że nie jest możliwe jednoczesne wykonywanie zmian przez wiele podmiotów działających równolegle, chyba, że podmioty te ze sobą nie współpracują i nie wymieniają informacji lub ich praca nie podlega żadnym procesom koordynacji. Złożoność systemu oraz występowanie powiązań między elementami składowymi systemu informatycznego, jak również specyficzna technologia jego wykonania nie może stanowić wystarczającej przesłanki do zastosowania przedmiotowego trybu. Zdaniem biegłego, elementy te utrudniają, ale nie uniemożliwiają prowadzenia prac programistycznych przez

wiele podmiotów. Wiedza i doświadczenie firmy X Sp. z o.o., w ocenie biegłego, w zakresie tego specyficznego rozwiązania informatycznego, niewątpliwie predysponują tę firmę, jako wykonawcę zamówienia, zwłaszcza w zakresie związanym z modyfikowaniem i usuwaniem usterek, stanowiąc czynnik przewagi konkurencyjnej, jednakże nie powoduje to powstania obiektywnej przesłanki technicznej uniemożliwiającej powierzenie zamówienia innemu podmiotowi. W ocenie biegłego i ostatecznym stanowisku Prezesa UZP, podnoszone przez Zamawiającego zagrożenie utraty gwarancji nie wpływa na wypełnienie przesłanek zastosowania trybu, lecz wynika to z niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia.

KIO podziela zastrzeżenia Prezesa UZP co do połączenia w opisie przedmiotu zamówienia usług objętych gwarancją (usługi modyfikacji systemu), usług pomocy użytkownikom systemu (...) oraz wsparcia technicznego jego eksploatacji. Połączone elementy przedmiotu zamówienia uniemożliwiają, w świetle dowodów zgromadzonych w toku kontroli doraźnej, zaakceptowanie zastosowania przy wyborze trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki, do całego przedmiotu objętego postępowaniem, przesłanki stanowiącej o przyczynach technicznych o obiektywnym charakterze.

110. Sygn. akt: KIO/KD 77/10, Uchwała KIO z dnia 25 października 2010 r.

Izba w całości przychyliła się do argumentacji Prezesa UZP przedstawionej w informacji o wyniku kontroli, dotyczącej braku wykazania spełnienia przesłanki do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, traktując ją jako własną. Izba wskazuje, iż dla zaistnienia przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określonej w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, koniecznym jest wykazanie przez zamawiającego, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze przedmiotowe zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę. W ocenie Izby, zamawiający okoliczności tej nie wykazał, a zatem udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki dokonane zostało z naruszeniem powoływanej przez zamawiającego podstawy prawnej. Okoliczności, jakie wskazywał zamawiający w celu wykazania przyczyn technicznych, z powodu których jedynie konsorcjum mogło świadczyć usługę rozbudowy i nadzoru nad oprogramowaniem aplikacyjnym A, B, C, w ocenie Izby nie miały charakteru obiektywnego. W zasadzie podstawą przyjęcia, iż jedynie konsorcjum może wykonać zamówienie, było stwierdzenie, iż posiada ono jako jedyne pełną wiedzę na temat istniejącego oprogramowania aplikacyjnego, z uwagi na innowacyjny charakter systemu. To doświadczenie i wiedza konsorcjum była oceniana przez zamawiającego i stanowiła przesłankę do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający w sposób subiektywny ocenił, iż inne podmioty świadczące usługi informatyczne nie będą zdolne do wykonania przedmiotowej umowy, z uwagi na innowacyjność rozwiązań zastosowanych w systemie. Zamawiający nie wykazał słuszności tej oceny. Samo wskazanie na autorski wkład konsorcjum w tworzenie systemu nie jest wystarczające dla uznania, iż inni wykonawcy nie byłiby zdolni do wykonania umowy. Również okoliczność, iż konsorcjum jest jedynym dystrybutorem oprogramowania X, nie oznacza, iż narzędzie to nie jest znane oraz wykorzystywane w środowisku informatycznym. Dla ustalenia, iż tylko jeden konkretny podmiot jest w stanie wykonać zamówienie, konieczne jest wskazanie na obiektywne przyczyny techniczne związane z jego realizacją, które determinują potrzebę udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy. To specyfika zamówienia wskazuje na potrzebę ograniczenia konkurencji. W ocenie Izby, samo istnienie produktu, stworzonego na potrzeby zamawiającego, z którego obecnie on korzysta nie stanowi o obiektywnej przyczynie technicznej uniemożliwiającej udział innych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie wykazał, obiektywnych okoliczności technicznych związanych z funkcjonowaniem systemu, które wskazywałyby na konieczność jego dostosowania dla bieżących potrzeb zamawiającego wyłącznie przez jego autora. Jak wynika z treści umowy zawartej 18 września 2006 r., świadczący usługę wsparcia i rozwoju systemu A, B, D oraz C przekazał zamawiającemu kody

źródłowe do oprogramowania oraz zobowiązał się do dostarczania ich aktualnej wersji każdorazowo po dokonaniu instalacji produkcyjnej zmodyfikowanego oprogramowania, a także zobowiązał się do przeniesienia na Zamawiającego prawa własności oraz wszelkich służących mu praw autorskich do prac i produktów wykonanych na podstawie niniejszej umowy na wszelkich znanych polach eksploatacji, w szczególności wymienionych w art. 74 ust. 4 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych [ustawa z dnia 4.02.1994 r. (Dz. U. t.j. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.) – *przyp. red.*], bez ograniczeń co do czasu i ilości. Nie było zatem przeszkód technicznych oraz prawnych do udostępnienia pracy innym podmiotom w celu prowadzenia dalszych prac w systemie.

111. Sygn. akt: KIO/KD 43/11, Uchwała KIO z dnia 19 maja 2011 r.

Pierwszą przesłanką, wskazaną przez Zamawiającego, jako uzasadniającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki jest możliwość świadczenia dostawy, usługi lub robót budowlanych tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (art. 67 ust. 1 lit. a) ustawy Pzp). Niemniej jednak powołanie się na tę właśnie przesłankę musi być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na uzyskanie od niego zamówienia. Subiektywne przekonanie Zamawiającego, że tylko ten jeden wykonawca, a mianowicie firma X S.A., daje gwarancję najlepszego wykonania danego zamówienia z uwzględnieniem potrzeb i wymagań Zamawiającego, nie jest wystarczającym argumentem wskazującym na spełnienie przedmiotowej przesłanki. Przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie takiego zamówienia, jak będące przedmiotem niniejszego postępowania, w trybie zamówienia z wolnej ręki określonego wykonawcy muszą mieć zasadniczy charakter tak, aby można było w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazać, iż wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, przy czym ta niemożliwość musi mieć charakter nieprzewidywalny. Takiego nieprzewidywalnego charakteru nie mają trudności związane z brakiem kompatybilności, a tym bardziej sytuacje, w których przewiduje się możliwość uzyskania kompatybilności, a rzekomy problem stanowi jedynie uzyskanie pełnej kompatybilności i funkcjonalności obu systemów (już posiadanego przez Zamawiającego i tego, który zostałby następnie nabyty). Skoro priorytetem dla Zamawiającego było uzyskanie 100% kompatybilności, a takiej niezawodności nie zagwarantują mu nawet jednorodne systemy, to istotnie tak postawiony wymóg (100% kompatybilności) ogranicza krąg wykonawców mogących się ubiegać o przedmiotowe zamówienie, nie czyniąc jednak niemożliwym jego realizacji przez innego wykonawcę niż firma X S.A. Tego rodzaju trudności (w uzyskaniu pełnej kompatybilności i funkcjonalności) nie świadczą bowiem o monopolu jednego wykonawcy. „Na polskim rynku informatycznym istnieje duża ilość podmiotów, które mogłyby podjąć się wykonania takiego zadania. Funkcjonuje też wiele rozwiązań gotowych lub mogących być dostosowanych do potrzeb Zamawiającego oraz narzędzi do wykonania takiego systemu (...)” (opinia biegłego powołanego przez Prezesa UZP z dnia 20 maja 2011 r.). Okoliczności tej nie kwestionuje także sam Zamawiający, konsekwentnie odnosząc się do braku pełnej kompatybilności zaoferowanych rozwiązań, jak i ich funkcjonalności. W ocenie Izby odpowiednio opisany przedmiot zamówienia, również z uwzględnieniem uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, daje możliwość przeprowadzenia postępowania w konkurencyjnym trybie i uzyskania w jego wyniku systemu odpowiadającego potrzebom Zamawiającego. Twierdzenia Zamawiającego, iż w przypadku wszczęcia takiego postępowania opis przedmiotu zamówienia, jak i warunków udziału w postępowaniu w istocie wskazywałby na jednego wykonawcę są nieuprawnione. Przepisy ustawy Pzp nakładają bowiem na Zamawiającego obowiązek określenia przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru gospodarczego przenoszącego te normy, a przypadku ich braku – aprobat technicznych, specyfikacji

technicznych lub innych technicznych systemów odniesienia, jak również dopuszczenia ofert równoważnych. Zamawiający dysponując więc tak szerokim wachlarzem możliwości opisu przedmiotu zamówienia ma możliwość przeprowadzenia postępowania w sposób umożliwiający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podstawą powołania się na tę przesłankę jest wyłącznie sytuacja, w której przedmiot zamówienia może być świadczony wyłącznie przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Argumentem przemawiającym za zastosowaniem tego trybu w oparciu o powołaną wyżej przesłankę nie mogą więc być zarówno – powołane przez Zamawiającego – przyczyny ekonomiczne (zakup odrębnego systemu), zwłaszcza że ten nowy system (zakupiony nawet u tego samego wykonawcy miałby charakter nowego zakupu, a o czym świadczy m.in. jego koszt), oraz mogące ewentualnie powstać problemy związane z wyegzekwowaniem odpowiedzialności za nieprawidłowe działania i błędy powstające na styku posiadanego systemu z systemem zakupionym od innego wykonawcy niż system już posiadany.

112. Sygn. akt: KIO/KD 70/11, Uchwała KIO z dnia 21 września 2011 r.

(...) jak wynika z treści pisma Zamawiającego zawierającego zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej, zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki spowodowane było właśnie subiektywnym przekonaniem Zamawiającego, że wybrany wykonawca jest jedynym, który może zapewnić pełną kompatybilność realizowanego zadania inwestycyjnego. Sam Zamawiający przyznał, iż na rynku tego rodzaju zamówień sytuacja dynamicznie ulega zmianie. Tak więc obecnie szereg podmiotów mogłoby potencjalnie wykonać przedmiotowe zamówienie. Niemniej jednak – co dalej podkreślał – takie wykonanie (przez inny podmiot niż realizujący wcześniejsze zamówienie) miałoby charakter indywidualny i jednostkowy, niezapewniający pełnej kompatybilności, a to właśnie pełna kompatybilność realizowanego zadania inwestycyjnego jest koniecznym warunkiem zapewnienia bezpieczeństwa pracy w specyficznych warunkach pracy w ruchu zakładu górniczego, a tym samym elementem niezwykle istotnym dla Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał jednak indywidualnego charakteru zastosowanych rozwiązań, rzekomo uniemożliwiających wykonanie zamówienia przez inny podmiot. Ograniczył się jedynie do ogólnikowych twierdzeń, iż poszczególne podmioty stosują własne, indywidualne rozwiązania, często prawnie chronione, co uniemożliwia unifikację i pełną kompatybilność, jednocześnie nie wskazując jakie to unikatowe rozwiązania nie pozwalają na modernizację urządzeń już zainstalowanych przez inne podmioty. Konieczność kompatybilności, uzasadniając jedynie koniecznością „powierzenia obsługi po stronie elektrycznej całego układu k-t-z wydzielonej grupie elektromonterów”. Zamawiający co prawda wskazał, iż obecnie istnieją podmioty, które mogłyby zrealizować przedmiotowe zamówienie, jednak w takim przypadku nie podnosił już bezwzględnie okoliczności braku możliwości osiągnięcia kompatybilności zastosowanych rozwiązań. Niemniej jednak powołanie się na „przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze” musi mieć zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwykłalny. Tak więc wykonawca, któremu udzielono zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki musi być faktycznie jedynym wykonawcą, który ze względu np. na specyficzne cechy techniczne zamówienia, nawet konieczność kompatybilności urządzeń, o ile zostanie wykazana w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, a w niniejszym stanie faktycznym tak się nie stało, jest zdolny do realizacji zamówienia. Okoliczność będąca podstawą zastosowania tego trybu musi bowiem zaistnieć w sposób zobiektywizowany i stanowić monopol jednego wykonawcy na możliwość uzyskania określonego rodzaju usług jedynie od tego właśnie wykonawcy. Tymczasem Zamawiający nie wykazał, iż w tamtym czasie wykonawca, któremu udzielił zamówienia był jedynym wykonawcą mogącym je

zrealizować, jak również nie wykazał, iż wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę było ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe.

113. Sygn. akt: KIO/KD 76/11, Uchwała KIO z dnia 7 października 2011 r.

Zamawiający udzielił przedmiotowego zamówienia w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, stosownie do którego zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. „Względy techniczne” uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy muszą mieć zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny.

Ustawa Pzp wskazuje przyczyny techniczne przesądzające o możliwości wykonania zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. Muszą one mieć charakter zobiektywizowany. Jak wskazywał SN pod rządami ustawy o zamówieniach publicznych [patrz *poniżej* – ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych – *przyj. red.*], „przesłanka prawna jedynego «wykonawcy», warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca – monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc – w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych, zasadniczo w trybie przetargu” (wyrok SN z dnia 06 lipca 2001 roku III RN 16/01 OSNPC 2001). Z kolei NSA podkreślał, że „przekonanie wnioskującego o zatwierdzenie trybu zamówienia z wolnej ręki co do tego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych” (wyrok NSA z 11 września 2000 roku II SA 2074/00, Wokanda 2001 Nr 1, poz. 39). W ocenie Izby stanowisko wyrażone we wskazanych wyżej wyrokach zachowuje swą aktualność również na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy.

114. Sygn. akt: KIO/KD 1/12, Uchwała KIO z dnia 19 stycznia 2012 r.

Nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia dla udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp wskazanie, że zamawiający nie uzyskał odpowiedzi na zapytanie od części firm, ani też wskazanie, że w udzielonych odpowiedziach nie zostały wskazane wszystkie modele mikroskopów znajdujących się w aktualnej ofercie wykonawców, ani tym bardziej okoliczność, że odpowiadając na pytanie firma produkująca mikroskopy nie wskazała urządzenia, znajdującego się w jej ofercie i spełniającego wymagania zamawiającego. Podmiot gospodarczy nie jest w żaden sposób zobowiązany do tego, aby na nieformalne zapytania odpowiadać, a faktu samego braku odpowiedzi nie należy wywodzić braku możliwości złożenia oferty. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jedynie w sytuacji, gdy fakt zaistnienia przesłanek ustawowych ustalił w sposób nie budzący wątpliwości. Oceniając zastrzeżenia Izba uznała za istotne, że zamawiający nie podniósł i nie wykazał, że powołany przez biegłego mikroskop X (...) nie spełnia jego wymagań, podnosił jedynie, że jego producent firma X nie wskazał tego urządzenia w odpowiedzi na zapytanie poprzedzające udzielenie zamówienia. Powyższe powoduje, w ocenie Izby, konieczność uznania, że przesłanka możliwości wykonania zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę upada.

Uznać też trzeba, że zamawiający ograniczając się do ustalenia kręgu potencjalnych wykonawców jedynie w trybie skierowania zapytań ofertowych do wyselekcjonowanych podmiotów nie przeprowadził rzetelnego badania rynku w celu upewnienia się, czy w danej sprawie zachodzi okoliczność, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Całość uzasadnienia prezentowanego przez zamawiającego sprowadza się do ustalenia, że jedynie konkretny model mikroskopu wybranego wykonawcy spełnia łącznie wskazywane parametry, natomiast produkty pozostałych firm nie osiągają postulowanych wartości.

W świetle twierdzeń przedstawionych w opinii biegłego, z których merytoryczną treścią zamawiający de facto nie polemizował (wskazywał jedynie unikalność rozwiązania zastosowanego w preferowanym produkcie), uznać trzeba, że pogląd zamawiającego, że zamówienie jest w stanie zrealizować wyłącznie jeden wykonawca, ma walor indywidualnego przekonania zamawiającego, nie zaś obiektywnego i udowodnionego stanu rzeczy. Subiektywna ocena zamawiającego nie ma znaczenia dla możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki. Dla wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę, nie wystarczy sam fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach (Orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Greckiej, opubl. w Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713). (...)

Z opinii biegłego wywieść należy ustalenia istotne dla oceny zastrzeżeń oraz niesporne między zamawiającym a Prezesem Urzędu, iż istnieją urządzenia oferujące poszczególne parametry na zbliżonym lub wyższym poziomie. Izba ocenia, wbrew twierdzeniom zamawiającego, że powyższe nie tyle stanowi o unikalności wybranego mikroskopu, ile wskazuje, że w zakresie parametrów będących przedmiotem szczególnego zainteresowania zamawiającego, wybrany produkt osiąga ich najlepsze wartości. Z powyższego wywieść jednak należy nie uzasadnienie do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, ile uzasadnienie do ujęcia ich w opisie przedmiotu zamówienia lub ustalenia innego, niż cena kryterium oceny ofert. Jeśli, jak w badanym postępowaniu, względy techniczne o obiektywnym charakterze nie zaistniały w sposób obiektywny, zamawiający winien udzielić zamówienia, o ile nie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia w jednym z pozostałych trybów wskazanych w art. 10 ust. 2 Pzp, w trybie przetargowym. Zamawiający może wówczas oczekiwane parametry mikroskopu wskazać w opisie przedmiotu zamówienia, uzależniając od ich spełnienia możliwość złożenia oferty nie podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp lub uczynić z nich jedno z kryteriów oceny ofert.

Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskazane w art. 7 ust. 1 Pzp nie stoją na przeszkodzie temu, aby zamawiający właściwie określając warunki udziału wykonawców w postępowaniu i stosownie opisując przedmiot zamówienia, wybrał wykonawcę, który wykona zamówienie w sposób prawidłowy i złoży ofertę najbardziej odpowiadającą potrzebom zamawiającego. Zasady zawarte w przywołanym przepisie sprzeciwiają się jednak temu, aby zamawiający arbitralnie, nie mając niezbitą pewności, co do możliwości wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę, udzielał zamówienia z pominięciem możliwości weryfikacji swoich ustaleń przez rynek i eliminował konkurencję w sytuacji, gdy w danym obszarze rynku działa cała grupa wykonawców.

115. Sygn. akt: KIO/KD 13/12, Uchwała KIO z dnia 6 lutego 2012 r.

Izba w pełni podzieliła stwierdzenia zawarte w informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych ustalił, że wykonawca, któremu udzielono przedmiotowego zamówienia, nie jest jedynym wykonawcą, który może to zamówienie zrealizować. W toku kontroli ustalono bowiem, że odczynniki firmy X oraz Y (których udział wartościowy w wartości szacunkowej zamówienia wynosił łącznie 138 695,02 PLN, a więc przekraczał kwotę obligującą Zamawiającego do stosowania Prawa zamówień publicznych przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia [aktualnie, po wejściu w życie ustawy z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie

ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 423) próg stosowania przepisów ustawy Pzp został ustalony w art. 4 pkt 8 na poziomie równowartości 30 000 euro – przyp. red.) posiadają więcej, niż tylko jednego dystrybutora. Powyższe ustalenie nie było kwestionowane przez Zamawiającego, jedynie wskazywał on, że nie wiedział o tym fakcie, a oświadczenie wykonawcy, że jest jedynym i wyłącznym dystrybutorem, uznał za wiarygodne i niebudzące wątpliwości.

Skład orzekający za Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych stwierdza, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielania zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywołał Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku C-126/03). (...)

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzenia, nie budzi wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie nie zachodziła okoliczność, w której zamówienie mogło być wykonane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze – skoro ustalono, że na rynku istnieje więcej, niż jeden dystrybutor. Trzeba również zwrócić uwagę, że z punktu widzenia Prawa zamówień publicznych fakt, iż Zamawiający mógł być wprowadzony w błąd przez niezgodne z rzeczywistością oświadczenie wykonawcy, nie jest przesłanką wyłączającą możliwość stwierdzenia naruszenia ustawy. Do stwierdzenia naruszenia Prawa zamówień publicznych wystarczy bowiem ustalenie, że nie zaistniała podstawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Wydaje się również, że Zamawiający nie może opierać swojego przekonania o możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki wyłącznie na podstawie oświadczenia składanego przez wykonawcę, któremu zamówienie ma zostać udzielone, a powinien wykazać się większą inicjatywą w ustaleniu, czy istnieje więcej, niż jeden dostawca danego przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Prawa Zamówień Publicznych, ze względu na brak przesłanki wskazanej w tymże przepisie, a tym samym z zaniechaniem stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych dotyczących trybów konkurencyjnych przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia.

116. Sygn. akt: KIO/KD 22/12, Uchwała KIO z dnia 1 marca 2012 r.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych pozwala zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki wyłącznie w sytuacji, gdy dane dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zamawiający wskazał ten przepis jako podstawę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki i konsekwentnie prezentował w toku kontroli to stanowisko, uzasadniając powyższe wystąpieniem okoliczności takich jak: celowość powierzenia wykonania realizowanych równoległe zadań, tj. usług administrowania siecią teleinformatyczną Zamawiającego oraz czynności związanych z wdrożeniem portalu X zasilanego danymi z pochodzącymi z zasobów sieci Zamawiającego (wewnętrznego syste-

mu X) w celu zapewnienia prawidłowego wdrożenia i funkcjonowania projektu X oraz ochrony zgromadzonych w nim danych; konieczność znajomości przez wykonawcę systemu operacyjnego A, technologii B oraz oprogramowania C.

Zamawiający motywował także wybór trybu z wolnej ręki potrzebą posiadania przez wykonawcę (jego pracowników wykonujących zamówienie) poświadczenia bezpieczeństwa upoważniającego do dostępu do informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową – w złożonym oświadczeniu dotyczącym przebiegu negocjacji, datowanym na 27 stycznia 2012 r. Zamawiający wyjaśnił powyższą potrzebę: „Ujawnienie danych w przypadku posiadanej bazy danych X są to informacje: dotyczące występowania, położenia, statusu ochronnego chronionych gatunków roślin i zwierząt spowodowałyby narażenie populacji lęgowych ww. gatunków na zniszczenie. Pełnomocnik Wykonawcy oświadczył, że pracownicy, którzy będą obsługiwali nasz Urząd posiadają poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową” oraz w notatce służbowej z 26 maja 2011 r. dodatkowo zawartością bazy danych, która poza danymi dotyczącymi występowania gatunków roślin i zwierząt miała zawierać dane osobowe pracowników (...) oraz klientów zewnętrznych, których sprawy załatwiane są w ramach kompetencji posiadanych przez (...). Tak wyartykułowana motywacja nie przekonuje o dopuszczalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w tym w oparciu o podstawę podaną przez Zamawiającego. Posiadanie dostępu do informacji niejawnych przez takiego czy innego wykonawcę na odpowiednim poziomie nie stanowi przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, o których mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie można za takie przyczyny uznać także znajomości konkretnych technologii, które nie są unikatowe i właściwe jednemu jedynie wykonawcy. Konieczność stosowania konkretnych rozwiązań czy technologii celem zintegrowania istniejących, rozbudowywanych czy dopiero wdrażanych systemów nie prowadzi do uznania, iż stanowi to przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Zamawiający nie wykazał zaś, by tylko i wyłącznie wykonawca, z którym zawarto umowę był w stanie wykonać zamówienie. Zamawiający nie wykazał także by na rynku nie istnieli inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie, w tym tacy, który posiadają znajomość odpowiedniej technologii (tu: B oraz oprogramowania C czy systemu operacyjnego A). Nie wdając się w analizę znaczenia posiadania dostępu do informacji na odpowiednim poziomie dla wykonania zamówienia, stwierdzenia wymaga, że również posiadanie dostępu do tego rodzaju informacji nie stanowi cechy wykonawcy tego rodzaju, która jest unikatowa i pozwala na uznanie, że zachodzą przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Podniesiona w zastrzeżeniach do informacji o wyniku kontroli okoliczność, że trzy inne podmioty nie zajmują się usługami administrowania sieciami teleinformatycznymi (serwerami, sieciami LAN/WAN oraz komputerowymi stanowiskami pracy) nie przesądza jeszcze, że tylko wykonawca, z którym zawarto umowę może wykonać zamówienie. Trafnie wskazał organ kontroli, że powyższe powinno być rozpatrywane przez pryzmat możliwości wystąpienia wykonawcy w postępowaniu nie tylko samodzielnie, ale także w ramach konsorcjum (art. 23 ust. 1 ustawy), a także, że należy brać pod uwagę nie tylko wykonawców prowadzących działalność na terenie Polski, ale również pochodzących z innych państw. Pozytywna ocena wcześniejszej współpracy Zamawiającego z wykonawcą, a także względy optymalizacji wykonania zadania, w tym założenie, że wykonawca, który aktualnie świadczy usługi wykona je szybciej (sygnalizowane przez Zamawiającego zakończenie realizacji projektu portalu X przewidziane na 31 grudnia 2011 r. uwarunkowane utratą finansowania), a także bez zakłóceń i potrzeby przygotowania jego pracowników, nie stanowią wystarczającego uzasadnienia dla zastosowania trybu, który powinien być traktowany jako wyjątek i którego zastosowanie wymaga zaistnienia enumeratywnie wskazanej w ustawie przesłanki.

Zgodzić się zatem należy z konkluzją organu kontroli, iż Zamawiający przy wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki kierował się przede wszystkim wewnętrznym przeświadczeniem, iż

znany mu wykonawca, dotychczas realizujący inne zadanie najlepiej będzie w stanie wykonać to zamówienie. Nie stanowi to jednak, wymaganej treścią art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy przesłanki, by możliwość wykonania prac przez jednego tylko wykonawcę wynikała z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Nie jest taką przyczyną – na co wskazywał Zamawiający – konieczność znajomości systemu operacyjnego A, technologii X w wersji serwerowej, najnowszej technologii B, w której wykonywany był Portal oraz znajomości oprogramowania C w zakresie instalacji i administracji.

Nie zmieniają powyższej oceny podjęte przez Zamawiającego akty transparentności, jak opublikowanie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy na realizację kontrolowanego zamówienia wraz z uzasadnieniem wyboru trybu, jak i to, że tryb ten nie był kwestionowany w drodze odwołań – wbrew stanowisku Zamawiającego, nie potwierdzają one, by wykonawca, z którym zawarto umowę był jedynym, który mógł świadczyć usługi w zakresie objętym zamówieniem.

117. Sygn. akt: KIO/KD 37/12, Uchwała KIO z dnia 2 kwietnia 2012 r.

Niewątpliwym jest, iż tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym. Dlatego też skorzystanie z tego właśnie trybu następuje na zasadzie wyjątku i to tylko w ściśle określonych w ustawie przypadkach. Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp określa jedną z przesłanek jego zastosowania, a mianowicie tę przesłankę, którą Zamawiający – w niniejszym stanie faktycznym – wskazał jako podstawę zastosowania tego trybu (trybu zamówienia z wolnej ręki). Tak więc dla jego zastosowania (trybu wskazanego przez zamawiającego) koniecznym jest wykazanie, iż: „1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”.

Obowiązek wykazania zaistnienia tej właśnie przesłanki ciąży na zamawiającym, a zamawiający w niniejszym stanie faktycznym okoliczności jej wystąpienia niewątpliwie nie wykazał. To zamawiający zobowiązany jest bowiem wykazać zaistnienie „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, które uzasadniają zastosowanie tej przesłanki, a mianowicie tego, że udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi jest nie tylko utrudnione, ale z uwagi na charakter danego zamówienia niemożliwe. Powołanie się na tą przesłankę musi być bowiem poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia. Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tej przesłanki nie może być natomiast subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego zamówienia. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym to właśnie subiektywne odczucie zamawiającego (w tym pracowników korzystających z już posiadanego przez niego sprzętu fotograficznego, co zamawiający konsekwentnie podkreślał w złożonych pismach procesowych) zdecydowało o uznaniu przez zamawiającego spełnienia tej przesłanki, a tym samym zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki. Nie stanowi wypełnienia tej przesłanki zakup sprzętu fotograficznego określonego producenta, producenta sprzętu już posiadanego, nawet wtedy gdyby warunki zakupu oferowane przez tego producenta były najkorzystniejsze, konieczne jest bowiem wykazanie, że nie jest on dostępny u żadnego innego wykonawcy. Przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, muszą mieć bowiem zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Przedmiotowe zamówienie mogłoby być zrealizowane – jak wykazał to Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – przez co najmniej kilku wykonawców. Przedmiot zamówienia powinien być bowiem opisany za pomocą parametrów technicznych, a więc w sposób umożliwiający udział w tym postępowaniu także innych wykonawcom (dostawcom i producentom także innego sprzętu niż wskazanej firmy – firmy (...)).

Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tego trybu nie mogą być także trudności związane z brakiem kompatybilności sprzętu, gdyż na ogół nie mają one (trudności) nieprzewidywalnego charakteru i nie świadczą o monopolu jednego wykonawcy. O tym ostatnim można mówić tylko w sytuacji braku alternatywnego sprzętu, a taki alternatywny sprzęt i do tego kompatybilny ze sprzętem już posiadanym – jak wykazał to Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – na rynku tego rodzaju dostaw faktycznie istnieje. Sprzęt będący przedmiotem niniejszego zamówienia produkowany jest bowiem przez wielu producentów i jest on kompatybilny z produktami firmy (...). Okoliczność tę wykazał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Natomiast zamawiający poza powołaniem się na rzekomy brak kompatybilności sprzętu już posiadanego ze sprzętem pochodzącym od innych wykonawców nie przedstawił żadnych argumentów okoliczność tę potwierdzających. Uzasadnieniem powyższego nie może bowiem jedynie ogólnikowe powołanie się na możliwość pełnego wykorzystania posiadanego i zamawianego sprzętu. A ponieważ możliwość powołania się na art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp jest wyłączona jeżeli istnieje sprzęt dający możliwość uzyskania kompatybilności ze sprzętem już posiadanym przez zamawiającego brak było podstaw do zastosowania tej przesłanki, a tym samym zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

118. Sygn. akt: KIO/KD 43/12, Uchwała KIO z dnia 26 kwietnia 2012 r.

Zamawiający nie kwestionował w zastrzeżeniach, że rynek usług związanych z instalacjami przeciwpożarowymi, w tym związanych z projektowaniem, produkcją oraz instalacją systemów oddymiania oraz urządzeń wchodzących w skład takich systemów (np. centrale oddymiające) jest rynkiem ukształtowanym i konkurencyjnym. Dodać należy, że organ kontrolny prawidłowo ocenił, iż możliwość utraty gwarancji na system sygnalizacji pożaru ze względu na ingerencję innego podmiotu w ww. system poprzez wprowadzenie do niego innych urządzeń nie stanowi przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze. To Zamawiający konstruując umowę o zamówienie publiczne na dostarczony system mógł w sposób wyraźny doprecyzować, że dodanie dodatkowych elementów systemu przez inny podmiot nie wpłynie na uprawnienia zamawiającego z tytułu gwarancji na dostarczony system. W konsekwencji to nie przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, lecz zaniechanie Zamawiającego odpowiedniego ukształtowania postanowień umownych były powodem, dla którego zdecydował się udzielić zamówienia wykonawcy realizującemu system. Na marginesie dostrzeżenia wymagało, iż postanowienia gwarancyjne umowy zawartej z wykonawcą systemu sygnalizacji pożaru nie wskazywały na możliwość uchylenia się tego podmiotu od obowiązków gwarancyjnych w sytuacji wykonania niektórych czynności przez innych wykonawców.

Organ kontrolny prawidłowo dostrzegł również, że konieczność wykonania central oddymiających miała źródło w zdarzeniach, które nastąpiły na etapie przygotowania procesu inwestycyjnego. W programie funkcjonalno-użytkowym opisującym przedmiot zamówienia w postępowaniu na „Zaprojektowanie oraz wykonanie sieci CCTV (Closed Circuit Television) wraz z sygnalizacją pożaru oraz dźwiękowym systemem ostrzegawczym (DSO)” nie przewidziano konieczności wykonania central oddymiających albowiem uznano, że będzie można wykorzystać istniejący system oddymiania. Jednakże koncepcja ta doprowadziła do sytuacji, w której, jak twierdzi Zamawiający, system nie spełniał jednej istotnej funkcji, a mianowicie nie zapewniał otwierania okien oddymiających oraz drzwi ewakuacyjnych, a w konsekwencji nie spełniałby wymogów wynikających z rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 21.04.2006 r. w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów (Dz. U. Nr 80, poz. 563). Konieczność wykonania systemu przeciwpożarowego wraz z systemem oddymiania zgodnie z obowiązującymi przepisami jest niewątpliwie okolicznością, którą można i należało przewidzieć opracowując program funkcjonalno-użytkowy.

Ponadto, jak słusznie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na etapie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wykonawcy sygnalizowali Zamawiającemu możliwość uzupełnienia istniejącego systemu w przypadku konieczności dostosowania go do obowiązujących przepisów przeciwpożarowych, wnioskowali o przekazanie wykazu istniejących i/lub planowanych elementów wymagających sterowań, bądź monitorowań w systemie SAP, w tym ilości central oddymiających. Zamawiający w odpowiedzi na te pytania poinformował jedynie o konieczności uzupełnienia systemu SAP w celu kompleksowego zabezpieczenia zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym. Nie przedstawił też wnioskowanego wykazu elementów. A zatem istniała możliwość przewidzenia sytuacji wskazywanej jako przyczyna udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Na skutek przyjętej i konsekwentnie realizowanej koncepcji wykonania inwestycji, przebiegała ona w oparciu program funkcjonalno-użytkowy, w którym system rozwiązań sterowania oknami i drzwiami oddymiania, jak twierdzi zamawiający, nie odpowiadał obowiązującym przepisom. Konieczność wprowadzenia do wykonywanego systemu dodatkowych urządzeń nie była zatem wynikiem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, lecz konsekwencją zaniedbań popełnionych na etapie przygotowywania inwestycji.

119. Sygn. akt: KIO/KD 50/12, Uchwała KIO z dnia 15 czerwca 2012 r.

Udzielając przedmiotowego zamówienia zamawiający powołał się na przesłankę opisaną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki w przypadku, gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zgodnie z definicjami słownikowymi „przyczyna” to „czynnik lub zespół warunków wywołujący jakieś zjawisko jako swój skutek”, „techniczny” to: „1. odnoszący się do techniki jako dziedziny wiedzy, 2. używany przy kreśleniu projektów maszyn, urządzeń, rozwiązań architektonicznych, planów, map itp., 3. dotyczący techniki wykonywania jakichś czynności lub sposobu realizacji czegoś, 4. (...)”, „obiektywny” to „1. odznaczający się obiektywizmem, wolny od uprzedzeń, 2. istniejący niezależnie od poznającego podmiotu”, „charakter” zaś to „(...) 3. zespół cech właściwych danemu przedmiotowi lub zjawisku, odróżniających je od innych przedmiotów i zjawisk tego samego rodzaju, 4. (...)” (na podstawie „Słownika języka polskiego” PWN dostępnego na stronie www.sjp.pwn.pl). Zatem „przyczyny techniczne” będą odnosiły się do możliwości wykonania jakichś czynności lub sposobu realizacji czegoś związanych najczęściej z posiadanym zapleczem technicznym, infrastrukturą, unikalną technologią, choć w niektórych przypadkach określenie to może być interpretowane szerzej (jednak nie dotyczy to niniejszej sprawy). Natomiast „obiektywny charakter” oznacza, że każdy podmiot w danej sytuacji musiałby tak samo ocenić sytuację i tak samo się zachować. Typowym przykładem wykonawców, których dotyczą „przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze” są spółki energetyczne, gazownicze i wodno-kanalizacyjne będące właścicielami instalacji doprowadzających dane media i z tego powodu jedynymi możliwymi wykonawcami usług przesyłowych.

Zamawiający natomiast, co już podniósł Prezes UZP, nie wskazał przyczyn, które, nawet przy dość szerokiej interpretacji tego pojęcia, można uznać za „techniczne”. Należy też zwrócić uwagę, że wykonany przez zamawiającego opis techniczny kontenera (...) nie wskazuje na konieczność posiadania wyjątkowego zaplecza technicznego, które dostępne byłoby jedynie spółce X. Toteż i zamawiający nie wskazał tej okoliczności jako podstawy wyboru trybu zamówienia, lecz powołał się w zasadzie jedynie na skomplikowany i nowatorski charakter przedmiotu zamówienia i konieczne do jego wykonania doświadczenie wykonawcy i jego personelu. Należy się tu zgodzić z Prezesem UZP, że konieczne w opinii zamawiającego doświadczenie w realizacji danego przedmiotu zamówienia jest okolicznością, która stanowi podstawę do kwalifikacji wykonawcy w ramach warunków udziału w postępowaniu, nie uza-

sadniającą jednak wyboru trybu „z wolnej ręki”. Przy tym na marginesie można zwrócić uwagę, że zamawiający nie wykazał nawet, że jest to jedyny podmiot, który takie doświadczenie posiada – i to nie tylko w Polsce, lecz co najmniej w krajach Unii Europejskiej. Również fakt, że wybrany wykonawca jest „wiarygodnym oferentem”, gwarantującym wysoki standard oraz wysoką jakość wykonywanych badań, chociaż niewątpliwie bardzo istotny dla zamawiającego, nie stanowi ustawowej przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zatem rezygnacja z usług pozostałych trzech firm nie wynikała z braku ich możliwości technicznych, lecz braku zaufania zamawiającego do zdolności tych firm do prawidłowego wykonania prac. Przy tym są to jedynie firmy, do których zwrócił się zamawiający przed udzieleniem zamówienia, co nie oznacza, że są to jedyne firmy świadczące usługi w zakresie przedmiotu zamówienia. Konieczność współpracy z różnymi instytucjami czy twórczego charakteru prac również nie stanowi „przyczyn technicznych”, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych.

120. Sygn. akt: KIO/KD 66/12, Uchwała KIO z dnia 23 lipca 2012 r.

W zakresie tej przesłanki [art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp – *przyp. red.*], zdaniem Izby stwierdzić należy, że sam Zamawiający nie kwestionuje istnienia na tym rynku usług, co najmniej kilku wykonawców mogących zrealizować to zamówienie, gdyż sam w zastrzeżeniach stwierdził, że „Zamawiający w pełni podziela pogląd Prezesa UZP odnośnie istnienia większej niż jeden liczby podmiotów, zdolnych w normalnych warunkach podobne zamówienie wykonać”. Tym samym, stwierdzić należy, że zamawiający w tym zakresie nie zgłasza zastrzeżeń co do wyników kontroli, jednakże podnosił, że zaistniałe warunki nie były „normalne” i tym samym takie postępowanie zamawiającego w sprawie było uzasadnione.

W zakresie objętym przedmiotowym zastrzeżeniem, Izba w oparciu o dokonaną analizę dokumentów zgromadzonych w sprawie, a w szczególności pisma z dnia 19.08.2010 roku wykonawcy X, wskazującego na chronologię zaistniałych zdarzeń powodujących uszkodzenia zabezpieczeń skarpy Wisły, uzasadniających podjęcie pilnych działań naprawczych spowodowanych uszkodzeń stwierdza, że najpoważniejsze uszkodzenia wykonanych zabezpieczeń skarpy nastąpiły w trakcie „fali” lodowej w miesiącu marcu 2010 roku /pkt 2 str. 2/. Następne uszkodzenia nastąpiły w trakcie fali powodziowej w miesiącu maju i czerwcu 2010 roku. Wskazany okres zdarzeń zdaniem Izby, wskazuje na możliwość przeprowadzenia w powyższym okresie czasu, w trybie konkurencyjnym, postępowania przetargowego rozpoczętego nawet po ostatnim zdarzeniu, tj. fali powodziowej z miesiąca czerwca i zawarcia umowy na realizację zadania z wyłonionym wykonawcą, w dacie nie późniejszej niż to miało miejsce w przypadku przedmiotowej umowy. Tym samym zastrzeżenia Zamawiającego o braku możliwości wyłonienia w trybie konkurencyjnym – w tym okresie, wykonawcy robót, nie znajduje potwierdzenia i uzasadnienia.

Kolejnego odniesienia Izby, wymaga stanowisko zamawiającego, że zlecenie wykonania robót innemu wykonawcy spowodowałby utratę rękopisów udzielonej na roboty zabezpieczające wykonane w 2009 roku i związanych z tym faktem ewentualnych konsekwencji finansowych dla zamawiającego. Zamawiający, uzasadniając swoje działanie w tym zakresie powołał się na orzeczenie GKO z dnia 3 października 2005 r. (DF/GKO/Odw.-39/ 50/2005/375), w którym to GKO stwierdziła, że „stosowanie procedur określonych przepisami ustawy o zamówieniach publicznych, co podniesiono w odwołaniu, nie jest celem samym w sobie. Stosowanie tych procedur musi być również ściśle związane z realizacją naczelną zasadą dokonywania wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny z poszanowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, tak jak wymaga tego przepis art. 281 ustawy o finansach publicznych”. W zakresie powyższego, zdaniem Izby wywieść należy wniosek, że obawa przed utratą udzielonej przez X rękopisów za wady fizyczne ukończonych w 2009 roku robót zabezpieczających

skarpy wiślanej w W., spowodowała przekonanie zamawiającego o konieczności powierzenia temu samemu wykonawcy w trybie z wolnej ręki, wykonania robót naprawczych po uszkodzeniach spowodowanych zatorem lodowym i przejściem fal powodziowych w 2010 roku.

Na wstępie wskazać należy, że w przypadku umów pomiędzy inwestorem, a wykonawcą na wykonanie robót budowlanych, stosowane są różne narzędzia zabezpieczające przyszłe roszczenia odszkodowawcze związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania umownego. Inwestor może dochodzić roszczeń z tego tytułu na zasadach ogólnych Kodeksu Cywilnego (art. 471), a także Inwestor może wykorzystać inne zabezpieczenia – rękojmię za wady i gwarancję jakości. Podstawą prawną stosowania rękojmi za wady jest Kodeks Cywilny, w tym art. 637 k.c., natomiast zgodnie z art. 638 k.c., jeżeli z art. 637 k.c. nie wynika nic innego, do rękojmi za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży. Do rękojmi za wady wykonanego obiektu stosuje się również przepisy odnoszące się do umowy o dzieło. Rękojmia za wady jest ustawowym zabezpieczeniem interesów zlecającego roboty budowlane i przysługuje z samego faktu wykrycia wady dzieła po dokonaniu odbioru robót w czasie objętym ustawową rękojmią. Żądanie usunięcia wad jest oparte na ujawnieniu wad przez inwestora. Odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy jest odpowiedzialnością bezwzględna, której wystarczającą przesłanką faktyczną jest ustalenie, że przekazana inwestorowi robota budowlana wykazuje cechy kwalifikujące ją w danym stosunku prawnym jako rzecz wadliwą.

Odnosząc powyższe, wskazać należy, że nie znajduje uzasadnienia w sprawie stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 18.10.2010 roku znak UR-212/314 18 10, skierowanym do Prezesa UZP, gdzie zamawiający uzasadniając konieczność udzielenie zamówienia z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy robót stwierdza, że „wprowadzenie na naprawiany obiekt innego wykonawcy powodowałoby utratę rękojmi za cały obiekt”. Taki skutek nie wynika ani z przepisu prawa, ani z postanowień umowy pomiędzy stronami. Zdaniem Izby, celem uniknięcia obaw zamawiającego w tym zakresie, brak było jakichkolwiek przeszkód prawnych, aby w wyniku dokonanej inwentaryzacji uszkodzeń skarpy zwolnić wykonawcę X z odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady za obszar, na którym niezbędne było wykonanie robót naprawczych. Rękojmia za ten obszar robót objęty naprawami, zostałaaby udzielona przez wykonawcę tych robót. Należy zauważyć, że owa sytuacja jest wynikiem popełnionego w przeszłości błędu lub zaniedbania zamawiającego, polegającego na nieprzewidzeniu w umowie możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Ponadto nie można wykluczyć sytuacji, że zamówienie na te roboty w trybie konkurencyjnym otrzymałby ten sam wykonawca – X.

Natomiast w zakresie samego dochodzenia przysługujących zamawiającemu uprawnień z tytułu rękojmi wskazać należy, że pierwsze uszkodzenia wykonanych kilka miesięcy wcześniej zabezpieczeń, nastąpiły już w miesiącu marcu 2010 roku, a następne w maju i czerwcu. Zamawiający dopiero w dniu 10 sierpnia wystąpił do wykonawcy, powołując się na rękojmię za wady wykonanej roboty budowlanej, z wezwaniem do usunięcia zniszczeń powstałych na wykonanym zabezpieczeniu skarpy w W. Z pisma tego w sposób jednoznaczny wynikało, że zamawiający winą za powstałe uszkodzenia w całości obarczył wykonawcę robót. Odpowiadając na powyższe pismo wykonawca X w piśmie z dnia 19.08.2010 roku o nr 569/HC/08/2010, stwierdził, że powstałe uszkodzenia nie wynikają z jakichkolwiek wad wykonanych robót. Ponadto podniósł zarzut, że złożone pismo Zamawiającego nr UR-072/18/10 z dnia 10.08.2010 r. nie zawiera „określenia formalnej podstawy złożonego wezwania” i tym samym nie widzi podstawy do wykonania naprawy uszkodzeń w ramach rękojmi za wady. Ponadto wykonawca w ww. piśmie stwierdził, że nie poczuwa się do odpowiedzialności za powstałe szkody, gdyż wykonał roboty wg dostarczonej dokumentacji i „parametrów narzuconych przez zamawiającego” (str. 1 pisma). W tej sytuacji zasadne jest przywołanie treści przepisu art. 655 k.c., zgodnie z którym wykonawca nie będzie związany rękojmią w przypadku, gdy inwestor dostarczył do wykonania obiektu wadliwe materiały, urządzenia, czy maszyny lub żądał prowadzenia robót stosownie do

swoich, sprzecznych z zasadami sztuki budowlanej wskazówek. Warunkiem zwolnienia wykonawcy z obowiązków rękojmi jest jednak uprzednie ostrzeżenie inwestora, że wiąże się z możliwością powstania wad obiektu.

Powyższe ustalenia Izby nie wykazują, aby twierdzenie zamawiającego jakoby zlecenie wykonania robót naprawczych wybranemu przez siebie wykonawcy w trybie z wolnej ręki były nacechowane szczególną dbałością o dokonywanie „wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny z poszanowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów”. Tym samym, zdaniem Izby wskazać należy, iż powoływanie się przez zamawiającego jedynie na możliwość utraty uprawnień z rękojmi za wady rzeczy na cały obiekt budowlany w przypadku powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy innemu niż wykonawca zamówienia podstawowego, nie stanowi wystarczającej podstawy do udzielenia zamówienia temu wykonawcy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy.

121. Sygn. akt: KIO/KD 73/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.

W analizowanym stanie faktycznym, zamawiający podejmując decyzję o wszczęciu procedury z wolnej ręki oparł się opinii pani Małgorzaty M. z dnia 30 lipca 2009 roku, w której to opinii dokonano oceny potencjalnych wykonawców pod kątem podmiotowym, biorąc pod uwagę przede wszystkim ich dotychczasowe doświadczenie w realizacji podobnych zamówień. Z konkluzji tej opinii wynika, że „jedyną firmą spełniającą wymogi stawiane przed wykonawcą tej niestandardowej wytwórni farmaceutycznej wymagającej kompleksowego podejścia do przygotowania projektu, realizacji inwestycji, doboru wyposażenia wraz z jego kwalifikacją i walidacją spełnia wyłącznie firma X”. W opinii natomiast brak wskazania jakichkolwiek obiektywnych przyczyn technicznych, które uzasadniałyby powierzenie zamówienia wyłącznie jednemu wykonawcy – X Sp. z o.o. Z treści przywołanej opinii wynika, że na rynku istnieje szereg potencjalnych podmiotów, które wykonują zamówienia na rzecz zakładów przemysłu farmaceutycznego, ale nie posiadają one wymaganego przez zamawiającego doświadczenia w realizacji podobnych zamówień. Zatem, w ocenie Izby, wybór wykonawcy X Sp. z o.o. był spowodowany głównie przeświadczeniem zamawiającego o posiadaniu przez tego wykonawcę największego doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, a nie jak wymaga tego przepis art. 67 ust. 1 lit. a) ustawy Pzp obiektywnymi względami technicznymi, które uzasadniają powierzenie zamówienia wyłącznie temu wykonawcy. Izba podkreśla, iż przekonanie zamawiającego, że wykonawca jest jedynym, który, ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi dostatecznej podstawy do przyjęcia, iż jest to jedyny wykonawca zdolny zrealizować zamówienie.

Ponadto wskazać należy, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jedynie w sytuacji, gdy fakt zaistnienia przesłanek ustawowych ustalił w sposób nie budzący wątpliwości. Tymczasem w postępowaniu, objętym kontrolą zamawiający nie wykazał, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp wynika z monopolu wykonawcy, który spowodowany jest wyłącznie obiektywnymi przyczynami technicznymi czy też specyfiką zamówienia i jego złożonością. O istnieniu obiektywnych cech technicznych, które uzasadniają udzielenie zamówienia wyłącznie jednemu wykonawcy nie może świadczyć okoliczność, że w dwóch uprzednio przeprowadzonych postępowaniach w trybie przetargu nieograniczonego ofertę złożył wyłącznie jeden wykonawca Y GmbH.

122. Sygn. akt: KIO/KD 76/12, Uchwała KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r.

Bezsporne pozostawało, że Zamawiający w dniu 10.10.1997 r. zawarł z firmą X S.A. (obecnie Y S.A. umowę o zaprojektowanie i wykonanie (...) B oraz o przekazanie do eksploatacji oprogramowania użytkowego w B, jako umowę podstawową w latach 2000–2008, uzupełnioną kolejnymi umowami z tym Wykonawcą obejmującymi modyfikację, rozbudowę oraz

konserwację (...). W dniu wszczęcia postępowania z wolnej ręki będącego przedmiotem kontroli, oprócz umowy podstawowej, w zakresie rozwoju i utrzymania (...), Zamawiający był związany z Wykonawcą umową uzupełniającą 7 nr (...) oraz Umową nr (...) na świadczenie usług administrowania i eksploataowania wydzielonymi obszarami (...) w B (obie umowy z dnia 16.12.2008 r.). Termin obowiązywania wszystkich trzech umów upływał dnia 10.10.2010 roku. Wygaśnięcie wszystkich trzech umów w tym samym terminie oznaczało zaprzestanie przez dotychczasowego Wykonawcę realizacji prac rozwojowych nad systemem (w szczególności dostarczania zmian wynikających ze zmian stanu prawnego) oraz zaprzestanie świadczenia usług (w szczególności w zakresie administrowania i eksploataowania systemu). Umowa z wolnej ręki na wymieniony wyżej zakres usług została zawarta z Wykonawcą Y S.A. w dniu 8.10.2010 r. Istotne zatem było ustalenie, czy biorąc pod uwagę datę zawarcia tej umowy, ziściły się obie przywoływane przez Zamawiającego przesłanki ustawowe, warunkujące legalność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Z faktu, iż (...) jest systemem dedykowanym charakteryzującym się rozwiązaniami technicznymi i technologicznymi, sposobem i zasadami działania na podstawie indywidualnie definiowanych parametrów i standardów nie wynika, aby można uznać go za unikalny o szczególnym charakterze w skali kraju, a także Europy i świata – jak przekonywał Zamawiający, gdyż przy budowie systemów dedykowanych wykorzystywane są również technologie standardowe. Z pewnością większość krajów, które realizują zabezpieczenia społeczne obywateli wykorzystuje do ich obsługi narzędzia informatyczne. Ponadto nie jest istotny sam przedmiot systemu, ale jego skala, ilość obsługiwanych procesów, transakcji i użytkowników. Nie ma znaczenia, że na terenie Polski tylko Wykonawca Y S.A. bez przerwy od 1997 r. zajmował się utworzeniem, rozwojem, utrzymaniem systemu (...) wyłącznie dla potrzeb Zamawiającego. Przepis art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy, dozwala na stawianie wykonawcom ubiegającym się o zamówienie warunków udziału, w tym w odniesieniu do posiadania wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówień związanych z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, a więc nie tożsamy. Za zamówienie związane z przedmiotem zamówienia – należało więc przyjąć system informatyczny, nie natomiast system informatyczny B. Zamawiający ogłaszając postępowanie w trybie konkurencyjnym na rozwój, utrzymanie i administrowanie systemem (...), nawet nie mógłby żądać od wykonawców doświadczenia identycznego – to jest związanego wyłącznie z systemem (...), które jedynie mógł nabyć Wykonawca Y S.A. Takie ukształtowanie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musiałby bowiem zostać uznane za naruszające art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przygotowanie postępowania bez respektowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Z punktu widzenia oceny legalności działań zamawiającego było jedynie nieodzowne – w przypadku wszczęcia procedury w trybie konkurencyjnym, aby zostali dopuszczeni do postępowania wykonawcy, posiadający doświadczenie w zakresie wytworzenia, rozwoju, utrzymania i administrowania podobnej złożoności systemów informatycznych. Nic nie stało na przeszkodzie, aby dla większej gwarancji prawidłowego działania systemu (...) (ważnego z punktu widzenia działalności Państwa i interesów obywateli), Zamawiający określił warunki szczegółowe – zapewniające bezproblemowe przejęcie zadań przez ewentualnego nowego wykonawcę i bezpieczeństwo dalszej eksploatacji systemu na tym samym poziomie niezawodności jak dotychczas. W ocenie Izby, należało założyć, że istnieli alternatywni wykonawcy zamówienia, którzy posiadali stosowny poziom wiedzy teoretycznej, praktycznej i doświadczenia przy tworzeniu, rozwoju i utrzymaniu, administrowaniu podobnej złożoności system informatycznym.

Zamawiający podkreślał, że samo stworzenie opisu zadań utrzymania i eksploataowania (...) dla przeprowadzenia procedury przetargowej byłoby dla niego czasochłonne i pracochłonne. Nie są to natomiast przesłanki wymienione w przepisie art. 67 ust. 1 lit. a) ustawy Pzp. Przygotowanie do wszczęcia przetargu w trybie zapewniającym konkurencję jak stanowi art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający mógł rozpocząć ze stosownym wyprzedzeniem. Umowa

Nr (...) z dnia 8 października 2010 r. zawarta z Y na usługę wsparcia eksploatacji i utrzymania (...) B wraz z załącznikami stanowi zarazem opis przedmiotu zamówienia, jaki byłby wymagany w przypadku wszczęcia procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym, uwzględniając fakt niemal równoczesnego przejęcia praw autorskich. Zatem głównie pozostawało uzupełnienie tej dokumentacji o wymagania podmiotowe. Błędne założenie poczynił Zamawiający, że liczy się wyłącznie doświadczenie Wykonawcy Y S.A. zdobyte przy realizacji przedmiotowego kontaktu, bowiem ustawa Prawo zamówień publicznych mówi o warunkach proporcjonalnych – podobnych zamówieniach. Wyłączone z mocy ustawy jest domaganie się przez zamawiającego od wykonawców identycznego – tożsamesgo doświadczenia. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, biorąc pod uwagę chociażby rynek państw Unii Europejskiej, że nie były realizowane systemy informatyczne o podobnej skali złożoności, zakresie i założeniach technicznych, a więc nie wykazał tego, że Wykonawca Y S.A. był jedynym podmiotem na rynku mogącym wykonać z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze usługę zleconą przez Zamawiającego z wolnej ręki. Trudności z przejęciem zadań mogły zostać przezwyciężone w drodze odpowiednio wcześniej wszczętego postępowania, prawidłowe dostosowanie do potrzeb zarówno warunków uczestnictwa, jak i opisu przedmiotu zamówienia, w tym udostępnienie wykonawcy wybranemu dostępu do dokumentacji i praw licencyjnych do dokonywania modyfikacji i utrzymania (...), a ponadto, stworzenie warunków przejściowych do płynnego przejęcia zadań z uwzględnieniem odpowiednich ram czasowych i organizacyjnych, gwarantujących utrzymanie sprawności systemu i jego niezakłócone funkcjonowanie, uwzględniając także możliwość rozdzielenia zadań na modyfikowanie systemu i administrowanie nim. Twierdzenia zamawiającego, że inni wykonawcy nie byli zainteresowani zamówieniem na rozwój i utrzymanie systemu (...) pozostały gołosłowne. Jeżeli w rzeczywistości żaden podmiot nie ubiegałby się o przedmiotowe zamówienie, ziściłyby się inne przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki przewidziane w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W końcu należało założyć, że przynajmniej Wykonawca Y S.A. złożyłby ofertę, co nawet gdyby była to jedyna oferta (z wyjątkami przewidzianymi w ustawie) – dawałoby możliwość jej wyboru z zachowaniem wymogów ustawowych i przy cenie rynkowej, skoro Wykonawca ten musiałby się liczyć z tym, że wpłyną także inne oferty.

123. Sygn. akt: KIO/KD 6/13, Uchwała KIO z dnia 1 lutego 2013 r.

Przechodząc do analizy przesłanek zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp odnotować należy, iż zgodnie z treścią powołanego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Oznacza to, że w danym miejscu i czasie dane zamówienie może zrealizować tylko jeden wykonawca, a źródła zaistniałego stanu rzeczy należy poszukiwać w przyczynach technicznych, z zastrzeżeniem, że muszą mieć one charakter obiektywny. Z przytoczonego przepisu płynie jeszcze jeden wniosek, a mianowicie, że możliwość zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę nie jest wynikiem wcześniejszych działań, czy ewentualnie zaniechań zamawiającego.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że wskazywana przez Zamawiającego potrzeba udzielenia zamówienia w jak najkrótszym czasie nie mieści się w zakresie przesłanek, determinujących możliwość zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Powołana okoliczność mogłaby być co najwyżej rozważana w aspekcie zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który dopuszcza możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć i wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Jednakże w niniejszym stanie faktycz-

nym trudno byłoby znaleźć podstawy do zastosowania wskazanego przepisu. Na marginesie należy zwrócić uwagę, jakkolwiek okoliczność ta jest irrelewantna dla sprawy, jednakże powoływana przez Zamawiającego, że prowadzenie wieloletnich projektów i ich realizacja według określonego harmonogramu prac nie uzasadnia twierdzenia, iż konieczność udzielenia zamówienia była nieprzewidywalna, a tym samym zaistniała nagle potrzeba udzielenia zamówienia w krótkim czasie. Nie wskazuje również na to przedmiot zamówienia, w więc rozbudowa istniejącego klastra komputerowego.

124. Sygn. akt: KIO/KD 17/13, Uchwała KIO z dnia 26 lutego 2013 r.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy zależne jest od szczególnego charakteru danego zamówienia, jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Nie podlega zatem ocenie to, czy dany wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej albo czy dysponuje największym doświadczeniem lub potencjałem organizacyjnym i technicznym. Nie bierze się także pod uwagę renomy danej firmy lub zaufania jakim się ona cieszy u Zamawiającego. Chodzi o fakt istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw/usług/robót budowlanych. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Jednocześnie, taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny. Tym samym subiektywna ocena wykonawcy nie ma zatem znaczenia z perspektywy dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o omawianą przesłankę a stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny. Potwierdza powyższe wyrok z 12 października 2004 roku (sygn. akt II SA 1921/03), zgodnie z którym istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste, wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania strony Zamawiającej.

125. Sygn. akt: KIO/KD 21/13, Uchwała KIO z dnia 12 marca 2013 r.

Zamawiający, co podkreśla w złożonych zastrzeżeniach przeprowadził rzetelne badanie rynku, które jednak, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, nie może stanowić uzasadnienia do odstąpienia od zastosowania jednego z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia publicznego, przewidzianych w ustawie. Przeprowadzone przez zamawiającego badanie rynku doprowadziło go jedynie do subiektywnego przekonania, że proponowany przez niego wykonawca – X jest jedynym, który jest w stanie wykonać dane zamówienie. Podkreślić należy, że w sytuacji, gdy na rynku istnieje choćby potencjalnie więcej podmiotów mogących wykonać dane zamówienie, a taka okoliczność w badanym postępowaniu zachodzi, uzasadnieniem dla udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, z powołaniem się na względy techniczne, nie może być subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden, wybrany wykonawca może wykonać dane zamówienie. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki wyłącznie w sytuacji, gdy fakt zaistnienia przesłanek ustawowych ustalił w sposób nie budzący wątpliwości.

126. Sygn. akt: KIO/KD 49/13, Uchwała KIO z dnia 27 maja 2013 r.

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, jego specyficznymi cechami technicznymi powodującymi, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie, inaczej mówiąc istnieje faktyczny monopol na rynku danych dostaw, usług czy robót budowlanych (podobnie orzeczenie ETS z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie

C-57/94 Komisja przeciwko Republice Włoskiej opubl. Zbiory orzecznictwa TE 1995 r.). Podkreślenia wymaga okoliczność, że dla ziszczenia się przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp konieczne jest istnienie trwałego i nieprzewycięzalnego monopolu, który ma charakter obiektywny.

W kontrolowanym postępowaniu, poza sporem pozostaje okoliczność, że zgodnie z nowelizacją ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 roku Prawo Energetyczne [Dz. U. t.j. z 2012 r. poz. 1059 ze zm. – *przyp. red.*] z dniem 1 lipca 2007 roku nastąpiło otwarcie rynku energii elektrycznej przejawiające się m.in. w nieograniczonym prawie wyboru na rynku konkurencyjnym sprzedawcy energii elektrycznej. Tryb zamówienia z wolnej ręki jest aktualnie dopuszczony wyłącznie do udzielenia zamówień na świadczenie usług dystrybucji lub przesyłania energii elektrycznej, bowiem przedsiębiorstwa zajmujące się dystrybucją i przesyłem energii elektrycznej działają nadal jako monopolisci. Zwrócić należy uwagę na okoliczność, że przedmiot kontrolowanego postępowania o zamówienie publiczne, obejmuje zarówno zakup jak i przesył energii elektrycznej. O ile należy zgodzić się z zamawiającym, że przesłanka art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp zaistniała w odniesieniu do usług w zakresie dystrybucji i przesyłu energii, to z całą pewnością przesłanka ta nie zaistniała w odniesieniu do sprzedaży energii elektrycznej. Stanowisko to zostało potwierdzone także w piśmie z dnia 7 kwietnia 2011 roku Urzędu Regulacji Energetyki, gdzie stwierdzono, że „X Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem mogącym świadczyć na rzecz odbiorcy usługę dystrybucji energii elektrycznej w odniesieniu do stacji metra przyłączonych do sieci ww. przedsiębiorcy. Przy czym Y S.A. nie jest jedynym podmiotem, który może sprzedawać energię elektryczną spółce Z Sp. z o.o.”. Zdaniem Izby, zamawiający w sposób nieuprawniony objął jednym zamówieniem zarówno usługi w zakresie zakupu jak i przesyłu energii elektrycznej i udzielił tego zamówienia w trybie z wolnej ręki, powołując się na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

127. Sygn. akt: KIO/KD 100/13, Uchwała KIO z dnia 2 grudnia 2013 r.

(...) działalność poszczególnych zamawiających, czy też grup zamawiających (zamawiający prowadzący działalność w zakresie opieki zdrowotnej) charakteryzuje właściwa im specyfika, skala i waga; jednak ustawodawca nie uznał za właściwe, aby ze względu na specyfikę działalności, w szczególności zakładów opieki zdrowotnej, odmiennie uregulować przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki; tym samym wskazywana przez Zamawiającego specyfika, skala, waga prowadzonej przez niego działalności, czy też aspekty organizacyjne i czasowe tej działalności nie mogą uzasadniać wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki; tego rodzaju uwarunkowania winny znaleźć odzwierciedlenie w stawianych w ramach konkurencyjnego postępowania o zamówienie publiczne wymaganiach Zamawiającego co do doświadczenia wykonawcy, kwalifikacji jego personelu oraz w zastrzeżonych przez Zamawiającego warunkach umownych; przypomnienia także wymaga, że to właśnie konkurencyjne postępowanie w najwyższym stopniu stwarza szansę na uzyskania najkorzystniejszej oferty, także w aspekcie ekonomicznym, nie stanowiąc (sięgając po sformułowanie użyte przez Zamawiającego) wartości „samej w sobie” (...).

128. Sygn. akt: KIO/KD 7/14, Uchwała KIO z dnia 24 lutego 2014 r.

Tymczasem w rozpoznawanej sprawie [*przedmiot zamówienia to „Świadczenie publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych za pomocą publicznej sieci telekomunikacyjnej przez okres 10 lat” – przyp. red.*] Zamawiający nie udowodnił we wniesionych przez siebie zastrzeżeniach, że w kontrolowanym postępowaniu spełnione zostały obie przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Nie przedstawił on bowiem dowodów na to, że w dniu wszczęcia postępowania istniały szczególne przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Nie wykazał również, aby ze względu na te właśnie szczególne przyczyny techniczne udzielenie zamówienia innemu niż wskazany

przez niego wykonawcy było obiektywnie niemożliwe. Argumentacja prezentowana przez Zamawiającego zdawała się zmierzać de facto do wykazania tego, że żaden inny wykonawca nie był w stanie zaoferować Zamawiającemu kupowanej przez niego usługi na tak korzystnych warunkach (za tym zdawało się przemawiać chociażby twierdzenie o konieczności wykonania dodatkowych inwestycji, których koszty nie zbilansują się niższymi opłatami za abonamenty, twierdzenie, że X S.A. nie może świadczyć na jego rzecz usługi wg niższych stawek, czy też nie może nieodpłatnie dostarczyć centrali telefonicznej lub aparatów), czy nawet do tego, że żaden inny wykonawca nie był realizacją tegoż zamówienia zainteresowany (tak Zamawiający zinterpretował brak odpowiedzi ze strony Y S.A.).

Tymczasem, o czym była mowa powyżej, przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, na który powołał się Zamawiający wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia, nie wspomina o opłacalności wybranego rozwiązania, mowa jest tam jedynie o przyczynach technicznych o obiektywnym charakterze. Stąd też wyłącznie te przyczyny powinny rozstrzygać o możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na tenże przepis. Zamawiający zaś we wniesionym zastrzeżeniu nie wykazał, aby w jego przypadku zaistniały takie obiektywne przyczyny techniczne rozstrzygające o tym, iż mógł on udzielić zamówienia temu właśnie, jednemu wykonawcy. Przedstawionych przez siebie argumentów nie poparł on żadnymi dowodami, co pozwalało traktować je jako przejaw subiektywnych przekonań Zamawiającego, nie zaś twierdzenia oparte na obiektywnych faktach. Co istotne, Zamawiający nie wykazał braku słuszności też sformułowanych przez biegłego, którego opinią kierował się Prezes UZP, w szczególności nie odniósł się do argumentów o:

- braku dowodów na istnienie „obostrzeń związanych z własnością urządzeń” lub ich późniejszym serwisem,
- rozróżnieniu usługi zapewnienia dostępu do sieci publicznej od usług utrzymania serwisu infrastruktury technicznej w obrębie lokalizacji Zamawiającego,
- braku znaczenia tego kto jest właścicielem połączonych (zsieciwanych) modułów,
- istnieniu usług równoważnych dla usługi Centrex (technologia VoIP lub „Grupa Biznesowa” X S.A.),
- możliwości zapewnienia korzystania ze skróconych numerów oraz darmowych rozmów w ramach grupy z wykorzystaniem technologii VoIP,
- małym znaczeniu faktu istnienia niezależnej w sensie technicznym instalacji systemu DECT powiązanego jedynie funkcjonalnie z pozostałą częścią infrastruktury.

Podobnie przywołany przez Zamawiającego fakt, że żaden z wykonawców nie skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej wobec czynności dokonywanych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie świadczy o tym, iż działania podjęte przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie naruszają.

129. Sygn. akt: KIO/KD 8/14, Uchwała KIO z dnia 27 lutego 2014 r.

W przypadku art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp stwierdzić należy, że treść tego przepisu wskazuje na możliwość jego zastosowania, w przypadku gdy tylko jeden wykonawca może wykonać czy to usługę, czy to dostawę, czy też robotę budowlaną. Wyznacznikiem do zakwalifikowania zamówienia do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez jednego wykonawcę są przyczyny techniczne o charakterze obiektywnym. W kontrolowanym postępowaniu nie można stwierdzić, że przyczyny wyboru trybu z wolnej ręki miały charakter obiektywny. Zamawiający dokonał wyboru trybu kierując się raczej swoim subiektywnym przekonaniem.

Opis przedmiotu zamówienia, ustalony w toku kontroli, wskazuje na typowe obowiązki projektowe nałożone na wykonawcę. Owszem, jest to dość złożone zamówienie – chociażby z uwagi na raczej nietypowy przedmiot zamówienia, ale powyższe nie oznacza, że zadaniu projektowemu i wykonaniu odpowiedniej i prawidłowej dokumentacji nie podołałby inny

wykonawca. Nie przekonywująca jest również argumentacja Zamawiającego co do tego, że tylko ten wykonawca może zapewnić odpowiedni poziom wykonania przedmiotu zamówienia, ponieważ od początku zaangażowany był w prace zespołu opiniującego. Zamawiający nie wskazał na żadne obiektywne elementy, czy też techniczny charakter dokumentacji projektowej, który powodowałby, że prace może, czy ma prawo przeprowadzić tylko jeden wykonawca, a nie wykonawca wyłoniony w drodze procedury przetargowej. Zamawiający nie wskazał na żadne przyczyny techniczne, czy to tkwiące w samych pracach projektowych, czy to tkwiące w specyfice jej dokumentacji, które miałyby charakter obiektywny wymuszający realizację zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. Słusznie Zamawiający podkreśla, że to on decyduje o potrzebach i sposobie realizacji zamówienia i wszelkich wymogach, oczekiwaniach, jakie ma spełnić przedmiot zamówienia, ale to nie daje Zamawiającemu prawa do zastosowania zamówienia publicznego z wolnej ręki, jeżeli zamówienie mogą wykonać także inni wykonawcy, a na co wskazuje opis przedmiotu zamówienia.

130. Sygn. akt: KIO/KD 16/14, Uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r.

Pzp nie zawiera katalogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby zastosowanie przez zamawiających zamówienia z wolnej ręki. Brak jest również wytycznych, jakimi zamawiający powinni się kierować decydując się na udzielenie zamówienie z wolnej ręki. Nie dziwi ten fakt, gdyż okoliczności takich nie sposób ująć w ramy przepisu prawnego, a zależą one od konkretnych okoliczności danego zamówienia. (...)

W ocenie Izby Zamawiający nie wskazał żadnych „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” Spornego Zamówienia, które uzasadniały udzielenie zamówienia dotychczasowemu Wykonawcy w trybie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Argumentacja Zamawiającego ograniczyła się do wskazania:

1. Ogólnych twierdzeń dotyczących technicznych aspektów projektu i budowy pochylni, bez wskazania konkretnych specyficznych dla Spornego Zamówienia norm, parametrów lub innych rozwiązań technicznych („Projekt obiektu budowlanego, którym jest rzeczona kładka i pochylnia musi być ze sobą spójny w zakresie konstrukcji nośnej, zastosowanych materiałów, a także innych rozwiązań gwarantujących bezpieczeństwo użytkowników obiektu oraz użytkowników ruchu drogowego. Projekt kładki i pochylni muszą być jednolite architektonicznie, wkomponowane w infrastrukturę ścieżek rowerowych i dojazdowych dla rowerów i wózków inwalidzkich. Realizacja planowanego przedsięwzięcia możliwa była tylko w przypadku jednego Wykonawcy projektu i robót budowlanych gwarantującego w ten sam sposób zachowanie tych samych norm, parametrów i standardów, a także rozwiązań konstrukcyjnych i układów strukturalnych kładka – pochylnia”).
2. Rzekomych korzyści, jakie wynikają z powierzenia Spornego Zamówienia dotychczasowemu Wykonawcy – powierzenie Spornego Zamówienia dotychczasowemu wykonawcy zapobiegło zniszczeniu wykonanych już elementów i w ten sposób zapobiegło wydatkowaniu środków publicznych w sposób niecelowy i wbrew interesom społecznym.
3. Trudności organizacyjnych, jakie wiązałyby się z udzieleniem Spornego Zamówienia innemu wykonawcy – potrzeba stworzenia drugiego placu budowy i równoległego wykonywania dwóch budów, konieczność rozliczenia się z poprzedniego pozwolenia, równoległe wykonywanie dwóch robót nie było przewidziane w umowie z wykonawcą budowy kładek.

W ocenie Izby, żadna z powyższych okoliczności nie stanowi, łącznie czy też samodzielnie, przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze, która uzasadniałaby udzielenie Spornego Zamówienia w trybie z wolnej ręki dotychczasowemu Wykonawcy. Izba podkreśla, że na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, że faktycznie istnieją wyjątkowe okoliczności uzasadniające odstępstwo od udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. W ocenie

Izby, Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, aby wykazać, w jaki sposób zmiana Wykonawcy zamówienia podstawowego uzasadniałaby zmianę dotychczas stosowanej przy budowie kładki technologii, norm, parametrów, co w konsekwencji mogłoby powodować powstanie niezgodności technicznych o charakterze zasadniczym i nieusuwalnym pomiędzy zamówieniem podstawowym a Spornym Zamówieniem uzasadniałoby wykonanie Spornego Zamówienia przez dotychczasowego Wykonawcę. W ocenie Izby, Zamawiający, co najwyżej wskazał w swoich zastrzeżeniach na bliżej nieokreślone techniczne zależności pomiędzy robotami związanymi z budową kładki oraz z budową pochylni, nie wykazał jednak w żaden sposób, że trudności wynikające z tych wzajemnych zależności technicznych nie mogłyby zostać usunięte, jeśli roboty w ramach Spornego Zamówienia zostały zlecone innemu wykonawcy wybranemu w trybie postępowania konkurencyjnego. (...)

W ocenie Izby nie można utożsamiać konieczności wykonania Spornego Zamówienia przez dotychczasowego Wykonawcę z uprzednimi zaniechaniami i uchybieniami Zamawiającego jakie miały miejsce na etapie przygotowywania zamówienia podstawowego na budowę kładki. Jak słusznie podkreślił Prezes Urzędu, Zamawiający już po otrzymaniu pisma Inżyniera Ruchu m.st. Warszawy z dnia 2 marca 2008 r. powinien mieć świadomość, że będzie konieczność zrealizowania w ramach zamówienia podstawowego na budowę kładki także pochylni. Zamawiający działając racjonalnie, a przede wszystkim profesjonalnie, jako podmiot odpowiedzialny za utrzymanie i remonty dróg, który z pewnością nie po raz pierwszy przeprowadzał postępowanie na realizację remontu kładki wraz budową pochylni, powinien był wykazać się starannością i dokładną analizą elementów planowanego zamówienia. Brak wszechstronnej analizy elementów zamówienia podstawowego w sytuacji, gdy Zamawiający mógł co najmniej przypuszczać, że element pochylni powinien stanowić część zamówienia podstawowego nie może uzasadniać decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Takie postępowanie zamawiających prowadziło do tworzenia sztucznych monopolii, a w konsekwencji stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, tj. zasadą konkurencyjności.

131. Sygn. akt: KIO/KD 37/14, Uchwała KIO z dnia 28 kwietnia 2014 r.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podkreślił, że art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją inni wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie, a sytuacja taka wystąpiła w okolicznościach stanu faktycznego postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli. Przedmiotowe zamówienie w zakresie dostawy pistoletów maszynowych mogło bowiem zostać wykonane w sposób należyty również przez innych wykonawców, niż wskazany X Sp. z o.o. W ocenie Prezesa Urzędu, przeprowadzona weryfikacja rynku w zakresie ww. przedmiotu zamówienia, w wyniku której zamawiający uznał, iż jedynym licencjonowanym w Polsce dystrybutorem, uprawnionym do wprowadzenia na rynek jest X Sp. z o.o., jak również wcześniejsze posiadanie przez zamawiającego pistoletów maszynowych (...) wraz z osprzętem, czy też zachowanie kompatybilności technicznej z posiadanymi już pistoletami maszynowymi nie uzasadniały zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ww. przepis. Powyższe argumenty podniesione przez zamawiającego, nie są bowiem związane z obiektywnym faktem funkcjonowania na rynku wyłącznie jednego podmiotu zdolnego do wykonania zamówienia. Należy podkreślić, iż nie mogą istnieć żadne wątpliwości dotyczące tego, że na rynku funkcjonuje wyłącznie jeden podmiot, który może wykonać określone zamówienie. Tym samym, jeżeli istnieją na rynku inne podmioty mogące zrealizować zamówienie, na co w przedmiotowej sprawie wskazał zamawiający porównując broń firm: A, B, C, D, należy przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym. Jest ono bowiem najlepszym sposobem weryfikacji rynku. Nie ulega wątpliwości, iż rynek w zakresie dostaw pistoletów maszynowych jest rynkiem konkurencyjnym. Firmy zajmujące się produkcją (dystrybucją) pistoletów maszynowych to

m.in. E Sp. z o.o., B, F Sp. z o.o., A. Potwierdzają to również ogłoszenia o zamówieniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego (...).

Izba uznaje ustalenia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poczynione w niniejszej sprawie za prawidłowe i przyjmuje je za własne.

(...) w niniejszym stanie faktycznym zamawiający nie wykazał, iż jedynie X Sp. z o.o. jest w stanie zrealizować zamówienie. Swoje przeświadczenie o powyższym zamawiający oparł na oświadczeniu X Sp. z o.o., które jako oświadczenie podmiotu zainteresowanego realizacją zamówienia, z zasady nie ma charakteru obiektywnego. Podkreślić należy, że zastosowanie trybu z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia ma charakter wyjątkowy i musi być wykorzystywane z ostrożnością, a ziszczenie się przesłanek uprawniających do zastosowania przedmiotowej instytucji winno być wykazane w sposób niebudzący wątpliwości – nie mogą istnieć żadne wątpliwości co do tego, że na rynku funkcjonuje wyłącznie jeden podmiot, który może wykonać określone zamówienie. W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał ponad wszelką wątpliwość zaistnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, do czego był zobowiązany.

132. Sygn. akt: KIO/KD 41/14, Uchwała KIO z dnia 9 maja 2014 r.

(...) w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie występuje sytuacja, w której z przyczyn technicznych tylko jeden wykonawca jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia: zakup PET-MRI z jednoczesną modernizacją posiadanego przez zamawiającego systemu PET-CT.

Jak stwierdzono w opinii biegłego sądowego, powołanego przez Prezesa UZP w niniejszej sprawie, na rynku dostępne są aparaty do diagnostyki w zakresie wskazanym przez zamawiającego, pochodzące co najmniej od dwóch producentów, tj. firmy X i Y. Mają one to samo przeznaczenie, posiadają świadectwa FDA i CE, realizują te same funkcje kliniczne (diagnostyka PET/MRI), choć przy użyciu różnych rozwiązań technicznych.

Podnoszone przez zamawiającego kwestie dotyczące doświadczenia oraz umiejętności personelu, nabyte w trakcie praktycznego wykonywania danej działalności, nie stanowią cech przynależnych wyłącznie jednemu wykonawcy, nie mają więc jakiegokolwiek znaczenia dla wykazania spełnienia przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. W tym zakresie ani wiedza i doświadczenie firmy X Sp. z o.o., ani dysponowanie przez tę firmę personelem legitymującym się wiedzą w zakresie właściwości i specyfiki przedmiotu zamówienia nie stanowią przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które są dostępne tylko jednemu wykonawcy zdolnemu do prawidłowego i rzetelnego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Jak wyjaśnił zamawiający, wykonanie modernizacji posiadanego aparatu nastąpiło przez jego wymianę i wpięcie fizyczne i informatyczne w istniejący u zamawiającego system PET-CT. W tym zakresie, w ocenie zamawiającego, firma X Sp. z o.o. posiada prawa wyłączne jako autoryzowany i wyłączny przedstawiciel handlowy i serwisowy producenta wykorzystywanej aparatury firmy X AG, która jako jedyna w związku z tym była w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Zamawiający nie przedstawił jednak dowodów potwierdzających powyższe okoliczności. W szczególności należy zauważyć, że obiektywnego potwierdzenia tych okoliczności nie stanowi oświadczenie firmy X „autoryzacja na zasadzie wyłączności producenta systemu – firmy X AG – w zakresie reprezentacji handlowej i serwisowej”. Z treści tego oświadczenia nie wynika bowiem, że X Sp. z o.o. jest jedynym wykonawcą zdolnym do wykonania tego zamówienia, biorąc pod uwagę, że sam zamawiający stwierdził, że na rynku światowym są trzy firmy, które mogą zaoferować system PET-MRI, tj. Y, Z oraz X.

Zamawiający nie kwestionował faktu, że w ramach tego zamówienia, sklasyfikowanego, zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, w kategorii usługi naprawcze i konserwacyjne, dokonał zakupu urządzeń nowych, tj. aparatu Biograph mMr (rok produkcji 2013) oraz aparatu Biograph mCT 20 Excel (rok produkcji 2013). Zakup nowych aparatów oraz czynności adaptacyjne i instalacyjne z tym związane nie stanowiły przedmiotu zamówienia, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mógł zostać wykonany tylko przez jednego

wykonawcę. Opinia Konsultanta Krajowego w dziedzinie Medycyny Nuklearnej z dnia 5 kwietnia 2014 r. wskazuje, że rozwiązanie w zakresie systemu PET-MRI oferowane przez firmę X jest innowacyjne, jednak nie dowodzi, że potrzeby zamawiającego w zakresie diagnostyki za pomocą urządzeń diagnostycznych tego typu nie mogły być spełnione przez inne dostępne na rynku rozwiązania techniczne, niż rozwiązanie oferowane przez X AG. Fakt, że tego typu urządzenia są dostępne na rynku od trzech producentów został potwierdzony zarówno w opinii biegłego sądowego, jak i w opinii Konsultanta Krajowego w dziedzinie Medycyny Nuklearnej, oraz przez samego zamawiającego w złożonych w niniejszej sprawie wyjaśnieniach. Jak wynika z opinii biegłego, sposób działania tych urządzeń nie ma istotnego wpływu dla osiągnięcia celu diagnostycznego i terapeutycznego.

133. Sygn. akt: KIO/KD 56/14, Uchwała KIO z dnia 10 lipca 2014 r.

W ocenie Izby, Prezes UZP prawidłowo ocenił, że zamawiający nie wykazał, aby na rynku, którego dotyczyło zamówienie publiczne udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki, istniał wyłącznie jeden wykonawca, który z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze był zdolny do wykonania zamówienia. Przesłanka, o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp, wymaga wykazania przez zamawiającego, iż na właściwym rynku istnieje monopol, który wynika z przyczyn obiektywnych, o charakterze technicznym. Argumentację faktyczną i prawną przedstawioną w informacji o wyniku kontroli i odpowiedzi na zastrzeżenia Izba podziela i uznaje za własną.

Dodać należy, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie była dostawa nowego akceleratora liniowego wysokoenergetycznego. Nadto przedmiotem tego samego postępowania była również modernizacja sprzętu będącego na stanie Zamawiającego w ramach posiadanej linii radioterapeutycznej. Okoliczność, iż zamawiający posiada linię terapeutyczną firmy A, której autoryzowanym przedstawicielem jest firma B sp. z o.o., nie oznaczała, że jedynie ten wykonawca z przyczyn obiektywnych o technicznym charakterze był w stanie wykonać dostawę nowego akceleratora. Jak wynikało z opinii biegłego, na rynku istnieje kilku znaczących producentów linii radiologicznej w tym akceleratorów liniowych wysokoenergetycznych: A, C, D.

Przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze nie stanowiła chęć integracji nowodostarczanego urządzenia z już posiadanym przez zamawiającego. Jak wynikało z opinii biegłego, każdy z ww. producentów dostarcza nie tylko akceleratory, jak również rozwiązania, pozwalające na prawidłowe funkcjonowanie sprzętu i zintegrowanie ich z istniejącymi już systemami u Zamawiającego poprzez zastosowanie oprogramowania niezbędnego do planowania leczenia. Zaś u Zamawiającego, jak sam przyznał, z linią terapeutyczną współpracuje tomoGRAF innej firmy. (...)

Fakt uzyskania w latach 2004–2005 zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki, gdzie przedmiotem zamówienia były podobne do analizowanego w ramach kontroli, nie oznacza, że stan monopolu jest stały i niezmienny w czasie. Analiza dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki następuje z uwzględnieniem aktualnych uwarunkowań rynkowych, obecnego poziomu konkurencji, jak również pojawiających się nowych rozwiązań technicznych. Nie stanowi o wypełnieniu przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki okoliczność, że żaden wykonawca nie zakwestionował wyboru trybu dokonanego przez Zamawiającego pomimo, iż ten dokonał publikacji ogłoszenia o zamierza zawarcia umowy *ex ante*. Fakt niezłożenia odwołania mógł być wynikiem choćby przeoczenia publikacji takiego ogłoszenia przez potencjalnego wykonawcę.

134. Sygn. akt: KIO/KD 58/14, Uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r.

Izba podzieliła pogląd Prezesa UZP, że stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym zamówienie może być wykonane wyłącznie przez wykonawcę posiadającego zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, a w Polsce jedynie firma X Sp. z o.o. posiada stosowne

zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki, pozostaje w niniejszej sprawie bez wpływu na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp przede wszystkim dlatego, że zgodnie z ustawą – Prawo Atomowe [ustawa z dnia 29.11.2000 r. (Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 1512) – *przyp. red.*] zezwolenie takie wydawane jest na wniosek przedsiębiorcy w terminie administracyjnym i w przypadku ogłoszenia przetargu publicznego każdy potencjalny wykonawca ma możliwość uzyskać stosowne zezwolenie. Ponadto zdaniem Izby, posiadanie przez firmę X takiego zezwolenia nie jest równoznaczne z posiadaniem przez tę firmę trwałego monopolu na wykonywanie tego typu dostaw, tym bardziej, że biorąc pod uwagę znaczącą liczbę ośrodków medycznych stosujących urządzenia wytwarzające promieniowanie radiologiczne, przedsiębiorcy działający w dziedzinie radiologii i diagnostyki onkologicznej, aby przestrzegać zaleceń producenta w zakresie bezpieczeństwa stosowania i uruchamiania sprzętu radiologicznego muszą legitymować się takimi zezwoleniami.

135. Sygn. akt: KIO/KD 61/14, Uchwała KIO z dnia 18 lipca 2014 r.

Przedmiotem kontroli Prezesa UZP była ocena zgodności zastosowania trybu z wolnej ręki z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. W niniejszym postępowaniu dotyczyło to wypełnienia przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. W tym też zakresie Izba uprawniona była do przeprowadzenia oceny zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego.

Mając na uwadze normę prawną zawartą w ww. przepisie należy w pierwszej kolejności wskazać, że nie jest wystarczającym, ani w zasadzie odnoszącym się do istoty warunku przewidzianego w ww. przepisie, odwołanie się do okoliczności organizacyjnych, gospodarczych, czy społecznych. Utrata gwarancji jest przy tym czynnikiem o charakterze prawnym, a nie obiektywną przesłanką techniczną wykluczającą inne podmioty z ubiegania się o zamówienie (tak: uchwała KIO z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/KD 16/09). Uzasadnieniem zastosowania trybu z wolnej ręki nie może być też przesvědzenie, że udzielenie zamówienia danemu wykonawcy będzie dla zamawiającego rozwiązaniem najmniej skomplikowanym i czasochłonnym. (...)

W Informacji o wyniku kontroli w sposób rzeczowy wskazano, że przedmiot zamówienia nie stanowił robót budowlanych tak specyficznych pod względem technicznym, aby mogły być realizowane wyłącznie przez jednego wykonawcę. Rynek usług związanych z robotami budowlanymi, polegającymi m.in. na wykonaniu dodatkowej warstwy ścieralnej zwiększającej grubość asfaltu jest rynkiem konkurencyjnym. Istnieje wiele podmiotów, które posiadają zarówno możliwości techniczne, jak i doświadczenie, aby zrealizować tego rodzaju przedmiot zamówienia. Dla zastosowania trybu z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp konieczne jest natomiast, by w danej sytuacji rzeczywiście nie istnieli w odniesieniu do konkretnego zamówienia alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał tych okoliczności, a to na nim spoczywał ciężar dowodowy w tym zakresie. Trafnie wskazał Kontrolujący, że Zamawiający nie wskazał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również w przesyłanych wyjaśnieniach żadnych szczególnych rozwiązań technicznych przedmiotu zamówienia, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze wykonanie tego konkretnego zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż wykonawca robót kanalizacyjnych. Wręcz przeciwnie z dokumentacji nadesłanej przez Zamawiającego wynikało, że w niniejszej sprawie przedmiot zamówienia obejmował roboty stanowiące standardowe i powszechnie dostępne rozwiązania, wykorzystywane przy tego typu inwestycjach.

136. Sygn. akt: KIO/KD 88/14, Uchwała KIO z dnia 3 października 2014 r.

Zamawiający, argumentując wybór trybu zamówienia z wolnej ręki, wskazywał na brak możliwości zapewnienia kompatybilności sprzętów różnych producentów. Tymczasem ustanowiony w sprawie biegły uznał, że „twierdzenie Zamawiającego, że aparaty/sprzęt innych

producentów nie spełniłby oczekiwań Zamawiającego w zakresie braku możliwości integracji sprzętu w linii terapeutycznej, co wiąże się z ryzykiem obniżenia jakości i bezpieczeństwa realizowanych procedur radioterapeutycznych jest bezzasadne”. Biegły stwierdził, że „wszyscy producenci sprzętu pracującego w linii terapeutycznej dostosowują systemy planowania leczenia i obrazowania w taki sposób, aby zapewnić integrację (kompatybilność) z linią pracującą czy też z linią, z którą urządzenia miałyby współpracować”. Jakkolwiek opinia biegłego nie rozstrzyga wszystkich wątpliwości zaistniałych w przedmiotowej sprawie, to Izba nie znalazła podstaw do podważania jej ustaleń.

Izba zważyła, iż mimo świadomości o istnieniu na rynku innych producentów urządzeń służących tym samym celom, którym służy sprzęt zakupiony przez zamawiającego, z akt nie wynika, aby zamawiający przed wszczęciem kontrolowanego postępowania dokonał pełnego rozeznania rynku. Zamawiający pominął możliwość poszerzenia się oferty rynkowej i dostępności coraz bardziej zaawansowanej aparatury i technologii. Fakt, iż w postępowaniu prowadzonym w 2009 r. zaproszona do negocjacji firma X Sp. z o.o. nie złożyła oferty z uwagi na brak możliwości osiągnięcia właściwego poziomu integracji urządzeń nie przesądza, iż w sytuacji przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w procedurze konkurencyjnej wykonawca ten nie złożyłby oferty spełniającej wymagania zamawiającego z uwagi na zaistniały postęp technologiczny. Najlepszą możliwą weryfikację oferty rynkowej w danej dziedzinie zapewnia zastosowanie trybów konkurencyjnych, nawet w sytuacji, gdy wydaje się, że oferta rynkowa jest ograniczona z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia i trudności ze spełnieniem wymagań zobiektywizowanych opisów przedmiotu zamówienia.

W wyniku dokonanej analizy i oceny przedstawionej przez zamawiającego argumentacji w ramach zgłoszonych zastrzeżeń od wyniku kontroli Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

137. Sygn. akt: KIO/KD 90/14, Uchwała KIO z dnia 10 października 2014 r.

Fakt, że uzupełnienie wentylacji hali sportowo-widowiskowej o wentylację mechaniczną z rekuperacją jest łatwiejsze do wykonania przez wykonawcę robót budowlanych nie powoduje ograniczenia możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym na roboty uzupełniające. Niezależnie od zakresu i stopnia skomplikowania instalacji, zastosowanie znajdują tu rozwiązania techniczne powszechnie dostępne na rynku, a zatem możliwe było przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego na ten przedmiot zamówienia. Zamawiający nie wskazał żadnych obiektywnych przeszkód do udostępnienia potencjalnym wykonawcom dokumentacji technicznej obiektu oraz umożliwienia im zapoznania się z tym obiektem. Izba w pełni podzieliła stanowisko Prezesa UZP, że rynek usług budowlanych jest ukształtowany i konkurencyjny – istnieje wiele podmiotów, które posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie, aby zrealizować taki przedmiot zamówienia. Jednocześnie zamawiający nie wskazał żadnych cech konstrukcyjnych, czy też szczególnych rozwiązań technicznych, które powodowałyby, iż z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, wykonanie zamówienia byłoby niemożliwe przez inny podmiot niż wykonawca zaproszony do negocjacji. Ponadto, jak wynika z dokumentacji postępowania i wyjaśnień złożonych przez zamawiającego, zamawiający nie przeprowadził analizy rynku w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia, pod kątem możliwości realizacji zamówienia przez innych wykonawców. Zamawiający nie zebrał zatem informacji uzasadniających odstąpienie od przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym, a podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania z wolnej ręki, nie kierował się przesłankami obiektywnymi, a jedynie przekonaniem, że powierzenie wykonania przedmiotu zamówienia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego pozwoli na szybsze i sprawniejsze jego wykonanie. (...)

Argumenty zamawiającego dotyczące czasu realizacji zamówienia i dobrej znajomości obiektu przez wykonawcę nie stanowią ustawowych przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

138. Sygn. akt: KIO/KD 104/14, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.

Mając powyższe na uwadze Izba doszła do przekonania, że dostawa objęta zamówieniem publicznym, którego dotyczą wyniki kontroli Prezesa UZP podlegające ocenie Izby, nie spełniała wskazanych przesłanek ustawowych udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Nabycie przez Zamawiającego środków transportu w ilości 316 sztuk od wybranego przez Zamawiającego wykonawcy – X Sp. z o.o., było wynikiem rozstrzygnięcia podmiotu Zamawiającego, które to rozstrzygnięcie miało podłoże w jego decyzji biznesowej, będącej wynikiem określonej polityki prowadzonej przez Zamawiającego. Z tego punktu widzenia, tak Prezes UZP, wykonując na mocy przepisów ustawy Pzp czynności kontrolne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i Izba, dokonujące oceny tych czynności również w trybie wskazanej ustawy, nie są uprawnieni do oceny działań Zamawiającego. Prezes UZP, jak i Izba, dokonuje jedynie oceny legalności takich czynności Zamawiającego z punktu widzenia oceny ich zgodności z przepisami ustawy Pzp. W tym zakresie natomiast należy uznać, iż zakupu określonej ilości pojazdów od konkretnego podmiotu na potrzeby Zamawiającego nie spełnia wymogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż przy określeniu i opisie przedmiotu zamówienia istotne są potrzeby Zamawiającego i one z punktu widzenia oceny celowości określonych zakupów nie podlegają ocenie Prezesa UZP. Zamawiający w tym zakresie ma pewną swobodę, biorąc pod uwagę właśnie swoje obiektywnie uzasadnione potrzeby, jednakowoż uwzględniając także w tym względzie obowiązujące przepisy ustawy Pzp, w tym przede wszystkim zasadę uczciwej konkurencji. Tym samym Zamawiający nie może uzasadniać potrzeby zakupu wyłącznie od jednego wykonawcy określonej, nawet stosunkowo licznej floty pojazdów (środków transportu), powołując się przy tym na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze i wskazując na okoliczność, iż dokładne dane, konkretne środki transportu, będące w dyspozycji określonego podmiotu odpowiadają jego oczekiwaniom, choćby z racji tego, że do tej pory z nich korzystał. Powyższe może być oceniane pod kątem celowości takiego zakupu, lecz nie mieści się w przesłance przyczyn technicznych. Zakup określonych środków transportu na potrzeby Zamawiającego jest obiektywnie możliwy – biorąc pod uwagę rynek tego rodzaju dostaw – przez nieokreśloną liczbę podmiotów zajmujących się sprzedażą środków transportu. Specyfika pojazdów, na którą wskazywał Zamawiający, sprowadzająca się do konieczności określonej adaptacji, specjalnie na potrzeby Zamawiającego, oferowanych standardowo przez dealerów pojazdów różnych marek samochodów, nie jest czymś wyjątkowym na rynku tego rodzaju dostaw. Pojazdy różnego typu przewidziane w ramach dostawy na rzecz Zamawiającego możliwe byłyby do ujęcia w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie konkurencyjnym z wykorzystaniem określonych zamówień częściowych (pakiety). Z urzędu znane są Izbie przypadki, w których danego rodzaju zakupów, wymagających także skoordynowania przez zamawiającego określonych czynności związanych z dostosowaniem takich pojazdów na potrzeby zamawiającego (instalacja określonego sprzętu, oprogramowania itp.), zamawiający dokonują w trybach konkurencyjnych w ramach szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego konieczność skoordynowania różnego rodzaju czynności mających na celu uzyskanie określonego efektu przez zamawiającego (pozyskania pojazdów dostosowanych do uzasadnionych potrzeb zamawiającego w określonym terminie).

W ocenie Izby także argument, iż pojazdy należące do wykonawcy X Sp. z o.o. zostały wyposażone w nowoczesny system monitoringu GPS, a dodatkowo, iż w tym zakresie powstała specjalna aplikacja, program wyposażony w narzędzia pozwalające udoskonalać procesy

związane z zarządzaniem oraz monitoringiem użytkowanej floty pojazdów, nie zasługuje na uwzględnienie dla uznania wypełnienia przesłanki wskazującej na jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Podobne systemy montowane są na różnego rodzaju pojazdach wykorzystywanych, np. w zamówieniach na usługi letniego czy też zimowego utrzymania dróg, nie mówiąc już o specjalistycznych pojazdach nabywanych przez różnego rodzaju służby: policji, służby celne czy graniczne, straże pożarne itp. i stanowią przedmiot zamówień nabywanych w trybach konkurencyjnych. Z podobnych względów Izba uznała za niezasadną argumentację Zamawiającego o zamontowaniu w większości pojazdów należących do wykonawcy X Sp. z o.o. specjalnego sprzętu radio – telefonicznego, będącego własnością Zamawiającego. Powyższe w żadnej mierze nie wskazuje – zdaniem Izby – na przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. Określony system łączności, GPS, czy też określone oprogramowanie służące do uzyskania efektu łączności i to niezależnie od tego, czy stanowi ono własność zamawiającego, czy też nie, może być także zamontowane na każdym innym pojeździe nabytym w trybie konkurencyjnym.

139. Sygn. akt: KIO/KU 106/14, Uchwała KIO z dnia 12 grudnia 2014 r.

Izba zasadniczo podziela stanowisko Prezesa Urzędu, w szczególności w zakresie stwierdzenia, że zasadniczą przeszkodą dla braku ofert w postępowaniach prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie musiały być wymagania stawiane przedmiotowi zamówienia, lecz warunki umowne. Skoro nawet X Ltd, który – zdaniem zamawiającego – jako jedyny wykonawca może wykonać zamówienie, nie wziął udziału w obu przetargach, a do dojścia do skutku zamówienia w trybie z wolnej ręki niezbędne były zmiany umowy, to trudno nie uznać wymagań umownych za przeszkodę w udzieleniu zamówienia. Zakresu zmian w umowie dokonanych w badanym postępowaniu w stosunku do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 94 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający nie wskazał nawet w ogólności, jednak przyznał, że były one istotne. Na szczególne zaakcentowanie zasługuje jednak – w ocenie Izby – brak dostatecznego wywiedzenia przez zamawiającego przesłanek wymaganych przez art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Zaistnienie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie przywołanego przepisu i to w dacie wszczęcia postępowania podlega udowodnieniu przez zamawiającego, gdyż to zamawiający ze swoich twierdzeń o możliwości wykonania zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę wywodzi korzystny dla siebie skutek prawny.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego, że sam brak oparcia się przez Prezesa Urzędu na specjalistycznej ekspertyzie podważa zasadność ustaleń kontroli. Przede wszystkim zamawiający w ten sposób próbuje obciążyć zamawiającego [*Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – przyp. red.*] przypisanym mu ciężarem dowodu w zakresie podstaw faktycznych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki. Po wtóre, skoro zamawiający zatrudnia grono naukowców prowadzących badania, do których mają służyć zamawiane urządzenia, dysponujących wysoce specjalistyczną wiedzą oraz znajomością rynku, nie powinno być dla zamawiającego żadną niedogodnością wskazanie, i to już przed wszczęciem postępowania, konkretnych parametrów uzasadniających, że jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia jest X Ltd. Jest to tym bardziej istotne, że jest bezsporne, że X Ltd. nie jest monopolistą, a na rynku występują inne podmioty oferujące rozwiązania podobne do oczekiwanego przez zamawiającego.

Zamawiający swego przekonania o konieczności zastosowania trybu z wolnej ręki zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp i zawarcia umowy z X Ltd. nie oparł na obiektywnych i weryfikowalnych informacjach technicznych, gdyż w sporządzonym przez prof. Detlefa H. uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki znajdują się wyłącznie stwierdzenia o charakterze ogólnym. W dokumencie tym wskazano jedynie, że przedmiot zamówienia dotyczy ogromnego rynku „podzielonego głównie pomiędzy dwoma firmami: Y ze Stanów Zjednoczonych oraz X

z Niemiec. „Z firmą Y prowadzono wstępne rozmowy na temat możliwości dostarczenia odpowiedniego systemu, jednak powiedziano nam jasno, że firma ta koncentruje się wyłącznie na dużych reaktorach na duże podłoża i wysokie wolumeny, do celów produkcji białych LEDów SSL oraz, że obecnie nie planują produkcji urządzeń dla celów badawczo-rozwojowych (na małych podłożach). Również na ich stronie internetowej i w ofercie nie widnieją systemy typowe dla RnD. Firma Y potwierdziła, że nie jest zainteresowana udziałem w postępowaniu, co również potwierdza fakt nie stawiania się do dwóch ogłoszonych przetargów. W sposób naturalny pozostaje firma X również stawiająca na rynek SSL, ale równocześnie nadal wytwarzająca urządzenia do celów RnD dla uniwersytetów i instytutów naukowych na świecie”. W omawianym dokumencie stwierdzono, że „jest na świecie jeszcze kilku drobnych producentów, którzy na życzenie klienta budują podobne urządzenia. Należy jednak podkreślić, że żadne z oferowanych przez nich urządzeń nie spełnia jednak naszych wymagań pod kątem niezawodności, równomierności i poziomów domieszkowania wytwarzanych warstw. W związku z powyższym jasnym jest, że po odmowie firmy Y jedynym podmiotem, zdolnym do zaoferowania reaktora spełniającego nasze wszystkie niezbędne wymagania dotyczące wyspecyfikowanych parametrów użytkowych jest firma X. Ponadto, co należy podkreślić, firma X oferuje gwarancje długoletniego serwisu w bliskiej lokalizacji, co jest również ważne. Powyższa argumentacja wskazuje, iż firma X pozostaje jedynym wykonawcą spełniającym bardzo wysokie wymogi parametryczne i jakościowe, a jednocześnie gwarantuje długoletni serwis i współpracę, której oczekujemy od firmy produkującej dla potrzeb badań i rozwoju”.

Niezależnie od ogólności przytoczonych sformułowań dyskwalifikujących zaistnienie przesłanki „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” oraz dotyczących stanu rzeczy sprzed przeszło dwóch lat, nie można również pominąć, że wskazywana przez zamawiającego „odmowa Y” w świetle zgromadzonej dokumentacji również budzi wątpliwości. Przede wszystkim sama deklaracja, że dany podmiot nie jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia nie stanowi o obiektywnej technicznej przyczynie wymaganej przez art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Po drugie, pogląd zamawiającego potwierdzają wyłącznie treści zawarte na stronie Y oraz własna dokumentacja sporządzona przez zamawiającego w marcu 2012 r. Izba podziela wyrażany w orzecznictwie pogląd, że zawartość stron internetowych stanowi przede wszystkim informację o ofercie handlowej danego podmiotu. Tymczasem zamawiany system do epitaksji z całą pewnością nie jest produktem standardowym, lecz zestawem wysoce specjalistycznym przygotowanym na indywidualne i konkretne zapotrzebowanie. Trudno też dać wiarę oświadczeniom dotyczącym możliwości technicznych danego wykonawcy, które nie pochodzą od niego samego, i przy tym mają charakter ogólny i nieweryfikowalny. Poglądu zamawiającego nie potwierdza w mail dr Dirka B. z dnia 6.11.2014 r. Ogólnikowe stwierdzenie dr B., że „firma Y w ostatnich latach skupiła się na produkcji systemów MOCVD w skali przemysłowej” zostało wyrażone w nawiązaniu do rozmowy telefonicznej o nieznannej treści. Ponadto pogląd ten został pozyskany przez zamawiającego po otrzymaniu informacji o wynikach kontroli i poznaniu uzasadnienia stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy. Wreszcie, z jego treści nie można wywieść jednoznacznie braku możliwości wykonania zamówienia przez Y, zwłaszcza że dr B. oświadczył, że systemy MOCVD dla potrzeb badawczo-rozwojowych są nadal oferowane, a informacja o tym została upubliczniona i wyraził gotowość Y do pracy nad przyszłymi projektami.

Izba nie dopatrzyła się, aby zamawiający wskazał okoliczności, które w sposób obiektywny pozwalają na wykluczenie możliwości wykonania usługi przez innych wykonawców. Izba zgadza się z poglądami wyrażonymi w powołanym przez zamawiającego orzecznictwie (wyroku z dnia 9 października 2012 r., KIO 2033/12 oraz uchwale z dnia 5 maja 2010 r., KIO/KD 31/10, www.uzp.gov.pl). Uzasadnienia obu judykatów akcentują konieczność zaistnienia w danych okolicznościach przesłanek uzasadniających udzielenie zamówienia z wolnej ręki, które powinny być możliwe do stwierdzenia w sposób jednoznaczny i obiektywny, a nie wynikać jedynie z subiektywnego przekonania zamawiającego, że w danym czasie nie

istnieje na rynku żaden inny podmiot będący w stanie zrealizować zamówienie. Wobec faktu, że zamawiający wskazał, że „urządzenia oferowane przez firmę Y oraz kilku mniejszych producentów, faktycznie w wielu punktach, jeśli chodzi o ich techniczną charakterystykę, wykazują podobieństwa z analogicznymi parametrami, jakimi charakteryzuje się wyrób firmy X Ltd. Jednak jedynie urządzenie oferowane przez firmę X Ltd. spełnia wszystkie konieczne wymagania techniczne określone przez zamawiającego”, a jednocześnie nie wykazał konkretnie i jednoznacznie, jakich parametrów nie spełniają urządzenia, które mogą wytworzyć inni producenci, Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych sprawy zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp i dopuścił się naruszenia tego przepisu.

Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b)

140. Sygn. akt: KIO/KU 1/08, Uchwała KIO z dnia 16 stycznia 2008 r.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, dostawy, usługi czy roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Przyczyna ta musi mieć charakter obiektywny, zaś przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki należy stosować w sposób ścisły. Zarówno Sąd Najwyższy jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00, wyrok z dnia 1 października 2001, sygn. akt II SA 2802/00, wyrok SN z dnia 6 lipca 2001, sygn. akt III RN 16/01) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 roku, C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 roku, C-126/03). Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp może być zastosowany tylko w przypadku łącznego wystąpienia zawartych w nim przesłanek, tj. usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę oraz muszą zaistnieć przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. (...)

Istotny dla rozpatrywanej sprawy jest również fakt, że ochrona praw wyłącznych nie może wynikać z wcześniej zawartych umów, w których zamieszczona była klauzula o ochronie tych praw. Umowna (kontraktowa) ochrona prawa wyłącznego nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

141. Sygn. akt: KIO/KD 23/10, Uchwała KIO z dnia 7 kwietnia 2010 r.

Przesłanka, na jaką powołuje się zamawiający, określona w art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, upoważnia do udzielania zamówienia z wolnej ręki, jeśli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, dostawy, usługi czy roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Przy czym w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że przyczyna ta musi mieć charakter obiektywny, a przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp może być zastosowany tylko w przypadku łącznego wystąpienia zawartych w nim okoliczności, tj. usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę oraz muszą zaistnieć obiektywne przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp nie wystarczy wykazać, że dana usługa jest chroniona prawami wyłącznymi. Istotne dla skorzystania z przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp jest również wykazanie, że usługa może być wykonana wyłącznie przez określonego wykonawcę. W rozpatrywanym przypadku oczywistym jest istnienie konkurencji na rynku usług projektowych, a zatem istnieje potencjalna możliwość realizacji tego zamówienia przez inny niż wskazany przez zamawiającego podmiot. Izba stoi na stanowisku, że kontraktowa ochrona prawa

wyłączonego nie uzasadnia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp i nie może być obiektywną przesłanką do udzielenia zamówienia wykonawcy, z którym wcześniej zawarto tę umowę.

Analizując przytoczone postanowienia zawartych dotychczas umów zawartych przez Zamawiającego z zaproszonym Wykonawcą Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że zgodnie z par. 5 ust. 5 umowy nr ZP.2.342-18/07 z dnia 13.04.2007, jak też par. 5 ust. 4 umowy nr ZP.2.342-27/07 z dnia 26.06.2007, z chwilą odbioru dokumentacji projektowej na Zamawiającego przechodzą prawa autorskie majątkowe w zakresie zastosowania go do budowy Stadionu Miejskiego w P. Ponadto Izba stwierdza, że nawet gdyby hipotetycznie nie doszło do faktycznego przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego to okoliczność ta nie mogłaby stanowić także przesłanki do skutecznego powołania się na dyspozycję określoną w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. Autorskie prawa majątkowe, w odróżnieniu od praw osobistych, jako prawa zbywalne mogą być bowiem przedmiotem obrotu gospodarczego, a zatem istnieje realna możliwość ich nabycia w drodze umowy przez renegocjacje umów zawartych z autorem.

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że przyjęcie iż jedynym wykonawcą mogącym zrealizować przedmiotową umowę z uwagi na ochronę praw autorskich jest podmiot, który wykonał poprzednie umowy, mogłoby prowadzić do patologii rynku zamówień publicznych i akceptowania sztucznego monopolu. Można wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający nie doprowadzają do przeniesienia autorskich praw majątkowych i wiążą się w ten sposób z konkretnym wykonawcą, który jako jedyny będzie mógł realizować przyszłe umowy o dużo większych wartościach niż umowa pierwotna. Podobne stanowisko wyraził Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 roku (sygn. akt II GSK 7/06), gdzie wskazano „praktyka udzielania podobnych zamówień z wolnej ręki mogłaby doprowadzić do omijania wymogów ustawy Prawa zamówień publicznych przez jednostki tego sektora, które zawierałyby umowy wstępne na niewielką wartość tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych dokonywać później swobodnego wydatkowania środków znacznej wartości z pominięciem wymogów tej ustawy”. Przedmiot zamówienia obejmuje jak słusznie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stworzenie nowego utworu, nowych projektów architektonicznych dotyczących wnętrza stadionu, a nie modyfikację projektów już istniejących. Tym samym Izba nie podzieliła zarzutu Zamawiającego naruszenia autorskich praw osobistych w rezultacie konieczności wprowadzenia zmian w dotychczasowych projektach. (...)

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza, uznała, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniała przesłanka, o której mowa w art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, zezwalająca na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki i nie istnieją żadne przeszkody faktyczne i prawne, aby wykonanie projektów architektury wewnątrz trybun I, II i III Stadionu Miejskiego w P. nastąpiło zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

142. Sygn. akt: KIO/KD 71/11, Uchwała KIO z dnia 23 września 2011 r.

Izba uznała, że zamawiający nie wykazał podstawy do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp przy udzielaniu zamówienia publicznego w przedmiocie: „Dostosowanie areny sportowej hali do obowiązujących norm i przepisów dla rozgrywek sportowych”. Okoliczności ustalone w toku kontroli, iż zamawiający wskazał jednoznacznie przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp, jako podstawę prawną wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, podając przy tym w uzasadnieniu faktycznym okoliczność udzielenia rękojmi (§ 15 umowy nr KB/404/UI/112/W/2004 z dnia 13 lipca 2004 r.) na przedmiot umowy przez wykonawcę hali sportowej (w tym także podłogi sportowej hali), tj. Konsorcjum X S.A. i Y S.A., a także możliwość jej utraty w przypadku wykonywania prac dotyczących podłogi sportowej przez inny podmiot niż ten, który faktycznie tę część hali sportowej wyko-

nał nie były przez zamawiającego kwestionowane. W zgłoszonych zastrzeżeniach zamawiający przedstawił natomiast w szczególności na wysokie wymagania techniczne dotyczące nawierzchni, wynikające z określonych norm, podnosząc, iż dla zachowania tych wymagań konieczne jest, aby wszelkie prace związane z wykonaną podłogą sportową były realizowane przez ten sam podmiot, który uzyskał stosowny certyfikat na wykonaną nawierzchnię hali.

Jak wynika z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, wówczas gdy istnieje tylko jeden podmiot, który z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, może świadczyć usługi/dostawy/roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia. Prawa wyłączne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej mogą wynikać z następujących przepisów odrębnych, tj. ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. Prawo pocztowe (Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1159), ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo autorskie i prawa pokrewne (Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.), ustawy z dnia 26 czerwca 2003 r. Ochrona prawna odmian roślin (Dz. U. Nr 137, poz. 1300), ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. Nr 119, poz. 1117 ze zm.). Nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt, iż zamawiający uzasadniając wybór trybu zamówienia z wolnej ręki, zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w protokole postępowania, a nadto w postępowaniu wyjaśniającym, nie powołał się na żaden z przepisów ww. ustaw. Takie przepisy nie zostały również powołane w zgłoszonych zastrzeżeniach. Zamawiający nie przedstawił również okoliczności faktycznych, które w jakimkolwiek stopniu byłyby związane lub wynikałyby z ww. przepisów odrębnych, do których należy odnosić przesłankę „ochrony praw wyłącznych”, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) Pzp.

Z uwagi na wyjątkowy charakter przepisu art. 67 ust. 1 Pzp, który musi być interpretowany wyłącznie w sposób ścisły, a przy tym jednoznaczny sposób sformułowania przesłanki, określonej w pkt 1 lit. b) ust. 1 tego artykułu, w okolicznościach tej sprawy nie ma podstaw by uznać, że podmiot wybrany przez zamawiającego do wykonania zamówienia, tj. Z, korzysta z praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, które tylko temu podmiotowi umożliwiają wykonanie prac związanych z dostosowaniem areny (podłogi sportowej) hali do obowiązujących norm i przepisów dla rozgrywek sportowych. Ani udzielona rękojmia ani też uzyskany certyfikat na podłogę sportową hali (przedmiotowy i podmiotowy), nie ustanawiają praw wyłącznych tego podmiotu w powyższym zakresie.

W tym kontekście, odnosząc się do uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zaprezentowanego przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie, zgodzić należy się z Prezesem UZP, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki ochrony praw wyłącznych należących do firmy Z, a ponadto, zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym przypadku wypełniła się przesłanka istnienia jednego wykonawcy zdolnego do wykonania ww. zamówienia. Zamawiający potwierdził w piśmie z dnia 29 sierpnia 2011 r., że są na rynku wykonawcy, którzy realizują podłogi sportowe w różnych technologiach. Szeroko opisane przez zamawiającego okoliczności wiążące się ze specyfiką wymagań technicznych odnośnie podłogi sportowej, a w szczególności fakt, iż wykonanie czynności wchodzących w zakres usługi wiązało się z mechaniczną ingerencją w konstrukcję – element systemu podłogi (poprzez m.in. zderzenie lakieru przy pomocy odpowiedniej maszyny) oraz, że ważne jest, by przy wykonywaniu takich czynności zachować certyfikowane parametry techniczne systemu podłogi, jakimi są amortyzacja, ugięcia, odbicia, odporność na ciężar czy poślizg, aby nie utracić certyfikatu w odniesieniu do całości systemu – podłogi sportowej, także nie mogą być w tym zakresie przekonujące i nie mogą stanowić samodzielnego argumentu uzasadniającego zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Izba w całości podziela stanowisko Prezesa Urzędu, że nie ma żadnych przeszkód, aby przedmiot zamówienia i warunki udziału w postępowaniu zostały opisane przez zamawiającego w taki sposób, aby zapewnić wykonanie danej usługi, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Fakt, iż dany podmiot wykonał nawierzchnię hali, która uzyskała stosowny certyfikat nie oznacza, że żaden inny podmiot nie może wykonać na tej

nawierzchni dodatkowych prac, zachowując przy tym certyfikowane parametry techniczne danej podłogi sportowej.

143. Sygn. akt: KIO/KD 74/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.

Skład orzekający Izby, wyrażając opinię w sprawie, podzielił stanowisko Prezesa Urzędu, wynikające z Informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w piśmie z dnia 2 sierpnia br. [znak: UZP/DKD/KSR/324401/8037/12 KZ/874/10], skierowanym do Zamawiającego w odpowiedzi na zastrzeżenia od wyniku kontroli. Izba przede wszystkim stwierdza, że Prezes Urzędu prowadząc kontrolę postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Modyfikacja i rozbudowa oprogramowania (...) w X” odnośnie przesłanek udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp, wziął pod uwagę całokształt realizowanego przez Zamawiającego projektu oraz wszelkie okoliczności przedstawione przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, jak również w wyjaśnieniach przedstawionych w toku postępowania wyjaśniającego, a formułując ocenę przedmiotowego stanu faktycznego miał świadomość skali skomplikowania całego przedsięwzięcia oraz uwarunkowania prawne i czasowe, które były związane z jego przeprowadzeniem. Odnosząc się z kolei do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących stwierdzenia przez Prezesa Urzędu braku przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie potwierdzają spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia publicznego dla udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego w okresie od 11.10.2012 r. do 10.10.2013 r. (...)

Izba stwierdza także, że udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 lit. b) Prawa zamówień publicznych jest możliwe tylko wówczas, gdy m.in. usługa – tak jak w tym przypadku – może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów. Przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych muszą mieć – tak jak podał Prezes Urzędu – charakter zasadniczy, tak, by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Zdaniem Izby, zgłaszając zastrzeżenia od wyniku kontroli, Zamawiający – wbrew jego twierdzeniom – przede wszystkim powołał się na przyczyny organizacyjne i gospodarcze, nie uprawdopodobniając nawet, że z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów przedmiot zamówienia w okresie trzyletnim może być świadczony przez dotychczasowego wykonawcę Y. W konkluzji Izba stwierdza, że w niniejszej sprawie okoliczności przywołane przez Zamawiającego odnoszą się do przesłanek organizacyjnych, spowodowanych *de facto* działaniem Zamawiającego, w związku z zawarciem umowy z dnia 10 października 1997 r. o zaprojektowanie i wykonanie (...) X oraz o przekazanie do eksploatacji oprogramowania użytkowego w X [tekst jednolity z dnia 18 stycznia 2007 r. wraz z aneksami], a następnie jej realizacją. Izba zwraca także uwagę, że Zamawiający od roku 2010 – pomimo ustaleń zawartych w Informacji o wyniku kontroli z dnia 25.02.2010 r., [znak: ZP/DKD/KSR/246849/4806/10 (KZ/1159/08), dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiot obejmował zbliżony zakres usług do postępowania kontrolowanego obecnie – nie podjął żadnych działań zmierzających do usunięcia przeszkód o charakterze organizacyjnym, ograniczających możliwość przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, lecz wskutek postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, będącego przedmiotem obecnej kontroli, zawarł w dniu 08.10.2012 r. tzw. Umowę rozwojową z dotychczasowym wykonawcą na okres trzyletni, powołując się dodatkowo na ochronę

praw wyłącznych tego wykonawcy, podczas gdy umowa podstawowa wygasła z dniem 10.10.2010 r., który to dzień był zarazem momentem, w którym Zamawiający przejął kody źródłowe oraz autorskie prawa majątkowe do oprogramowania (...).

144. Sygn. akt: KIO/KD 41/13, Uchwała KIO z dnia 23 maja 2013 r.

W dalszej kolejności należy wskazać, że przesłanka, na jaką powołuje się zamawiający, określona w art. 67 ust 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, upoważnia do udzielania zamówienia z wolnej ręki, jeśli z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów, dostawy, usługi czy roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Oczywiście dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp nie wystarczy wykazać, że dana usługa jest chroniona prawami wyłącznymi. Istotne dla skorzystania z przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp jest również wykazanie, że usługa może być wykonana wyłącznie przez określonego wykonawcę. W rozpatrywanym przypadku oczywistym i bezspornym jest, że zamawiający posiada wszelkie prawa autorskie i majątkowe do przedmiotowego systemu. Tym samym nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, iż prowadzenie nadzoru autorskiego nad eksploatacją systemu informatycznego X, wsparcie techniczne dla jednostek prokuratury w zakresie eksploatacji, dokonywanie zmian w systemie wynikających ze zmiany przepisów prawa i potrzeb użytkowników oraz serwis pogwarancyjny z uwagi na ochronę praw wyłącznych (skoro prawa te zamawiający posiada) mogło być świadczone tylko przez jednego wykonawcę. Stanowiska powyższego nie zmienia fakt, iż zamawiający nie posiadał praw autorskich, ani kodów źródłowych do systemu X2, gdyż zakres umowy objętej kontrolą nie obejmował systemu X2.

145. Sygn. akt: KIO/KD 4/14, Uchwała KIO z dnia 6 lutego 2014 r.

Zamawiający posiadał już bowiem Moduły Oprogramowania Systemu Wspomagania Dowodzenia, natomiast dokonana modernizacja miała na celu jedynie rozszerzenie jego funkcjonalności, w tym wzbogacenie go o dodatkowe moduły, tj. moduł Mandat Karny Zaoczny (MK) i moduł Oskarżyciel Posiłkowy (OP). Moduły te stanowią więc część większości jaką jest posiadany już przez niego program komputerowy i są z nim ściśle zintegrowane. Nie jest więc możliwa ścisła integracja działającego już systemu (System Wspomagania Dowodzenia) z nowym systemem, systemem pochodzącym od innego wykonawcy. System Wspomagania Dowodzenia jest już bowiem zintegrowanym przez licencjodawcę konglomeratem wyrobów innych producentów, którzy specjalizują się w konkretnych zastosowaniach informatycznych i produkty te także podlegają aktualizacji oraz wersjonowaniu w ramach udzielonych licencjodawcy licencji. Zamawiający dokonał tylko podwyższenia wersji programu System Wspomagania Dowodzenia w celu wykorzystania nowych możliwości ewidencyjnych i obliczeniowych, a także pozbycia się usterek i błędów w dotychczasowym programie komputerowym. Tak więc podniesienie wersji programu komputerowego poprzez dostarczenie jego nowej wersji (po poprawieniu) obejmującej wykonanie i wdrożenie zmian technologicznych i funkcjonalnych w systemie SWD i w mapie GIS wzbogaconej o nowe moduły jest czynnością techniczną (jego aktualizacją) możliwą do zrealizowania wyłącznie przez dotychczasowego wykonawcę, będącego licencjodawcą i posiadającego szereg licencji na produkty wykorzystane w dostarczonym Zamawiającemu systemie. Pierwotnie zawarta umowa – jak słusznie podniósł Zamawiający – określała w załączniku nr 3 do tej umowy warunki licencyjne oprogramowania, zastrzegając, że „licencjobiorca nie jest uprawniony do modyfikowania, rozszerzenia, rozbudowywania lub tłumaczenia Oprogramowania, jak również rozdzielania ich części”, a nadto „dokonywania jakichkolwiek modyfikacji Oprogramowania, w tym jego dekompilacji, deasemblacji oraz jakiegokolwiek ingerencji w kod źródłowy”. Tym samym treść cytowanej umowy (dotyczącej licencji) nie uprawniała zamawiającego do dokonywania czynności w niej wymienionych. Tak więc jedynym

podmiotem uprawnionym do wykonania integracji Systemu Wspomagania Dowodzenia z systemami: informacji przestrzennej, A, B, co w konsekwencji wymagało wprowadzenia zmian, był wyłącznie licencjodawca.

Nie jest więc możliwe pozyskanie produktu równoważnego. Równoważność, w tym przypadku, należałoby bowiem rozważać jedynie poprzez możliwość podwyższenia wersji obecnego systemu i rozbudowanie go o nowe moduły, a to nie jest możliwe bez posiadania praw autorskich. Równoważności nie należy rozpatrywać w kontekście dostarczenia zupełnie nowego systemu w miejsce systemu dotychczasowego odpowiadającego potrzebom Zamawiającego, a jedynie modernizację już istniejącego. W tym przypadku wykonawca dostarczył jedynie podwyższoną wersję dotychczas używanego systemu (poprawioną wersję tego samego systemu zawierającą nowe i poprawione funkcjonalności), a nie system nowy (nowe oprogramowanie) całkowicie oderwany od obecnie funkcjonującego. Nie znajduje również uzasadnienia (...) rozwiązanie (pozyskanie oprogramowania równoważnego), które polegałoby na „wymianie systemu po określonym czasie użytkowania na nowy, uwzględniający zmienione otoczenie technologiczne i prawne oraz doświadczenia zebrane w toku użytkowania dotychczasowego rozwiązania”. Przedmiotem postępowania nie jest bowiem wymiana dotychczasowego systemu na inny lecz jedynie modernizacja systemu dotychczasowego.

146. Sygn. akt: KIO/KD 9/14, Uchwała KIO z dnia 3 marca 2014 r.

Co do pierwszej z przywołanych przesłanek ustawowych [art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp – *przyp. red.*] zgodzić należy się z Prezesem UZP, że powoływanie się przez Zamawiającego na prawa wyłączne, w tym przede wszystkim ochronę praw autorskich, musi nastąpić w określonych okolicznościach faktycznych, w których mamy do czynienia z obiektywnie jednym wykonawcą, który jest w stanie sprostać realizacji przedmiotu zamówienia bez naruszenia wskazanych praw autorskich. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której podmiot zamawiający wprost, swoim działaniem, a zasadniczo brakiem takiego działania, doprowadza do sytuacji, w której określony wykonawca posiada na wyłączność prawa autorskie do koncepcji przebiegu wydarzenia artystycznego, które leży w sferze zainteresowania zamawiającego, a następnie udziela temu wykonawcy zamówienia w trybie z wolnej ręki, powołując się właśnie na te prawa autorskie.

W przedmiotowej sprawie to Zamawiający, choć powinien był to uczynić zgodnie z postanowieniami regulaminu konkursu przeprowadzonego na opracowanie koncepcji artystycznej uroczystego otwarcia Stadionu (...) w W., nie doprowadził do przeniesienia autorskich praw majątkowych do tej koncepcji po zakończeniu konkursu, w którym wybrano najlepszą pracę konkursową złożoną przez X Sp. z o.o. z siedzibą w W. W takiej sytuacji Zamawiający nie może powoływać się na konieczność zawarcia umowy na opracowanie scenariusza wskazanego wydarzenia, czyli de facto szczegółową koncepcję imprezy otwarcia Stadionu (...) w W., jak i organizację samej imprezy otwarcia, wyłącznie z jednym wykonawcą, z uwagi na będące wyłącznie w jego dyspozycji majątkowe prawa autorskie, które mimo postanowień regulaminu przeprowadzonego konkursu nie zostały przeniesione na Zamawiającego. W takiej sytuacji też mamy do czynienia z możliwością pozyskania nowej koncepcji i scenariusza, jak i organizacji w oparciu o taki scenariusz samej imprezy otwarcia Stadionu (...) w W. w standardowym, otwartym i konkurencyjnym trybie. Nie możemy zatem w tym przypadku mówić o obiektywnie jednym wykonawcy, który ze względu na posiadane prawa autorskie do koncepcji otwarcia Stadionu (...) w W., a tym bardziej na samą organizację imprezy w oparciu o tę koncepcję, jako jedyny jest w stanie zrealizować na rzecz Zamawiającego to zamówienie. Wskazana koncepcja miała być pozyskana w trybie konkursu, który nie jest właściwym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie przyrzeczeniem publicznym, co do przyznania przez zamawiającego nagrody za wykonanie i przeniesienie prawa do określonej, wybranej w konkur-

sie pracy konkursowej. W związku z brakiem podpisania przez autora wybranej w konkursie pracy konkursowej umowy o przeniesienie praw autorskich do tej pracy można powiedzieć, że konkurs nie zakończył się efektywnie z uwagi na niewypełnienie wskazanego powyżej i istotnego warunku konkursu, określonego w jego regulaminie (przeniesienie praw autorskich na Zamawiającego). Tym samym Zamawiający nie ma prawa powoływania się na wyniki wskazanego konkursu, jako podstawę materialnoprawną udzielania zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki w oparciu o przesłankę wynikającą z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp. Warto podkreślić, że Zamawiający, udzielając zamówienia publicznego na opracowanie scenariusza i organizację imprezy otwarcia Stadionu (...) w W. w dniu 26 stycznia 2012 r. nie powołał się na przesłankę wynikającą z art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj., iż podstawą zwracania umowy z wolnej ręki jest przeprowadzenie konkursu, o którym mowa w art. 110 ustawy Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Zamawiający powołał się na jedyne wykonawcę, który posiada prawa autorskie do określonej koncepcji, w sytuacji gdy takie, czy podobne koncepcje realizacji określonego przedsięwzięcia mogłyby stworzyć kilku, kilkunastu, czy – jak pokazywał przeprowadzony konkurs – nawet dwudziestu wykonawców. Nie jest to zatem zamówienie które może zrealizować tylko jeden wykonawca z uwagi na to choćby, że Zamawiający nie jest obiektywnie zmuszony do realizacji tej właśnie koncepcji, biorąc pod uwagę jego uwarunkowania finansowe, gospodarcze itp. skoro wcześniej przeprowadzony na wybór tej pracy konkurs nie został skutecznie zakończony przeniesieniem praw autorskich na Zamawiającego za przyznaną nagrodę w konkursie.

Art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c)

147. Sygn. akt: KIO/KD 9/14, Uchwała KIO z dnia 3 marca 2014 r.

Co do drugiej z przywołanych przesłanek ustawowych [art. 67 ust. 1 pkt lit. c) ustawy Pzp – *przyp. red.*] również zgodzić należy się z Prezesem UZP, że usługi objęte zakresem przedmiotu zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki nie są wprost usługami z zakresu działalności twórczej lub artystycznej. Jak wskazują postanowienia § 2 zawartej w dniu 26 stycznia 2012 r. umowy z firmą X Sp. z o.o. wykonawca ten będzie wykonywał w ramach wskazanej umowy czynności o charakterze techniczno-organizacyjnym, za wykonanie których otrzyma określone wynagrodzenie umowne. Wskazany § 2 zawartej umowy przywołuje, jako zobowiązania Organizatora (wykonawcy zamówienia) takie czynności, jak: dostarczenie dokumentacji zdjęciowej otwarcia, dostawa identyfikatorów, zapewnienie biura produkcji z pełnym wyposażeniem, zapewnienie wyżywienia osób biorących udział w organizacji otwarcia, zapewnienie realizacji telewizyjnych na telebimach, zapewnienie dźwigów i podnośników do montażu i demontażu sprzętu oświetleniowego, nagłośnieniowego, multimedialnego i scenograficznego, uzyskanie wszelkich przewidzianych prawem pozwoleń, zgód w związku z organizacją imprezy masowej, wygradzenia terenu otwarcia, w tym sceny, zaplecza sceny, wież oświetleniowych i nagłośnieniowych, agregatów oraz oznaczenia terenu imprezy masowej, zapewnienia wyposażenia garderób artystów, zapewnienie łączności w trakcie otwarcia, zapewnienie materiałów scenicznych i biurowych, ubezpieczenia otwarcia, osób pracujących przy otwarciu i artystów. Jak pokazuje powyższe zestawienie nie są to z pewnością czynności związane przykładowo z publicznym wykonaniem jakiegoś utworu muzycznego, czy innego, które należałoby zakwalifikować do działalności twórczej, czy artystycznej, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c) ustawy Pzp. Czynności, do których sprowadza się wykonanie zamówienia po stronie X Sp. z o.o. to czynności związane z koordynacją różnego rodzaju działań, czy też czynności *stricte* techniczne związane z przygotowaniem określonych materiałów niezbędnych z punktu widzenia organizacji określonej imprezy.

Art. 67 ust. 1 pkt 2**148. Sygn. akt: KIO/KD 12/14, Uchwała KIO z dnia 5 marca 2014 r.**

Zamawiający udzielił zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o przesłankę wynikającą z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, zgodnie z którą, cytat: „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli [...] przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej [...]”, zawierając z wykonawcą X sp. z o.o., w dniu 1 sierpnia 2011 r., umowę nr 10 na budowę i wdrożenie systemu informatycznego rachunkowości i zarządzania kadrami w sądach powszechnych i Ministerstwie (...) (dalej: „Umowa”). (...)

Udzielenie zamówienia publicznego poprzedzone zostało konkursem, którego przedmiotem było stworzenie pracy konkursowej pn.: „Opracowanie koncepcji budowy i wdrożenia systemu informatycznego rachunkowości i systemu zarządzania kadrami w sądach powszechnych i Ministerstwie (...)”. Spośród czterech złożonych prac konkursowych najwyższą liczbę punktów otrzymała praca X sp. z o.o., wobec czego Zamawiający – zgodnie z pkt XV ustalonego przezeń Regulaminu konkursu na „Opracowanie koncepcji budowy i wdrożenia systemu informatycznego rachunkowości i systemu zarządzania kadrami w sądach powszechnych i Ministerstwie (...)” z dnia 30 kwietnia 2010 r., zwanego dalej „Regulaminem” – nagrodził spółkę zaproszeniem do negocjacji w objętym kontrolą postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tak ustalonym stanie faktycznym Kontrolujący stwierdził, że przedmiot zamówienia udzielonego w następstwie skontrolowanej procedury negocjacyjnej nie mieścił się w pojęciu nagrody konkursowej. Tą – zdaniem Prezesa UZP – mogło być tylko zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem będzie szczegółowe opracowanie wyłonionej w konkursie pracy (argument z art. 111 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 111 ust. 2 Ustawy Pzp). Tymczasem przedmiotem zamówienia w przeprowadzonej przez Zamawiającego procedurze w trybie zamówienia z wolnej ręki było *de facto* wykonanie (zmaterializowanie, urzeczywistnienie) zamierzonego przedsięwzięcia inwestycyjnego, nie zaś uszczegółowienie wybranej pracy konkursowej, o czym świadczyć miał – w ocenie Kontrolującego – m.in. zakres zawartej z wykonawcą (autorem pracy konkursowej) umowy w sprawie zamówienia publicznego, będącej następstwem udzielenia zamówienia z wolnej ręki. (...)

Nie sposób przychylić się do argumentacji, jakoby kontrola Prezesa UZP dotycząca legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki ograniczać ma się li tylko do literalnego brzmienia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Przepis ten jest bowiem – przez zawarte w nim odesłanie do art. 110 Ustawy Pzp – powiązany z przepisami dotyczącymi konkursu. Jakkolwiek Zamawiający stwierdza, że procedura konkursowa – nie będąc ustawowym trybem udzielania zamówień publicznych – nie podlega kontroli Prezesa UZP, tym niemniej możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp – nie jest limitowana wyłącznie koniecznością przeprowadzenia konkursu, ale doznaje również ograniczenia w płaszczyźnie przedmiotu zamówienia, które może być w ten sposób udzielone, a jest nim – zgodnie z przepisem art. 111 ust. 2 Ustawy Pzp – wyłącznie szczegółowe opracowanie pracy konkursowej. (...)

Dostrzeżenia wymaga bowiem, że – jak wskazano powyżej – przesłanką uzasadniającą wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest nie tylko uprzednie przeprowadzenie konkursu, w którym nagrodą było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki (co wynika *expressis verbis* z treści komentowanej regulacji), ale również okoliczność, że przedmiot zamówienia w takim postępowaniu nie może wykraczać poza ramy szczegółowego opracowania pracy konkursowej (co wynika z odesłania do art. 110 Ustawy Pzp i wykładni systemo-

wej przepisów dotyczących konkursu w zakresie, w jakim precyzują pojęcie nagrody – *vide* art. 111 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 111 ust. 2 Ustawy Pzp). (...)

Ustawa Pzp nie zawiera legalnej definicji ww. pojęcia. Także odwołanie się do przepisu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 ze zm.) nie pozwala na precyzyjne ustalenie desygnatów pojęcia szczegółowego opracowania pracy konkursowej, jako że – po pierwsze – przepis ów zawiera jedynie otwarty katalog rodzajów opracowań, wskazując w szczególności na tłumaczenie, przeróbkę, czy adaptację, natomiast – po drugie – wydaje się, że pojęć użytych w przepisie art. 2 ust. 1 wskazanego powyżej aktu normatywnego („opracowanie utworu”) i art. 111 ust. 2 Ustawy Pzp („szczegółowe opracowanie pracy konkursowej”) nie można utożsamiać. Gdyby bowiem wolą racjonalnego ustawodawcy było nadanie im tego samego znaczenia, to nie posługiwałby się różnymi sformułowaniami w obu ustawach. Przyjąć zatem należy, że pod pojęciem „szczegółowego opracowania pracy konkursowej” kryje się taki utwór, który doprecyzowuje, uszczegóławia, stanowi rozwinięcie myśli twórczej wyrażonej w dziele stanowiącym pracę konkursową. Istotne jest przy tym stwierdzenie, że skoro efektem szczegółowego opracowania utworu ma być kolejny utwór, to wszystkie czynności składające się na to opracowanie muszą mieć charakter twórczy, nie zaś czysto techniczny (wykonawczy).

Tymczasem, analiza przedmiotu zamówienia w skontrolowanym postępowaniu prowadzi do wniosku, że było nim nie tylko wykonanie prac twórczych, ale również takich, których efektem było uruchomienie i utrzymywanie sprawności gotowego produktu (systemu informatycznego). Świadczą o tym zarówno przywołane przez Kontrolującego w treści Informacji (str. 5) elementy składające się na przedmiot umowy (§ 2.3 Umowy), a to przygotowanie bazy sprzętowej Zamawiającego do wdrożenia systemu, udzielenie Zamawiającemu licencji na Oprogramowanie Systemowo-Narzędziowe, wdrożenie pilotażowe oraz docelowe systemu, czy wreszcie świadczenie usług serwisowych, ale także takie same postanowienia załącznika nr 2 do Regulaminu (pkt 3, pkt 4, a w szczególności pkt 4.4 i 4.6, pkt 5, a w szczególności 5.5, 5.6, pkt 6 i 7 wspomnianego załącznika), który określał zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej, czy załącznika nr 12 do Regulaminu pn. „Istotne postanowienia umowy na budowę i wdrożenie systemu informatycznego rachunkowości i systemu zarządzania kadrami w sądach powszechnych i Ministerstwie (...)” (§ 2.3, stanowiący odpowiednik § 2.3 Umowy). Powyższe, zdaniem Izby, potwierdza postawiony przez Kontrolującego wniosek, że celem Zamawiającego było uzyskanie nie tyle szczegółowego opracowania pracy konkursowej, na podstawie której możliwa byłaby realizacja zamówienia, ile zrealizowanie inwestycji w trybie zamówienia z wolnej ręki przy pomocy wykonawcy, który był autorem wybranej pracy konkursowej. W konsekwencji Izba podziela stanowisko Prezesa UZP, wyrażone w piśmie z dnia 19 lutego 2014 r. (str. 3), stanowiącym ustosunkowanie do Zastrzeżeń, że w przypadku, gdy realizacja danego zamierzenia inwestycyjnego rozpoczyna się procedurą konkursową, to po jej zakończeniu konieczne jest przeprowadzenie jeszcze dwóch etapów: procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem musi być szczegółowe opracowanie pracy konkursowej, w przedstawionym wcześniej rozumieniu, a następnie – procedury dotyczącej *stricte* realizacji przedsięwzięcia na podstawie uzyskanego wcześniej szczegółowego opracowania oraz, że Zamawiający drugi z opisanych etapów niezasadnie pominał.

Art. 67 ust. 1 pkt 3

149. Sygn. akt: KIO/KU 3/08, Uchwała KIO z dnia 28 lipca 2008 r.

Po pierwsze, wyjątkowa sytuacja nie może być uzasadniona faktem unieważniania wcześniej prowadzonych postępowań, gdyż obowiązek taki, obciążający Zamawiającego, wynika w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w ustawie Pzp. Należy zważyć przy tym, iż

unieważnienie trzech postępowań nastąpiło na skutek wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Po drugie, przesłanki uzasadnienia wyboru trybu nie może stanowić fakt korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, ponieważ jest to uprawnienie określone w ustawie Pzp, służące wykonawcom do ochrony ich praw. Bezzasadne korzystanie z uprawnienia znajduje swoje odzwierciedlenie w możliwości poddania czynności wykonawców kontroli, poprzez możliwość chociażby wniesienia przez Zamawiającego skargi do sądu (art. 179 ust. 1a ustawy Pzp).

Po trzecie, Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż dyspozycja przepisu dotycząca zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki z powodu konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, jest wypełniona wówczas, gdy natychmiastowe wykonanie zamówienia jest niezbędne dla usunięcia awarii lub jej skutków, co charakteryzuje się natychmiastowością, szybką reakcją i krótkim okresem trwania.

W przedmiotowej sprawie natychmiastowe wykonanie zamówienia miało trwać przez okres 36 miesięcy, czego w żaden sposób nie można zaakceptować.

150. Sygn. akt: KIO/KU 7/08, Uchwała KIO z dnia 7 listopada 2008 r.

Zastosowanie wykładni gramatycznej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. (a taką tylko można w tym przypadku zastosować) prowadzi do wniosku, że chodzi tutaj o sytuację nieprzewidywalną, której Zamawiający nie mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności, a która jednocześnie stwarza konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przy czym wyrażenie „natychmiastowe wykonanie zamówienia” oznacza szybciej „niż pilnie”, a więc „z dnia na dzień” i podobnie SN w sprawie sygn. akt III RN 16/01 – przepis stanowiący, iż zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (OSNCP 2001, nr 22, poz. 657). W przedmiotowej sprawie nie wystąpiło na dzień dzisiejszy zagrożenie powodzią, mogące skutkować katastrofą budowlaną, zalaniem terenu inwestycji, czy sąsiadujących z wałem miejscowości. Sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, powinna być dla zamawiającego nieprzewidywalna. Należy przez to rozumieć takie zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik. Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia będą w szczególności zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego (np. katastrofy, awarie). Zaistniała sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. (...)

Zamówienie z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp może być udzielone w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne – przykładowo, jeśli w wyniku katastrofy zniszczeniu ulegnie dach budynku, to zamawiający może prowadzić negocjacje w celu zawarcia umowy dotyczącej jego naprawy, ale już nie w zakresie remontu pozostałej części budynku, gdzie taka konieczność nie powstała wskutek siły wyższej, a jedynie z powodu upływu czasu i uszkodzeń wynikających z użytkowania pomieszczeń. Uzasadnieniem dla zwolnienia z obowiązku publikacji jest fakt, że w opisanych przypadkach zamawiający nie mogliby dotrzymać terminów przewidzianych dla pozostałych procedur.

151. Sygn. akt: KIO/KD 21/09, Uchwała KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r.

W szczególności Izba podziela pogląd, że do zaistnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest łączne spełnienie wszystkich wymienionych w tym

przepisie przesłanek, pomiędzy którymi dodatkowo musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy i związek czasowy.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Zamawiający nie wykazał, że wyjątkowa sytuacja, która stała się przyczyną wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, wynika z przyczyn nie leżących po jego stronie. Uzasadnienia tej okoliczności nie stanowi fakt unieważnienia postępowania z powodu nie złożenia żadnej ważnej oferty. Wystąpienie ewentualnych okoliczności skutkujących koniecznością unieważnienia postępowania, zamawiający, działający z należytą starannością, winien brać pod uwagę, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia. Podzielić należy zatem stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, że unieważnienie postępowania nie stanowi sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć. Z kolei, przesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z sytuacji wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych (nieplanowanych) takich jak: awarie, katastrofy, zagrożenia wypadku lub innego nadzwyczajnego zdarzenia, wymagającego natychmiastowego działania. Przy czym wymaganie natychmiastowego wykonania zamówienia odróżnić należy od wykonania zamówienia w trybie pilnym, natychmiastowość wydaje się być czymś szybszym niż pilność. Przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, znajdzie zatem zastosowanie w sytuacji, gdy niezbędne będzie podjęcie natychmiastowych działań, związanych z usuwaniem skutków katastrof lub zapobieżeniem grożącemu niebezpieczeństwu.

W ocenie Izby, okoliczności sprawy wskazują, że konieczność zlecenia usługi polegającej na zagospodarowaniu popiołu dennego o kodzie 10 01 24 z bloku 460 MW w X S.A. Elektrownia (...), mogła i była wcześniej przewidziana przez zamawiającego. Świadczy o tym niezbitcie harmonogram inwestycyjny kontraktu nr 2002/0464/RM z dnia 30 grudnia 2002 roku, gdzie określono planowaną datę rozpalenia kotła na dzień 2 sierpnia 2008 roku, a pierwsze pojawienie się odpadu zaplanowane zostało na 37 tydzień 2008 roku. Zatem okoliczność pojawienia się odpadu w postaci popiołu dennego i konieczność jego zagospodarowania, zgodnie z przepisami ustawy o odpadach [ustawa z 14.12.2012 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 ze zm. – *przyp. red.*), była zamawiającemu znana od wielu lat, nawet mimo tego, że terminy te były podane jedynie jako terminy orientacyjne. Skoro, jak wynika z umowy z dnia 30 grudnia 2002 roku, Zamawiający planował pierwsze pojawienie się odpadu w postaci popiołu dennego na 37 tydzień 2008 roku (tj. od 8 września 2008 roku) to, działając z należytą starannością i biorąc pod uwagę również ewentualną możliwość unieważnienia postępowania czy korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, winien odpowiednio wcześniej rozpocząć postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Izba podkreśla, że istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia. W zaistniałym stanie faktycznym, zlecenie realizacji zamówienia w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nastąpiło na okres 12 miesięcy, a zatem nie można mówić o krótkim okresie trwania zamówienia, mającym na celu jedynie zapobieżenie najpilniejszym skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia.

152. Sygn. akt: KIO/KD 51/09, Uchwała KIO z dnia 23 grudnia 2009 r.

Wystąpienie okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, których nie można było wcześniej przewidzieć. Nieprzewidywalność powinna być oceniana w sposób obiektywny. Stwierdzić należy, że okoliczności dotyczące zmiany stawek za obowiązkowe ubezpieczenia komunikacyjne powodujące w konsekwencji zwiększenie wartości zamówienia nie mają takiego charakteru, bezpośrednio związane są bowiem z działaniami Zamawiającego. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający obowiązany jest do usta-

lenia wartości zamówienia z należytą starannością. W niniejszej sprawie nie można stwierdzić, aby miało to miejsce. Wskazują na to w szczególności istotne rozbieżności pomiędzy wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego przed wszczęciem procedury wewnętrznej, a postępowaniem w trybie z wolnej ręki (ustalone kwoty różnią się o około 60%).

Przyczyną unieważnienia uprzedniego postępowania (prowadzonego zgodnie z wewnętrznymi procedurami) były okoliczności wywołane przez Zamawiającego. Natomiast unieważnienie postępowania jest jedną z form jego zakończenia, z którą Zamawiający powinien się liczyć i nie stanowi sytuacji wyjątkowej, obiektywnej i niemożliwej do przewidzenia przez Zamawiającego. Stąd też niewłaściwe oszacowanie wartości zamówienia, oparte na zawartej uprzednio umowie (sprzed roku) bez dokonania weryfikacji rynku, które doprowadziło do unieważnienia postępowania „wewnętrznego” nie może stanowić o istnieniu przesłanki do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy w zakresie „nieprzewidywalności”.

W ocenie Izby, Zamawiający świadomy był, iż dotychczas obowiązująca umowa kończy się w dniu 31 grudnia 2008 r., a zatem wiedział, iż będzie konieczne zawarcie nowej umowy na świadczenie usług ubezpieczenia. W takiej sytuacji nie można mówić o wystąpieniu przesłanki natychmiastowej potrzeby udzielenia zamówienia. Należy dojść do wniosku, iż Zamawiający miał wystarczająco dużo czasu na prawidłowe ustalenie wartości szacunkowej zamówienia i w następstwie powyższego przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym powinien był wcześniej podjąć kroki zmierzające do udzielenia przedmiotowego zamówienia. Zaniechanie udzielenia zamówienia w czasie umożliwiającym jego realizację, tj. przez okres trwania dotychczasowej umowy, nie może stanowić podstawy do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

153. Sygn. akt: KIO/KD 4/11, Uchwała KIO z dnia 18 stycznia 2011 r.

W rozstrzyganym przypadku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, mając na celu udzielenie zamówienia, które jest dla niego zamówieniem powtarzającym się okresowo, wynikającym z zadań ustawowych mu przypisanych. Tym samym oczywiste jest, iż Zamawiający zobowiązany był zapewnić świadczenie usługi objętej tym zamówieniem również po dniu 31 grudnia 2009 r., kiedy to wygasła umowa dotychczas wiążąca Zamawiającego. Co więcej Zamawiający wiedzę o terminie, w jakim umowa ta wygaśnie, posiadał już w chwili jej zawarcia. Tym samym, w ocenie Izby, nie mogą się ostać, jako zasadne, twierdzenia Zamawiającego, iż znalazł się on w sytuacji wyjątkowej, niemożliwej do przewidzenia. W wobec faktu, iż przedmiot zamówienia w kontrolowanym postępowaniu obejmował usługę, na której realizację Zamawiający corocznie udziela zamówień, Izba stoi na stanowisku, że nieuprawnionym jest twierdzenie, zgodnie z którym zrealizowanie się obowiązku zawarcia kolejnej umowy było dla Zamawiającego sytuacją nową, której przyczyny powstania nie leżą po stronie Zamawiającego.

Na stanowisko to nie może mieć wpływu podnoszona przez Zamawiającego okoliczność przeprowadzanej przez niego procedury zakupu 3 ambulansów. W świetle powyższego, oczywistym jest, iż na sam obowiązek zawarcia umowy na usługi transportowe na rok 2010 r. fakt zakupu 3 ambulansów nie miał wpływu. Zakup ten mógł i oddziaływał na zakres usługi, którą Zamawiający zamierzał kupić. Nie uzasadniało to jednak twierdzenia Zamawiającego, iż fakt przedłużania się w czasie procedury zakupu wspomnianych 3 ambulansów, uniemożliwiał zawarcie umowy na usługi transportowe. Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, iż Zamawiający już w czerwcu 2009 r. uzyskał decyzję o uzyskaniu finansowania zewnętrznego na planowy przez niego zakup 3 ambulansów. Tym samym już w czerwcu 2009 r. mógł zakładać różne warianty przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem miały być usługi transportowe. (...)

Niezależnie od powyższego Izba uznała, iż abstrahując od oceny wyjątkowości sytuacji, w jakiej znalazł się Zamawiający, nieuprawnionym było również, w rozpatrywanym przypadku,

zawarcie umowy na okres aż dwunastu miesięcy. Art. 67 ust. 1 pkt 3) starej ustawy Pzp stanowi, iż możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w przypadku, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, co uniemożliwia zachowanie terminów określonych ustawą dla innych trybów udzielenia zamówienia. Tymczasem z dokumentacji przedstawionej Izbie wynika w sposób jednoznaczny, iż okres obowiązywania umowy pierwotnie zakładany na etapie konstruowania zaproszenia do negocjacji został przez Zamawiającego przedłużony w wyniku prośb ze strony Wykonawcy, z którym negocjacje te były prowadzone. Zasadnie, w ocenie Izby, wskazywał Prezes UZP, że okres realizacji umowy podpisanej w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki powinien być ograniczony jedynie do zakresu, który jest absolutnie niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia. Dlatego też Izba uznała, że Zamawiający w sposób nieuprawniony powoływał się na przywołaną powyżej przesłankę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Nie sposób bowiem uznać, aby w przypadku realizacji umowy na usługi transportowe przez okres 12 miesięcy (umowy, na podstawie, której świadczenia realizowane są w zależności od potrzeb, w trakcie całego okresu obowiązywania umowy) zachodziła nagle potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia – całego przedmiotu zamówienia, którego realizację obejmowała umowa zawarta jako wynik kontrolowanego postępowania.

154. Sygn. akt: KIO/KD 8/11, Uchwała KIO z dnia 2 lutego 2011 r.

Okoliczności, jakie podnosi zamawiający w piśmie zawierającym zastrzeżenia do wyniku kontroli, że przedmiot zamówienia ma charakter prototypowy oraz że istnieją trudności we właściwym opisanu przedmiotu zamówienia, ponieważ popiół lotny jest produktem o nie przebadanym do końca składzie, pozostają bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego, bowiem nie stanowią one przesłanek uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazać należy, że okoliczność ta nie stanowiła przeszkody we wszczęciu postępowania w trybie konkurencyjnym.

155. Sygn. akt: KIO/KD 66/11, Uchwała KIO z dnia 30 sierpnia 2011 r.

Zgodnie z treścią art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, stanowiącego podstawę prawną wszczęcia kontrolowanego postępowania, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W zaistniałej i ustalonej w toku kontroli sytuacji wypełnione zostały wszystkie przesłanki zastosowania ww. przepisu. Izba podziela w szczególności stanowisko zamawiającego w przedmiocie oceny stanu faktycznego ustalonego w toku niniejszego postępowania kontrolnego jako uprawniającego do udzielenia zamówienia z wolnej ręki – zamawiający nie mógł przewidzieć okoliczności, iż pokrycie dachowe w ramach jego inwestycji zostanie wykonane wadliwie, a wykonawca od umowy odstąpi, zmuszony był spróbować zerwać i położyć dach na nowo natychmiast, tj. przed nadejściem zimy (był przełom października i listopada 2010 r.), nie mógł również w tej sytuacji udzielić zamówienia z dotrzymaniem terminów przewidzianych dla innych trybów.

156. Sygn. akt: KIO/KD 94/11, Uchwała KIO z dnia 20 grudnia 2011 r.

Za „wyjątkową sytuację”, wskazaną w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać sytuację, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy jest bardzo mało prawdopodobne. W doktrynie przyjmuje się, że z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku nadzwyczajnych zdarzeń, zjawisk losowych, klęsk żywiołowych, katastrof, awarii czy niespodziewanych wypadków itp.

Wskazany przez zamawiającego „brak czasu na realizację zamówienia w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki”, nie świadczy o wyjątkowej sytuacji i nie stanowi podstawy do

skorzystania z niekonkurencyjnego trybu, jakim jest zamówienie z wolnej ręki. Terminy wynikające z zawartych uprzednio umów cywilnoprawnych z Generalnym Wykonawcą a także ustalone wcześniej terminy uruchomienia nowych kierunków studiów, nie świadczą o wyjątkowości zaistniałej sytuacji, a są wynikiem jedynie okoliczności zależnych od samego Zamawiającego. Okoliczności te mają charakter organizacyjny i wynikają z wewnętrznych ustaleń Zamawiającego. Unieważnienie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, obejmującego ten sam zakres przedmiotu zamówienia, również nie można uznać za „wyjątkową sytuację” uzasadniającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Izba podkreśla, że w rozpatrywanej sprawie nie zaistniała przede wszystkim okoliczność „natychmiastowego” wykonania zamówienia. Należy wyraźnie rozróżnić „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp od konieczności „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia”, użytej w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Literalne brzmienie przepisu wskazuje, iż tryb zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalny w sytuacji, w której potrzebna jest jak najszybsza, natychmiastowa realizacja przedmiotu zamówienia. Jest to sytuacja, w której zamawiający musi natychmiast zareagować tak, aby bezzwłocznie uzyskać efekt w postaci realizacji przedmiotu zamówienia, praktycznie „z dnia na dzień”. Wykładnia językowa i systemowa przepisów ustawy Pzp wprowadza swoistą kolejność stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia. Kolejność ta wynika nie tylko z samej systematyki przepisów ustawy Pzp, ale również ze stopnia pilności udzielenia zamówienia. Zamawiający, po unieważnieniu przetargu nieograniczonego, może rozważyć zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem bądź, w przypadku zaistnienia przesłanek, np. „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia” – negocjacji bez ogłoszenia. Dopiero, gdy skorzystanie z innych trybów nie jest możliwe, zamawiający może rozważyć udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. (...)

Ponadto należy podnieść, że wymaganie natychmiastowego wykonania zamówienia jest dodatkowo zaostrzone warunkiem obiektywnej niemożności zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielenia zamówienia, a pomiędzy tymi przesłankami musi istnieć związek przyczynowo – skutkowy. Zamawiający nie wykazał, że nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zamówienia, np. dla negocjacji bez ogłoszenia.

157. Sygn. akt: KIO/KD 28/12, Uchwała KIO z dnia 15 marca 2012 r.

Izba, podzielając stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w wyniku kontroli przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dodaje, że w zaistniałych okolicznościach nie zaistniała przesłanka „wyjątkowej sytuacji” uzasadniająca udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. W doktrynie przyjmuje się, że za taką „wyjątkową sytuację” należy uznać nadzwyczajne zdarzenia, zjawiska losowe, takie jak klęski żywiołowe (np. powódzie, lawiny.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Zdaniem Izby, za taką wyjątkową sytuację nie można uznać wskazanej przez zamawiającego okoliczności oczekiwania kandydatów na przyjęcie na studia od 2008 roku oraz zwiększenia limitu przyjęć. Wydanie aktu prawnego dającego możliwość zwiększenia limitu przyjęć na studia nie może być z całą pewnością traktowane jako sytuacja wyjątkowa, której w normalnym toku rzeczy wystąpienie jest mało prawdopodobne. Zgodzić się należy ze stanowiskiem wyrażonym w informacji o wyniku kontroli, że zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia przepisów prawa. Okolicznościom przedstawionym przez zamawiającego nie sposób przypisać cechy wyjątkowości i nieprzewidywalności, skoro jak sam zamawiający stwierdza znana była mu okoliczność dużego zainteresowania kandydatów prowadzonymi kierunkami studiów i oczekiwania na przyjęcie od co najmniej 2008 roku.

Izba stwierdza, że brak podstaw do uznania, iż w niniejszej sprawie w związku ze zwiększeniem limitu przyjęć na studia wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia polegającego na wykonaniu robót ogólnobudowlanych remontowych Pracowni Umiejętności

Pielegniarskich, sali wykładowej, holu i korytarza I piętra. Literalne brzmienie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, iż tryb zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalny w sytuacji, w której potrzebne jest jak najszybsze pojawienie się przedmiotu zamówienia. Jest to sytuacja, w której zamawiający musi natychmiast (bez zbędnej zwłoki tzn. w tej samej chwili) zareagować i przystąpić do realizacji przedmiotu zamówienia. Należy przy tym rozróżnić konieczność „natychmiastowego wykonania zamówienia”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp od konieczności „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia”, użytej w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, uprawniającej do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Okoliczność, że informacja o zwiększeniu limitu przyjęć na studia zawodowe była znana zamawiającemu najpóźniej w lipcu 2010 roku (wydanie rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 lipca 2010 w sprawie limitu przyjęć na studia medyczne w roku akademickim 2010/2011 [Dz. U. Nr 128, poz. 864 – przyp. red.]), zaś termin podpisania umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki nastąpił dopiero po upływie 4 tygodni, tj. 9 września 2010 roku (po trwających ponad miesiąc negocjacjach), świadczy o braku konieczności natychmiastowego wykonania przedmiotowego zamówienia. Na brak konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia wskazuje też wyznaczenie terminu rozpoczęcia robót na dzień 27 września 2010 roku, czyli 18 dni od daty podpisania umowy oraz zakończenia robót objętych umową na dzień 25 lutego 2011 roku. Argumentacja zamawiającego dotycząca konieczności przygotowania przez wykonawcę kosztorysów i sprawdzenia ich przez zamawiającego, powodująca że procedura udzielenia zamówienia od jego wszczęcia do podpisania umowy trwała ponad miesiąc, jeszcze dobitniej świadczy o braku potrzeby „natychmiastowego” udzielenia zamówienia. Zdaniem Izby można tu mówić, co najwyżej o tzw. „pilnej” potrzebie realizacji zamówienia. Za nieuzasadnione Izba uznała także argumenty zamawiającego, że zbyt późne rozpoczęcie robót wynikało z potrzeby niezakłócania sesji poprawkowej, która trwała do 25 września 2010 roku.

158. Sygn. akt: KIO/KD 43/13, Uchwała KIO z dnia 20 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że niewątpliwie możliwość skorzystania z dobrodziejstwa art. 67 ustawy Pzp celem zastosowania trybu z wolnej ręki, bez konieczności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów konkurencyjnych, bądź też negocjacyjnych, jest możliwością nadzwyczaj wyjątkową. Dotyczy to również sytuacji przewidzianej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, kiedy ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przy czym pamiętać należy, iż wymienione przez przepis ten przesłanki muszą być spełnione łącznie, a między nimi musi zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń losowych powodujących konieczność natychmiastowego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów gwarantujących zachowanie zasady konkurencyjności. Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji nie wynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć. Dodatkowo wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przy stosowaniu powyższego przepisu ważnym jest odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, co niewątpliwie ma istotne znaczenie w rozpoznawanym przypadku. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymaga-

ją natychmiastowego wykonania. Ustawodawca nie zdefiniował co prawda jak należy rozumieć pojęcie natychmiastowego wykonania. Pomocne w tej kwestii jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w którym stwierdzić można, że okoliczności nieprzewidywalne to przede wszystkim zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powódzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki. Ponadto wskazać należy, że wystąpienie okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi skutkować koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Zakres zamówienia jest wówczas absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia (patrz orzeczenia ETS; C-385/2 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-24/91 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji).

Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb, mianowicie – tryby negocjacyjne bez konieczności zamieszczania ogłoszenia o zamówieniu. Tryb zamówienia z wolnej ręki jest bowiem ostatecznym narzędziem służącym udzieleniu zamówienia, tj. stosowanym jedynie wówczas, gdy nie można przeprowadzić postępowania w żadnym z pozostałych trybów. Wynika to z faktu, iż procedura ta nie gwarantuje realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

159. Sygn. akt: KIO/KD 44/13, Uchwała KIO z dnia 28 maja 2013 r.

W związku z tym stosowanie tego przepisu (art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy) z uwagi na wymaganą przesłankę „(...) sytuację (...), której nie mógł on przewidzieć (...)”, wydaje się nie do zastosowania w przypadku zagrożenia terminu wykonania umowy. Na okoliczność tej podstawy prawnej (art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy) należy zgodzić się ze stanowiskiem, że dotyczy to zjawisk siły wyższej, do których zalicza się, np: pożar, powódź, trzęsienie ziemi, strajk i inne kataklizmy. Bowiem przepis ten mówi o „wyjątkowej sytuacji”, a nie, np.: „o pilnej potrzebie”, jak to występuje w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W sytuacji konieczności wybudowania szeregu stadionów i wielu dróg dojazdowych do tych stadionów, opóźnienie w realizacji tych zadań nie stanowi wyjątku. W związku z tym można skłaniać się do zakwalifikowania takiej sytuacji do „pilnej potrzeby”, ponieważ terminów meczy raczej nie powinno się przesuwać. W związku z tym, że niedotrzymanie terminu wykonania umowy nie jest zarówno „wyjątkową sytuacją”, jak i nie jest „sytuacją do nie przewidzenia”, zastosowanie tego przepisu, czyli zastosowanie wolnej ręki, jest nieuprawnione. Również przedstawione okoliczności zagrożenia terminu wykonania umowy nie są „wyjątkowe”.

Nie można zgodzić się także z kwalifikacją zaistniałej sytuacji po stronie zamawiającego do konieczności „natychmiastowego wykonania zamówienia”. Użycie przez ustawodawcę formuły „natychmiastowego wykonania zamówienia” wiąże się z zagrożeniem życia, zdrowia ludzkiego lub niepowetowanych strat w mieniu, gdzie tylko bezzwłoczne działanie może zapobiec tym zagrożeniom lub je naprawić w przypadku ich wystąpienia. Natychmiastowe wykonanie czyli wykonanie „z dnia na dzień”. Chodzi tutaj o natychmiastowe wykonanie czynności, a nie natychmiastowe podjęcie decyzji o wykonaniu czynności „w najbliższym czasie” (w ciągu 4 miesięcy).

Podsumowując powyższe rozważania dyspozycja tego przepisu (art. 67 ust. 1 pkt 3) odnosi się do usuwania awarii (pęknięta rura ciepłownicza, wyrwa w jezdni uniemożliwiająca przejazd, zerwany jedyny most w okolicy). Oczywiście i te przypadki należy rozpatrywać w kontekście istniejących okoliczności zdarzenia.

160. Sygn. akt: KIO/KD 50/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.

Tak jak wynika z ustaleń w toku kontroli, zakres przedmiotowego zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp był szerszy niż możliwy do udzielenia na podstawie powołanego przepisu, nie został bowiem ograniczony jedynie do

prac niezbędnych do usunięciem awarii wentylacji. Tak jak wskazano w umowie nr 47/2010 z dnia 15.10.2010 r. zawartej po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki jej przedmiotem była rozbudowa Oddziału Neonatologii dla II Szpitala Miejskiego im. (...) w Ł., obejmująca wymianę wentylacji mechanicznej wraz z towarzyszącymi robotami budowlanymi, takimi jak: wymiana ścianek działowych, wykonanie sufitów podwieszanych, wymiana części wykładzin podłogowych, naprawy po przebiściach technologicznych, malowanie ścian i sufitów, wymiana częściowa instalacji wodno – kanalizacyjnej, urządzeń sanitarnych, grzejników centralnego ogrzewania, wymiana części instalacji elektrycznej, wykonanie instalacji gazów medycznych. Zatem zakres przedmiotowego zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp obejmował nie tylko usunięcie skutków awarii, lecz przede wszystkim całkowitą modernizację wraz robotami budowlanymi związanymi z rozbudową Oddziału Neonatologii.

161. Sygn. akt: KIO/KD 63/13, Uchwała KIO z dnia 25 lipca 2013 r.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, gdy „ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia”. Przesłanka ta dotyczy więc udzielania zamówień w sytuacjach nagłych i nieprzewidywalnych czyli takich, których zaistnienie w normalnych warunkach nie jest możliwe. Za taką sytuację nie można, w ocenie Izby, uznać lustracji dokonanej na boisku przez przedstawicieli UEFA i w jej konsekwencji uznania stanu murawy za nienadający się do rozegrania planowanego meczu. Inspekcja UEFA nie jest bowiem czymś wyjątkowym. Jest normalną sytuacją mającą miejsce przed rozegranie meczu Ligi Europejskiej. Terminarz rozgrywek, jak i wymogi stawiane przez UEFA boiskom, w tym murawie, na której rozgrywane są mecze jest znany wcześniej. Był więc znany i zamawiającemu. Tak więc przeprowadzona kontrola, będąca zapewne rutynową, przed tego typu meczami również nie powinna być dla niego niespodzianką.

162. Sygn. akt: KIO/KD 111/13, Uchwała KIO z dnia 20 grudnia 2013 r.

Podstawą udzielenia przez Zamawiającego zamówienia z wolnej ręki, kwestionowanego przez Prezesa UZP w Informacji o wynikach kontroli, był po pierwsze przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, tj. po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą, ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, w sytuacji, kiedy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przywołany przepis ustawy Pzp wskazuje na możliwość udzielenia zamówienia bez stosowania otwartych reguł konkurencji, po negocjacjach z jednym, swobodnie wybranym przez zamawiającego, wykonawcą, w wyjątkowej sytuacji (nieprzewidywalnej przez zamawiającego i przez niego niezawinionej), która wskazuje na potrzebę, nie tylko pilnego udzielenia zamówienia (jak to zostało określone w przesłance do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia – art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp), ale na potrzebę natychmiastowego wykonania zamówienia. W tym zakresie istnieje też potrzeba wykazania, że zamawiający nie można zachować terminów dla zastosowania każdego innego trybu udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym też przywołany przepis ma bardzo rygorystyczny charakter i jako wyjątek od zasady – otwartego, konkurencyjnego postępowania prowadzonego zgodnie z zasadą prymatu trybów przetargowych nad innymi trybami, określoną w art. 10 ustawy Pzp – powinien być interpretowany ściśle. W tym przepisem – jak słusznie wskazywał Prezes UZP w Informacji o wynikach kontroli – chodzi o sytuacje, kiedy potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia wynika z konieczności uniknięcia negatywnych następstw zaniechania, niezwłocznego podjęcia działań

przez podmiot zamawiający, w sytuacji, gdy wchodzi w grę ograniczenie, czy też zapobieżenie rezultatom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji.

O takiej sytuacji, biorąc pod uwagę argumentację przedstawioną przez Zamawiającego przede wszystkim co do usług pielęgnacji i opieki na oddziałach szpitalnych i potrzebie ich nieprzerwanego wykonywania przez Zamawiającego jako podmiot prowadzący działalność leczniczą, można byłoby mówić, gdyby przedmiotowe postępowanie na świadczenie wskazanych usług, nawet w trybie zamówienia z wolnej ręki zostało udzielone na minimalny, krótki okres, niezbędny do przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego. Zawarcie przez Zamawiającego umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki w powołaniu na wskazaną przesłankę natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia (całego przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę jego zakres przedmiotowy, jak i czas trwania usługi), wyrażoną w przywołanym przepisie ustawy Pzp, na okres 4 lat, stanowi – zdaniem Izby – naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a jednocześnie rażące nadużycie ze strony Zamawiającego.

163. Sygn. akt: KIO/KD 8/14, Uchwała KIO z dnia 27 lutego 2014 r.

W kontrolowanym postępowaniu, zgodzić należy się z twierdzeniami Zamawiającego, iż wykonanie prac projektowych było zadaniem pilnym z uwagi na wskazywane przez Zamawiającego uwarunkowania, natomiast nie było to zadanie wymagające natychmiastowego wykonania.

Należy również podkreślić, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia. Abstrahując od oceny, czy z taką sytuacją mamy do czynienia w kontrolowanym postępowaniu, a Zamawiający nie przyczynił się do zaistniałej sytuacji, konieczność wykonania zadania Zamawiający mógł i powinien był przewidywać. Problemy z realizacją wykonania przedmiotowych prac były znane Zamawiającemu już de facto w momencie zawarcia umowy podstawowej, ponieważ już wtedy pojawiła się konieczność dostosowania projektów do zakresu objętego projektem o dofinansowanie. Nie można zatem uznać, że sytuacja, w której znalazł się Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowiła wyjątkową i nieprzewidywalną sytuację.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że niemożliwe było skorzystanie z innego trybu i dochowanie terminów przewidzianych ustawą ze względu na pilną potrzebę wykonania zamówienia. Jak słusznie zauważył Kontrolujący, ustawa Pzp daje Zamawiającemu możliwość skorzystania z trybów konkurencyjnych z jednoczesną możliwością skrócenia terminów z uwagi na pilną konieczność udzielenia zamówienia. Takiej możliwości Zamawiający nie rozważył.

164. Sygn. akt: KIO/KD 44/14, Uchwała KIO z dnia 13 maja 2014 r.

Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP w sprawie popełnionych naruszeń przepisów ustawy wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, a argumentację sformułowaną na ich poparcie w ww. Informacji oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia Zamawiającego, uznaje za własną. Przy czym Izba zaznacza i podkreśla, iż jej stanowiska nie należy rozumieć jako jakiegokolwiek generalizacji, że rozkaz w Siłach Zbrojnych RP wydany przez jednostkę nadrzędną nigdy nie może kreować i niejako kompensować zaistnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp (czego nie zmienia opinia Rzecznika Generalnego z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji). Przeciwnie – szczególne warunki działalności Sił Zbrojnych i wykonywanych przez nie zadań, element ścisłego służbowego podporządkowania i dyscypliny wojskowej, a także brak ro-

zeznania w planach i potrzebach armii przez jednostki podporządkowane, które wykonują rozkazy, np. przez realizację określonych zakupów – w niektórych przypadkach powodować mogą, iż całość zaistniałej sytuacji związanej z otrzymaniem danego rozkazu i konieczność jego natychmiastowej realizacji, może zostać oceniona jako wypełnienie przesłanek: wyjątkowości sytuacji, braku jej spowodowania przez zamawiającego, niemożliwości jej przewidzenia, a także konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia.

Powyższe nie miało jednak miejsca w rozpatrywanym przypadku. Zamawiający mógł tu przewidzieć konieczność uzupełnienia zapasów szczepionki po ich ekstraordynaryjnym uszczupleniu (które miało miejsce, według opisanego przez Zamawiającego metodologii szczepień, co najmniej na dwa miesiące przed rozpoczęciem turnieju EURO 2012 i było z nim związane) i dokonać powyższego w trybie konkurencyjnym, przed rozpoczęciem wydawania szczepionki na jakiegokolwiek inne cele i potrzeby.

Sam Zamawiający w pkt „Ad. 4” zastrzeżeń wskazuje, iż konieczność przedmiotowego zakupu była nierozzerwalnie związana z ubytkiem zapasu szczepionek użytych do szczepienia żołnierzy zabezpieczających EURO 2012, a jako bezpośredni powód/przesłanka pilności zakupu w Protokole ZP-WR również zostaje wskazana konieczność uzupełnienia zapasów uszczuplonych przez powyższe. Nawet jeżeli uprzednie nadmiarowe wydania szczepionki związane z turniejem EURO 2012 były niemożliwe do przewidzenia, to konieczność ich kompensacji, np. w celu zaszczepienia żołnierzy (...), była jak najbardziej przewidywalna (co wykazał Prezes UZP), a także możliwa do przeprowadzenia z zachowaniem przewidywanych ustawowo terminów stosowania trybów konkurencyjnych.

165. Sygn. akt: KIO/KD 81/14, Uchwała KIO z dnia 29 września 2014 r.

W ocenie Izby Prezes UZP trafnie zarzucił Zamawiającemu w Informacji, że nie wykazał on konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Literalna wykładnia tego sformułowania nasuwa wniosek, że objęte są nią sytuacje, w których przedmiot zamówienia musi zostać wykonany niemalże natychmiast po udzieleniu zamówienia publicznego (zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego). W tym przypadku nacisk położony został na szybkość osiągnięcia przez zamawiającego pożądanego efektu w postaci realizacji zamówienia publicznego. Gdyby natomiast było tak, jak stwierdził Zamawiający w Zastrzeżeniach, że efekt w postaci natychmiastowego wykonania zamówienia publicznego nie był warunkiem *sine qua non*, to – kierując się dyrektywą racjonalnego ustawodawcy – w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp użyte zostałyby inne pojęcie, jak chociażby „pilna potrzeba udzielenia zamówienia”, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp. W takiej sytuacji punktem odniesienia jest jak najszybsze zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego (w ten sposób dochodzi do pilnego udzielenia zamówienia), nie zaś realizacja przedmiotu takiego kontraktu.

Tymczasem, jak ustalono w toku kontroli, Zamawiający udzielił zamówienia w dniu 14 grudnia 2012 r. (data zawarcia Umowy). Przedmiot zamówienia obejmował m.in. dostawę i montaż stolarki okiennej w budynku (...), która – w przeciwieństwie do pozostałych powierzonych przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki prac – miała zostać wykonana do dnia 15 maja 2013 r. Wobec powyższego, nie kwestionując potrzeby zabezpieczenia inwestycji przed szkodliwym oddziaływaniem warunków atmosferycznych oraz innych argumentów konsekwentnie powoływanych przez Zamawiającego, Izba stwierdziła, że nie sposób mówić o zrealizowaniu opisanego powyżej celu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp w sytuacji, w której wykonanie zamówienia przewidziane zostało de facto po upływie 5 miesięcy od udzielenia zamówienia.

Nie miała przy tym znaczenia argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą cel montażu stolarki okiennej (przeciwdziałanie zawilgoceniu części podziemnej inwestycji i fluktuacjom temperatury) został osiągnięty już po 37% czasu niezbędnego dla jego pełnego wykonania (*vide* przedstawiona w zastrzeżeniach Zamawiającego tabela opisująca przebieg procesu technologicz-

nego montażu stolarki okiennej). Inaczej byłoby w sytuacji, gdyby ten element przedmiotu zamówienia był realizowany na całym budynku (...) równocześnie, podczas gdy – zgodnie z harmonogramem montażu okien stanowiącym załącznik nr 7 do Umowy – jego wykonanie miało miejsce etapowo (od dnia 7 stycznia 2013 r. na elewacji zachodniej, od dnia 7 lutego 2013 r. na elewacji południowej i od dnia 18 marca 2013 r. na elewacji północnej i wschodniej). Także zatem z tego względu nie sposób mówić o działaniu w celu natychmiastowego zabezpieczenia terenu inwestycji przed uszkodzonymi materiałami, na co powoływał się Zamawiający.

Art. 67 ust. 1 pkt 4

166. Sygn. akt: KIO/KD 66/10, Uchwała KIO z dnia 8 października 2010 r.

(...) Prezes Urzędu i Zamawiający różnili się w interpretacjach sformułowania określonego w art. 67 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych „warunki zamówienia” – dla Prezesa Urzędu są to wszelkie warunki, zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe, dla Zamawiającego są to wyłącznie warunki przedmiotowe. Rzeczywiście wyrażenie użyte w art. 67 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych – „warunki zamówienia” – może budzić wątpliwości interpretacyjne: mogą to być „warunki [przedmiotu] zamówienia” (pojęcie węższe, dotyczące wyłącznie warunków przedmiotowych), jak i „warunki [przedmiotowe i podmiotowe] zamówienia” (pojęcie szersze, obejmujące wszelkie wymogi, które mogą mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i strony podmiotowej jego realizacji).

W ocenie składu orzekającego, skoro nie można wywieść jednoznacznego znaczenia z brzmienia analizowanego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, to należy odwołać się do wykładni celowościowej. Niewątpliwie zamiarem ustawodawcy było umożliwienie realizacji przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy nie zostały pozytywnie zakończone (tzn. nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej) co najmniej dwa poprzednie postępowania, przeprowadzone w trybie konkurencyjnym. W przypadku, kiedy nie złożono żadnej oferty w postępowaniu (jak w postępowaniach przeprowadzonych wcześniej przez Zamawiającego) trudno dociec, czy brak zainteresowania wśród potencjalnych wykonawców wynikał z nadmiernych wymogów w opisie zamówienia, z nadmiernego określenia warunków udziału w postępowaniu, czy też wykonawcy nie byli zainteresowani z innych przyczyn (np. mają pełen pakiet zleceń i brak im wolnych środków, które mogą przeznaczyć na realizację zamówienia).

Jeżeli dochodzi do sytuacji, w której zamawiający w postępowaniach konkurencyjnych stawia skonkretyzowane warunki udziału w postępowaniu, a następnie – w trybie niekonkurencyjnym, udzielając zamówienia z wolnej ręki – nie stawia żadnych wymagań, to może (potencjalnie) zaistnieć podejrzenie, że nastąpiło to w określonym celu: początkowo postawiono wygórowane warunki – by zminimalizować (ograniczyć bądź wykluczyć) skuteczny udział w postępowaniu możliwych wykonawców, a następnie doszło do ich obniżenia, aby udzielić zamówienia określonemu wykonawcy: „Zamawiający stawiałby wymagania niemożliwe do spełnienia w celu zniechęcenia wykonawców, tylko po to, aby podjąć negocjacje z preferowanym wykonawcą” (...).

Ze względu na powyżej opisaną możliwość wystąpienia manipulacji ostatecznym wynikiem przeprowadzonych postępowań (rozumianym jako udzielenie zamówienia skonkretyzowanemu wykonawcy), Izba uznała, że słuszność należy przyznać pogładowi prezentowanemu przez Prezesa UZP w wyniku kontroli: „warunki zamówienia” to wszelkie warunki, dotyczące zarówno przedmiotu, jak i podmiotu zamówienia, i aby mogła zaistnieć podstawa udzielenia zamówienia z art. 67 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, żadne z nich nie mogą być w sposób istotny zmienione. Zatem pod pojęciem „warunki zamówienia” należy rozumieć wszelkie warunki, na jakich jest ono udzielane – Zamawiający nie może bowiem udzielić zamówienia wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tym samym spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest także warunkiem zamówienia (udzielenia zamówienia).

167. Sygn. akt: KIO/KD 62/11, Uchwała KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r.

W myśl przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeżeli w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. (...)

Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający przeprowadził trzy postępowania na udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Obsługa wyjazdów zagranicznych zamawiającego w zakresie dostawy biletów lotniczych, autobusowych i kolejowych”. Pierwsze (znak: DZP/CM/242/3-84/ZP/10), i drugie postępowanie (znak: DZP/CM/242/3-114/ZP/10) zostały unieważnione przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp albowiem w obydwu z nich cena oferty z najniższą ceną przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W postępowaniach tych złożono odpowiednio jedną i dwie oferty, a żadna z nich nie została odrzucona, co wynikało z protokołów postępowania. Jedynie trzecie postępowanie (znak: DZP/CM/242/3-146/ZP/10) zostało unieważnione przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie złożono żadnej oferty.

Na tle tak ustalonego stanu faktycznego Izba stwierdziła, że przywoływana przez zamawiającego okoliczność, iż w drugim postępowaniu w obydwu złożonych ofertach występowały błędy kwalifikujące je finalnie do odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia nie ma znaczenia z punktu widzenia spełnienia zakwestionowanej przez kontrolującego przesłanki. Z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny wynika, iż prowadzone przez zamawiającego kolejne postępowania (a więc minimum dwa) powinny być unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ nie zostały złożone w ich trakcie żadne oferty lub w wyniku odrzucenia wszystkich ofert. W tym ostatnim przypadku wszystkie oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że odrzucenie oferty jest czynnością zamawiającego, której dokonuje on w postępowaniu, zaś informację o tej czynności zamieszcza w protokole postępowania. Tymczasem z protokołu postępowania (znak: DZP/CM/242/3-114/ZP/10) wynika, że żadna z ofert nie została przez zamawiającego odrzucona. Przesłanką do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest dokonanie czynności odrzucenia wszystkich złożonych ofert z powodu niezgodności ich treści z treścią SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, a nie jedynie stwierdzenie, że oferty te podlegały odrzuceniu i zaniechaniu dokonania tej czynności. Unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, iż cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę, jaką zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie daje prawa do korzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

168. Sygn. akt: KIO/KD 15/12, Uchwała KIO z dnia 7 lutego 2012 r.

W niniejszej sprawie – zgodnie z ustalonym przez Izbę stanem faktycznym – Zamawiający udzielił zamówienia publicznego, którego przedmiotem była „dostawa generatora udarowego (układu do wysokonapięciowych prób impulsowych) wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem dla Politechniki (...)” w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu udzielenie zamówienia we wskazanym trybie jest m.in. możliwe, jeżeli w kolejno prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo ograniczonego, nie zostały złożone żadne oferty, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Tak jak ustaliła Izba, Zamawiający w zakresie tego przedmiotu zamówienia przeprowadził dwa przetargi, w których nie zostały złożone oferty. Z kolei w postępowaniu pro-

wadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, w wyniku którego została zawarta umowa – zmienił termin realizacji zamówienia poprzez wydłużenie o jeden miesiąc terminu dostawy w stosunku do pierwotnie wymaganych czterech miesięcy, oraz odstąpił od wymaganego w przetargach wykonania – i tym samym potwierdził tego warunku – minimum 1 dostawy aparatury/urządzenia podobnego rodzaju jak przedmiot zamówienia, o wartości minimum 400 000,00 zł.

Izba przede wszystkim uznała, że termin realizacji zamówienia jest niewątpliwie istotnym warunkiem zamówienia, także w przypadku dostaw i zdecydowanie mieści się w pojęciu warunków umowy oraz dotyczy sposobu realizacji zamówienia. Zatem w okolicznościach niniejszej sprawy jego wydłużenie do pięciu miesięcy w miejsce uprzednio wymaganych czterech miesięcy stanowi niewątpliwie istotną zmianę, w rozumieniu powołanego art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w stosunku do pierwotnych warunków zamówienia. Z tego też względu Izba podzieliła pogląd Prezesa UZP, że nawet gdyby zaaprobować stanowisko Zamawiającego i uznać, że warunkami pierwotnymi zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie są warunki podmiotowe, to nie zmienia to faktu, że Zamawiający istotnie zmienił pierwotne warunki przedmiotowe zamówienia, na co nie zezwala wskazany przepis.

Odnosząc się do kwestii związanych z warunkami podmiotowymi zamówienia, w tym przypadku doświadczenia wykonawcy, Izba w szczególności zwraca uwagę na art. 68 ustawy Pzp, z którego wynika, że także w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, co do zasady, określenie warunków podmiotowych dla wykonawcy i ich ocena następuje według tych samych reguł jak w postępowaniach konkurencyjnych prowadzonych m.in. w trybach przetargowych. Tym samym Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP wyrażone w piśmie z dnia 23 stycznia 2012 r., że także te warunki – jak i warunki przedmiotowe – mogą mieć wpływ na krąg potencjalnych wykonawców. Mając zatem na uwadze dotychczasowe orzecznictwo KIO oraz odwołując się do wykładni celowościowej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że złagodzenie warunków podmiotowych (w tym przypadku – całkowita rezygnacja z wymagania w zakresie doświadczenia) – prowadziło także do istotnej zmiany warunków pierwotnych zamówienia. Izba dodatkowo podkreśla, że – tak jak podnosi się m.in. w orzecznictwie ETS i co wskazał Prezes UZP – skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w innym trybie niż tryb przetargowy zostało ograniczone i uzależnione od wystąpienia konkretnych przesłanek określonych w ustawie. Zatem w takim przypadku, udzielenie zamówienia – szczególnie po negocjacjach z jednym wykonawcą w trybie zamówienia z wolnej ręki – jest wyjątkiem od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych i przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a każdy podmiot, który się na nie powołuje, musi być w stanie je udowodnić.

Mając na uwadze powyższe ustalenia oraz dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba uznała, że Zamawiający wprowadzając – w stosunku do postępowań przeprowadzonych w trybach przetargowych – istotne zmiany do pierwotnych warunków zamówienia na „Dostawę generatora udarowego (układu do wysokonapięciowych prób impulsowych) wraz z dostawą, montażem i uruchomieniem dla Politechniki (...)” w postępowaniu przeprowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielił tego zamówienia z naruszeniem wskazanego przepisu ustawy Pzp.

169. Sygn. akt: KIO/KD 73/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.

Izba zgadza się ze stanowiskiem zawartym w wyniku kontroli, jak również w odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 1 sierpnia 2012 roku, co do braku zaistnienia w rozpatrywanym stanie faktycznym przesłanki, określonej w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu, zamawiający ma prawo zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy w prowadzonych kolejno postępowaniach, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenia do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały zmienione.

W rozpatrywanym stanie faktycznym, zamawiający przeprowadził co prawda dwa postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, ale w żadnym z nich nie dokonał czynności odrzucenia ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Powodem unieważnienia przeprowadzonych postępowań było: w pierwszym przypadku – zaferowanie ceny, która przekraczała wartość środków przeznaczonych na finansowanie zamówienia, w drugim przypadku – odmowa wykonawcy zawarcia umowy. Stwierdzenie tej okoliczności, której zamawiający nie kwestionuje w złożonych zastrzeżeniach, świadczy już niewątpliwie o braku spełnienia przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że w zaistniałym przypadku istnieje możliwość powołania się bezpośrednio na przepis Dyrektywy 2004/18/UE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz, że analizowany stan faktyczny odpowiada dyspozycji normy prawnej zwartej w art. 30 ust. 1 lit. a dyrektywy i uzasadnia zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Przepis art. 30 ust. 1 lit. a Dyrektywy 2004/18/UE opisuje przypadki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją ogłoszenia, której odpowiednikami w polskim prawodawstwie są negocjacje z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny. Przesłanka określona w art. 30 ust. 1 lit. a nie może zatem stanowić podstawy do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, które jest trybem negocjacyjnym nie poprzedzonym ogłoszeniem. Okoliczności uzasadniające zastosowanie trybów negocjacyjnych bez ogłoszenia zostały natomiast określone w art. 31 Dyrektywy 2004/18/UE, wobec czego powoływanie się na przesłankę art. 30 ust. 1 lit. a w zaistniałym przypadku jest nieuzasadnione.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje że brak jest podstaw do powołania się bezpośrednio na przepis dyrektywy, w sytuacji gdy przepis unijny został właściwie i w sposób zupełny implementowany do polskiego porządku prawnego. Analizowany przepis art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odpowiada normie prawnej zawartej w art. 31 ust. 1 lit. a Dyrektywy 2004/18/UE, jednak ustawodawca krajowy przewidział możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki po przeprowadzeniu co najmniej dwóch, a nie jak przewiduje dyrektywa jednego postępowania w trybie procedury otwartej lub ograniczonej. W konsekwencji przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ma charakter bardziej restrykcyjny niż przewiduje to ustawodawstwo europejskie. Izba podziela stanowisko zaprezentowane w odpowiedzi na zastrzeżenia z dnia 1 sierpnia 2012 roku, że ustawodawca krajowy ma prawo ograniczać swobodę zamawiającego względem określonej w dyrektywie, o ile jest to zgodne z podstawowym celem dyrektywy, jakim jest przede wszystkim możliwie szerokie zapewnienie konkurencyjności.

170. Sygn. akt: KIO/KD 99/13, Uchwała KIO z dnia 3 grudnia 2013 r.

W regulacji tej zawarto kilka przesłanek, wskazujących na możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki. Niewątpliwie zatem dla wypełnienia dyspozycji wskazanego przepisu zamawiający musi wykazać się, że przeprowadził kolejno dwa postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym zastrzeżono, że co najmniej jedno z nich musi być prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego. Drugą przesłanką to ustalenie, że postępowania te nie zakończyły się wyborem oferty najkorzystniejszej, bowiem w ich toku nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo nie zostały złożone żadne oferty, jeśli zaś wpłynęły oferty to wszystkie zostały odrzucone z powodu ich sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę stan faktyczny niniejszej sprawy przywołane powyżej przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zostały przez zamawiającego wykazane i wypełnione. Przywołany przepis zakłada jednak jeszcze konieczność wykazania się wypełnieniem dodatkowo jednej istotnej przesłanki dla możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Owa przesłanka to konieczność wykazania, że pierwotne warunki zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie zostały w istotny sposób zmienione w stosunku do wcześniejszych po-

stępować. Ta przesłanka – zdaniem Izby – w przedmiotowej sprawie nie została wypełniona, przede wszystkim z uwagi na zmianę warunków udziału określonych przez zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki w stosunku do wcześniejszych postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego. O ile można byłoby się jeszcze zgodzić z zamawiającym, że wprowadzone przez niego w opisie przedmiotu zamówienia zmiany (rezygnacja z centralnej instalacji sprężonego powietrza wyposażonej w minimum 1 punkt poboru, dopuszczenie zamontowania dwóch, zamiast pierwotnie wymaganych czterech stalowych trąb w odniesieniu do dodatkowych sygnałów pneumatycznych, zmiana parametrów defibrylatora wskazanych w punktach 4, 23, 48–50 oraz właściwości worka samosprężalnego z wlotem dla tlenu, określone w punkcie 7) nie mają charakteru istotnego i są wynikiem negocjacji prowadzonych z wykonawcą w toku postępowania, a także znajdują swoje oparcie w zapytaniach składanych w tym zakresie do zamawiającego w trybie prowadzonych postępowań konkurencyjnych (w przetargu nieograniczonym), to zmiana w zakresie warunków udziału w postępowaniu – zdaniem Izby – jest istotna i tym samym nie może wskazywać na wypełnienie dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Ustawodawca we wskazanym przepisie założył, że zamawiający w sposób istotny nie będzie dokonywał zmian pierwotnych warunków zamówienia. Za warunki zamówienia należy uznać zarówno elementy opisu przedmiotu zamówienia, jak i warunki podmiotowe kwalifikujące wykonawców pod tym względem do udziału w postępowaniu co do ich potencjalnych możliwości realizacji przedmiotu zamówienia. Skoro w prowadzonych uprzednio postępowaniach przetargowych zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się określonym potencjałem w zakresie wiedzy i doświadczenia (co najmniej jedna dostawa ambulansu medycznego typu B lub C, o wartości nie mniejszej niż 350 000,00 zł), a także konkretnym potencjałem finansowym (posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 350 000,00 zł), uznając, że tylko taki doświadczony wykonawca może podjąć się dla niego realizacji przedmiotu zamówienia, analogiczne wymagania powinien był on przedstawić wybranemu przez siebie – faktycznie w sposób dowolny – wykonawcy, z którym prowadził negocjacje w sprawie zawarcia umowy. Takich warunków ani w zakresie doświadczenia, ani w zakresie potencjału finansowego zamawiający nie określił wobec wykonawcy zaproszonego do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, ani też tych kwalifikacji tego podmiotu nie zweryfikował w toku tego postępowania przed udzieleniem zamówienia publicznego. Z tych też względów nie dopełnił on ustawowego wymogu i nie wykazał wypełnienia przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Art. 67 ust. 1 pkt 5

171. Sygn. akt: KIO/KD 30/10, Uchwała KIO z dnia 4 maja 2010 r.

Jak wynika z brzmienia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne, o ile konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego wynika z „sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia”. Słusznie stwierdzone zostało w Informacji o wyniku kontroli, iż nie mogą być usprawiedliwieniem dla wydłużenia okresu realizacji zamówienia okoliczności takie, jak korzystanie przez wykonawców z przysługującej im na podstawie przepisów ustawy procedury protestacyjno-odwoławczej czy też trwające zbyt długo procesy uzgadniania dokumentacji przetargowej. W Informacji o wyniku kontroli podniesione zostało, iż także procedura uzyskiwania pozwoleń administracyjnych nie może być uznana za sytuację niemożliwą wcześniej do przewidzenia. Na potwierdzenie tego stanowiska przywołano opinię Rzecznika Generalnego w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji oraz wyrok ETS, w której została dokonana wykładania pojęcia „nieprzewidywalności” na gruncie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zgodnie z nią zamawiający nie powinien powoływać się na działania lub zaniechania innego organu władzy publicznej w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego, zatem nie stanowi nieprzewidzianej okoliczności uzasadniającej zastoso-

wanie trybu zamówienia z wolnej ręki sytuacja, w której w odniesieniu do roboty budowlanej konieczne jest uzyskanie odpowiednich, przewidzianych prawem pozwoleń czy zatwierdzeń wydawanych przez inne organy. Argumentacja ta jest zatem adekwatna do stanu faktycznego kontrolowanego postępowania. Zamawiający w piśmie z dnia 27 sierpnia 2009 r. stanowiącym odpowiedzi na pismo Prezesa UZP z dnia 14 sierpnia 2009 r. (znak UZP/DKD/MD/32815/09) wskazał na wydłużające się –znacznie przekraczające terminy wynikające z kodeksu postępowania administracyjnego – procedury uzyskiwania pozwoleń administracyjnych, w szczególności (...) oraz pozwolenia na budowę oraz na sprzeciwy i protesty właścicieli nieruchomości i trudności w uzyskaniu prawa do dysponowania nieruchomością, co skutkowało przedłużeniem okresu realizacji robót budowlanych od 3 do 11 miesięcy. Jednak w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego Zamawiający nie dał podstaw do innej niż dokonanej przez Prezesa UZP oceny stanu faktycznego niniejszej sprawy. W szczególności nie wskazał precyzyjnie jakie konkretne sytuacje i zdarzenia zwłaszcza w zakresie realizacji umów na roboty budowlane przyczyniły się do tak istotnego przedłużenia okresu ich realizacji. Ciężar dowodzenia – jak Izba wskazała na wstępie – leży w tym zakresie po stronie Zamawiającego. Zatem trafnie Prezes UZP w niniejszym stanie faktycznym ustalił, iż omawiana przesłanka zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki nie została udowodniona, gdyż konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia, tj. takiej, której Zamawiający nie mógł stwierdzić przy zachowaniu należytej staranności na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jednak nie wskazał na okoliczności niemożliwe do przewidzenia, powodujące konieczność wydłużenia umowy z Inżynierem Kontraktu o 24 miesiące.

172. Sygn. akt: KIO/KD 32/11, Uchwała KIO z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Powyżej opisany podział robót – udzielonych jako roboty dodatkowe – na dwie grupy jest w ocenie Izby doniosły dla wydania niniejszej opinii, bowiem druga grupa robót – których prognoza na etapie przygotowania dokumentacji projektowej dla zamówienia podstawowego była niemożliwa, kwalifikuje się do robót dodatkowych, które można w ocenie składu orzekającego Izby wykonać na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) Prawa zamówień publicznych – są to roboty udzielone dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjęte zamówieniem podstawowym i nieprzekraczające łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Roboty z drugiej grupy wyraźnie się zązębiały z robotami podstawowymi, konieczność ich wykonania wyniknęła dopiero w trakcie wykonywania robót podstawowych (najlepszym przykładem jest tu odkrycie w trakcie wykonywania prac istnienia niezainwentaryzowanej, nieobecnej w zasobach geodezyjnych kanalizacji deszczowej, co implikowało roboty oznaczone nr 9), a wydzielenie ich do osobnego zamówienia byłoby z przyczyn technicznych niemożliwe bądź gospodarczo nieracjonalne.

Do ziszczenia się przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a) Prawa zamówień publicznych nie jest konieczne równoczesne zaistnienie przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) Prawa zamówień publicznych (wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego), bowiem między pkt 5 lit. a) i 5 lit. b) znajduje się spójnik „lub”. Niezależnie od powyższego, niektóre z robót z drugiej grupy spełniają zarówno przesłanki art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a), jak i 5 lit. b) Prawa zamówień publicznych.

173. Sygn. akt: KIO/KD 75/11, Uchwała KIO z dnia 5 października 2011 r.

W zakresie postępowania o udzielenie zamówienia dodatkowego z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba również podziela stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnych następczych. Przepis ten dopuszcza zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki

w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających 50% wartości realizowanego zamówienia niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Tym samym niezbędna jest tożsamość wykonawcy wykonującego zamówienia podstawowe i zamówienie dodatkowe.

Zamawiający, wskazując, iż wykonawcą zamówienia podstawowego była zarówno firma X, jak i Y sp. z o.o., a więc udzielenie zamówienia jednej z tych firm lub konsorcjum tych firm jest udzieleniem zamówienia dotychczasowego wykonawcy, pomija regulację ustawy Pzp w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy o wykonawcy. Poszczególni wykonawcy wchodzący w skład wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (najczęściej występujących jako konsorcjum) nie mają statusu samodzielnego wykonawcy w rozumieniu ustawy Pzp – funkcjonują oni jako byt łączny, ubiegając się wspólnie o udzielenie zamówienia, a następnie będąc łącznie stroną umowy z zamawiającym. Ustawa Pzp nie pozwala zatem na dopatrywanie się tożsamości podmiotowej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), a pojedynczym wykonawcą (członkiem konsorcjum). Zaakceptowanie takiej argumentacji mogłoby oznaczać, iż zamówienie dodatkowe wykonywałby podmiot, który nie spełniał samodzielnie warunków wykonania zamówienia podstawowego, a tym samym i dodatkowego, jako że przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zakłada tożsamość podmiotową po stronie wykonawcy.

174. Sygn. akt: KIO/KD 87/11, Uchwała KIO z dnia 8 grudnia 2011 r.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że istota zamówienia dodatkowego w robotach budowlanych sprowadza się do tego, że wykraczają one poza zakres zamówienia podstawowego określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności w załączonej do niej dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia. O zamówieniach dodatkowych w świetle art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp będzie można mówić, gdy m.in. wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej do przewidzenia. W przedmiotowej sprawie sam zamawiający zdaje się przeczyć zaistnieniu tej podstawowej przesłanki uprawniającej do udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wskazywał on, iż udzielił zamówienia na roboty dodatkowe, gdyż były one przewidziane w wyjaśnieniach do SIWZ, wzorze umowy oraz na podstawie decyzji Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 22 czerwca 2010 r. Powyższe dyskwalifikuje możliwość udzielenia zamówienia na roboty dodatkowe na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż konieczność udzielenia zamówień dodatkowych była znana zamawiającemu już na etapie prowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, co sam zamawiający przyznał. Dodatkowo wskazano, iż przystosowanie poddasza do celów użytkowych nie było niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego. Izba wskazuje, iż konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi być bezpośrednio związana z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego już realizowanego, jednak nie może ona wynikać z zaniedbań czy niestaranności zamawiającego. Jeśli zamawiający nie przewidział określonych robót budowlanych tylko dlatego, że nie zachował należytej staranności przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia, nie może udzielać zamówień dodatkowych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Przykładowo zamawiający nie może udzielić zamówienia na roboty dodatkowe na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, jeżeli przyczyną wykonania robót dodatkowych będą nieprawidłowości w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, czy np. projektach wykonawczych.

175. Sygn. akt: KIO/KD 88/11, Uchwała KIO z dnia 9 grudnia 2011 r.

Odnosząc się do pierwszej z przesłanek, a mianowicie nieprzewidywalności konieczności wykonania robót dodatkowych stwierdzić należy, iż winny one mieć charakter obiektywny i bezwzględny, a tym samym powinny wynikać z przyczyn niezależnych od Zamawiającego. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego powinna być bowiem następstwem sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy uwzględnieniu zobiektywizowanej kategorii należytej staranności. Udzielenia zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym, w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie może bowiem usprawiedliwiać niestaranność planowania i przygotowania całego procesu inwestycyjnego. Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający już na etapie wszczynania postępowania na „Budowę Szpitala Powiatowego w R.” miał świadomość, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie obejmuje wszystkich robót koniecznych do wykonania zamówienia. Powiat R., przejmując inwestycje i prowadząc ostatni etap postępowania przetargowego na jej realizację, posiadał wiedzę na temat przebiegu dotychczasowego procesu inwestycyjnego, w tym o niekompletności dokumentacji projektowej i kosztorysowej (...).

Okolicznością taką [uzasadniającą zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – przyp. red.] nie jest również przedłużający się w czasie okres realizacji inwestycji, jak i to, że środki przeznaczone na tę inwestycję były środkami pochodzącymi ze Skarbu Państwa i to właśnie od tych dotacji cały proces inwestycyjny był uzależniony. Przesłanki takiej ustawa bowiem nie przewiduje.

Odnosząc się do kolejnej z przesłanek ustawowych zastosowania zamówienia z wolnej ręki, tj. okoliczności, iż wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego stwierdzić należy, że określone roboty aby mogły być uznane za roboty dodatkowe nie mogą być objęte przedmiotem pierwotnej umowy o zamówienie publiczne. Roboty dodatkowe stanowią bowiem nowe zamówienie. W niniejszym stanie faktycznym są to roboty, które – co konsekwentnie podkreślał Zamawiający – nie zostały ujęte w dokumentacji wykonawczej. Natomiast konieczność ich wykonania była niewątpliwie wynikiem zarówno zmiany potrzeb Zamawiającego powstałych na etapie realizacji przedmiotowej inwestycji, jak i zmiany obowiązujących przepisów, w konsekwencji powodując, iż zakres przedmiotowy realizowanej inwestycji faktycznie uległ zmianie. Niemniej jednak spełnienie przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki ma miejsce wtedy, gdy wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. A tej okoliczności Zamawiający nie wykazał, ograniczając się jedynie do ogólnikowych twierdzeń („zakres obu zamówień wzajemnie się uzupełniał”). Okoliczność, iż wykonanie robót dodatkowych determinowało odbiór, jak i przekazanie całej inwestycji nie oznacza jednocześnie, że udzielenie zamówienia na roboty dodatkowe mogło być dokonane tylko i wyłącznie w trybie niekonkurencyjnym, a więc w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający nie wykazał bowiem, że oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego było niemożliwe. Zamawiający zastosowanie tego trybu uzasadniał przyczynami technicznymi i gospodarczymi w postaci utrudnienia odbiorów robót, a więc nie brakiem możliwości ich dokonania, ale co najwyżej utrudnieniem organizacyjnym. Można więc było dokonać odbiorów częściowych, a dopiero następnie odbioru całego obiektu. Podnosił także utrudnienie dochodzenia roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Wskazał zatem na przyczyny o charakterze organizacyjnym i gospodarczym, które nie stanowią przesłanek przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp. Nie wykazał natomiast, że określone roboty musiały być wykonywane jednocześnie z robotami podstawowymi. Tymczasem zamówienie dodatkowe musi być niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego.

176. Sygn. akt: KIO/KD 89/11, Uchwała KIO z dnia 9 grudnia 2011 r.

Uzasadnienie faktyczne i prawne, które Zamawiający podał w protokole postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ogóle nie odnosi się do przywołanych przesłanek, o których stanowi art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp, wskazanych przez Zamawiającego

jako formalnoprawna podstawa udzielenia zamówienia dodatkowego w trybie zamówienia z wolnej ręki. (...) Z okoliczności faktycznych w tym uzasadnieniu Zamawiający przytoczył tylko takie okoliczności, iż:

- oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego byłoby niekorzystne dla Zamawiającego,
- utrudniłoby to odbiory robót oraz rozszczenia z tytułu gwarancji i rękojmi,
- mogłoby to zagrażać jakości wykonywanych robót,
- mogłoby spowodować wstrzymanie prac na obiekcie diagnostyczno-lózkowym do czasu wyłonienia nowego wykonawcy co byłoby niekorzystne dla Zamawiającego.

Powyższe, wskazane przez Zamawiającego w protokole postępowania okoliczności, w żadnej mierze nie stanowią wypełnienia dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp. Są to okoliczności, które wskazywać mogą co najwyżej na wygodę i ułatwienie w procedurze zlecenia określonych prac do wykonania na wskazanej inwestycji nie stanowią natomiast wiarygodnego i adekwatnego odniesienia do przywołanych regulacji prawnych. Wskazywanie na pewnego rodzaju jedynie możliwość utrudnień przy odbiorze robót i ewentualnych rozszczeniach, pewnego rodzaju niezidentyfikowane zagrożenie dla jakości zleczanych robót budowlanych, czy też ewentualne przedłużenie realizacji inwestycji z powodu konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnego wyboru wykonawcy do realizacji określonych, prac nie mogą stanowić wystarczającego i samoistnego uzasadnienia do zlecenia wykonania robót budowlanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp.

177. Sygn. akt: KIO/KD 21/12, Uchwała KIO z dnia 23 lutego 2012 r.

Należy bowiem podkreślić, że roboty dodatkowe dotyczą nie sytuacji, która z różnych powodów nie została przewidziana przez zamawiającego (czy projektanta – tu ustawa nie rozróżnia) chociaż mogła lub powinna być przewidziana, lecz sytuacji nieprzewidywalnej – niemożliwej do przewidzenia, jak określa jasno ustawa.

Zamawiający jednak w ogóle nie starał się wykazać należytej staranności swoich działań na etapie projektowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego, ograniczając się jedynie do stwierdzenia o powierzeniu wykonania projektu pracowni projektowej.

Zrozumiałe jest, że zamawiający nie ma i nie musi mieć odpowiedniej wiedzy zawodowej ani uprawnień zawodowych, dlatego wykonanie projektu zlecane jest projektantowi, na którego profesjonalnych umiejętnościach, doświadczeniu i rzetelności zamawiający musi polegać. Należy się jednak zgodzić z twierdzeniem Prezesa UZP, że na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, niezależnie od swojej winy, to zamawiający (na zasadzie ryzyka) ponosi odpowiedzialność za poprawność projektu – a w niniejszym przypadku – za konieczność zlecenia innych prac niż zaprojektowane i wyboru trybu zamówienia. Z tego powodu konieczne jest – tak jak i w przypadku robót budowlanych – zawarcie odpowiedniej umowy z projektantem, która będzie określała jego obowiązki stosowne do podwyższonej trudności wykonania projektu, np. zlecenie dodatkowych badań lub ekspertyz budynku albo jego elementów, zwłaszcza jeśli jest to budynek blisko stuletni i nieposiadający dokumentacji projektowej.

178. Sygn. akt: KIO/KD 38/12, Uchwała KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r.

O ile zamawiający udzielając zamówienia spełnił przesłanki udzielenia go dotychczasowemu wykonawcy robót oraz nieprzekroczenia wartości procentowej określonej w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a także wykazał, że roboty nie były objęte zamówieniem podstawowym, o tyle nie sposób zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego, że przewidzenie konieczności wykonania zamówienia było niemożliwe na etapie przeprowadzania postępowania podstawowego, a także, że wykonanie zamówienia podstawowego uzależnione jest od wykonania zamówienia dodatkowego.

Zgodzić się należy z konkluzją organu kontroli, iż Zamawiający przy wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki nie wykazał, aby wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Pierwotnie przewidziany zakres zamówienia zakładał ręczny sposób nawadniania boiska, a zmiana tegoż sposobu na automatyczny nie spowodowana została okolicznościami, których nie można było przewidzieć, choćby na etapie projektowania obiektu, ale została spowodowana dążeniem zamawiającego do polepszenia warunków użytkowania oraz pielęgnacji płyty boiska. Obiekt mógłby zostać wykonany i funkcjonować z pierwotnie przewidzianym systemem ręcznego nawadniania. Zamówienie podstawowe mogło zostać ukończone również w przypadku niewykonania zamówienia dodatkowego.

Nie podzielono również twierdzeń zamawiającego, że sytuacji konieczności wykonania zamówienia dodatkowego nie można było wcześniej przewidzieć. Założenie takie winno być poczynione przez zamawiającego już na etapie zlecenia prac projektowych. Zamawiający nie wykazywał, iż zamawiając projekt zalecał wybór konkretnego systemu nawadniania, czy też miał w tej kwestii jakieś preferencje. Z argumentacji Kontrolowanego wyprowadzić można raczej wniosek, iż wybór systemu pozostawiono w gestii projektanta. To zaś na zamawiającym, jako na podmiocie odpowiedzialnym za prawidłowy opis przedmiotu zamówienia, przy zleceniu projektantowi wykonania dokumentacji projektowej spoczywa obowiązek określenia zakresu prac projektowych. Jak wynika z dokumentacji postępowania na zamówienie podstawowe, w zakres dokumentacji projektowej nie wchodziły kwestie związane z nawodnieniem nawierzchni trawiastej boiska. Trudno zatem zgodzić się z argumentacją zamawiającego, iż ręczny sposób nawodnienia boiska piłkarskiego został przyjęty przez projektanta. Nie podważając celu dokonania zmiany systemu nawadniania warto podkreślić, iż konieczność jej zmiany wynikała na skutek zmiany pierwotnej decyzji samego zamawiającego. Wobec powyższego nie można uznać, że konieczności wykonania zamówienia dodatkowego nie można było przewidzieć. Tym samym za słuszną należało uznać tezę Kontrolującego o naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

179. Sygn. akt: KIO/KD 68/12, Uchwała KIO z dnia 3 sierpnia 2012 r.

Należy przypomnieć, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy pzp zezwala zamawiającemu na udzielenie zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Istotna jest pierwotna nieprzewidywalność konieczności wykonania robót dodatkowych i niezbędność ich wykonania, by zamówienie podstawowe mogło być wykonane. Oznacza to przesłanki o charakterze obiektywnym, tj. nieprzewidywalność i przedmiotowym rozumianym jako ścisły związek określony jako uzależnienie zamówienia podstawowego od zamówienia dodatkowego. Inne okoliczności faktyczne wskazane przez zamawiającego, jakie miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu, nie mają zatem znaczenia dla oceny legalności zastosowania trybu z wolnej ręki. Uwaga ta dotyczy w szczególności zamiaru podniesienia walorów użytkowych obiektu w wyniku uwag przyszłego użytkownika Sali podniesionych w toku realizacji zamówienia podstawowego. W tym miejscu należy stwierdzić, iż konieczność wykonania takich robót, a nieobjętych zamówieniem podstawowym była możliwa do przewidzenia na etapie przygotowywania specyfikacji zamówienia podstawowego. Ponadto zamawiający nie wykazał, iż powierzenie wykonania robót wykonawcy wyłonionemu w trybie przetargu (w dorozumieniu – innemu niż wykonawca podstawowej inwestycji) spowodowałoby utratę praw z tytułu gwarancji i rękojmi wynikających z realizacji zadania podstawowego. W konsekwencji, w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z nowym zamówieniem publicznym, którego udzielenie zgodnie z ustawą powinno być dokonane w postępowaniu konkurencyjnym.

W ocenie Izby Zamawiający decydując udzielenie zamówienia na przedmiotowe roboty wskazał zatem przyczyny o charakterze organizacyjnym i gospodarczym nie stanowiące przesłanek przewidzianych w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b) ustawy Pzp.

180. Sygn. akt: KIO/KD 12/13, Uchwała KIO z dnia 13 lutego 2013 r.

(...) Izba stwierdziła, że nie została wypełniona podstawowa przesłanka ze wskazanego przepisu polegająca na wykazaniu związku faktycznego pomiędzy robotami dodatkowymi, a robotami podstawowymi. Związek ten wyrażony został w jednej z podprzesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako zamówienia dodatkowego niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Powyższa zależność wyrażona została również w innej podprzesłance określonej we wskazanym przepisie w lit. b) jako uzależnienie wykonania zamówienia podstawowego od wykonania zamówienia dodatkowego. Przywołane przesłanki wskazują zatem na konieczność wykazania ścisłego związku pomiędzy zamówieniem dodatkowym a zamówieniem podstawowym. Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie zamówieniem podstawowym udzielonym na podstawie umowy z dnia 9 marca 2009 r. objęte było wykonanie nie całości stadionu piłkarskiego, lecz jego części, tj. budowy trybuny zachodniej, jak również placów, parkingów i dróg dojazdowych. Z tych też względów roboty budowlane zlecane w ramach zamówienia dodatkowego powinny być związane z wykonaniem tego właśnie zakresu prac objętych zamówieniem podstawowym i służyć temu właśnie zamówieniu. Sam Zamawiający w swoim stanowisku wyraźnie wskazał, że w ramach budowy stadionu piłkarskiego (...) udzielał odrębnych zamówień dla wykonania poszczególnych trybun. Tym samym zatem sam Zamawiający zdecydował o określeniu konkretnego zakresu zamówienia podstawowego, przewidując w tym względzie odrębne zamówienia dla poszczególnych trybun. Z tych też względów zlecenie zamówienia dodatkowego powinno się odnosić wartościowo i przedmiotowo do konkretnego zamówienia podstawowego. Przyjęcie odmiennego stanowiska w tym względzie – odnoszenie możliwości zlecenia zamówienia dodatkowego do różnych (kilku) zamówień podstawowych – prowadziłoby do nieuzasadnionych nadużyć w stosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki, nie wynikających z przywołanego art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, także co do maksymalnego progu wartościowego udzielanych zamówień dodatkowych (50% wartości realizowanego zamówienia).

W oparciu o dokumentację odnoszącą się do udzielanego przez Zamawiającego zamówienia dodatkowego (kosztorysy ofertowe), Izba ustaliła, że prace objęte zamówieniem dodatkowym odnosiły się do trybun południowej i północnej (np. odkopanie fos i demontaż schodni), czy też do wszystkich trybun, a nie tylko do trybuny zachodniej (np. roboty w zakresie kanału technologicznego oraz wykonania sieci elektrycznych i niskoprądowych). Okoliczności tej zresztą nie kwestionował sam Zamawiający, wskazując jedynie, że wykonanie robót dodatkowych było niezbędne dla funkcjonowania obiektu stadionowego. Tym samym zatem skoro roboty objęte zamówieniem dodatkowym miały służyć realizacji innego zakresu przedmiotowego robót niż określone w zamówieniu podstawowym, którego dotyczą, nie została wypełniona istotna podprzesłanka ustawowa dla udzielenia zamówienia dodatkowego, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nie wypełnienie choćby jednej z podprzesłanek określonych przywołanym przepisem wskazuje na brak podstaw do udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

181. Sygn. akt: KIO/KD 119/14, Uchwała KIO z dnia 9 stycznia 2015 r.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym nie ziszcila się przesłanka konieczności realizacji zamówienia dodatkowego z uwagi na zaistnienie sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, tj. na etapie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawowego. Słusznie wskazał bowiem Prezes UZP, że z analizy dokumentacji postępowania w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż Zamawiający przed wszczęciem postępowania o udzielenie

zamówienia podstawowego dysponował wiedzą, że konieczne jest wykonanie odcinka kanalizacji objętego zamówieniem dodatkowym, ponieważ istniejący kanał deszczowy znajduje się w złym stanie technicznym i nie spełnia wymogów ochrony środowiska. O powyższym świadczy fakt, iż w dniu 19.10.2011 r., tj. na 18 miesięcy przed datą wszczęcia postępowania w trybie podstawowym, została zawarta umowa na opracowanie projektu odcinka kanalizacji będącego przedmiotem zamówienia dodatkowego. Zatem Zamawiający posiadał nie tylko wiedzę o złym stanie technicznym kanalizacji, ale także podjął działania zmierzające do wykonania zamówienia zanim wszczął postępowanie w trybie podstawowym. (...)

Słusznie wskazał również Prezes UZP, że udział w projekcie współfinansowanym ze środków Unii Europejskiej i ryzyko upływu terminu realizacji projektu nie może być traktowane jako sytuacja niemożliwa wcześniej do przewidzenia. Zamawiający bowiem sam zainicjował ubieganie się o dofinansowanie projektu i określił warunki jego realizacji, a decyzja o przyznaniu dofinansowania była znana Zamawiającemu co najmniej od czerwca 2011 r. Zatem Zamawiający miał wiedzę w zakresie terminów wynikających z umowy o dofinansowanie Projektu pn.: „Odnowa zabytkowych obiektów przestrzeni publicznej w S., poprawa funkcjonalności i dostępności infrastruktury kulturalnej i turystycznej dla mieszkańców M.” Należy także wskazać, iż Starosta S. w dniu 28.06.2013 r. wydał decyzję (nr 116.13) zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwoleń na wykonanie robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia dodatkowego. Zatem, gdyby Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na przedmiotowe zadanie w lipcu 2013 r. (tj. po otrzymaniu decyzji zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę), umowę w sprawie zamówienia mógłby podpisać nawet już w sierpniu 2013 r., biorąc pod uwagę przeciętny czas trwania przetargu nieograniczonego. Ponadto, gdyby Zamawiający wszczął przetarg nieograniczony nawet w dacie wszczęcia postępowania z wolnej ręki, tj. w listopadzie 2013 r., byłby w stanie udzielić zamówienia bez szkody dla terminu realizacji projektu (30.09.2014 r.).

Art. 67 ust. 1 pkt 6

182. Sygn. akt: KIO/KD 77/11, Uchwała KIO z dnia 13 października 2011 r.

Izba, biorąc pod uwagę uzasadnienie faktyczne i prawne przedstawione przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (ogłoszenie o udzieleniu zamówienia oraz wyjaśnienia udzielane Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych), jak również treść złożonych przez Zamawiającego zastrzeżeń do wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie brak było podstaw do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp do udzielenia zamówienia publicznego na wykonanie systemu biletowego oraz systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych. (...)

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, który stwierdził, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym na dzień wszczęcia zamówienia podstawowego, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w szczególności nie wykazał, że zamówienie uzupełniające polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia, co zamówienie podstawowe. Izba stwierdziła, że wykonanie systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych oraz systemu biletowego nie jest rodzajowo tożsame z robotami budowlanymi polegającymi na budowie stadionu piłkarskiego. Okoliczność, iż w ramach budowy nowoczesnego obiektu sportowego wykonaniu podlegają instalacje teletechniczne, takie jak system automatyki BMS, dźwiękowy system ostrzegawczy DSO czy system sygnalizacji pożaru SSP, nie prowadzi w prosty sposób do wniosku, że każdy system tworzony dla danego obiektu będzie mógł stanowić zamówienie uzupełniające. Fakt, iż zarówno w ramach zamówienia uzupełniającego, jak i częściowo w ramach zamówienia podstawowego, tok prac polegał na dostawie i instalacji komputerów i oprogramowania, wykonaniu okablowania oraz

instalacji i konfiguracji elementów peryferyjnych odczytujących i sygnalizujących, nie stanowi o zbieżności obu ww. zamówień. Wskazać bowiem należy, że instalacje teletechniczne wykonane w ramach zamówienia podstawowego stanowiły jedynie jeden z wielu elementów składających się na zamówienie, którego zasadnicza część polegała na robotach mających na celu budowę stadionu piłkarskiego, co zasadniczo różni się od wykonania systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych oraz systemu biletowego. Izba w pełni zgodziła się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, że uznając wykonanie systemu wsparcia sprzedaży z obsługą płatności bezgotówkowych oraz systemu biletowego za powtórzenie zamówienia podstawowego w postaci budowy stadionu tylko z uwagi na wykonywane w ramach tego postępowania instalacje teletechniczne, każda inwestycja o szerokim zakresie prac umożliwiłaby w praktyce wykonanie dowolnego zamówienia uzupełniającego, które nawiązywałoby charakterem wykonywanych czynności do fragmentu zamówienia podstawowego.

183. Sygn. akt: KIO/KD 10/12, Uchwała KIO z dnia 26 stycznia 2012 r.

Zdaniem Prezesa Urzędu zakres świadczeń przewidziany w obu ww. postępowaniach posiada charakter zasadniczo odmienny. Głównym elementem zamówienia uzupełniającego było wykonanie ogrodzenia nieprzewidzianego w zakresie prac zadania podstawowego. Jedynie część zamówienia uzupełniającego o wartości zaledwie ok. 11% całego zamówienia, tj. budowę chodnika można byłoby uznać za pracę tożsamą z zamówieniem podstawowym. W związku z powyższym Prezes UZP stwierdził, że przedmiotowe zamówienie jest rodzajowo odmienne od robót przewidzianych w siwz zamówienia podstawowego i nie może być traktowane jako zamówienie uzupełniające. (...)

Izba uznała, że zakres prac którymi zostało objęte zamówienie uzupełniające pn. „Budowa chodnika i ogrodzenia przy Zespole Szkół w L.” nie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień jakie zawarto w zamówieniu podstawowym, polegającym na modernizacji drogi gminnej w m. L. ul. (...) gm. L. oraz budowie ciągu pieszego przy Zespole Szkół w L. Nie budzącym wątpliwości jest, że lwią część zamówienia uzupełniającego stanowiło wykonanie prac związanych z budową ogrodzenia przy Zespole Szkół w L., które to nie zostały nieprzewidziane w zakresie prac zadania podstawowego. Dysproporcja pomiędzy zakresami prac, które można byłoby uznać za tożsame z zamówieniem podstawowym jest ogromna, bowiem w ramach zamówienia uzupełniającego jedynie budowę chodnika – stanowiącą ok. 11% całego zamówienia – można uznać za pracę tożsamą z zamówieniem podstawowym.

184. Sygn. akt: KIO/KD 14/14, Uchwała KIO z dnia 12 marca 2014 r.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający może wskazać zamiar udzielenia zamówień uzupełniających w rubryce przeznaczonej na podanie liczby lub zakresu możliwych wznowień (Sekcja II pkt 2) albo w rubryce wskazującej informacje dodatkowe (Sekcja VI pkt 3).

Tym samym, nawet jeśli zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego, zamieścił na swojej stronie internetowej i w swojej siedzibie ogłoszenie o zamówieniu przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Informacja o wyniku kontroli nie stwierdza tego wprost), to nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 41 pkt 15 Pzp nakazującego podanie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o zamiarze udzielenia zamówień uzupełniających. Brak zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu jednoznacznej informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających uniemożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp i uzasadnia konieczność zastosowania jednego z trybów podstawowych (art. 10 ust. 1 Pzp), o ile nie zaistnieją przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie innym, niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony (art. 10 ust. 2 Pzp).

185. Sygn. akt: KIO/KD 25/14, Uchwała KIO z dnia 1 kwietnia 2014 r.

W dniu 26 września 2013 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, obejmujące „Przebudowę Klubu Studenckiego X w siedzibie Uniwersytetu przy ulicy (...) w W.,” które równocześnie uznał za zamówienie uzupełniające do zamówienia podstawowego na „Budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu (...) przy ul. (...) w B.” (...)

Z przytaczanych wyżej postanowień art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 4 lit. b dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielenia zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi jednoznacznie wynika, że obydwa akty prawne odwołują się do pojęcia zgodności zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego (inaczej mówiąc zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia). W praktyce nie są odosobnione przypadki, że planowane przedsięwzięcia budowlane (objęte szerszymi projektami) wykonuje się etapowo w ramach kolejnych zadań inwestycyjnych, których termin realizacji może być uzależniony od pozyskania środków finansowych. W takiej sytuacji, gdy opis zamówienia podstawowego stwierdza, że jest ono realizowane w ramach oznaczonego projektu, nie zachodziłyby żadne przeszkody, aby udzielić z wolnej ręki zamówienia uzupełniającego wykonawcy zamówienia podstawowego, ale z ograniczeniem do wartości nie większej niż łącznie 50% wartości zamówienia podstawowego.

W rozpatrywanym przypadku zamówienie podstawowe na budowę budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu (...) przy ul. (...) w B., stanowiło samodzielny przedmiot zamówienia. W każdym razie Zamawiający nie wykazał, iżby inwestycja ta wchodziła w zakres szerszego projektu.

Rzeczą oczywistą jest, że każda instytucja zamawiająca, a w szczególności z sektora finansów publicznych prowadzi działalność w oparciu w własne plany rzeczowo-finansowe, czy uchwały budżetowe, obejmując nimi zamierzenia inwestycyjne zgodne z działalnością statutową danej jednostki. Nie jest to jednak żaden wyróżnik, który zezwalałby na objęcie dowolnej roboty budowlanej, ujętej w planie finansowym Zamawiającego, umową z wolnej ręki z dotychczasowym wykonawcą każdego jednego zamówienia publicznego w zakresie robót budowlanych, które zostało udzielone przez danego Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Taka interpretacja przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jakiej domaga się Zamawiający, prowadziłaby do wypaczenia celu udzielania zamówień uzupełniających i istotnego ograniczenia konkurencyjności postępowań przetargowych na zamówienia publiczne. Planów rzeczowo-finansowych nie można utożsamiać z podstawowymi projektami robót budowlanych.

Skoro zamawiający nie podał żadnego tożsamego projektu, zgodnie z którym było realizowane zamówienie podstawowe i „uzupełniające” – zasadnie Prezes Urzędu odniósł się do opisu przedmiotu zamówienia podstawowego, którym były obiekty budowlane: budynku dydaktycznego i garażu wolnostojącego dwustanowiskowego Wydziału Instrumentalno-Pedagogicznego Uniwersytetu (...) przy (...) w B. Cechą obiektów budowlanych pozostaje, że są one ściśle zlokalizowane na oznaczonych działkach w oparciu o decyzje administracyjne o warunkach zabudowy i pozwolenia na budowę zatwierdzającego opracowaną na zlecenie Zamawiającego dokumentację projektową. Z punktu widzenia ustawowych przesłanek dopuszczalności zastosowania trybu z wolnej ręki dla zamówień uzupełniających irrelevantne pozostaje, że Zamawiający uznał, iż wykonawca inwestycji w B. wykazał się najwyższą starannością, zatem chciał kontynuowania współpracy z solidnym kontrahentem. Trafna więc była argumentacja Prezesa Urzędu, że przesłanka ta nie odnosi się do dyspozycji powołanego przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i nie może być podstawą wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki.

Art. 70**186. Sygn. akt: KIO/KD 46/09, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2009 r.**

W odniesieniu do naruszenia polegającego na zastosowaniu trybu zapytania o cenę, w pierwszej kolejności należało ustalić przedmiot zamówienia, aby określić, czy usługa stanowiąca przedmiot zamówienia, wypełnia przesłankę z art. 70 ustawy Pzp – powszechnej dostępności oraz ustalonych standardów jakościowych. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia do zadań wykonawcy należało uzyskanie odpowiedniej dokumentacji (podkładów geodezyjnych, wyników badań geotechnicznych i geologicznych), opracowanie raportu oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko (jeżeli zajdzie taka potrzeba), przygotowanie dokumentacji projektowej w zakresie wskazanym przez zamawiającego, a także uzyskanie decyzji (pozwolenia na budowę) i prowadzenie nadzoru autorskiego podczas wykonywania robót budowlanych na podstawie opracowanego projektu. Zgodnie z uwagą zamieszczoną w pkt III, lit. B, przepisy Prawa budowlanego [ustawa z dnia 7.07.1994 r. (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) – *przyp. red.*] oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (...) [specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.) – *przyp. red.*], miały zastosowanie jedynie do zadań związanych ze sporządzeniem dokumentacji projektowej. Nie dotyczyły zatem pozostałych zadań, w tym na przykład opracowania raportu oddziaływania na środowisko, czy też prowadzenia nadzoru autorskiego.

Jako usługi powszechnie dostępne należy rozumieć usługi, ogólnie dostępne. Stopień dostępu do danych usług uzależniony jest przede wszystkim od ich charakteru oraz popytu na dany rodzaj usług. W ocenie KIO, przedmiotowa usługa z uwagi na jej złożoność, wynikającą tak z konieczności opracowania samej dokumentacji projektowej, ale także z prowadzenia nadzoru autorskiego, nie może być oceniana wyłącznie przez pryzmat dostępu do projektantów posiadających stosowne uprawnienia, jak uczynił to zamawiający. Przesłankę zastosowania trybu zapytania o cenę, określona w art. 70 ustawy Pzp, należy czytać łącznie, tj. nie tylko odnosząc się do dostępu do danej dostawy, czy usługi, ale także przez pryzmat istnienia ustalonych standardów jakościowych.

Za niewystarczającą, KIO uznała również argumentację zamawiającego dotyczącą stwierdzenia, że usługa posiada ustalone standardy. Wskazywane regulacje normatywne nie dotyczą całości przedmiotu świadczenia, a dodatkowo wątpliwe jest twierdzenie, iż wyznaczają one standardy jakościowe. Zakres i forma dokumentacji projektowej to jedynie wyznaczony przepisami, wymagany sposób jej przygotowania, a efekt końcowy zawsze pozostaje niewiadomą. Dopiero w momencie uzyskania pozwolenia na budowę, można stwierdzić, czy przygotowana dokumentacja jest zgodna z przepisami. Tryb zapytania o cenę dotyczy wyłącznie takich usług, co do których istnieje pewność uzyskania oczekiwanego efektu, który jest ogólnie przyjętym standardem. Ponadto, należy zauważyć, iż przygotowanie dokumentacji projektowej jest etapem poprzedzającym wykonanie roboty budowlanej, co do której ustawodawca wyłączył zastosowanie trybu zapytania o cenę. Również prowadzenie nadzoru autorskiego dotyczy sprawowania funkcji w trakcie realizacji inwestycji, a zatem jest powiązane z procesem budowlanym. Błędy na etapie projektowania będą skutkować późniejszymi problemami na etapie realizacji budowy, czy też jej eksploatacji. Stąd, w ocenie KIO, nadużyciem jest przyjęcie możliwości zapewnienia odpowiedniej jakości projektów, tylko w oparciu o regulacje ustawową.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż w odniesieniu do przedmiotowego zakresu zamówienia, Zamawiający naruszył art. 70 ustawy Pzp, poprzez zastosowanie trybu zapytania o cenę.

187. Sygn. akt: KIO/KD 49/11, Uchwała KIO z dnia 15 czerwca 2011 r.

W świetle przepisu art. 70 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne

o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji legalnej pojęcia „dostawa lub usługa powszechnie dostępna o ustalonych standardach jakościowych.” Powyższe powoduje, iż konieczne jest dokonanie interpretacji tego pojęcia, a w konsekwencji odwołanie się do wykładni językowej. Biorąc pod uwagę, iż termin „powszechny” wg Słownika języka polskiego (Wydawnictwo PWN, wersja on-line) oznacza częsty, znajdujący się w wielkiej ilości, zaś „dostępny” to nietrudny do zdobycia, przyjęć należy, iż usługi „powszechnie dostępne” to takie, które są przez rynek często oferowane, a więc duża jest ich podaż, a przez to nietrudne są do zdobycia. Zakres tego pojęcia ulega jeszcze zawężeniu przez dookreślenie przez ustawodawcę, że chodzi o usługi, które dodatkowo mają ustalone standardy jakościowe. Zatem, do tej kategorii możemy zaliczyć jedynie usługi, które poprzez swoją powszechność znane są przeciętnemu nabywcy, a przez tę szeroką dostępność ukształtowany jest przez rynek ich standard, który dla przeciętnego klienta jest łatwy do zdefiniowania. Skoro przeciętny nabywca zna określoną usługę, wie co jest jej przedmiotem i jakie są jej standardy jakościowe, usługi te są powszechnie oferowane to oznacza to, iż popyt na nie jest również wysoki (służą bowiem zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb), a tym samym świadczy to o nieskomplikowanym charakterze tych usług. W ocenie Izby, do takich usług przykładowo można zaliczyć usługi sprzątania, usługi wulkanizacyjne itp.

W niniejszej sprawie do omawianej kategorii usług Zamawiający zakwalifikował usługi nadzoru inwestorskiego, co w ocenie Izby, nie jest prawidłowe. W świetle przytoczonych wyżej rozważań nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż usługa nadzoru inwestorskiego jest typową usługą oferowaną na rynku, której nabywcą jest przeciętny klient, znajdujący się w kręgu podmiotów zainteresowanych jej nabyciem. Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach nie podniósł żadnych okoliczności, które mogłyby być podstawą do przychylenia się do prezentowanego przez niego stanowiska. (...)

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zamknięty krąg osób mogących pełnić funkcję inspektora nadzoru powoduje, iż dostępność tych usług nie jest powszechna, a tym samym nie jest tak, że przeciętny klient posiada na nie zapotrzebowanie. Zaś konieczność posiadania uprawnień do pełnienia funkcji inspektora nadzoru świadczy o tym, że usługi te nie są typowe, nieskomplikowane. Tym samym nie sposób mówić, iż mogą być oferowane przez przeciętnego obywatela. O powyższym świadczy również sama treść § 4 umowy o pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego z dnia 27.10.2009 r. Błędnie Zamawiający przyjmuje, iż oddzielnie należy interpretować pojęcia „powszechnie dostępne” i „ustalone standardy jakościowe”. Powyższe prowadzi do fałszywych wniosków, bowiem zakres pojęcia „usługa powszechnie dostępna” jest szerszy od zakresu pojęcia „usługa powszechnie dostępna o ustalonych standardach jakościowych.” Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż standardy jakościowe dla usługi inspektora nadzoru budowlanego są określone w ustawie Prawo budowlane [ustawa z 7.07.1994 r. (Dz. t.j. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) – przyp. red.]. Przepisy te regulują przedmiot omawianej usługi oraz ustanawiają wymagania w zakresie kwalifikacji osób tę funkcję pełniących. Zaś, standardy zawodowe ustalone przez samorząd inżynierów budownictwa nie mogą być taktowane jako powszechnie znane, bowiem wiedza ta mogłaby wynikać z powszechnej dostępności tych usług, zaś brak wiedzy w tym zakresie przez przeciętnego uczestnika rynku świadczy o braku powszechnej dostępności tych usług.

188. Sygn. akt: KIO/KD 75/11, Uchwała KIO z dnia 5 października 2011 r.

W odniesieniu do trybu zapytania o cenę Izba stwierdza, iż podziela wykładnię art. 70 ustawy Pzp przedstawioną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Niewątpliwie skorzystanie z tego przepisu wymaga, aby spełnione były obie wymienione w nim i interpretowane ściśle przesłanki, tj. przedmiotem zamówienia mogą być tylko dostawy lub usługi powszechnie dostępne na rynku o znormalizowanych standardach, których wartość jest mniejsza – w zależności od

kategorię zamawiającego udzielającego zamówienia – od kwot, o których jest mowa w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Z uwagi na pozaprzetargowy charakter zapytania o cenę, przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły, a wszelkie wątpliwości co do zasadności udzielania zamówienia w tym trybie powinny przemawiać za zastosowaniem procedury otwartej, tj. przetargiem nieograniczonym, bądź ograniczonym. Opierając się na wykładni językowej, pojęcie „powszechnie dostępny” należy rozumieć jako „dotyczący wszystkich, wszystkiego”, pospolity, popularny. „Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym. Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach zalicza się, m. in. usługi sprzątnięcia pomieszczeń, mycia szyb, prania, usługi żywienia, proste usługi poligraficzne itp.” (GKO sygn. akt: RKO-0022/w-11-7/2010. BDF1/4900//44/50/10/1227 28 czerwca 2010 r.). Natomiast „ustalone standardy jakościowe” to znormalizowane cechy dostaw lub usług, spełniające przeciętne wymagania stawiane dla danego asortymentu (grupy towarowej), dzięki którym nie jest wymagane indywidualne podejście do ich wykonania. Tryb ten nie może być zatem stosowany do zamawiania dostaw lub usług nietypowych, wymagających szczególnych kwalifikacji bądź wyjątkowego zastosowania.

Zamawiający uzasadniał spełnienie przesłanek powszechności usług, które były przedmiotem zamówienia, wskazując na wielość podmiotów na rynku, które mogą świadczyć tego typu usługi. Podkreślał, iż dokonał szczegółowego rozpoznania rynku w zakresie usług polegających na opracowaniu studium wykonalności, programu funkcjonalno-użytkowego, oceny oddziaływania na środowisko, przygotowania SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wg wzorców FIDIC oraz zgodnie z wymaganiami Instytucji Wdrażającej na wybór Inżyniera Kontraktu i w sposób jednoznaczny stwierdził, iż na rynku polskim (nie mówiąc o europejskim) zostało wykonanych kilka, jeśli nie kilkanaście tysięcy dokumentacji z wyżej wymienionego zakresu. Również podmiotów na rynku polskim mogących dostarczyć tego typu opracowania jest co najmniej kilkaset (nie wspominają o wspólnym rynku UE). Tym samym w ocenie zamawiającego w świetle przytoczonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wykładni językowej pojęcia „powszechnie dostępny” przesłanka została spełniona, ponieważ zarówno ilość produktów dostępnych, jak i ilość podmiotów mogących dostarczyć tego typu usługę, jest pospolita i popularna zarówno na rynku polskim, jak i na rynku europejskim.

Izba zauważa, iż zamawiający ograniczył się do ogólnikowego stwierdzenia o dokonaniu rozeznania rynku w zakresie usług polegających na opracowaniu studium wykonalności, programu funkcjonalno-użytkowego, oceny oddziaływania na środowisko, przygotowania SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wg wzorców FIDIC oraz zgodnie z wymaganiami Instytucji Wdrażającej na wybór Inżyniera Kontraktu, jednak nie przedstawił szczegółów analizy rynku w porównaniu z ilością podmiotów, które powyższe usługi mogą świadczyć. Zamawiający ani nie udowodnił, iż istotnie na rynku występuje wiele podmiotów świadczących takie usługi, jak objęte przedmiotem zamówienia, a nadto nie wykazał, jak przekłada się ilość podmiotów świadczących takie usługi na rzeczywistą możliwość pozyskania zamówienia, choćby w skali własnej gminy, powiatu, czy województwa. Nie odniósł się choćby do okoliczności, iż spośród 5 zaproszonych wykonawców jedynie 2 złożyło oferty. Jego twierdzenia o masowym charakterze tych usług pozostały zatem gołosłowne. Tymczasem to na zamawiającym wnoszącym zastrzeżenia do wyniku kontroli ciążył obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń, czego jednak w wystarczającym stopniu nie wykazał. Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż także rozbudowany sposób opisu przedmiotu zamówienia obejmujący kategorie usług wymagające wiedzy eksperckiej, a także warunki udziału w postępowaniu wskazujące na konieczność wylegitymowania się określonym doświadczeniem oraz dysponowania personelem o wyspecyfikowanych uprawnieniach i doświadczeniu potwierdza, iż usług objętych przedmiotem zamówienia nie sposób uznać za powszechnie dostępne. Usług tych nie mógł bowiem wykonać każdy podmiot prowadzący działalność na rynku, a jedynie podmioty dysponujące doświadczeniem w wykonaniu usług dla ograniczonego kręgu odbiorców z uwagi na przedmiot

opracowań dotyczący sieci wodociągowej i kanalizacyjnej o min. długości 25 km. Usługi te nie mogły być zatem wykonane przez dowolny podmiot z uwagi na wymagane uprawnienia oraz doświadczenie. Tym samym już sposób ukształtowania warunków wykonania zamówienia eliminował możliwość, aby wszystkie podmioty świadczące usługi objęte przedmiotem zamówienia mogły złożyć ofertę. Nie było to możliwe dla podmiotów, które nie dysponowały doświadczeniem, na które powołano się w treści SIWZ czy też personelem o wskazanych w SIWZ umiejętnościach, kwalifikacjach i rozległym doświadczeniu zawodowym.

W zakresie wykazania drugiej z przesłanek określonych w art. 70 ustawy Pzp, tj. ustalonych standardów świadczenia zamawianych usług, w ocenie Izby, również zamawiający zaistnienia tej przesłanki nie udowodnił. Zamawiający podnosił, iż wszystkie elementy zamówienia są usługami znormalizowanymi, standardowymi i nie wymagały indywidualnego podejścia. Zarówno studium wykonalności, program funkcjonalno-użytkowy, ocena oddziaływania na środowisko, SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu wg wzorców FIDIC oraz zgodnie z wymaganiami Instytucji Wdrażającej zostały wykonane wg wytycznych Ministerstwa Rozwoju Regionalnego oraz obowiązujących przepisów prawa m.in. ustawy Pzp, a nie indywidualnych wymagań. Wskazywał także, iż prostota wykonania nie jest elementem charakteru dostawy czy usługi uzasadniającym zastosowanie trybu zapytania o cenę. Izba nie podziela powyższego poglądu. Niewątpliwie przepisy prawa, Wytyczne Ministerstwa Rozwoju Regionalnego czy FIDIC wyznaczają ogólne ramy dla wykonywanego zamówienia. W ocenie Izby wskazują one na elementy, które w zakresie wykonywanego zamówienia należy uwzględnić, jednak wątpliwym jest, aby utożsamiać je ze standardami jakościowymi. Okoliczność, że np. projekt funkcjonalno-użytkowy zostanie wykonany z uwzględnieniem stosownych regulacji prawnych nie oznacza jeszcze, iż charakteryzować się będzie spełnieniem określonych norm jakościowych. Weryfikacja jakości projektu dokonuje się bowiem nie tylko poprzez porównanie jego zgodności z wymaganiami prawnymi, ale i na etapie późniejszym, realizacyjnym. Szczegóły i konkretny zakres realizacji ma źródło w treści umowy zawieranej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Regulacje umowne wynikają natomiast z charakteru inwestycji i bez wątpienia muszą uwzględniać konkretny stan faktyczny i specyficzne warunki, w jakich ma być wykonywana inwestycja. Nie sposób zatem uznać, iż nie wymagają one indywidualnego podejścia.

189. Sygn. akt: KIO/KD 104/11, Uchwała KIO z dnia 3 stycznia 2012 r.

Izba podziela stanowisko organu kontrolującego, że w świetle wykładni językowej, ustawowe pojęcie powszechnie dostępny należy rozumieć jako – dotyczący wszystkich, wszystkiego, pospolity, masowy, seryjny, popularny. Podobnie, pod pojęciem ustalone standardy jakościowe należy rozumieć: typy lub gatunki (dostaw/usług) dokładnie określone, znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, standardowym, a nie specyficznym wymaganiom (normom), nie wymagające indywidualnego podejścia. Przez powszechną dostępność dostaw lub usług należy rozumieć zatem, oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwi łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług.

Tryb zapytania o cenę nie może być wykorzystywany do nabywania towarów lub usług specjalistycznych, nie może być stosowany do zamówień na nietypowe usługi, wymagające szczególnych kwalifikacji bądź usługi wyjątkowego zastosowania. Usługi będące przedmiotem zamówienia nie mają charakteru usług powszechnie dostępnych. Jak słusznie podniesiono w odpowiedzi na zastrzeżenia, do zadań wykonawcy należało m.in. wsparcie w zakresie procedur i zasad inicjowania i monitorowania współpracy zamawiającego z otoczeniem informacyjnym ochrony zdrowia, w tym przede wszystkim z systemami ponadsektorowymi i bazowymi administracji rządowej oraz administracji samorządowej. Należało również udzielanie wsparcia w zakresie wpływu zmian legislacyjnych dotyczących ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne [ustawa z 17.02.2005 r. (Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 1114) – przyp. red.] oraz

ustawy o podpisie elektronicznym [ustawa z dnia 18.09.2001 r. (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 262 ze zm.) – przyp. red.] na inicjowane przez zamawiającego procesy informatyzacji ochrony zdrowia, a także udzielenie wsparcia w zakresie identyfikacji i opisu procedur przygotowawczych do monitorowania i ograniczania ryzyk projektowych wynikających z wrażliwości danych medycznych. Nie ma wątpliwości, że są to usługi wymagające wiedzy specjalistycznej. Usługa wsparcia w opisanym zakresie wymaga posiadania kompleksowej wiedzy, doświadczenia i umiejętności z wielu dziedzin. Polega na przeprowadzaniu spotkań konsultacyjnych, opracowaniu materiałów informacyjnych, jak również na wypracowaniu rozwiązań instytucjonalnych w zakresie informatyzacji ochrony zdrowia. Wymaga również znajomości projektów informatycznych, systemów teleinformatycznych (np. elektronicznej platformy usług administracji publicznej ePUAP), środków komunikacji elektronicznej oraz problematyki dotyczącej elektronicznego podpisu dokumentów, o których mowa w ww. ustawie z dnia 15 listopada 2001 r. o podpisie elektronicznym.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja zamawiającego, że wykonawcy nie musieli spełniać specjalnych wymagań, stwierdzonych decyzją o uprawnieniach zawodowych. Brak wymogu posiadania uprawnień do wykonywania wskazanych zadań nie świadczy o tym, że do ich wykonywania nie jest potrzebna specjalistyczna wiedza wykluczająca zakwalifikowanie, że są one powszechnie dostępne.

190. Sygn. akt: KIO/KD 51/13, Uchwała KIO z dnia 7 czerwca 2013 r.

Izba stanęła na stanowisku, iż tryb zapytania o cenę jest właściwym w odniesieniu do zamówień o mniejszej wartości (nie przekraczającej kwot, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp), powszechnie dostępnych, typowych, najprostszych, gdzie zamawiane dostawy lub usługi są w pełni porównywalne, ich cechy zostały znormalizowane (ustalone zostały wobec nich powszechnie akceptowane standardy jakościowe), a jedynym różnicującym je czynnikiem jest cena. Dlatego też w zakresie regulacji art. 70 ustawy Pzp nie mieszczą się takie usługi, których zrealizowanie wymaga indywidualnego ich dostosowania do specyficznych potrzeb zamawiającego.

W rozpoznawanym przypadku, Zamawiający nie wykazał, aby zrealizowanie przedmiotu zamówienia miało polegać na świadczeniu usługi powszechnie dostępnej, której standardy jakościowe ustalone były powszechnie. Nie jest wystarczające bowiem, do wykazania zasadności powołania się przez Zamawiającego na regulację art. 70 ustawy Pzp, wskazanie jedynie na fakt, iż powszechnie obecnie jest utrzymywanie przez podmioty administracji publicznej, czy też przedsiębiorców, stron internetowych, ani też wywodzenie, iż każda usługa ze swej natury dostosowana być powinna do potrzeb konkretnego świadczeniobiorcy. Z przedstawionej Izbie dokumentacji wynika, iż w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający oczekiwał od wykonawcy nie prostego stworzenia strony internetowej o podstawowych, powszechnie stosowanych mechanizmach działania, ale zbudowania serwisu internetowego i intranetowego w oparciu o analizę jego potrzeb dokonaną przez Zamawiającego.

191. Sygn. akt: KIO/KD 21/14, Uchwała KIO z dnia 26 marca 2014 r.

(...) o dostępności usługi nie świadczy to od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Tym samym należy przyznać rację kontrolującemu, że usługa opracowania polityki bezpieczeństwa zgodnej z wymogami PN-ISO 27001, tj. normy międzynarodowej standaryzującej systemy zarządzania bezpieczeństwem informacji wraz z edukacją użytkowników tej polityki nie jest usługą powszechnie dostępną, gdyż nie służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Zainteresowani zakupem tego rodzaju usługi będą przede wszystkim ci, którzy mają obowiązek chronienia informacji im powierzonych, tj. np. banki, sądy, wszelkie jednostki administracji publicznej różnych szczebli, jednostki służby zdrowia, natomiast taka ochrona informacji nie będzie niezbędna przeciętnej osobie fizycznej, a nawet przedsiębiorcy, w sytuacji, kiedy nie operuje

on na informacjach stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa, czy kiedy nie ma obowiązku zachowania określonych informacji w poufności, np. z uwagi na wykonywany zawód – choćby zawody zaufania publicznego. Nadal jednak nie będzie to zaspokajanie potrzeby o charakterze codziennym, bieżącej. Z tego względu istnienie konkurencyjnego rynku podmiotów oferujących opracowywanie polityk bezpieczeństwa nie może być uznane za wystarczające dla przyjęcia, że taki przedmiot zamówienia jest usługą powszechnie dostępną. (...)

Odnosząc się natomiast do drugiej z przesłanek, tj. ustalonych standardów jakościowych usługi, to w ocenie Izby sam fakt istnienia normy nie przesądza o tym, że określone zostały standardy jakościowe usługi. Izba zbadała treść normy PN-ISO 27001 i stwierdziła, że nie określa ona szczegółowych rozwiązań technicznych, lecz wskazuje obszary, które należy uregulować. Sposób zabezpieczenia tych obszarów zależy od samej organizacji i powinien być oparty na przeprowadzonej analizie ryzyka. Norma szeroko definiuje pojęcie bezpieczeństwa informacji, uwzględniając zagadnienia od rozwoju kompetencji personelu aż po środki techniczne służące ochronie przed włamaniami komputerowym. (...)

Wszystkie te okoliczności wskazują, że nie da się określić jednego standardu usługi dla wszystkich typów organizacji i każdorazowo na potrzeby danej instytucji usługa opracowania polityki bezpieczeństwa będzie miała inny zakres, już choćby z uwagi na to, że różne obszary ryzyka będą występowały w poszczególnych instytucjach czy przedsiębiorstwach, inne także będą potrzeby związane z ochroną informacji zależne od zakresu działalności danej instytucji i sfer, w których będzie trzeba wdrożyć odpowiednie polityki, aby zapewnić skuteczność ochrony informacji. Tym samym w ocenie Izby powołana norma nie zawiera ustalonego standardu jakości usługi opracowania polityki bezpieczeństwa, a co najwyżej standard wymagań dotyczących wdrożenia zabezpieczeń, który każdorazowo trzeba będzie dostosować do potrzeb organizacji, która system wdraża. Izba uznała zatem, że również przesłanka usługi o ustalonych standardach jakościowych nie została przez zamawiającego wykazana i kontrolujący prawidłowo uznał, że zastosowanie trybu zapytania o cenę nie nastąpiło przy spełnieniu wszystkich przesłanek wynikających z art. 70 ustawy. W konsekwencji za prawidłowe należy także uznać, to, że kontrolujący dopatrzył się naruszenia art. 10 ustawy, gdyż zastosowanie trybu zapytania ocenę, w przypadku gdy nie wykazano zaistnienia wszystkich przypadków (przesłanek) zastosowania tego trybu określonych w ustawie, było niedopuszczalne.

192. Sygn. akt: KIO/KD 26/14, Uchwała KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.

(...) udzielenie zamówienia publicznego w trybie zapytania o cenę jest możliwe wyłącznie, jeśli zamawiający wykaże, że zachodzą wszystkie przesłanki dopuszczalności tego trybu określone w art. 70 ustawy.

Jednocześnie za niezasadne należało uznać powoływanie się zamawiającego na to, iż zamawiana usługa ma charakter niepriorytetowy w rozumieniu art. 5 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że w przypadku takich usług ustawa Pzp pozwala na odstępnie od przesłanek zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej. Jak wynika zatem z literalnego brzmienia ww. przepisu powołana regulacja nie daje zamawiającemu prawa do odstąpienia od ustawowych przesłanek zastosowania trybu zapytania o cenę. A zatem wszczynając postępowanie w tym trybie zamawiający obowiązany był do wykazania przesłanek z art. 70 ustawy Pzp. Z treści tego przepisu wynika, że zapytanie o cenę można zastosować wyłącznie, gdy są spełnione następujące przesłanki:

- a) przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi,
- b) usługi to usługi powszechnie dostępne,
- c) usługi te mają mieć ustalony standard jakościowy,
- d) wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

(...) aby daną dostawę czy usługę zakwalifikować jako powszechnie dostępną musi ona służyć każdemu do zaspokajania jego bieżących potrzeb. Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że

o dostępności usługi nie świadczy to od ilu podmiotów na rynku można ją kupić, ale to czy usługa ta służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Jak wskazał zamawiający w zastrzeżeniach, decyzją Ministerstwa Rolnictwa i Gospodarki Żywnościowej z dnia 15.07.1998 r. niektóre obiekty jego Instytutu zostały zaliczone do Infrastruktury krytycznej w rozumieniu ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym [Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 1166 – przyp. red.]. Jak wskazał zamawiający decyzja ta została wydana na podstawie art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia [Dz. U. t.j. z 2014 r. poz. 1099 – przyp. red.], z czego należy wnioskować, że obiekty te są obiektami podlegającymi obowiązkowej ochronie.

Tym samym należy przyznać rację kontrolującemu, że usługa ochrony mienia i osób w odniesieniu do infrastruktury krytycznej w rozumieniu ustawy o zarządzaniu kryzysowym, nie jest usługą powszechnie dostępną, gdyż nie służy bieżącemu użytkownikowi przeciętnego odbiorcy. Zainteresowani zakupem tego rodzaju usługi będą przede wszystkim ci, którzy mają prawny obowiązek chronienia takiej infrastruktury. Nie będzie to zatem zaspokajanie potrzeby o charakterze codziennym, bieżącej. Z tego względu istnienie konkurencyjnego rynku podmiotów oferujących usługi ochrony osób i mienia nie może być uznane za wystarczające dla przyjęcia, że taki przedmiot zamówienia jest usługą powszechnie dostępną. Tym samym w ocenie Izby kontrolujący prawidłowo ocenił, że zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanki powszechnej dostępności zamawianej usługi, co już samo w sobie przemawia za uznaniem, że nie było podstaw do zastosowania trybu zapytania o cenę.

Odnosząc się natomiast do drugiej z przesłanek, tj. ustalonych standardów jakościowych usługi, to w ocenie Izby nie świadczy o spełnieniu tej przesłanki okoliczność, że zamawiający był w stanie opisać przedmiot zamówienia oparty na Planie ochrony (...) w R. w „Regulaminie ochrony obiektów”, stanowiącym załącznik nr 1 i 1a do umowy. Wbrew stanowisku zamawiającego przesłanka ustawowa nie odnosi się do standardów, które zamawiający ustali opisując przedmiot zamówienia, lecz standardów już na rynku ustalonych, a więc funkcjonujących niejako niezależnie od opisu dokonywanego przez zamawiającego, na które to standardy można się powołać, wskazując nazwę zamawianego towaru czy usługi i podając kilka podstawowych informacji je charakteryzujących. Tymczasem sposoby zabezpieczenia osób i mienia w jednostkach zamawiającego nie są ustalone, zależą od jego własnych i indywidualnych uwarunkowań, które opisane zostały w planie ochrony i regulaminie ochrony, stanowiących załącznik do umowy. Powyższe okoliczności świadczą o tym, że nie da się określić jednego standardu usługi ochrony osób i mienia dla wszystkich typów organizacji i każdorazowo na potrzeby danej instytucji usługa ochrony osób i mienia będzie miała inny zakres, już choćby z uwagi na różne rodzaje ochronionych obiektów, ich specyfikę, liczbę, wskazanie liczby posterunków, ich rozmieszczenia, opracowania regulaminu ochrony, specyficznych obowiązków pracowników ochrony. Tym samym zakres i standardy usługi ochrony osób i mienia każdorazowo trzeba będzie dostosować do potrzeb instytucji, która taką usługę zamawia. W konsekwencji należało uznać, że również przesłanka usługi o ustalonych standardach jakościowych nie została przez zamawiającego wykazana i kontrolujący prawidłowo uznał, że zastosowanie trybu zapytania o cenę nie nastąpiło przy spełnieniu wszystkich przesłanek wynikających z art. 70 ustawy. W konsekwencji za prawidłowe należy także uznać, to, że kontrolujący dopatrył się naruszenia art. 10 ustawy, gdyż zastosowanie trybu zapytania ocenę, w przypadku gdy nie wykazano zaistnienia wszystkich przypadków (przesłanek) zastosowania tego trybu określonych w ustawie, było niedopuszczalne.

Art. 85 ust. 2

193. Sygn. akt: KIO/KD 34/14, Uchwała KIO z dnia 17 kwietnia 2014 r.

Zamawiający w zastrzeżeniach nie zakwestionował ustalenia kontroli o skierowaniu do wykonawców wezwań do przedłużenia terminu związania ofertą jeden dzień przed upływem tego terminu. Polemizując ze stanowiskiem Prezesa Urzędu o naruszeniu art. 85 ust. 2 ustawy

Pzp Zamawiający oparł się wyłącznie na tezie, że to wykonawcy powinni dołożyć należytej staranności i dbać o przedłużenie terminu związania ofertą, gdyż leży to w ich interesie.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że w przypadku skorzystania przez zamawiającego z możliwości zwrócenia się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą, przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp ustanawia obowiązek skierowania takiego wniosku co najmniej 3 dni przed upływem pierwotnego terminu. W niniejszej sprawie niesporne i przyznane jest, że termin ten nie został zachowany. Natomiast możliwość samodzielnego przedłużenia tego terminu przez wykonawców jest odrębną kwestią i nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania przewidzianego przepisami prawa terminu w przypadku, gdy Zamawiający taką czynność podejmuje. Zatem zaniechania wykonawców nie mogą zmieniać oceny zgodności z przepisami czynności Zamawiającego w sytuacji, gdy bezspornie Zamawiający nie zachował się zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy Pzp.

Art. 85 ust. 4

194. Sygn. akt: KIO/KD 54/14, Uchwała KIO z dnia 2 lipca 2014 r.

Zamawiający podkreślił, że wskazany wykonawca, przedłużając okres związania ofertą i przedłużając okres ważności wadium na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, popełnił niezamierzony błąd przedkładając aneks do gwarancji wadialnej na okres do 28 sierpnia 2010 r., a nie – jak to powinno być – do 31 sierpnia 2010 r. Zamawiający wskazywał, że błąd ten popełnił gwarant (...) wystawiający gwarancję wadialną na okres podstawowy i na okres przedłużonego związania ofertą.

Z taką argumentacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. W świetle aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp termin związania ofertą ma istotne znaczenie dla ważności oferty składanej przez wykonawcę, stanowiąc o woli wykonawcy ubiegania się o dane zamówienie na określonych warunkach i z drugiej strony wskazując na zapewnienie dla zamawiającego, że wykonawca nie wycofał się z przedmiotu świadczenia i warunków na jakich ten został Zamawiającemu zaoferowany. Wadium zaś stanowi finansowe zabezpieczenie oferty wykonawcy i wiąże wykonawcę do czasu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, stanowiąc przede wszystkim o zabezpieczeniu interesów podmiotu zamawiającego. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo – jeżeli jest to możliwe – z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. Brak przedłużenia wadium na przedłużony okres związania ofertą zaś – zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Skoro w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca X Sp. z o.o., przedłużając termin związania ofertą o określony czas – 60 dni, nie przedłużył jednocześnie na ten czas wadium – na okres do 31 sierpnia 2010 r. (przedłużenie to nastąpiło do dnia 28 sierpnia 2010 r., tj. o 57 dni), to zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu. W tym zakresie mamy do czynienia wprost z niedopełnieniem dyspozycji art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem wykonawca X Sp. z o.o. przedłużył ważność wadium, przedkładając aneks do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, na okres krótszy niż przedłużenie terminu związania ofertą. Próba konwalidacji ważności wadium w trybie procedury wyjaśnień prowadzonej z wykonawcą przez Zamawiającego, nastąpiła w dniu 21 lipca 2010 r., kiedy to wykonawca X Sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu prawidłową już gwarancję wadialną z przedłużeniem ważności wadium do dnia 31 sierpnia 2010 r. Przedłużenie to nastąpiło dopiero w dniu 21 lipca 2010 r., podczas gdy pierwotnie złożona w ofercie tego wykonawcy gwarancja wadialna była wniesiona na okres od 2 czerwca 2010 r. do dnia 2 lipca 2010 r. Tak więc wniesienie poprawnej gwarancji wadialnej do Zamawiającego nastąpiło już po upływie pierwotnego okresu zabezpieczenia wadialnego oferty. Z punktu wi-

dzenia skuteczności wnieśienia wadium (jego przedłużenia) istotne znaczenie ma złożenie finansowego zabezpieczenia oferty fizycznie u zamawiającego, tak, aby podmiot ten miał potencjalną możliwość zaspokojenia się z tego zabezpieczenia. Z tych też względów nie można również mówić o zachowaniu ciągłości prawidłowego – tj. zgodnego z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp – zabezpieczenia wadialnego oferty wykonawcy X Sp. z o.o.

Art. 87 ust. 2 pkt 2

195. Sygn. akt: KIO/KD 2/11, Uchwała KIO z dnia 12 stycznia 2011 r.

Izba podziela stanowiska Kontrolującego w zakresie stwierdzenia naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. (...)

Przez „omylkę rachunkową w obliczaniu ceny” należy rozumieć omyłkę w przeprowadzaniu rachunków na liczbach. Omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny oznacza omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny, przy czym musi mieć ona charakter oczywisty. Jeżeli charakter omyłki i okoliczności jej popełnienia wskazują, iż każdy racjonalnie działający wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę o odmiennej (poprawnej) treści, można uznać, iż omyłka ma charakter „oczywisty”. Poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistej omyłki rachunkowej w obliczaniu ceny jest obligatoryjne („zamawiający poprawia”).

(...) Zamawiający zwrócił się do wykonawcy X na podstawie art. 87 ustawy Pzp z prośbą m. in. o wyjaśnienie nieścisłości w związku z brakiem uwzględnienia w cenie oferowanej drugiej części kosztorysu. W wyznaczonym terminie wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia stwierdzając, iż „doszło w ww. zakresie do oczywistej omyłki, która polegała na braku zsumowania kosztorysów ofertowych, będących podstawą wycenienia ceny ofertowej. Przedmiotowa oferta składała się z dwóch części kosztorysów, pierwsza na łączną kwotę brutto 856.567,52 zł oraz drugiego na łączną kwotę 95.753,53 zł. wykonawca podał jako łączną cenę ofertową jedynie kwotę wynikającą z pierwszej części kosztorysu (856.567,52 zł brutto).” Jednocześnie wykonawca wyjaśnił, iż „bezpośrednia przyczyna powstania odrębnego kosztorysu, dotyczącego robót instalacyjnych, wynika z dużej staranności przygotowania tej części oferty, ponadto rozdzielenie to, zgodnie z opinią kierownika robót wykonawcy, podyktowane było stopniem trudności i skomplikowania wykonanych w tym zakresie prac.” Zamawiający poinformował uczestników postępowania (...) o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę X na podstawie art 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdzie jako uzasadnienie Zamawiający wskazał, iż nie można uznać, że brak zsumowania dwóch części kosztorysu ofertowego stanowi oczywistą omyłkę rachunkową, którą można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. (...)

W tym zakresie Izba podziela stanowisko Kontrolującego, iż Zamawiający miał wszelkie niezbędne informacje, aby dokonać poprawki omyłki. Miał informacje na temat wartości poszczególnych części, ich wysokość nie budziła wątpliwości, możliwa była zatem prosta operacja polegająca na zsumowaniu wartości poszczególnych części kosztorysu. „Oczywistość” omyłki była możliwa do ustalenia na podstawie posiadanej oferty. (...)

Nawet jeżeli przyjąć argumentację Zamawiającego o istotności poprawianej niezgodności i o jej wpływie na treść oferty, to Izba wskazuje, że przesłanki te dotyczą poprawiania w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których poprawienie nie powinno powodować istotnych zmian w treści oferty, a więc odnoszą się do poprawiania w ofercie omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Istotność zmian i ich wpływ na treść oferty nie dotyczy poprawiania w treści oferty oczywistych omyłek rachunkowych, aczkolwiek dokonując poprawiania błędów w ofercie (nawet omyłek rachunkowych) należy mieć na uwadze, jakie powodują one zmiany w treści oferty. Jednakże w przedmiotowym przypadku zwiększenie ceny całkowitej oferty, jak wskazuje Zamawiający o 10% w stosunku do wartości początkowej, nie należy uznawać za zmianę na tyle istotną, aby wartość ta mogła zadecydować o niedokonaniu poprawienia omyłki. Mając powyższe na uwa-

dze, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż Zamawiający winien był dokonać czynności poprawienia omyłki rachunkowej w ofercie z najniższą ceną. Czynność ta była by zbieżna z celem nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie w dniu 24 października 2008 roku, tj. rozszerzeniem możliwości poprawienia niezgodności w złożonych ofertach.

196. Sygn. akt: KIO/KU 72/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.

Na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, poprawie podlegają również oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek (pkt 2 powołanego przepisu). Z omyłką rachunkową mamy do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca popełni widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy, polegający na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, np. błąd w mnożeniu. Należy jednocześnie wskazać, iż stwierdzenie omyłki rachunkowej może mieć miejsce co do zasady tylko w sytuacji, kiedy przebieg operacji matematycznej może być prześledzony (jest uwidoczniony w ofercie) i gdy na podstawie reguł rządzących konkretnym działaniem, możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. Za obarczoną oczywistą omyłką rachunkową nie może zostać uznana oferta, której cena nie wynika z żadnego działania matematycznego widocznego w treści oferty. Innymi słowy, o omyłce rachunkowej można mówić w okolicznościach, gdy zaistnieje niezgodność wyniku działania matematycznego w stosunku do prawidłowo przeprowadzonego działania na podstawie właściwych danych.

Co do nieprawidłowości opisanej w pkt 2 wpisuje się ona w charakter omyłki rachunkowej. Wykonawca dokonał błędnego przemnożenia ilości jednostek z cenami jednostkowymi – w rubrykach, w których powinna zostać umieszczona właściwa wartość wyrażona w złotych wykonawca wpisał 0 (w przypadku poz. 863 wpisał 12). Zamawiający uznał, że działanie wykonawcy było celowe, gdyż musiał zdawać sobie sprawę z tego, iż wynikiem powyższego działania matematycznego nie może być 0. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca w ogóle zaniechał przemnożenia ilości i cen jednostkowych, zatem nie można w tym przypadku mówić o omyłce rachunkowej, która podlega poprawieniu. Powyższego rozumowania nie można jednak uznać za słuszne w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Celem tego przepisu jest bowiem dokonywanie poprawy w omyłkach bezspornych, tkwiących w błędnym wyniku działania przeprowadzonego na właściwych danych. W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca przyjął właściwe dane, podał jedynie nieprawidłowy wynik ich mnożenia. Niemniej jednak Zamawiający był w stanie dokonać właściwej oceny i wyliczyć prawidłową kwotę bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy, a tym samym uznać powyższe błędy za oczywistą omyłkę. Przy tym, nie znajduje uzasadnienia twierdzenia, że wykonawca działał celowo, wpisując w rubryki „wartość zł” 0 (12 – w przypadku poz. 863). Wpisanie w tej rubryce jakiegokolwiek innej kwoty nie zmieniłoby stanu rzeczy, tj. konieczności dokonania poprawy w taki sposób, aby w rubryce tej znalazła się wartość wynikająca z właściwego przemnożenia cen i jednostek. Zamawiający dokonując poprawy omyłek rachunkowych w poszczególnych pozycjach powinien uwzględnić ich prawidłową wartość w cenie całkowitej oferty. Biorąc pod uwagę powyższe cena podana w ofercie firmy X ulegnie zwiększeniu o 212.088,00 zł netto. Z uwagi na fakt, że wynikający z dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp obowiązek dokonania przez Zamawiającego poprawy omyłek rachunkowych nie jest uzależniony od ich zakresu i wpływu na cenę oferty, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że dokonanie poprawy w wymienionych pozycjach przedmiaru w istotny sposób wpłynie na zmianę oferty, tj. na jej cenę. Zatem nie dokonując opisanych powyżej czynności zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

Art. 87 ust. 2 pkt 3

197. Sygn. akt: KIO/KD 74/10, Uchwała KIO z dnia 19 października 2010 r.

Zamawiający nie kwestionuje ustalonego w wyniku kontroli stanu faktycznego, twierdzi jednak, że różnice między wielkościami przyjętymi w kosztorysach ofertowych a przedmiotem robót

nie podlegały poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ale stanowiły podstawę odrzucenia ofert. Uzasadniając powyższe Zamawiający powołuje się na postanowienie punktu XII ust. 4 SIWZ, zakazujące wykonawcom korygowania ilości robót określonych w przedmiarze.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego należy podkreślić, że podstawę odrzucenia oferty lub zastosowania procedury poprawienia omyłek należy ocenić w oparciu o przepisy ustawy Pzp, nie zaś wyłącznie o postanowienia SIWZ. Jeśli w świetle przepisów ustawy zasadne było dokonanie poprawienia omyłek w ofertach, nieuprawnione jest odrzucenie ofert z powołaniem się na postanowienie SIWZ. Zamawiający nie może wywodzić ze specyfikacji szerszych podstaw odrzucenia ofert, niż wynikające z ustawy Pzp bądź zakazu poprawienia omyłek, do których nie tylko uprawnia, ale i zobowiązuje ustawa. Zapisy specyfikacji, nawet bezwzględnie zakazujące określonych zmian w ofercie w stosunku do dokumentacji opracowanej przez Zamawiającego, muszą więc być stosowane z uwzględnieniem obowiązków Zamawiającego nałożonych ustawą.

Wobec powyższego ocenić należy – niezależnie od treści punktu XII ust. 4 SIWZ – czy niezgodności przedmiotowych ofert z przedmiarem robót miały charakter omyłek podlegających poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z przywołanym wyżej przepisem, Zamawiający zobowiązany jest poprawić niezgodności w sytuacji wystąpienia łącznie dwóch przesłanek – niezgodność oferty z treścią SIWZ musi mieć charakter omyłki oraz nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. Podkreślenia wymaga, że celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert na skutek zaistnienia niezgodności, które nie mają istotnego znaczenia dla przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

W niniejszej sprawie, zdaniem Izby, wystąpiły obie przesłanki uzasadniające poprawienie niezgodności oferty z treścią specyfikacji. Różnice w ilościach robót w poszczególnych pozycjach kosztorysowych nie mają bowiem istotnego znaczenia dla treści oferty, na co zwrócił uwagę Prezes UZP, odnosząc wynikające z nich kwoty do całkowitych cen ofertowych. Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP, że są to różnice marginalne. Dla oceny możliwości dokonania poprawek w ofercie Odwołującego ważny jest fakt, że poprawienie oferty w powyższym zakresie nie wymagało istotnej ingerencji Zamawiającego w jej treść ani konsultacji z wykonawcą. Poprawki mogły być dokonane wyłącznie na podstawie wiedzy, którą posiadał Zamawiający, zmieniając ofertę jedynie w niewielkim stopniu, niemającym znaczenia dla zaoferowanego przedmiotu zamówienia i mających jedynie znikomy wpływ na cenę ofertową.

198. Sygn. akt: KIO/KD 54/12, Uchwała KIO z dnia 21 czerwca 2012 r.

(...) w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w latach 2009–2010 zarysowały się dwa główne poglądy w zakresie dotyczącym oceny poprawności zastosowania stawki podatku od towarów i usług. Zgodnie z pierwszym prezentowanym poglądem nieprawidłowe zastosowanie stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, nie podlegający poprawie i skutkuje koniecznością odrzucenia takiej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a zatem zarówno zamawiający, jak i Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązane są do merytorycznego badania prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT. Drugi pogląd prezentowany w orzecznictwie sprowadzał się do tego, że nieprawidłowe zastosowanie stawki podatku VAT nie stanowi błędów w obliczeniu ceny, a zamawiający i Krajowa Izba Odwoławcza nie są organami uprawnionymi do badania prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT, a zatem nie mają podstaw do ustalania właściwej stawki podatku VAT, ergo do jej poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie można podzielić argumentacji zamawiającego, że powszechnym w orzecznictwie było stanowisko, zgodnie z którym niewłaściwe podanie stawki podatku od towarów i usług nie stanowi błędów w obliczeniu ceny a omyłkę nie skutkującą odrzuceniem oferty. Pogląd ten nie wynika z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, przywołanych przez zamawiającego w za-

strzeżeniach z dnia 28 maja 2012 roku. Orzeczenie takie, jeśli zapadały, to miały charakter jednostkowy. Twierdzenie zamawiającego, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej poprzedził analizą rozbieżności orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i zastosował się do jednego z ówczesnie pojawiających się poglądów w zakresie oceny prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT, nie prowadzi do uznania trafności jego stanowiska.

W świetle powyższego, należy uznać, że czynność polegająca na poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nieprawidłowo zastosowanej stawki podatku VAT z 23% na 8%, mimo iż w efekcie spowodowała obniżenie ceny oferty, nie znajduje uzasadnienia tak w świetle przepisów prawa, jak również w świetle dostępnego w czasie dokonywania tej czynności orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej jak również sądów okręgowych.

Dualizm poglądów w zakresie oceny zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT został zakończony uchwałami Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11), w których Sąd Najwyższy stwierdził, że „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.)”. Nie można zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że w toku kontroli, na skutek odniesienia się do wyżej przywołanych uchwał Sądu Najwyższego, naruszono zasadę *lex retro non agit*. Wydane uchwały Sądu Najwyższego stanowią wiążącą dla wszystkich sądów interpretację przepisów prawa, które obowiązywały w czasie prowadzenia przedmiotowej procedury o zamówienie publiczne i w czasie prowadzenia kontroli.

Izba podziela stanowisko zaprezentowane w toku kontroli, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie wystąpiły przesłanki do poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika obowiązek poprawienia innej omyłki niż omyłka rachunkowa czy pisarska, a polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Z okoliczności sprawy wynika, że podanie błędnej stawki podatku VAT 23% zamiast 8% nie było wynikiem omyłki, lecz świadomego działania wykonawcy. Ponadto, co wskazał Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 20 października 2012 roku, do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności zastosowanej stawki VAT z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może dojść jedynie wówczas, gdy zamawiający podał konkretną stawkę podatku VAT w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tymczasem, w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia kontrolowanego postępowania brak informacji na temat stawki podatku VAT, co przesądza o braku możliwości poprawienia błędnie podanej stawki podatku VAT jako omyłki, określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, poprawienie w rozpatrywanym stanie faktycznym omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powoduje istotne zmiany w treści oferty, gdyż skutkuje zmianą ceny oferty o niemal 90 tys. zł.

199. Sygn. akt: KIO/KU 72/12, Uchwała KIO z dnia 16 sierpnia 2012 r.

Jednym z rodzajów omyłek, jakie można poprawić są inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Należy zgodzić się z tym, że zawarte w ww. przepisie pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Powyższe wynika również z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dopuszczalności poprawiania innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W wyroku z dnia 28 stycznia

2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 59/09) Izba stwierdza, że „z uwagi na to, że omyłka dotyczyła opisu pozycji w kosztorysie ofertowym to była związana z oferowanym przedmiotem zamówienia, który z rzeczy samej jest istotnym elementem oferty. Niemniej zakres omyłki w jednej pozycji opisu kosztorysowego w stosunku do całego zakresu kosztorysowania robót objętych przedmiotem zamówienia ma znaczenie w ocenie Izby marginalne i zobowiązuje zamawiającego do jej poprawienia”. W wyroku z dnia 3 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 88/09, 89/08) Izba zauważyła natomiast, że: „można poprawiać omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień”. Z kolei w wyroku z dnia 11 lutego 2011 r. (sygn. akt. KIO 186/11) uznano, że „nieścisłości co do nomenklatury i oznaczeń w KNR-ach nie miały wpływu na zakres zaoferowanego przez przystępującego przedmiotu zamówienia”.

W niniejszym stanie faktycznym należało uznać, że omyłki opisane w ww. pkt 1 i 3 zaliczają się do omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Minimalną moc agregatów i numery Specyfikacji Technicznej można odczytać z dokumentów stanowiących załączniki do siwz (przedmiary robót sporządzone przez zamawiającego) i przenieść je do przedmiaru załączonego do oferty, tym samym uzupełniając go, a nie dokonując w nim zmiany. Ponadto zgodnie z informacjami ogólnymi zawartymi w przedmiarze robót sporządzonym przez Zamawiającego „krótkie opisy pozycji w Przedmiarze Robót przedstawione są tylko dla celów identyfikacyjnych i nie powinny w żaden sposób modyfikować bądź anulować szczegółowego opisu zawartego w Warunkach Kontraktu lub Specyfikacjach”. Zatem poprawa wskazanych pozycji nie miałaby istotnego wpływu na realizację przedmiotu zamówienia, przede wszystkim nie wpłynie na zakres zamówienia.

200. Sygn. akt: KIO/KD 73/13, Uchwała KIO z dnia 14 sierpnia 2013 r.

Izba stwierdziła, że w ofercie złożonej przez Panią Małgorzatę K. zaistniała niezgodność z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, których natura wskazuje na dopuszczalność ich poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp niezbędne jest jednak stwierdzenie, że niezgodność między ofertą a siwz zaistniała skutkiem omyłki oraz, że poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W okolicznościach sporu obie te kwestie są nierozdzielalne w odniesieniu do kosztów materiałów i robót „dopisanych” przez Panią Małgorzatę K. ponad wymagania wynikające z kosztorysu ślepego, przy czym pierwszoplanowe znaczenie ma ustalenie, czy zmiana treści kosztorysu nastąpiła omyłkowo. Stwierdzenie omyłki, polegającej na dopisaniu w pozycjach kosztorysu treści nie zawartych przez zamawiającego w kosztorysie ślepych może nastąpić na podstawie wyjaśnień uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Izba zgadza się z poglądem zamawiającego, że poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający winien dokonać sam, na podstawie oferty wykonawcy, a wyjaśnienia udzielone na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp nie mogą tworzyć treści oferty, w szczególności podawać nowych cen poszczególnych pozycji kosztorysu. Jednak, zdaniem Izby, dopuszczalne jest posłużenie się trybem wynikającym z powołanego przepisu dla ustalenia, czy niezgodność oferty z siwz ma charakter omyłki. Takie wyjaśnienia nie kształtują treści oświadczenia woli stanowiącego ofertę ponad wymagania zamawiającego, a stanowią jedynie wykładnię takiego oświadczenia (art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp).

Izba nie zgadza się z zamawiającym, gdy twierdzi on, że pominięcie wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu powoduje automatyczne odrzucenie oferty. Jeśli pominiętej wartości nie można wywieść z innych pozycji kosztorysu to przyjąć należy, że wartość tej pozycji wynosi 0 zł, jednak odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp można wyłącznie

wtedy, gdy pominięcie wyceny danych pozycji ma istotne znaczenie dla ceny całej oferty. W konsekwencji zastrzeżenia dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez Panią Małgorzatę K. prowadzącą działalność pod firmą X Małgorzata K. nie zasługują na uwzględnienie.

201. Sygn. akt: KIO/KD 105/13, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2013 r.

W przedmiotowej sprawie omyłka wykonawcy X polegała na zmianie jednostki obmiarowej oraz ilości w pozycji 25 d.3 kosztorysu ofertowego. Wykonawca podał 16,9 m², podczas gdy prawidłowa jednostka i ilość określona przez Zamawiającego to 1 kpl. Dodatkowo wykonawca nie zmienił opisu powyższej pozycji zgodnie z modyfikacją SIWZ.

Za Kontrolującym powtórzyć należy, iż tego rodzaju „niedoskonałości” wpisują się w możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokonanie poprawy opisu pozycji z kosztorysu ofertowego tak, aby odpowiadał on opisowi dokonanej modyfikacji przedmiaru w SIWZ, zdaniem Izby, nie spowoduje na tyle istotnej zmiany treści oferty, aby zmiana ta nie była możliwa do przeprowadzenia. Brak jest jakiegokolwiek wpływu na sposób realizacji świadczenia. Skoro zmiana treści poz. 25 d. 3 polegała na zastąpieniu treści: remont ściany szczytowej garaży w ciągu drogi A-B – remont polegający na naprawie – uzupełnieniu tynku, wykonaniu obróbek blacharskich i pomalowanie, nadaniu treści: remont ściany szczytowej garaży o pow. 16,9 m² w ciągu drogi A-B – remont polegający na naprawie – uzupełnieniu tynku, wykonaniu obróbek blacharskich, to de facto można mówić o ujednoczeniu opisu. Zakres bowiem prac do wykonania w danej pozycji pozostał taki sam, a zmieniło się tylko jego ujęcie opisowe. Podobne rozważania można odnieść do zmiany jednostki obmiarowej, gdzie m² zastąpiono określeniem 1 kpl. Zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w żaden sposób nie wpłynęłoby na zakres prac do wykonania z danej pozycji, skoro ilość m² przeniesiona została do opisu pozycji. Tego rodzaju błędy uznać należy za uchybienia formalne oferty, które nie dyskwalifikują jej bytu w postępowaniu i nie rodzą obowiązku mechanicznego odrzucenia oferty z powodu nieistotnych omyłek, ale właśnie powodują, że możliwe jest ich poprawienie bez zmiany treści oferty.

Z tych powodów nie uwzględniono zastrzeżeń Zamawiającego co do stwierdzonego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

202. Sygn. akt: KIO/KD 42/14, Uchwała KIO z dnia 13 maja 2014 r.

W ocenie składu orzekającego Izby, w okolicznościach ustalonych w sprawie, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu ofertę wykonawcy X, z uwagi na stwierdzone braki harmonogramu rzeczowo-finansowego dokonana została z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy. Izba, odmiennie od Zamawiającego uznała, iż poprawienie treści harmonogramu w sposób wskazany w informacji o wyniku kontroli nie prowadziłoby do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy. Zmiana wartości w pozycji A5 harmonogramu przez jej zwiększenie o kwotę możliwą do ustalenia w oparciu o treść kosztorysu ofertowego (poz. 5.2 kosztorysu ofertowego „parter część dobudowana”) nie zmieniałoby w żaden sposób treści oferty, gdyż harmonogram zawierać powinien powielenie wartości pozycji wycenione przez wykonawcę w kosztorysie. Harmonogram, w zakresie wartości wycenionych prac miał charakter wtórny w stosunku do kosztorysu ofertowego, w którym wykonawcy dokonywali wyceny. Błędy występujące w harmonogramie w zakresie ustalonej w kosztorysie wartości prac nie miały charakteru merytorycznego, lecz techniczny i wynikały z pominięcia przy sumowaniu wartości pozycji A5, wycenionej w kosztorysie w dwóch pozycjach 5.1 i 5.2 kosztorysu ofertowego. Poprawiając treść harmonogramu Zamawiający w żaden sposób nie ingerowałby w treść oferty co do wartości wycenionych prac, co uzasadniało przyjęcie, iż nie spełniona została przesłanka wyłączająca zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. braku istotnego wpływu na treść oferty. W ten sam sposób należało ocenić

pozostałe braki harmonogramu, polegające na niewypełnieniu kolumny z wartością brutto pozycji, która możliwa była również do ustalenia w oparciu o treść kosztorysu ofertowego. O możliwości samodzielnego dokonania poprawienia przez Zamawiającego treści harmonogramu przesądza również załączony do zastrzeżeń i sporządzony na potrzeby tego postępowania harmonogram, uwzględniający uwagi Prezesa UZP.

Art. 89 ust. 1 pkt 2

203. Sygn. akt: KIO/KD 94/14, Uchwała KIO z dnia 13 października 2014 r.

W ocenie Izby, Prezes UZP prawidłowo ocenił, że zamawiający odrzucając ofertę złożoną przez wykonawcę X z powodu niezłożenia kosztorysu ofertowego naruszył dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Faktem jest, że wykonawca ten nie złożył kosztorysu ofertowego, wymaganego przez zamawiającego w pkt 16.2 SIWZ. Jednakże okoliczność ta sama przez się nie przesądzała o konieczności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Kontrolujący prawidłowo dostrzegł, że zamawiający w szeregu postanowień SIWZ powołanych w informacji o wyniku kontroli przesądził, iż za wykonanie przedmiotu zamówienia wykonawcy przysługiwać ma wynagrodzenie ryczałtowe. Na taki sposób wynagrodzenia zamawiający wskazywał wprost i w sposób niebudzący wątpliwości. W żadnym z postanowień SIWZ nie wskazano natomiast, aby wynagrodzenie należne wykonawcy obliczane miało być na podstawie obmiaru rzeczywiście wykonanych robót z uwzględnieniem cen jednostkowych określonych w kosztorysie. Wbrew stanowisku zamawiającego – o kosztorysowym czy nawet o kosztorysowo-ryczałtowym charakterze wynagrodzenia należnego wykonawcy nie świadczyły przywołane w zastrzeżeniach postanowienia umowne. Z postanowień tych wynika jedynie, że celem odbioru wykonanych robót wykonawca ma sporządzić kosztorys powykonawczy. Z powyższych postanowień nie wynikało jednak, aby treść takiego kosztorysu miała wpływać w jakikolwiek sposób na wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia. Również powoływana przez zamawiającego możliwość ograniczenia ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego w razie niewykonania części ustalonego zakresu przedmiotu zamówienia nie oznacza, że wynagrodzenie nabierze cech wynagrodzenia kosztorysowego. Konsekwencją ryczałtowego rozliczenia wynagradzania było to, że wykonawca wyłoniony w postępowaniu zobowiązany był do wykonania za cenę ryczałtową zakresu robót wyznaczonego treścią dokumentacji i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Załączony do SIWZ przedmiar robót miał jedynie charakter informacyjny i pomocniczy. W konsekwencji również sporządzany na jego podstawie kosztorys ofertowy mógł mieć tylko i wyłącznie takie znaczenie. Podkreślenia wymaga również fakt, że na niewiążący charakter kosztorysu ofertowego zwrócił uwagę w SIWZ sam zamawiający. Przesądził on bowiem, że kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze. Co więcej, zamawiający wyraźnie wskazał, że dokument ten nie będzie weryfikowany w czasie badania i oceny złożonych ofert. Powołane postanowienie SIWZ oznaczało, że zamawiający w sposób jednoznaczny nie traktował kosztorysu ofertowego jako treści oferty. Uszło uwadze zamawiającego, że treścią oferty są tylko takie jej elementy, które mają charakter wiążący i stanowczy. Zgodnie bowiem z art. 66 KC z zw. z art. 14 ustawy Pzp, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z pewnością zaś elementy mające jedynie charakter pomocniczy i informacyjny, które w ogóle nie miały być badane, charakteru istotnego nie posiadają. Dostrzec należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, a *contrario* przyjąć należy, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty, której wyłącznie forma jest niezgodna z postanowieniami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tej sytuacji odrzucenie oferty wykonawcy z powodu braku dokumentu, który zgodnie z SIWZ nie miał być w ogóle weryfikowany, naruszało dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

204. Sygn. akt: KIO/KD 105/14, Uchwała KIO z dnia 11 grudnia 2014 r.

Prezes Urzędu UZP wskazał, że zarówno wykonawca X S.A. Y, jak i wykonawca Z S.A. (...) załączyli jedynie do oferty wstępnej „tabelę norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu” wymaganą również w pkt 7.7 SIWZ dotyczącym dokumentów składających się na ofertę. Wobec powyższego, w ocenie Prezesa UZP należy przyjąć, że zgodnie z zapisem pkt 7.7 SIWZ wykonawcy byli zobligowani do załączenia do oferty ogólnych (szczególnych) warunków ubezpieczenia lub innych wzorców umownych, które miały zastosowanie do poszczególnych ubezpieczeń objętych ofertą oraz wszystkich dodatkowych informacji dotyczących przedmiotu, sposobu, warunków i zasad ubezpieczenia. (...)

Izba nie podziela również stanowiska wykonawcy Z o braku obowiązku doręczenia Zamawiającemu OWU [*Ogólne Warunki Ubezpieczenia – przyp. red.*] wraz ofertą, ze względu na to, iż stanowią one wzorzec umowy objęty odrębną regulacją kodeksu cywilnego, zaś sam Zamawiający mógł się z łatwością zapoznać ze sporną tabelą na stronie internetowej Z. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, o ile przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. W przedmiotowej sprawie przepisy ustawy Pzp przewidują wyczerpującą regulację i brak jest w ocenie Izby podstaw do stosowania przepisów kodeksu cywilnego. Zgodnie z ustawą Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Dokumentem, w którym zamawiający określa zasady przeprowadzenia postępowania, w tym zakres wymaganych dokumentów oraz sposób ich udostępnienia zamawiającemu, jest SIWZ. W niniejszej sprawie Zamawiający wymagał przedłożenia pełnej dokumentacji, w tym OWU wraz z załącznikami. Jeśli intencją Zamawiającego byłaby jedynie możliwość zapoznania się z ww. tabelą przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez wskazanie w treści oferty na odpowiednią stronę internetową ubezpieczyciela, to powinien powyższe uwzględnić w zapisach SIWZ, a nie wskazywać wprost, iż należy ww. tabelę przedłożyć na etapie składania ofert.

Dalej wskazać należy, że wykonawca Z w treści zastrzeżeń wskazał, że to przepisy kodeksu cywilnego w zakresie wzorców umownych są regulacjami *lex specialis* do przepisów ustawy Pzp. Izba nie znajduje podstaw do przyjęcia takiego stanowiska. W ocenie Izby przepisy ustawy Pzp stanowią regulację szczególną do regulacji kodeksu cywilnego. Ustawa dopuszcza możliwość powoływania się na przepisy kodeksu cywilnego wyłącznie w zakresie nieuregulowanym w ustawie Pzp. Jak zostało wskazane, przepisy ustawy Pzp określają procedurę przeprowadzenia przetargu nieograniczonego. Stosowanie, jak chciałby wykonawca Z, w stosunku do braków w jego ofercie regulacji kodeksu cywilnego z zakresu wzorców umownych, stałoby w sprzeczności z zasadą pisemności postępowania i zasadą równego traktowania wykonawców. Należy bowiem podkreślić, że zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Ustawa Pzp nie przewiduje wyjątków w postaci możliwości powoływania się na wzorce umowne zamieszczone na stronach internetowych ubezpieczycieli. Co więcej wskazać należy na art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że oferty winny być złożone pod rygorem nieważności w formie pisemnej. OWU wraz z załącznikami stanowią niewątpliwie część oferty wykonawcy i winny być złożone w formie pisemnej Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert. Przedstawiona przez Zamawiającego interpretacja o odstępowości wzorców umownych na stronie internetowej ubezpieczyciela i braku obowiązku ich dołączenia do oferty potwierdza, iż niniejsze postępowanie nie zostało przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, gdyż w zależności od danego wykonawcy Zamawiający przedstawia inne stanowiska w sprawie wymogu załączenia „tabeli norm oceny procentowej trwałego uszczerbku na zdrowiu”.

Art. 89 ust. 1 pkt 3**205. Sygn. akt: KIO/KD 30/14, Uchwała KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r.**

Izba podzieliła też dalsze stanowisko przedstawione w Informacji, że wykonawca X S.A. przyjął taką strukturę cenową swojej oferty, która umożliwiła mu uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Przy zaoferowaniu przez wykonawcę cen 2,00 zł/godz. za pracę równiarki samojezdnej oraz 1,00 zł/godz. za pracę walca wibracyjnego, ocena ofert pozostałych wykonawców była w sposób nieuzasadniony заниzona. Doprowadziło to do wypaczenia wyników postępowania i naruszenia zasad uczciwej konkurencji, polegających na konkurowaniu przez wykonawców w sposób rzetelny, przejrzysty i niezafałszowany. Czynności wykonawcy X S.A. zostały podjęte w celu uzyskania zamówienia kosztem innych wykonawców, a więc należało uznać, że ich celem było utrudnienie innym wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia. Stanowi to przesłankę do uznania, że czynności wykonawcy stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [ustawa z 16.04.1993 r. Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm. – przyp. red.]. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania wykonawcy w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest manipulowanie ceną w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ taka czynność zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie wykonawcy utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami siwz. (...)

Złożenie oferty wypełniające znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a tym samym zaniechanie zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy X S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zostało dowiedzione w toku kontroli i nie zostało zakwestionowane przez zamawiającego.

Art. 89 ust. 1 pkt 4**206. Sygn. akt: KIO/KD 5/14, Uchwała KIO z dnia 4 lutego 2014 r.**

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej kontrolujący opierając się na zgromadzonych w aktach kontroli dokumentach, prawidłowo wywiódł, iż zamawiający błędnie, z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta winna podlegać odrzuceniu, gdyż zawierała rażąco niską cenę. Wskazać bowiem należy na okoliczność, która wprost wynika z wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę, złożonych w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa), a dotyczących cen i upustów uzyskanych od importera pojazdów będących przedmiotem oferty. Z wyjaśnień tych wynika, że wykonawca ujął przedmiot zamówienia w bilansie całej inwestycji, co w ocenie Izby nie jest dopuszczalne. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że przedmiotem zamówienia nie jest odsprzedaż używanych samochodów, a najem samochodów wraz ze stosownym wyposażeniem i dodatkowymi usługami (ubezpieczenia, serwisu, itp.). Tym samym cena, jaką zaproponował wykonawca nie pokrywa choćby w najmniejszym zakresie kosztów, jakie wykonawca ten zobowiązany będzie ponieść na realizację przedmiotowego zamówienia, nie mówiąc już o zysku, który nie jest możliwy do osiągnięcia za cenę przedstawioną w ofercie. Dla przykładu podać można chociażby element dotyczący kosztów ubezpieczenia, gdzie wykonawca w wyjaśnieniach podał wartość, która nie zostanie pokryta z ceny ofertowej.

Jak słusznie wskazał kontrolujący, wartości uboczne uzyskiwane przez pośredników mogą odnosić się do realizacji całej inwestycji (mogą stanowić wewnętrzną strategię marketingową firmy), nie mogą zaś stanowić podstawy do wyliczenia ceny ofertowej, która musi być skalkulowana w taki sposób, aby odpowiadała realnie ponoszonym kosztom w danym zamówieniu, z założeniem osiągnięcia realnego zysku.

Art. 89 ust. 1 pkt 6

207. Sygn. akt: KIO/KD 91/11, Uchwała KIO z dnia 14 grudnia 2011 r.

W konsekwencji, niewłaściwe opisanie przedmiotu zamówienia spowodowało zastosowanie przez wykonawców w złożonych przez nich ofertach, zróżnicowanych stawek podatku VAT, w wysokości 7% i 22%. Oferty te niewątpliwie nie były porównywalne, a ponadto zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp do odrzucenia oferty z niewłaściwą stawką podatku VAT, jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko zamawiającego, co do korzystniejszych zasad opodatkowania oraz pozostawienie wykonawcom prawa wyboru odpowiadającej im stawki podatku VAT i w konsekwencji wyboru złożenia oferty na wyrób medyczny, czy też niemedyczny. Jest to całkowicie błędne stanowisko. Zamawiający zobowiązany był do przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; żądania od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów (potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego), niezbędnych do przeprowadzenia postępowania i wskazania ich w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert; opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z wyłączeniem możliwości opisu, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję (art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 pkt 2 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Zatem, zamawiający zobowiązany był do opisania zamawianej bielizny operacyjnej przez ściśle wskazanie, który asortyment stanowi wyroby medyczne, a który niemedyczne i do dokonania badania i oceny ofert, stosownie do właściwego opisu.

Oferty zawierające błędne stawki podatku VAT, podlegały odrzuceniu, jako oferty z błędnie obliczoną ceną. W tym zakresie zostało utrwalone w znacznej mierze orzecznictwo Izby i sądów powszechnych. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 orzekł, że „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.).”

208. Sygn. akt: KIO/KD 25/12, Uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r.

Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Za błąd w obliczeniu ceny uznaje się w doktrynie zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności, czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić. O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika z SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający.

W niniejszym stanie faktycznym, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia. Wykonawca w sposób błędny kalkulował cenę oferty przyjmując jako bazową wartość miesięcznego (jak się później okazało) kosztu świadczenia pomocy prawnej, a więc odmiennie od założeń

SIWZ, która bezpośrednio odnosiła się do ceny rozumianej jako całość zamawianych usług. Nie można podzielić argumentacji zamawiającego, iż wykonawca mógł wyjść z założenia, że dla zamawiającego istotna jest cena jednostkowa, a więc cena za miesiąc świadczenia usługi. Po pierwsze z wszystkich zapisów SIWZ wynika, że zamawiający żądał podania ceny za całość zamówienia. Wynika to przede wszystkim z formularza cenowego i pkt 6.4 SIWZ. Po drugie czym innym jest sposób rozliczania świadczenia, do którego odnosił się wzór umowy. Dotyczy on sfery realizacji zamówienia, wykonywania umowy, wewnętrznych rozliczeń między stronami umowy, nie ma wpływu i odniesienia do momentu składania oświadczenia woli w formie propozycji cenowej na formularzu cenowym. Za Kontrolującym należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z cenami jednostkowymi (elementy tworzące całość przedmiotu zamówienia), ponieważ obsługa prawna stanowiąca przedmiot niniejszego zamówienia jest jedynym elementem składającym się na cenę oferty. Przewidziana przez zamawiającego forma ryczałtowego miesięcznego wynagrodzenia nie stanowi podziału przedmiotu zamówienia na poszczególne składniki tworzące cenę oferty, które można by uznać za ceny jednostkowe.

Nie sposób podzielić także stanowiska zamawiającego, że możliwe było poprawie oferty wykonawcy w trybie art. 89 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp jako oferty zawierającej oczywistą omyłkę rachunkową lub inną nieistotną omyłkę nie mającą wpływu na treść oferty. W pierwszej kolejności podnieść należy, że na podstawie złożonej oferty, z jej treści nie wynikało, że zaferowana cena dotyczy jednego miesiąca świadczenia usługi. Gdyby więc wykonawca wskazał w ofercie, iż podana przez niego cena dotyczy jednego miesiąca świadczenia usługi, to w takim przypadku zamawiający byłby uprawniony do skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto przeczy możliwości potraktowania informacji w ofercie jako omyłki możliwej do poprawienia wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny. Skoro zamawiający wzywał do wyjaśnienia wysokości ceny, to z pewnością nie można stwierdzić, że omyłka miała charakter oczywistej, czyli takiej którą zamawiający mógłby stwierdzić bez ingerencji wykonawcy i składania wyjaśnień. Z oferty wykonawcy nie wynikało, iż cenę podaną w formularzu ofertowym należało pomnożyć przez 24 miesiące. W związku z powyższym, należy stwierdzić, iż zamawiający błędnie uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy Kancelaria Adwokacka (...) z dnia 13 stycznia 2011 r. Należy stwierdzić, że w przedmiotowym postępowaniu wybrany wykonawca popełnił błąd w obliczeniu ceny, który polega na błędnym przyjęciu podstawy obliczenia ceny, tj. w odniesieniu do jednego miesiąca, a nie 24 miesięcy, obejmujących okres realizacji całego zamówienia.

Z powodów wskazanych powyżej nie podzielono argumentacji zamawiającego i uznano, że w postępowaniu naruszono art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

209. Sygn. akt: KIO/KD 38/14, Uchwała KIO z dnia 2 maja 2014 r.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez X S.A. z ceną 11 489 718,15 PLN brutto, w której wykonawca przyjął stawkę podatku VAT 0%. Pozostali wykonawcy złożyli oferty z stawką podatku VAT 23%. Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Przypomnieć należy, że stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wymieniony przepis jest jednoznacznym wyrazem woli ustawodawcy dokonywania przez zamawiającego, w określonym ustawą zakresie, kontroli poprawności zgłoszonych ofert i dopuszczania do merytorycznej oceny przez zamawiającego tylko tych ofert, które nie są dotknięte błędem wskazanym w wymienionych przepisach. Zgodnie z definicją ceny wskazaną w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o cenie – należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.) [aktualnie regulacji tej odpowiada art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 9.05.2014 r. o informowaniu o cenach to-

warów i usług (Dz. U. poz. 915) – *przyp. red.*] Z mocy tego przepisu, w cenie uwzględnia się m.in. podatek od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu m.in. podatkiem od towarów i usług. W świetle więc art. 3 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy o cenach nie może wywoływać jakiegokolwiek wątpliwości pogląd, że podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym zatem element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. Wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający zobligowany był zatem do zbadania stawki podatku VAT, ponadto brak było przesłanek do zakwalifikowania błędnej stawki podatku VAT jako omyłki, gdyż w siwz nie została określona żadna stawka podatku VAT. Należy zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu tylko jeden z wykonawców w ofercie wskazał na preferencyjną stawkę 0%, a zamawiający otrzymał informacje od pozostałych wykonawców o błędzie w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy X S.A.

Art. 89 ust. 1 pkt 8

210. Sygn. akt: KIO/KD 1/13, Uchwała KIO z dnia 18 stycznia 2013 r.

Zważyć należy, iż oferta jest oświadczeniem woli, które zgodnie z art. 60 k.c. może być wyrażone przez każde zachowanie się osoby, które ujawni jej wolę w sposób dostateczny. Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie stawiają wymogów podpisania oferty na każdej stronie oraz złożenia podpisu w sposób czytelny. Wystarczy zatem złożenie podpisu pod dokumentem w taki sposób, aby wynikało kto podpisał dokument oraz, że wolą osoby podpisującej było objęcie całości złożonego w nim oświadczenia.

Wskazać należy, iż w ofercie wykonawcy X Sp. z o.o. podpis i pieczęć Pani Katarzyny K. oraz pieczęć firmy nie znajdują się z wyznaczonym (wykropkowaniem) przez zamawiającego miejscu, jednak widnieją na każdej stronie formularzy cenowych pod treścią dokumentu. Brak było zatem podstaw do stwierdzenia, że nie doszło do zaakceptowania oświadczenia woli zawartego w ofercie.

211. Sygn. akt: KIO/KU 87/13, Uchwała KIO z dnia 30 września 2013 r.

Izba stanęła na stanowisku, że wskazanie „spółki” w pełnomocnictwie z dnia 18 czerwca 2013 r. (4–5 oferty) udzielonym panu Ryszardowi P. nie przesądza o złożeniu oferty przez osobę nieumocowaną, gdyż faktyczna treść oświadczenia woli może zostać ujawniona w oparciu o ogólne reguły interpretacyjne przewidziane w art. 65 § 1 kc. Izba podziela pogląd, iż w razie wątpliwości wykładnia pełnomocnictwa nie może abstrahować od treści oferty.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy wątpliwość co do działania p. Ryszarda P. zarówno w imieniu lidera Konsorcjum, tj. X Sp. z o.o., jak i członka Konsorcjum, tj. Y wynika z faktu, iż z jednej strony w treści pełnomocnictwa dla wskazanej osoby z dnia 18 czerwca 2013 r. (str. 6 oferty) wskazuje się wyłącznie na „spółkę” – spółkę, do reprezentowania której uprawnieni są członkowie Zarządu podpisujący pełnomocnictwo, z drugiej strony treść oferty wskazuje na zamiar wspólnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne, tj. przez dwóch wykonawców: X Sp. z o.o. i Y.

Zamiar wspólnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wynika z:

- formularza ofertowego, w którym wskazano obu ww. wykonawców (str. 1 oferty); obaj wykonawcy wskazywani są w również w innych dokumentach składających się na ofertę, w tym w zobowiązaniach podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby Konsorcjum (str. 184, 185 oferty),

- dokumentów złożonych wraz z ofertą, w tym w szczególności:
- z pełnomocnictwa z dnia 18 czerwca 2013 r., w którym wykonawca Y ustanowił pełnomocnikiem – liderem Konsorcjum X Sp. z o.o. z prawem udzielania dalszych pełnomocnictw, w ramach skonkretyzowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. postępowania pn.: „Zagospodarowanie rejonu Nadbrzeża (...) w porcie G.”,
 - z pełnomocnictwa dla pana Ryszarda P. z dnia 18 czerwca 2013 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu działających w imieniu i na rzecz X Sp. z o.o. – spółki, będącej liderem konsorcjum składającego ofertę w ramach przedmiotowego postępowania (str. 6 oferty), a jednocześnie spółki, która nie złożyła samodzielnie oferty w przedmiotowym postępowaniu,
 - z oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (str. 57 oferty) podpisanego zarówno przez p. Ryszarda P. – jako pełnomocnika X Sp. z o.o., jak i p. Manuela V. reprezentującego Y,
 - z gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wskazującej obu członków konsorcjum (str. 55 oferty).

Potwierdzeniem powyższego zamiaru jest fakt, że ani wykonawca X Sp. z o.o., ani wykonawca Y nie złożyli w ramach przedmiotowego postępowania samodzielnej oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że treść pełnomocnictwa z dnia 18 czerwca 2013 r. znajdującego się na stronie 4–5 oferty wspólnej wykonawców X Sp. z o.o. i Y należy tłumaczyć w ten sposób, iż lider konsorcjum, tj. X Sp. z o.o. umocowuje pana Ryszarda P. do działania w ramach postępowania na „Zagospodarowanie rejonu Nadbrzeża (...) w porcie G.” w imieniu obu ww. podmiotów. Dostrzec należy, że umocowanie pana Ryszarda P. do działania w przedmiotowym postępowaniu jedynie w imieniu X Sp. z o.o., z uwagi na brak samodzielnej oferty tegoż wykonawcy, byłoby bezcelowe.

Art. 90 ust. 1

212. Sygn. akt: KIO/KU 40/14, Uchwała KIO z dnia 7 maja 2014 r.

(...) również Prezes UZP uznaje, że zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę do przedłożenia wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty i domniemanie zaofiarowania ceny rażąco niskiej w tym przypadku wystąpiło. Izba stoi na stanowisku, że cel, kontekst oraz treść wezwania nie pozostawiają wątpliwości, co do informacji, jakie powinny znaleźć się w wyjaśnieniach. Zamawiający kierując do wykonawcy wezwanie do udzielenia wyjaśnień co do zaofiarowanej ceny, oczekuje wyczerpujących i rzeczowych informacji na temat sposobu wyceny elementów oferty. W sytuacji, gdy Zamawiający otrzymuje w ramach wyjaśnień ogólne stwierdzenia, zamiast wskazania konkretnych kwot, przedstawienia konkretnych ofert dostawców czy podwykonawców, to takie stwierdzenia nie wnoszą nic do sprawy. Dalsze wyjaśnianie i dopytywanie wykonawcy rodzi pytanie, do jakiego momentu Zamawiający powinien prowadzić wyjaśnienia i mimo oporności wykonawcy dążyć temat zaofiarowanej ceny. Jednocześnie prowadzenie procedury wielokrotnego wyjaśniania tej samej okoliczności może być uznane za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

Rację ma Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, że pojęcie dowodu w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć szeroko; za dowód może być uznane także oświadczenie samego wykonawcy. Należy mieć jednak na uwadze, że Prezes UZP powołał się na oświadczenie wykonawcy, zgodnie z którym: „na oferowaną cenę wpływ miały inne czynniki, jak chociażby znane i zastosowane rozwiązania techniczne, proces seryjnej produkcji pojazdów, współpraca ze stałymi poddostawcami, realizacja licznych projektów opartych na zbliżonych rozwiązaniach technicznych w zakresie oferowanych produktów”. Ponownie podkreślić należy, że tego rodzaju oświadczenia są ogólne, mogą być przedstawiane przez każdego z wykonawców, którzy biorą udział w postępowaniach, jednocześnie nie wyjaśniają

wysokości zaoferowanej ceny. Tym samym należy uznać, że tak ogólne oświadczenie nie może być wiarygodnym dowodem potwierdzającym należyte i dokładne oszacowanie zamówienia. Nie można, w ocenie Izby, przy wyjaśnieniu wysokości zaoferowanej ceny, nie wskazać konkretnych elementów kosztowych, w tym cen poszczególnych elementów z podaniem wyczerpującego uzasadnienia i konkretnego dowodu, w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę, która została zaoferowana. Ponownie Izba podkreśla, że celem uzyskania wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny jest uzyskanie wiarygodnych i pełnych wyjaśnień, nie zaś ogólnych stwierdzeń, czy oświadczeń. Brak uzyskania konkretnych wyjaśnień nie stanowił podstawy do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Podstawową kwestią jednak w niniejszej sprawie jest fakt, że prawidłowość działań Zamawiającego w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny została już oceniona w sposób przewidziany prawem przez Krajową Izbę Odwoławczą – organ właściwy do zbadania, w toku procedury odwoławczej, prawidłowości decyzji i działań Zamawiającego podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...)

Nadto, Izba dopuściła prowadzenie ograniczonego postępowania dowodowego również w kierunku wykazywania prawidłowości indywidualnej kalkulacji cenowej odwołującego. Jak wskazano w przedmiotowym wyroku z dnia 20 grudnia 2013 roku o sygnaturze KIO 2794/13, Izba „w tym zakresie oceniła więc informacje podawane przez X na swój temat – z zastrzeżeniem, iż w przeciwieństwie do wyjaśnień składanych zamawiającemu, wszystkie deklaracje składane w postępowaniu odwoławczym, co do faktów spornych pomiędzy stronami, muszą zostać udowodnione. Ww. informacje i dotyczące ich dowody nie wykazały, iż cena ofertowa odwołującego została skalkulowana na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia i pokrywa całość kosztów wykonania zamówienia, które wykonawca poniesie – w ten sposób pośrednio potwierdzając, czy raczej wzmacniając, słuszność oceny wyjaśnienia z dnia 30.10.2013 r. dokonanej przez zamawiającego. Przede wszystkim jednak, w ramach dopuszczalnego do dowodzenia na tym etapie zakresu okoliczności, dowody te nie wykazały, iż w ww. wyjaśnieniach podano konkretne informacje, z których przynajmniej można było wyprowadzić dane niezbędne do potwierdzenia prawidłowości wyceny oferty.”

(...) należy zauważyć, że właśnie system zamówień publicznych ma na celu zapewnienie oszczędnego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Elementem tego systemu jest instytucja rażąco niskiej ceny, która ma na celu eliminację wykonawców oferujących wykonanie zamówienia za cenę nierealną, a tym samym narażenie Zamawiającego na straty. Zamawiający jest zobowiązany do czuwania i sprawdzenia, czy wykonawcy nie zaoferowali realizacji zamówienia za cenę rażąco niską. W sytuacji gdy (tak jak w niniejszym postępowaniu) wyjaśnienia wykonawcy co do zaoferowanej ceny były klarowne, a jednocześnie merytorycznie i konkretnie nie uzasadniały zaoferowanej ceny, Zamawiający nie był zobligowany do dalszego ich wyjaśniania. Ponownie należy podkreślić, że równocześnie system zamówień publicznych wprowadza zasadę, która ma na celu zapewnienie równości traktowania wszystkich wykonawców. Przy wielokrotnym składaniu przez wykonawcę wyjaśnień, w stosunku do Zamawiającego mógłby zostać postawiony zarzut prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą, jak również naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Art. 91

213. Sygn. akt: KIO/KD 65/11, Uchwała KIO z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, nie może podzielić stanowiska zamawiającego odnośnie stwierdzonego naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Kontrolującego, iż kryterium oceny ofert – wartość darmowych bonów – jest niedopuszczalne w świetle art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem nie jest kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia. Nie odnosi się ono ani do właściwo-

ści oferowanego świadczenia, ani do warunków jego spełnienia. Zgodnie natomiast z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. (...) [aktualnie, po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29.08.2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) we wskazanym przepisie jako przykładowe wymienia się kryteria: cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji – przyp. red.]. Kryterium oceny ofert musi dotyczyć właściwości oferowanego przedmiotu świadczenia lub też warunków jego spełnienia. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga fakt, że darmowe bony nie zostały przez zamawiającego w żaden sposób opisane w punkcie SIWZ i ogłoszenia zawierającym opis przedmiotu zamówienia. Nie wiadomo zatem, czy miały charakteryzować się takimi cechami jak świadczenie podstawowe, czy mogły też posiadać zupełnie odmienne od przedmiotu dostawy cechy.

Słusznie wskazano w toku kontroli, że zastosowanie przedmiotowego kryterium mogło prowadzić do obejścia przepisów dotyczących zakazu oferowania bonów towarowych poniżej ich wartości nominalnej. Zamawiający pośrednio „wymusił” na wykonawcach dokonanie czynności w postaci złożenia oferty, która stanowić może czyn nieuczciwej konkurencji. Za naganną należy uznać odpowiedź zamawiającego na protest [*instytucja protestu została zlikwidowana przepisami ustawy z 2.12.2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – przyp. red.*] jednego z wykonawców z dnia 17 listopada 2009 roku, jakoby wykonawcy nie byli zobowiązani do zaofiarowania świadczenia dodatkowego, a oferta taka również będzie ważna. Przy tak ukształtowanej wadze poszczególnych kryteriów, iluzoryczną wydaje się możliwość złożenia oferty bez świadczenia dodatkowego i jednocześnie realna szansa na uzyskanie zamówienia.

Kryterium zastosowane w postępowaniu sprowadza się do przyznania złożonej ofercie określonej liczby punktów w sytuacji oferowania przez wykonawcę spełnienia dodatkowego świadczenia wykraczającego poza zakres przedmiotowy zamówienia, tj. dokonania nieodpłatnej dostawy bonów towarowych. Spełnienie powyższego świadczenia w żadnym stopniu nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. Nie ma tutaj znaczenia, że świadczenie dodatkowe jest związane, czy też tożsame z przedmiotem zamówienia, zaznaczając, iż owa tożsamość z przedmiotem zamówienia nie została wykazana.

214. Sygn. akt: KIO/KD 96/11, Uchwała KIO z dnia 21 grudnia 2011 r.

Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, co stanowi fundamentalną zasadę Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z tą zasadą zamawiający ma obowiązek określić kryteria oceny ofert oraz znaczenie, jakie im przypisuje, w sposób równy i obiektywny dla wszystkich wykonawców. Sposób oceny ofert powinien być tak sformułowany, aby zapewniał obiektywną ocenę złożonych ofert. Oznacza to, że powinna zostać ograniczona możliwość subiektywnej, uznaniowej i dowolnej oceny dokonanej przez członków komisji przetargowej lub inne osoby wykonujące czynności w tym zakresie z ramienia zamawiającego. Osiągnąć można to wyłącznie wtedy, gdy szczegółowość, kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert umożliwia każdemu znającemu treść ofert dokonanie ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny oraz hierarchizacji w rankingu ofert. (...)

Rację należy przyznać Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, iż jeżeli zamawiający określa dane kryterium przez następujący opis „za poszczególne kryteria członkowie komisji przetargowej będą przyznawać punkty w skali od 1–10” naraża się na zarzut arbitralnego wyboru

najkorzystniejszej oferty. Poprzez zapis „propozycja przeprowadzenia pilotażu pod kątem zgodności z metodyką Prince2 oraz ITIL” zamawiający bowiem nie sprecyzował dostatecznie, co konkretnie miało znaleźć się w takiej propozycji, jakie jej elementy byłyby najwyżej oceniane i jaka byłaby to ocena. Samo powoływanie się w wyjaśnieniach, a następnie zastrzeżeniach na treść projektu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności jako podstawy dla prowadzenia oceny złożonych ofert należy uznać za niewystarczające. Istotnie założenia dla takiego kryterium mogą znajdować oparcie w tego typu dokumencie, ale winny znaleźć swoje jasne i jednoznaczne odzwierciedlenie w treści SIWZ. Tymczasem SIWZ w ogóle na ww projekt rozporządzenia jako podstawy do oceny ofert w kryterium A się nie powołuje. Tym samym powyższe uzasadnienie uznać należy za ogólnikowe i gołosłowne, a Wykonawcy nie posiadali informacji niezbędnych dla ustalenia, jakie elementy będą punktowane w ramach propozycji pilotażu. W istocie zamawiający nie określił kryteriów, jakimi kierowała się komisja przetargowa, przyznając punktację w ramach tego kryterium.

215. Sygn. akt: KIO/KD 38/13, Uchwała KIO z dnia 9 maja 2013 r.

Niezależnie od faktu, że do zamówienia będącego przedmiotem kontroli stosuje się przepis art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, z którego wynika dopuszczalność ustalania kryteriów oceny ofert również na podstawie właściwości wykonawcy, oczywiście jest, że kryteria te są ustalane w siwz (art. 36 ust. 1 pkt 13), a zatem ich treść musi być znana wykonawcom zamierzającym złożyć ofertę. Wszystkie kryteria, zarówno przedmiotowe, jak i podmiotowe oraz ich znaczenie i sposób oceny ofert muszą być jasne i precyzyjne. W przedmiotowym postępowaniu wobec nieprecyzyjne zdefiniowania kryteriów nastąpiło późniejsze (po terminie składania ofert) ich doprecyzowaniu przez komisję przetargową. Tym samym doszło do niedopuszczalnej zmiany kryteriów w trakcie postępowania. Dokonana w następstwie tych czynności ocena ofert, w znaczącym stopniu oparta na subiektywnych odczuciach poszczególnych członków komisji przetargowej i mająca znaczenie dla wyniku postępowania, obarczona jest wadą. W postępowaniu zamawiający naruszył zatem zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. 1 oraz przepisy art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 91 ust. 1 ustawy pzp.

Art. 93 ust. 1 pkt 6

216. Sygn. akt: KIO/KD 4/13, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Unieważnienie postępowania, na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy jest możliwe, ale pod warunkiem wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zatem, aby można było uznać, że zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, muszą wystąpić łącznie trzy przesłanki, tj.:

- zmiana okoliczności musi faktycznie zaistnieć, nie wystarczy tylko możliwość jej zaistnienia;
- musi być na tyle istotna, że musi powodować, że dalsze prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym;
- zmiany okoliczności nie można było wcześniej obiektywnie przewidzieć (przy zachowaniu przez zamawiającego należytej staranności).

Powyższe prowadzi do wniosku, iż unieważnienie przez zamawiającego postępowania możliwe jest tylko w sytuacji, gdy na skutek nadzwyczajnych okoliczności, już po wyborze najkorzystniejszej oferty, realizacja danego zamówienia byłaby niecelowa lub wiązałaby się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. W takim przypadku zamawiający mając na uwadze interes publiczny, posiada możliwość unieważnienia postępowania. Omawiana przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy więc zdarzeń wyjątkowych i może mieć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypad-

kach. Przy tym, decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania powinna być przy stosowaniu niniejszej przesłanki pozbawiona jakiegokolwiek uznaniowości.

Okoliczności sprawy wskazują, iż zamawiający zaniechał udzielenia zamówienia w zakresie części 2 zamówienia, mimo iż zgodnie z protokołem postępowania miał przewidziane na ten cel środki. Unieważnienie postępowania w takich okolicznościach z uwagi na hipotetyczną możliwość uzyskania oferty w powtórzonym postępowaniu o cenie niższej nie stanowi okoliczności, która uzasadniałaby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia. Niewątpliwie bowiem zamawiający powołał się nie na rzeczywistą zmianę, ale na możliwość jej zaistnienia w przyszłym, powtórzonym postępowaniu. Tymczasem, aby móc uznać, że zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, zmiana okoliczności musi faktycznie zaistnieć, tzn., że nie wystarczy tylko możliwość jej zaistnienia. Brak tej przesłanki w wystarczającym stopniu przesądza o bezpodstawnym zastosowaniu przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy. Tym samym stwierdzić należy, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, unieważniając postępowanie w zakresie części 2 oraz jednocześnie dopuszczając się zaniechania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Art. 93 ust. 1 pkt 7

217. Sygn. akt: KIO/KD 52/10, Uchwała KIO z dnia 16 lipca 2010 r.

W przedmiocie naruszenia, polegającego na bezpodstawnym unieważnieniu postępowania, Izba nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego, bowiem nie wykazał on, iż naruszenie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania. Powołanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jako podstawy unieważnienia postępowania, rodzi konieczność odwołania się do normy zawartej w przepisie art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, która zawiera katalog przyczyn stanowiących o nieważności umowy. Jednym z powodów tam wskazanych jest naruszenie przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik postępowania. W niniejszym stanie faktycznym nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na zadane pytanie, mimo istnienia takiego obowiązku. Jednakże sam fakt przekroczenia wskazanej normy nie prowadzi do nieważności umowy. Ustawodawca bowiem wyraźnie wskazał, iż nieważność umowy zachodzi w sytuacji, w której konsekwencją naruszenia przepisów ustawy jest wadliwy wynik postępowania. Zdaniem Izby, brak podstaw do stwierdzenia, iż niezdefiniowanie wykształcenia w zakresie ewaluacji (na pytanie jednego z wykonawców) spowodowało, iż rozstrzygnięcie postępowania obarczone byłoby błędem. W żaden sposób nie można przesądzić, że wykonawca zadający pytanie, bądź jakikolwiek inny potencjalny wykonawca nie złożyli oferty, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Tylko bowiem jednoznaczne stwierdzenie wpływu naruszenia na wynik postępowania stanowi o nieważności umowy.

218. Sygn. akt: KIO/KD 85/12, Uchwała KIO z dnia 2 listopada 2012 r.

(...) podkreślenia wymaga, iż unieważnienie postępowania jest czynnością, której zamawiający może dokonać wyłącznie w sytuacji wystąpienia co najmniej jednej przesłanki wymienionej w art. 93 ust. 1 i 1a ustawy Pzp. Przesłanki unieważnienia postępowania należy interpretować ściśle, gdyż unieważnienie postępowania jest wyjątkiem od zasady trwałości postępowania, jak również jego celu, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie w konsekwencji umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto katalog przesłanek umożliwiających zamawiającemu unieważnienie postępowania ma charakter wyczerpujący i zamknięty.

Zamawiający jako podstawę prawną unieważnienia postępowania wskazał przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który stanowi, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada ta więc musi dotyczyć samego postępowania, oznaczać naruszenie przepisów ustawy Pzp. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że upływ terminu

związania ofertą czy nieprzedłużenie terminu związania ofertą odnoszące się w sposób oczywisty do złożonej w postępowaniu oferty w żaden sposób nie oznaczają, że postępowanie prowadzone było w sposób wadliwy. Nie ziszcila się zatem pierwsza z przesłanek unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Po drugie zaś – wada postępowania musiałaby być tego rodzaju, że prowadziłaby do sytuacji, w której nawet gdyby umowa została zawarta, to i tak podlegałaby unieważnieniu. Tak sformułowania przez ustawodawcę druga z przesłanek odsyła do treści art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy Pzp, regulującego przypadki, w których umowa o udzielenie zamówienia publicznego podlegałaby unieważnieniu.

W uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania z 24 maja 2010 r. zamawiający wskazał na jeden z takich przypadków wymienionych w art. 146 ust. 1. W ocenie zamawiającego dalsze prowadzenie postępowania i zawarcie umowy doprowadziłoby mianowicie do unieważnienia umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywołanego przepisu „umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy”. Z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wynika zatem konieczność wystąpienia dwóch pozostających w adekwatnym związku przyczynowym przesłanek:

- a) naruszenie okresu oczekiwania na zawarcie umowy (*standstill*) wynikającego z art. 94 ust. 1 i 183 ust. 1 ustawy Pzp,
- b) które uniemożliwiło Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy.

Zamawiający w decyzji o unieważnieniu postępowania wskazał, że „nie ma możliwości zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w terminie określonym w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp”. Należało zatem skupić się na tym, czy w istocie podpisanie umowy po upływie terminu związania ofertą naruszałoby przepis art. 94 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 94 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie:

- 1) nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;
- 2) nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo 10 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób – w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Przywoływany przepis ustanawia instytucję minimalnego okresu, jaki musi upłynąć między poinformowaniem wykonawców o wynikach postępowania (przez przesłanie im zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej) a zawarciem umowy. Okres ten, nazywany „okresem zawieszenia typu *standstill*”. Instytucja ta jest ściśle związana z środkami ochrony prawnej przysługującymi wykonawcom wobec czynności zamawiającego. Stąd zbieżność terminów z art. 94 ust. 1 i art. 182 ust. 1 ustawy Pzp. Jej celem jest umożliwienie wykonawcom, niezadowolonym z podjętej przez zamawiającego decyzji, jak najpełniejszego skorzystania ze środków odwoławczych. Dostrzeżenia wymaga, że w razie przesłanki do uwzględnienia odwołania Izba może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego tylko wtedy, jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została jeszcze zawarta (por. art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp). Po zawarciu umowy nakazanie zamawiającemu dokonania takich czynności naprawczych jest już niemożliwe.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt stanu faktycznego niniejszej sprawy należało dojść do wniosku, że art. 94 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obecnie obowiązującym ustanawia jedynie minimalny okres, w którym zawarcie umowy jest zakazane. Nie formułuje zaś w ogóle maksymalnego terminu, po upływie którego niedopuszczalne jest zawarcie umowy w sprawie zamó-

wienia publicznego. Z tego powodu twierdzenie zamawiającego, iż „nie ma możliwości zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego w terminie określonym w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp” było chybione. Dostrzeżenia wymagało, że zakaz zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, znajdował oparcie na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 23 października 2008 r. W ówczesnym stanie prawnym zamawiający miał obowiązek zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, jednak nie później niż przed upływem terminu związania ofertą. Zmiana stanu prawnego w zakresie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp dokonana ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), a która weszła w życie 24 października 2008 r. zerwała jednak z tą zasadą, pozostawiając jedynie terminy minimalne. Od 24 października 2008 r. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą jest zatem dopuszczalne, co potwierdził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu przywołanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych postanowienia z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08. Powyższe prowadzi do wniosku, że zamawiający zawierając umowę z wykonawcą po upływie terminu związania ofertą nie naruszyłby art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, co artykułował w uzasadnieniu swej decyzji o unieważnieniu postępowania z 24 maja 2010 r. Nie została zatem wykazana przez zamawiającego przesłanka unieważnialności umowy z 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie zachodziły przesłanki do unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp.

219. Sygn. akt: KIO/KD 34/14, Uchwała KIO z dnia 17 kwietnia 2014 r.

Prezes Urzędu ustalił, że Zamawiający błędnie zapisał wzór dotyczący kryterium „okres gwarancji”, nieprawidłowo uwzględniając w nim minimalny okres gwarancji wśród złożonych ofert, a prawidłowy wzór powinien być następujący: $G_n = (G_{max}/G_n * 100 \text{ pkt} * \text{waga } 30\%) * I_{ck}$. W wyniku kontroli ustalono, że oceniając oferty Zamawiający posłużył się opisanym w SIWZ (błędny) wzorem, biorąc pod uwagę minimalny, a nie maksymalny okres gwarancji wśród złożonych ofert. (...)

Po pierwsze należy wskazać, że zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia albo oferta z najniższą ceną. Kryteria oceny ofert ustanawiane przez zamawiającego według jego uznania, w granicach wyznaczonych przepisami art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, mają prowadzić do wyboru oferty, która zapewnia wykonanie zamówienia na jak najkorzystniejszych z punktu widzenia zamawiającego warunkach. Nie ma żadnych wątpliwości, że ofertą gwarantującą lepsze warunki wykonania zamówienia (a więc ofertą, która powinna uzyskać wyższą punktację) jest dla Zamawiającego oferta z dłuższym okresem gwarancji. Zamawiający w zastrzeżeniach przyznał, że określony przez niego wzór oceny ofert pod kątem kryterium okresu gwarancji był wadliwy. Wprowadzenie takiego wzoru do specyfikacji i następnie zastosowanie go przy ocenie ofert doprowadziło do wyboru oferty z krótszym okresem gwarancji (a jednocześnie droższej), a zatem oferty mniej korzystnej, co stanowiło zaprzeczenie istocie postępowań przetargowych i naruszało przepisy art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie sposób podzielić poglądu Zamawiającego, który jednocześnie z przyznaniem wadliwości wzoru kwestionuje konieczność unieważnienia postępowania, nie wykazując przy tym w żaden sposób braku przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Izby wystąpiły wszystkie te przesłanki, bowiem postępowanie było obarczone wadą, której po upływie terminu składania ofert nie można było usunąć (niemożliwa była już modyfikacja SIWZ polegająca na zmianie wadliwego wzoru), a umowa zawarta w wyniku takiego postę-

powania podlegałaby unieważnieniu, jako zawarta z wykonawcą wybranym z rażącym, mającym wpływ na wynik postępowania, naruszeniem przepisów ustawy. Do wniosku takiego prowadzi ścisła wykładnia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Nie zasługuje na uwzględnienie podniesiona przez Zamawiającego argumentacja, że wybór wykonawcy nastąpił po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku z dnia 13 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 384/13). Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu, przedmiotem zarzutów odwołania rozpatrywanego przez Izbę nie była prawidłowość wzoru stosowanego do oceny ofert, zatem Izba nie oceniała (i nie mogła ocenić) tego aspektu postępowania, zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym całkowicie nieuprawnione jest wyciąganie z ww. orzeczenia wniosku, że wobec niewskazania przez Izbę na konieczność unieważnienia postępowania, przesłanki tego unieważnienia nie zaistniały.

Nie można również podzielić stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym o braku obowiązku unieważnienia postępowania świadczy fakt, że wzór służący ocenie ofert nie był kwestionowany przez uczestników postępowania. Nie zwalnia to bowiem Zamawiającego z obowiązku przeprowadzenia przetargu w sposób zgodny z przepisami ustawy, a konsekwencje wadliwości postępowania (konieczność unieważnienia postępowania albo zawarcie umowy podlegającej unieważnieniu) obciążają Zamawiającego niezależnie od podniesienia przez wykonawców stosownych zarzutów w tym zakresie.

Art. 94 ust. 3

220. Sygn. akt: KIO/KD 83/14, Uchwała KIO z dnia 1 października 2014 r.

Stosownie do treści art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy. Termin „uchylać się” według Słownika języka polskiego PWN, oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś”. Stwierdzenie zatem, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż wykonawca ten nie miał zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmował działania, które miały na celu niedopuszczenie do jej podpisania. Izba podziela w tym zakresie przywołane w informacji o wyniku kontroli stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 14 grudnia 1999 r, sygn. II CKN 624/98, gdzie sąd wyraził pogląd, iż uchylanie się powinno być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej. Podobny pogląd wyraził także Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 6 września 2005 roku (sygn. akt II Ca 460/05), w którym zaaprobował pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001 (sygn. akt II CKN 440/00).

Zdaniem Izby, całokształt okoliczności sprawy i postawa wykonawcy po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, nie pozwalają na stwierdzenie, że wykonawca ten świadomie i celowo uchylał się od podpisania umowy. Przeciwnie, korespondencja prowadzona z zamawiającym po wyborze oferty świadczy o tym, że wykonawca pozostawał w stałym kontakcie z zamawiającym i dążył do wyjaśnienia wszelkich rozbieżności i uzyskania informacji niezbędnych do prawidłowego przeprowadzenia procesu zmiany sprzedawcy energii elektrycznej, tj. ustalenia właściwej liczby punktów poboru energii, wskazania dotychczasowego sprzedawcy energii elektrycznej, terminu obowiązywania i rodzaju zawartej umowy, informacji o ilości dotychczasowych zmian sprzedawców energii, rozbieżności w ustaleniu NIP. Czynności podejmowane przez wybranego wykonawcę świadczyły raczej o istnieniu po jego stronie woli podpisania umowy, a nie uchylaniu się od jej zawarcia. Wola ta została wyrażona przez wykonawcę w spo-

sób jednoznaczny przez fakt podpisania umowy w ostatecznie wyznaczonym przez zamawiającego terminie i przesłania dwóch egzemplarzy umowy drogą pocztową do zamawiającego pisemem z dnia 11 stycznia 2013 r., nadanym w placówce Poczty Polskiej w dniu 14 stycznia 2013 r., które wpłynęło do Zamawiającego dnia 16 stycznia 2013 r.

Izba dostrzega znacznie i szczególny charakter przedmiotu zamówienia oraz starania zamawiającego zmierzające do zapewnienia ciągłości dostaw energii elektrycznej dla gminy, jednak w zaistniałym stanie faktycznym należy stwierdzić, że nie zaszły okoliczności uprawniające zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą X S.A. w oparciu o art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazano zamawiający mógł zawrzeć umowę na sprzedaż rezerwową, do czasu dopełnienia i wyjaśnienia wszelkich rozbieżności i niejasności z wykonawcą Y S.A., wybranym w trybie przetargu nieograniczonego i podpisania przez niego umowy. Ponadto wskazać należy, że oferta X S.A. nie była ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bowiem ofertą kolejną pod względem kryteriów oceny ofert była oferta Z S.A., który telefonicznie odmówił podpisania umowy. Zdaniem Izby, przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy, co oznacza, że nie może być interpretowany rozszerzająco i zamawiający może z niego skorzystać wyłącznie jednokrotnie. Oznacza to, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyli się od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może wybrać kolejną ofertę spośród pozostałych ofert. W sytuacji, gdy wykonawca wybrany w trybie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, również uchyli się od zawarcia umowy, zamawiający winien unieważnić postępowanie o zamówienie publiczne. W rozpatrywanym stanie faktycznym, skoro wykonawca Z S.A., wybrany w trybie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, odmówił podpisania umowy, zamawiający nie mógł ponownie zastosować tego przepisu i dokonać wyboru oferty X S.A.

Art. 95 ust. 1–ust. 2

221. Sygn. akt: KIO/KD 50/10, Uchwała KIO z dnia 7 lipca 2010 r.

Jeżeli chodzi o naruszenie przepisu art. 95 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to również co do stwierdzenia tego naruszenia Izba podziela stanowisko Kontrolującego.

Nie ulega wątpliwości, że ogłoszenie o zawarciu umowy w sprawie zamówienia powinno być w przypadku zamówień przekraczających progi unijne przekazywane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich niezwłocznie po zawarciu umowy. Niedookreślony termin „niezwłocznie” powinien być interpretowany w kontekście charakteru czynności zamawiającego, z którą jest związany. Wydaje się, że w rozważanym przypadku przekazanie ogłoszenia o zawarciu umowy można uznać za dokonane niezwłocznie, jeśli następuje następnego dnia roboczego lub w ciągu kilku kolejnych dni po zawarciu umowy. W innych sytuacjach zamawiający musi wykazać, że przekazanie ogłoszenia zaraz po zawarciu umowy nie było możliwe i nastąpiło tak szybko, jak tylko pozwalały na to okoliczności.

W złożonych wyjaśnieniach zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności, które tłumaczyłyby jego działanie lub usprawiedliwiły zaniechanie przekazania ogłoszenia o podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego niezwłocznie. Powoływanie się na realizowane zadania nie jest żadnym argumentem uzasadniającym przekazanie ogłoszenia po upływie około 3 miesięcy od zawarcia umowy. Co więcej, w wyjaśnieniach zamawiający przywołuje termin wynikający z postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE, którego również nie dotrzymał. Nawet jeżeli przyjąć, iż w tym wypadku zachowanie zamawiającego nie miało wpływu na wynik przeprowadzonego postępowania, to można zastanowić się czy zamawiający nie naruszył jednej z podstawowych zasad zapisanych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ustawy. Co prawda nie jest to zasada bezwzględnie obowiązująca, ponieważ w przypadkach określonych w ustawie, możliwe jest ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, tym niemniej nie jest to przypadek wynikający z niniejszej kontroli.

Nie można także zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że niedochowanie terminowości obowiązku wynikającego z art. 95 ust. 2 ustawy Pzp nie naruszyło interesu wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu z pewnością byli zainteresowani jego wynikiem, tj. czy doszło w nim do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przejawem takiej informacji dla wykonawców jest właśnie zamieszczenie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Ogłoszenie to bowiem wskazuje na definitywne zakończenie postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Przy braku publikacji niniejszego ogłoszenia wykonawcy nie posiadają wiedzy co do stanu prawnego i faktycznego toczącego się postępowania.

222. Sygn. akt: KIO/KD 47/12, Uchwała KIO z dnia 23 maja 2012 r.

Odnosząc się do naruszenia art. 95 ust. 1 ustawy – Jeżeli wartość zamówienia lub umowy ramowej jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej zamieszcza ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych – w ocenie Izby argumentacja wskazana przez Zamawiającego nie uzasadnia jego stanowiska. Termin określony w art. 95 ust. 1 ustawy uzależniony jest od pewnego zdarzenia, którym jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca posłużył się w tym przepisie zwrotem „niezwłocznie” rezygnując z określenia terminu liczonego w dniach. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest najszybciej jak to jest możliwe (niezwłocznie), po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego do zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Wskazać należy również, że Zamawiający, odnosząc się do tego, iż publikacja ogłoszenia o zamówieniu uzależniona jest od sytuacji w danym miejscu i czasie, nie podał w zastrzeżeniach do kontroli żadnych argumentów, które wskazywałyby na to, iż dokonał czynności publikacji ogłoszenia o zamówieniu niezwłocznie uwzględnivszy okoliczności jakie zaistniały po stronie Zamawiającego w okresie od 20 marca 2008 roku (podpisania umowy) do dnia 14 sierpnia 2008 roku (publikacji ogłoszenia o zamówieniu). Tym samym, w ocenie Izby został naruszony przepis art. 95 ust. 1 ustawy.

223. Sygn. akt: KIO/KD 26/14, Uchwała KIO z dnia 9 kwietnia 2014 r.

Zamawiający przyznał, że umowę w sprawie zamówienia publicznego zawarł w dniu 29 czerwca 2012 r., podczas gdy ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych już w dniu 14 czerwca 2012 r. Tymczasem, zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek zamieścić ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych niezwłocznie „po” zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brzmienie tego przepisu nie pozostawia jakiegokolwiek pola do interpretacji. Udzielenie zamówienia następujące dopiero w chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Stąd też ogłoszenie o udzieleniu zamówienia nie może być zamieszczone w publikatorze przed podpisaniem umowy, jak to miało miejsce w analizowanej sprawie. Powody zaistnienia takiej sytuacji, jak również okoliczność, iż stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania, pozostawały bez znaczenia. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Pzp kontrolujący ma obowiązek wskazania w informacji o wyniku kontroli wszelkich naruszeń, a nie jedynie naruszeń „mających wpływ na wynik postępowania”.

224. Sygn. akt: KIO/KD 86/14, Uchwała KIO z dnia 30 września 2014 r.

Zamawiający nie wykazał istnienia istotnych przeszkód uniemożliwiających mu przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia wcześniej niż niemal po trzech miesiącach po zawarciu umowy. Przeszkodą tą z całą pewnością, przy istniejących sposobach komunikacji, nie może być fakt, że inna jednostka organizacyjna Zamawiającego jest odpowiedzialna za podpisanie umowy, a inna za publikację. Praktyka innych podmiotów ze sfery finansów publicz-

nych (w tym uczelni wyższych) potwierdza, że podejmowanie czynności, w tym publikowanie obowiązkowych ogłoszeń w przeciągu kilku dni (nie zaś tygodni, czy miesięcy) jest powszechna. Niewątpliwie moment zrealizowania zamówienia należy uznać za ostateczną cenzurę czasową publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a w przedmiotowym stanie faktycznym nawet ona nie została dochowana.

Art. 96 ust. 1

225. Sygn. akt: KIO/KD 9/11, Uchwała KIO z dnia 14 lutego 2011 r.

Izba uznała, iż podanie w jednym z druków ZP (ZP-2) błędnej informacji co do ilości złożonych ofert, należy uznać za omyłkę pisarską, a nie naruszenie zasad prowadzenia protokołu postępowania określonych w art. 96 ust. 1 ustawy oraz treści rozporządzenia wykonawczego. Już z treści samego druku ZP-2 można było wywnioskować, iż informacja o ilości złożonych ofert (5) nie jest spójna z dalszymi zapisami dotyczącymi wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu (4) oraz ofert odrzuconych (0). Nie można, w oparciu o stwierdzoną niezgodność, stawiać zarzutu, iż zamawiający nie prowadził protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, która to okoliczność uzasadniałaby zarzut naruszenia art. 96 ust. 1 ustawy. Zamawiający przedstawił kompletny protokół postępowania, którego załącznikami są również oferty. Informacja o rzeczywistej ilości ofert złożonych w postępowaniu mogła być bez problemu ustalona ponad wszelką wątpliwość. W tych okolicznościach, Izba uznała, iż zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów o prowadzeniu protokołu postępowania i zastrzeżenia Zamawiającego w tym zakresie uznała za zasadne.

Art. 132

226. Sygn. akt: KIO/KD 104/14, Uchwała KIO z dnia 4 grudnia 2014 r.

W drugiej kolejności, odnosząc się merytorycznie do wskazanej kwestii, podniesionej w zastrzeżeniach od wyników kontroli Prezesa UZP, Izba stwierdziła, że niewątpliwie zamówienie udzielone przez Zamawiającego mieści się w zakresie regulacji ustawy Pzp dotyczącej przepisów szczególnych tej ustawy, tj. zamówień sektorowych (dział III rozdział 5 ustawy Pzp). Przepisy odnoszące się do zamówień sektorowych są przepisami szczególnymi, kierującymi się własnymi regułami odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego. Regulowanie to stanowi w pewnym sensie kompletną regulację wprowadzającą swego rodzaju ułatwienia przy udzielaniu tego rodzaju zamówień. Regulacje zawarte w tym zakresie przewidują m.in. wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień sektorowych. Wyłączenia te zostały określone przez ustawodawcę w art. 136–138 ustawy Pzp.

Art. 133 ust. 3

227. Sygn. akt: KIO/KU 40/14, Uchwała KIO z dnia 7 maja 2014 r.

Zgodnie natomiast z dyspozycją art. 133 ust. 3 ustawy Pzp, do zamówień sektorowych nie stosuje się art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp. Przedmiotowy zakaz w odniesieniu do zamawiających sektorowych jest zakazem bezwzględnym – ustawa w ww. przepisie jednoznacznie stanowi, że w odniesieniu do tego typu zamawiających wymóg wykazywania się niepodleganiem wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp nie może mieć zastosowania.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że zamawiający żądając od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokumentu, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, naruszył art. 133 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z kolei wskazanie szerszego zakresu dokumentów wymaganych

od ww. wykonawców niż od wykonawców posiadających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 133 ust. 3 ustawy Pzp. (...)

Izba za bezzasadne uznała zastrzeżenia Zamawiającego co do żądania dokumentów zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego. Należy zauważyć, że Zamawiający sam przyznał, że popełnił omyłkę w treści SIWZ i ogłoszenia, żądając dokumentów od wykonawców zagranicznych, których nie zażądał od wykonawców krajowych. Okoliczność ta jednoznacznie wynika także z treści tych dokumentów. Zamawiający wytłumaczył żądanie swoją omyłką, jednakże przyczyny, dla których zażądał od wykonawców zagranicznych dokumentów, których żądać nie powinien, mają znaczenie wtórne. Podstawowe znaczenie ma fakt, że takie żądanie traktujące w sposób nierówny wykonawców nastąpiło.

Art. 140 ust. 1

228. Sygn. akt: KIO/KD 10/13, Uchwała KIO z dnia 4 lutego 2013 r.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 140 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych skład opiniujący Izby potwierdza ustalenia organu kontrolującego, że zmienione przez zamawiającego postanowienia umowy w par. 1 ust. 3 oraz par. 2 ust. 2 dotyczyły zakresu wykonywania zamówienia, czyli umożliwienia poboru opłat parkingowych z wykorzystaniem telefonów komórkowych. Zamawiający, zawierając umowę, zrezygnował z powyższej formy opłaty jako obligatoryjnej. Niesporne jest, że sposób taki, tj. wnoszenie opłat parkingowych przez wysłanie wiadomości sms stanowił część opisu przedmiotu zamówienia i zawarty był w ofertach wykonawców.

W tym świetle dokonanie przez zamawiającego treści umowy w stosunku do wzoru umowy stanowiącego część postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiło naruszenie postanowień art. 140 ust. 1 ustawy pzp. W złożonych zastrzeżeniach zamawiający wskazuje, że dokonana zmiana postanowień umowy jest nieistotna i opiera się na przepisie art. 144 ustawy pzp. W ocenie Izby przedmiotowa zmiana nie jest nieistotna, biorąc pod uwagę, że jako jeden ze sposobów wnoszenia opłat parkingowych, tj. poprzez wysłanie sms, jest częścią świadczenia wykonawcy. Przy tym właśnie zmienionego przez zamawiającego sposobu wnoszenia opłat dotyczył obowiązek posiadania zgody Prezesa Narodowego Banku Polskiego, o czym była mowa w części pierwszej niniejszej opinii. Ponadto specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewidywała możliwości dokonania takiej zmiany ani warunków zmiany, co jest warunkiem wynikającym z przepisu art. 144 ust. 1 ustawy pzp.

Art. 144

229. Sygn. akt: KIO/KD 97/12, Uchwała KIO z dnia 21 grudnia 2012 r.

Izba uznała również za uzasadnioną przedstawioną w pkt 6 Informacji o wyniku kontroli ocenę dotyczącą naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten zakazuje 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Należało więc ustalić po pierwsze, czy dokonana zmiana ma charakter istotny, a następnie, czy możliwość i warunki jej dokonania zostały określone w SIWZ.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, poparte orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (m. in. wyrok C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur), zgodnie z którym zmiana terminu realizacji zamówienia może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które mogłyby zmienić krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeżeli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia. Zmianę polegającą na

wydłużeniu terminu wykonania zamówienia o sześć miesięcy (tj. o około 4 razy w stosunku do pierwotnego okresu jej realizacji) należy – zdaniem Izby – uznać za istotną. W związku z powyższym, warunkiem dopuszczalności wprowadzenia takiej zmiany było przewidzenie jej w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ i określenie warunków jej dokonania. Przesłanka ta, w ocenie Izby, nie została spełniona.

Nie można uznać za spełnienie tego warunku postanowienie § 17 ust. 1 wzoru umowy, który zakazuje zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy lub zmiany są korzystne dla inwestora. Chociaż trudno oczekiwać od zamawiających szczegółowego wskazania konkretnych, precyzyjnie opisanych przypadków uzasadniających zmianę umowy, to jednak konieczne jest zachowanie pewnego stopnia skonkretyzowania dopuszczalnych zmian, co do ich rodzaju, przedmiotu czy zakresu. Postanowienie § 17 ust. 1 wzoru umowy nie wskazuje, nawet rodzajowo, przedmiotu i zakresu dopuszczalnych zmian, nie określa, na czym takie zmiany mogą polegać, dopuszczając daleko idącą dowolność. Jest ono zbyt ogólne, aby mogło być uznane za odpowiadające dyspozycji art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, dopuszcza bowiem wszelkiego rodzaju zmiany i nie precyzuje warunków ich dokonania. Tym samym nie mogło ono stanowić podstawy istotnej zmiany umowy. Niezależnie od tego, czy zmiana terminu wykonania zamówienia wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć przy zawarciu umowy, czy też spowodowana jest okolicznościami możliwymi do przewidzenia, nie zostały spełnione ustawowe przesłanki do jej dokonania.

230. Sygn. akt: KIO/KD 3/13, Uchwała KIO z dnia 23 stycznia 2013 r.

Słuszne jest stanowisko wyrażone przez Prezesa UZP, że skoro stosownie do art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, to *a contrario* do umów zawartych po dniu wejścia w życie nowelizacji, tj. po 24 października 2008 r., stosuje się nowe przepisy. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 29.08.2008 r., natomiast umowa w sprawie udzielenia zamówienia została zawarta w dniu 19.02.2009 r. Zastosowanie zatem znajduje w niniejszej sprawie przepis, zmieniony ww. nowelizacją, art. 144 ust. 1 Pzp, dotyczący dopuszczalności zmiany umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania tego przepisu nie ma znaczenia moment wszczęcia postępowania, po przeprowadzeniu którego została zawarta umowa o zamówienie publiczne, ale moment zawarcia umowy. Stosownie do brzmienia znowelizowanego art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego 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, a zatem zawarcie aneksu nr 2 do umowy z dnia 19.02.2009 r. było niezgodne z § 10 ust. 2 umowy z dnia 19.02.2009 r., gdyż czas trwania tej umowy do 30.08.2011 r. był Zamawiającemu znany, zatem nie była to okoliczność, której nie można było przewidzieć.

W ocenie Izby nie można się zgodzić z Zamawiającym, że zawarcie aneksu nr 2 do umowy nr 4/ZP-WZP-100/2008 nie spowodowało zmiany zakresu tej umowy, a co za tym idzie udzielenia nowego zamówienia, gdyż zmiana terminu zakończenia projektu nie oznaczała w rzeczywistości zmiany przedmiotu i zakresu zamówienia na wykonanie usługi Inżyniera Projektu. Niewątpliwie aneks nr 2 spowodował zmianę oferty wykonawcy poprzez rozszerzenie jej zakresu przedmiotowego. Tym samym w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp i zapisów dotyczących zmiany umowy, powyższa zmiana (aneks nr 2) była niedopuszczalna. Jak słusznie wskazał Prezes UZP przepisy art. 140 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowią, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym

w ofercie oraz, że nieważna jest umowa w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w siwz. Ponadto art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wyznacza podstawową zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stosownie do ww. przepisów, udzielenie wykonawcy w drodze aneksu do umowy zamówienia w zakresie przekraczającym zakres zawarty w jego ofercie i siwz, stanowi udzielenie wykonawcy nowego zamówienia z wyłączeniem zasad konkurencji i skutkuje naruszeniem art. 140 ust. 1 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Art. 147

231. Sygn. akt: KIO/KD 120/14, Uchwała KIO z dnia 13 stycznia 2015 r.

Zdaniem Izby Zamawiający niesłusznie uznał, że pierwsza z przedłożonych przez wykonawcę X Sp. z o.o. tytułem zapieczętowania należytego wykonania umowy gwarancja ubezpieczeniowa nr (...) z dnia 4 lutego 2014 r. była gwarancją nieprawidłową, ponieważ nie zabezpieczała roszczeń z tytułu rękojmi i była ograniczona tylko do odpowiedzialności za usunięcie lub nie wad i usterek. Zdaniem Izby przywołana gwarancja ubezpieczeniowa była wystarczająca dla zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp zamawiający może żądać zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które ma służyć pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (art. 147 ust. 2 ustawy Pzp). Oczywistym jest także, że z zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamawiający może dochodzić roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem zamówienia, jak również z tytułu rękojmi za wady. Powyższe pośrednio wynika z dyspozycji art. 151 ustawy Pzp, który to przepis w ust. 2 pozwala zamawiającemu na pozostawienie maksymalnie 30% wysokości zapieczętowania należytego wykonania umowy na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady.

W ocenie Izby treść gwarancji z dnia 4 lutego 2014 r. przedłożonej przez wykonawcę X Sp. z o.o. wskazującej na możliwość dochodzenia roszczeń z tytułu nie usunięcia lub nienależytego usunięcia ujawnionych wad i usterek w pełni zabezpiecza interesy Zamawiającego z tytułu rękojmi. Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że w pojęciu tym: „wady i usterek” mieszczą się tylko wady fizyczne, zaś nie mieszczą się ewentualne wady prawne. Zasadnym w tym zakresie było przywołanie przez Prezesa UZP w ustaleniach kontrolnych postanowień projektu umowy dotyczącego niniejszego zamówienia. Przywoływany § 14 projektu umowy wprost odnosi się do kwestii usunięcia przez wykonawcę wad i usterek w okresie rękojmi, co wskazuje na okoliczność, iż sam Zamawiający, również na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w taki sam sposób pojmował pojęcie „wad i usterek”. Zmiana jego stanowiska po wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu była nieuzasadniona. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na okoliczność, iż żadne postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu nie regulowały w sposób bardziej precyzyjny wymogów Zamawiającego co do zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi w ramach należytego zabezpieczenia umowy, którym dał wyraz dopiero po wniesieniu przez wybranego w postępowaniu wykonawcę zabezpieczenia.

W ocenie Izby nie ma znaczenia w kontekście oceny prawidłowości wniesionej przez wykonawcę X Sp. z o.o. gwarancji tytułem należytego wykonania umowy okoliczność, iż zarzut odnoszący się do treści przedłożonej Zamawiającemu gwarancji nie był kwestionowany przez wskazanego wykonawcę czy też samego Gwaranta. Wskazany wykonawca, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Zamawiającego przedłożył mu kolejną gwarancję tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie miał natomiast obowiązku wchodzenia w tym zakresie w spór z Zamawiającym; tym bardziej takiego obowiązku nie miał Gwarant. Podkreślić bowiem należy, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek prawidłowego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy Pzp, a także do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz jej finansowego zabezpieczenia na zasadach określonych w tych przepisach.

Art. 148**232. Sygn. akt: KIO/KU 54/11, Uchwała KIO z dnia 22 lipca 2011 r.**

(...) Izba podziela ocenę Prezesa Urzędu, iż zamawiający nie dopuszczając, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wnosząc zabezpieczenie podzielili je między siebie tak, że suma wszystkich części nie będzie niższa niż 10% ceny całkowitej oferty oraz żądając, aby zabezpieczenie to miało postać jednego dokumentu od jednego gwaranta, naruszył art. 148 ust. 1 Pzp. (...)

Zamawiający wyjaśnił jednoznacznie, iż „nie dopuszcza podziału zabezpieczenia (...) pomiędzy wykonawców składających ofertę. Zabezpieczenie powinno mieć formę jednego dokumentu od jednego Gwaranta” (...).

Przytoczona treść pytania wraz z udzieloną przez zamawiającego odpowiedzią nie pozostawia wątpliwości, iż zamawiający – w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – wykluczył, wbrew brzmieniu art. 148 ust. 1 Pzp, możliwość wniesienia zabezpieczenia wg wyboru wykonawcy w jednej lub kilku formach wprost stwierdzając, iż należy przedłożyć „jeden dokument od jednego Gwaranta”. Odpowiedź zamawiającego w omawianym zakresie ogranicza zatem uprawnienia wykonawców przyznane art. 148 ust. 1 Pzp w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp (do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie odpowiednio znajdują zastosowanie przepisy dotyczące wykonawcy). Zamawiający uniemożliwił także wykonawcom występującym wspólnie – wbrew normie wyrażonej w art. 148 ust. 1 Pzp w zw. z art. 141 ustawy statuującym solidarną odpowiedzialność wykonawców występujących wspólnie za wniesienie zabezpieczenia – wniesienie zabezpieczenia w ten sposób, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pokryje jakąś część wymaganego przez zamawiającego zabezpieczenia, przy czym „w sumie” nie będzie to mniej niż wymagane przez zamawiającego 10%. W konsekwencji zamawiający uchybił w powyższym zakresie art. 148 ust. 1 Pzp w zw. z art. 141 Pzp i w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp. (...)

Izba dzieląc argumentację Prezesa Urzędu podkreśla, iż za prawidłową uznać należy sytuację, w której każdy lub niektórzy z członków konsorcjum, bądź nawet podmiot trzeci, wniosą zabezpieczenie w jednej lub kilku z form wskazanych w art. 148 ust. 1 Pzp. Kluczowe jest, jak słusznie zostało zauważone przez Prezesa Urzędu, aby z treści dokumentu gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej, czy innego dokumentu wymienionego w art. 148 ust. 1 Pzp wynikało, że zabezpiecza dane, skonkretyzowane zobowiązanie łącznie na wymaganą kwotę oraz okres, bez względu na to, czy zabezpieczenie zostanie wniesione w jednej bądź kilku formach.

233. Sygn. akt: KIO/KU 109/11, Uchwała KIO z dnia 29 grudnia 2011 r.

Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu, iż zamawiający nie dopuszczając możliwości, aby wykonawcy składający ofertę wspólną złożyli zabezpieczenie nienależytego wykonania umowy w częściach w formie kilku gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych, w taki sposób, aby łączna kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiadała kwocie łącznej wymaganej przez zamawiającego, uchybił art. 148 Pzp. (...)

Jak trafnie zauważył Prezes Urzędu w Informacji ustawodawca pozostawił wykonawcy wybór form – „jednej lub kilku”, w których wniesie on zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Oznacza to, iż dopuszczalna jest sytuacja, w której wykonawca zdecyduje się na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w jednej formie, ale także w dwóch lub trzech lub więcej innych formach. W ustawie nie zostały wprowadzone żadne ograniczenia uzasadniające twierdzenie, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie są uprawnieni do złożenia wspólnego zabezpieczenia w szczególności, iż ponoszą za realizację zamówienia oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy odpowiedzialność solidarną (art. 141 Pzp), a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ust. 3

ustawy). Zgodzić się jednocześnie trzeba z zamawiającym, iż – jak podniósł w Zastrzeżeniach – postanowienia siwz (wyjaśnienia do niej) nie mogą zmienić bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a do takich należy z pewnością art. 141, 148 oraz 23 ust. 3 Pzp. Zatem postanowienia siwz niezgodne z normą o charakterze *ius cogens* pozostają bezskuteczne, co w konsekwencji oznacza, iż wykonawcy są uprawnieni do wniesienia zabezpieczenia w formach i na zasadach wynikających wprost z ustawy. Przedstawione stanowisko potwierdza uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2011 r. (sygn. KIO/KU 54/11).

Art. 150 ust. 1

234. Sygn. akt: KIO/KU 11/14, Uchwała KIO z dnia 3 marca 2014 r.

Zgodnie z treścią art. 150 ust. 1 ustawy Pzp wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Izba w pełni podziela stanowisko Prezesa UZP, że powołany przepis zawiera normę bezwzględnie obowiązującą i w przypadku, gdy Zamawiający decyduje się na żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest obowiązany określić sposób jego ustalenia zgodnie z treścią art. 150 ust. 1 ustawy Pzp, czyli określając kwotę zabezpieczenia należytego wykonania umowy jako procent ceny całkowitej podanej w ofercie, tj. z uwzględnieniem podatku od towarów i usług. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wskazuje jedynie jaki procent ceny całkowitej podanej w ofercie będzie stanowiło zabezpieczenie, o ile takiego zabezpieczenia żąda od wykonawców. Natomiast ustalenie konkretnej kwoty zabezpieczenia następuje dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Definicję ceny zawiera art. 2 pkt 1) ustawy Pzp, stanowiący, że przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385) [aktualnie regulacji tej odpowiada art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z d 10.07.2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915) – *przyp. red.*], zgodnie z którym w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług. Nie jest też uzasadniona obawa Zamawiającego, że mogłoby dojść do nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku, gdyby zażądał kwoty zabezpieczenia w stosunku procentowym do ceny wskazanej w ofertach poszczególnych wykonawców z uwzględnieniem podatku od towarów i usług. Istotą zabezpieczenia jest zabezpieczenie należytego wykonania umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej na podstawie konkretnej oferty wykonawcy wybranej jako najkorzystniejszej. Bezzasadne jest twierdzenie Zamawiającego, że wskazany przez niego mechanizm ustalenia kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy „miał na celu ustalenie kwoty zabezpieczenia jednakoowej dla wszystkich wykonawców”. Oczywiście jest, że kwota żądanego zabezpieczenia każdorazowo byłaby zindywidualizowana, gdyż odnosiłaby się do konkretnej oferty, która zostałaby wybrana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Art. 161 ust. 2

235. Sygn. akt: KIO/KD 47/14, Uchwała KIO z dnia 22 maja 2014 r.

Izba wskazuje, że celem kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonej na podstawie ustawy Pzp, zgodnie z zasadą legalności, jest sprawdzenie zgodności postępowania z przepisami ustawy (art. 161 ust. 2 ustawy Pzp). Zatem, każda stwierdzona niezgodność postępowania z przepisami ustawy, stanowi podstawę do uznania naruszenia przepisów ustawy.

236. Sygn. akt: KIO/KD 54/14, Uchwała KIO z dnia 2 lipca 2014 r.

Podkreślenia jednak wymaga okoliczność, iż kontrola sprawowana przez Prezesa UZP, zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp, ma charakter kontroli legalnej, polegającej na badaniu zgodności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy Pzp. W tym zakresie zatem Prezes UZP ma prawo i obowiązek wykazywania podmiotowi zamawiającemu wszelkich naruszeń przepisów ustawy Pzp, których ten dopuścił się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność wpływu określonego naruszenia przepisów ustawy Pzp powinna być przez Prezesa UZP oceniana w toku prowadzonej kontroli w kontekście wskazania zamawiającemu informacji o stwierdzonych naruszeniach i ich wadze (art. 164 ust. 2, czy w przypadku kontroli uprzedniej zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej – art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), czy jako podstawa do samego wszczęcia kontroli doraźnej (art. 165 ust. 1 ust. 3 i 4 ustawy Pzp), czy też przede wszystkim jako podstawa do rozważenia wystąpienia przez Prezesa UZP w trybie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 168 pkt 3 ustawy Pzp do sądu powszechnego o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego. W oparciu o powyższe jednak brak jest podstaw do stwierdzenia, że wszystkie naruszenia przepisów ustawy Pzp, które zostały stwierdzone przez Prezesa UZP w toku kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, muszą charakteryzować się wpływem na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby można było mówić o jakimkolwiek naruszeniu ustawy Pzp. Zdaniem Izby w toku kontroli taka ocena stwierdzonych przez Prezesa UZP naruszeń powinna nastąpić, jednakże brak wpływu na wynik postępowania nie konwaliduje określonego naruszenia przepisów ustawy Pzp, którego dopuścił się zamawiający.

237. Sygn. akt: KIO/KD 91/14, Uchwała KIO z dnia 10 października 2014 r.

Izba dodatkowo, podzielając stanowisko Prezesa Urzędu, stwierdza, że organy kontroli wewnątrzadministracyjnej wchodzące w skład systemu kontroli zamówień publicznych, realizując przyznane im uprawnienia kontrolne, działają niezależnie od siebie, a różnorodność stosowanych kryteriów, jak również odmienny charakter kontroli przyznanej przez ustawodawcę organom kontrolującym ma przełożenie na wyniki poszczególnych kontroli. Tak jak wskazano, w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez rzecznika dyscypliny finansów publicznych, dla ustalenia naruszenia prawa konieczne jest stwierdzenie celowego i świadomego działania zamawiającego [winy], co nie stanowi znamion naruszenia ustawy Pzp stwierdzanych w toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a ponadto ustalenia faktyczne, jak również prawne dokonane w toku postępowania prowadzonego przez właściwego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych nie są wiążące dla Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, któremu ustawodawca nadał własny zakres zadań i kompetencji kontrolnych.

Art. 163 ust. 1 pkt 3**238. Sygn. akt: KIO/KD 39/13, Uchwała KIO z dnia 15 maja 2013 r.**

Izba nie podzieliła zasadności zastrzeżenia, że w ustaleniach kontroli wśród zebranego materiału dowodowego pominięto opinię sporządzoną przez Eksperta Instytutu Funduszy Europejskich (nr akredytacji (...)) inż. Jerzego C., którą kierował się zamawiający, przy rozpatrzeniu spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Przepisy ustawy Pzp określają procedury obowiązujące zamawiającego w toku przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku, gdy dokonanie określonych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości

specjalnych, kierownik zamawiającego z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej może powołać biegłego (art. 21 ust. 4 ustawy Pzp). Również Prezes Urzędu prowadząc kontrolę może zasięgnąć opinii biegłych, jeżeli ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy lub dokonanie innych czynności kontrolnych wymaga wiadomości specjalnych (art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). W takim zakresie przepisy ustawy Pzp uprawniają zamawiającego i organ kontrolujący w toku wykonywania czynności do korzystania z wiadomości specjalnych innych osób. Wiadomości specjalne w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to przede wszystkim wiadomości spoza zakresu procedur przewidzianych ustawą Pzp. Wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia, uzależniony od spełnienia przesłanek warunkujących jego zastosowanie, to wiedza prawna. Co do zasady, podmiot stosujący prawo sam jest biegłym w tym zakresie.

Celem dowodu z opinii biegłego, w świetle art. 278 Kpc, nie jest ustalenie faktów mających znaczenie w sprawie, lecz udzielenie wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych. Opinia biegłego jest szczególnym środkiem dowodowym, który podlega ocenie sądu lub innego organu orzekającego w danej sprawie, posiadając moc dowodową na równi z innymi środkami dowodowymi (sąd lub organ nie jest związany opinią) – na podstawie opracowania „Biegły w postępowaniu cywilnym, Opinia, Odpowiedzialność, Wynagrodzenie”, Marek Rybarczyk, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa, 2001. Zatem, posługując się opinią biegłego należy mieć na uwadze, że może ona nie przeważać oceny opiniowanego zagadnienia, w oczekiwanym przez wnioskodawcę kierunku.

Art. 167

239. Sygn. akt: KIO/KD 29/12, Uchwała KIO z dnia 20 marca 2012 r.

W świetle przepisu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej. Dalej, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż rozstrzygając o zasadności wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń zobowiązana jest uwzględnić informację o stwierdzeniu naruszenia wraz z aktami kontroli oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego. Tym samym za niemające wpływu na rozstrzygnięcie Izby skład orzekający uznał treść późniejszych pism kierowanych przez Prezesa UZP i Zamawiającego tak do siebie wzajemnie, jak i adresowanych do Prezesa Izby.

240. Sygn. akt: KIO/KD 37/13, Uchwała KIO z dnia 9 maja 2013 r.

Skład orzekający Izby, wyrażając opinię w niniejszej sprawie, podzielił stanowisko Prezesa Urzędu, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości przedłużenia terminu do wniesienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej i tym samym pismo z dnia 9 kwietnia 2013 r. zostało potraktowane jako zastrzeżenia od wyników kontroli dotyczącej postępowania o udzielenie zamówień publicznych „Kompleksowa ochrona mienia (...) w okresie 01.02.2009 r. do 31.05.2010 r.”

241. Sygn. akt: KIO/KD 39/13, Uchwała KIO z dnia 15 maja 2013 r.

Zastrzeżenia, ze względu na cel, jaki mają osiągnąć, powinny przedstawiać stanowisko zamawiającego przeciwstawne stanowisku wyrażonemu w Informacji o stwierdzeniu naruszeń, kwestionujące ustalenia organu kontrolującego, czy to w zakresie faktów, czy kwalifikacji prawnej czynności zamawiającego, dokonanej w wyniku przeprowadzonej kontroli.

242. Sygn. akt: KIO/KD 73/13, Uchwała KIO z dnia 14 sierpnia 2013 r.

Wydając opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego Izba za podstawę przyjmuje ustalenia faktyczne i oceny prawne zawarte w informacji o wynikach kontroli i nie może wykraczać poza ich zakres. Przepisy ustawy nie dają Izbie ku temu żadnej podstawy. Informacja o wynikach kontroli nie zawiera ustaleń kontrolującego co do niezgodności treści innych odrzuconych ofert z treścią siwz oraz merytorycznego odniesienia stwierdzonej niezgodności do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, mimo, że kontrolujący stawia zarzut naruszenia tego przepisu.

Izba wyraża pogląd, że o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy kontrolujący ustalił stan faktyczny i przyporządkował go do przesłanek stosownej normy prawnej. Samo stwierdzenie, że w ofertach pozostałych wykonawców znajdują się uchybienia analogiczne jak w ofercie Pani Małgorzaty K. jest niewystarczające dla postawienia zarzutu, którego zasadność mogłaby być zbadana przez Izbę. Zarzut naruszenia przepisów ustawy z uwagi na swoją powagę i konsekwencje dla zamawiającego powinien mieć charakter konkretny, a nie ogólny. W zakresie ofert pozostałych wykonawców Izba stwierdza, że z informacji o wyniku kontroli nie wynika naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

243. Sygn. akt: KIO/KD 104/13, Uchwała KIO z dnia 10 grudnia 2013 r.

Pierwszą istotną dla rozstrzygnięcia sprawy okolicznością jest ustalenie przez Izbę zakresu regulacji art. 167 ustawy Pzp. W świetle przepisu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej. Dalej, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż rozstrzygając o zasadności wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń zobowiązana jest uwzględnić informację o stwierdzeniu naruszenia wraz z aktami kontroli oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego, w granicach, jakich Prezes UZP nie uznał ich za zasadne. Za spóźnioną i nie mającą znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała nową argumentację Prezesa UZP (wskazanie na szerszy zakres działań możliwy do zrealizowania przez alternatywnego wykonawcę wskazanego w pierwotnej opinii biegłego). Twierdzenia te oparte zostały na uzupełnieniu opinii biegłego przekazanych pocztą elektroniczną Kontrolującemu w dniu 17 listopada 2013 r. (za spóźnione Izba uznała również samo uzupełnienie opinii biegłego na tym właśnie etapie), a zatem już po dacie zgłoszenia przez Zamawiającego rozpoznawanych przez Izbę zastrzeżeń. Jak to już wskazano, podmiot kontrolowany jest uprawniony do zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, dlatego też niewłaściwym jest powoływanie nowych argumentów mających świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp dopiero po wniesieniu zastrzeżeń. Na tym etapie podmiot ten jest bowiem pozbawiony prawa do obrony, dlatego też takie postępowanie Kontrolującego ocenić należy jako niewłaściwe – zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp powinny zostać postawione, o ile zaistnieje taka potrzeba, na etapie doręczenia Zamawiającemu informacji o wyniku kontroli doraźnej (art. 166 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp). Dlatego też przywołane tu nowe twierdzenia podniesione wobec Zamawiającego w piśmie z dnia 22 listopada 2013 r. nie mogły oddziaływać na rozstrzygnięcie Izby o zasadności zastrzeżeń zgłoszonych przez Zamawiającego.

244. Sygn. akt: KIO/KU 65/14, Uchwała KIO z dnia 30 lipca 2014 r.

Istotną kwestią mającą wpływ na treść przedmiotowej Uchwały jest fakt, że zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach w sposób formalny uznał wyniki kontroli Prezesa UZP za zasadne, stwierdzając:

- w zakresie zarzutu pierwszego, że „Zamawiający z uwagi na konieczność jak najszybszego zakończenia postępowania uznaje wyniki kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Pub-

licznych dotyczące zobowiązania złożonego przez podmiot trzeci X Sp. z o.o.” Jednakże w dalszej części zastrzeżeń podniósł zarzuty merytoryczne co do błędnej oceny przez zamawiającego stanu faktycznego postępowania, oraz pominięcia – nieuwzględnienia, przy ocenie prawidłowości prowadzonego postępowania, dokumentów złożonych przez X Sp. z o.o. w ofercie konsorcjum Y.

- w zakresie drugiego zarzutu stwierdził, że nie kwestionuje wyniku kontroli, gdyż faktycznie popełnił błąd w obliczeniu możliwej do żądania kwoty wadium.

Wobec jednoznacznego przyznania się do popełnionego błędu w zakresie żądanej kwoty wadium, Izba stwierdza, że brak jest podstaw do merytorycznego odnoszenia się do tej kwestii w przedmiotowej Uchwale, gdyż po pierwsze, zamawiający uznał swój błąd w ustaleniu kwoty wadium, a po drugie, nie kwestionował prawidłowości ustaleń w tym zakresie kontrolującego. Takie stanowisko zamawiającego nie nosi znamion zastrzeżeń, gdyż te mogą dotyczyć przede wszystkim kwestionowania samego wyniku kontroli lub stwierdzeń co do stanu faktycznego i prawnego dokonanych przez kontrolującego ustaleń. Wobec takiego stanowiska zamawiającego Izba potwierdza tylko, że ustalenia Prezesa UZP w trakcie kontroli w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 45 ust. 4 ustawy Pzp, są zasadne i prawidłowe.

245. Sygn. akt: KIO/KD 90/14, Uchwała KIO z dnia 10 października 2014 r.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że pismo wniesione przez zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2014 r. nie podlegało rozpoznaniu w ramach niniejszej opinii, jako wniesione po upływie ustawowego terminu do zgłoszenia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, określonego w art. 167 ust. 1 ustawy Pzp.

246. Sygn. akt: KIO/KD 110/14, Uchwała KIO z dnia 5 stycznia 2015 r.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że wydając niniejszą uchwałę nie uwzględniła dodatkowej argumentacji Zamawiającego zawartej w piśmie z dnia 29 grudnia 2014 r. (data wpływu – 30 grudnia 2014 r.). Zgodnie z przepisem art. 167 ust. 1 Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Kontrolującego umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Zamawiający otrzymał Informację w dniu 26 listopada 2014 r., co potwierdził w treści zastrzeżeń. W konsekwencji termin na ich zgłoszenie upływał w dniu 3 grudnia 2014 r. Nie sposób również nie zauważyć, że pismo Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2014 r. nie jest adresowane do Prezesa UZP, a do Prezesa Izby, a jego przedmiotem nie jest polemika z ustaleniami zawartymi w Informacji, a w odpowiedzi na zastrzeżenia, w której poinformowano Zamawiającego o ich przekazaniu Izbie do zaopiniowania. Z literalnego brzmienia przepisu art. 167 ust. 1 Pzp wynika nie tylko termin zgłoszenia zastrzeżeń, ale również kto jest ich adresatem i czego mają one dotyczyć.

Nie sposób było zatem uznać, że pismo Zamawiającego z dnia 29 grudnia 2014 r. złożone zostało w trybie wynikającym ze wskazanej regulacji, która nie przewiduje zresztą prowadzenia przez zamawiającego dalszej korespondencji z Kontrolującym.

Art. 196

247. Sygn. akt: KIO/KD 46/13, Uchwała KIO z dnia 29 maja 2013 r.

Ustawa w art. 196 oddziela na wzór procedur sądowych orzeczenie od uzasadnienia. W uproszczeniu można przyjąć, że orzeczenie uwzględniające odwołanie wskazuje czynności, jakie zamawiający winien dokonać, zaś uzasadnienie wyjaśnia, dlaczego winien to uczynić. Zatem zamawiający, który wykonuje sentencję wyroku w jej literalnym brzmieniu, lecz w sposób całkowicie sprzeczny z ocenami prawnymi zawartymi w uzasadnieniu, narusza prawo.

Sytuacja taka zaistniała w postępowaniu, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu KIO 742/11 jednoznacznie wyraziła pogląd o wykazaniu spełniania wymagań zamawiającego przez X już na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz o niedopuszczalności uwzględnienia doświadczenia wskazanego z inicjatywy własnej wykonawcy, w sytuacji, gdy nie było podstaw do dokonania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający nie zastosował się do oceny zawartej w uzasadnieniu Izby. Uwzględniając nowe usługi wskazane przez X w związku z art. 26 ust. 3 Pzp dokonał czynności uznanej przez Izbę za nielegalną, przez co rażąco naruszył przywołany przepis i ocenił wniosek tego wykonawcy z obrazą art. 51 ust. 2 Pzp. W konsekwencji zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A

Autorski nadzór – 186

Autorskie prawa – 110, 122, 141, 144, 145, 146

B

Bezstronność – 18, 19, 20, 21, 22, 23

Biegły – 79, 80, 82, 91, 109, 111, 114, 121, 132, 133, 136, 238, 243

Biuletyn Zamówień Publicznych (BZP) – 16, 90, 100, 116, 222, 223

Błąd w obliczeniu ceny – 195, 198, 207, 208, 209

C

Cena – 1, 2, 69, 84, 99, 122, 167, 195, 196, 197, 198, 200, 203, 205, 206, 208, 209, 212, 213, 216, 232, 234

– **brutto** – 1, 2, 195, 196, 197, 198

– **jednostkowa** – 69, 196, 200, 203, 208, 234

– **kosztorysowa** – 203

– **rażąco niska** – 206, 208, 212

– **ryczałtowa** – 203

– **wyjaśnienia** – 206, 208, 212

Certyfikat – 48,

Ciężar dowodowy – 15, 61, 65, 66, 70, 80, 82, 106, 117, 128, 130, 132, 135, 139, 168, 171, 188

Czyn nieuczciwej konkurencji – 79, 205, 213

D

Dialog konkurencyjny – 192

Dokumentacja projektowa – 85, 89, 94, 106, 118, 129, 137, 141, 163, 172, 174, 178, 181, 186, 188

Dokumenty – 14, 39, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 227, 247

– **podmiotowe** – 54, 68

– **przedmiotowe** – 74

– **uzupełnianie** – 57, 62, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 247

– **wyjaśnienia** – 54, 77

Domniemanie – 86, 212

Dostawa energii – 220

Dowody – 15, 21, 57, 60, 79, 80, 91, 109, 128, 130, 132, 212, 238, 243

Dyrektywy – 1, 4, 6, 16, 36, 39, 61, 169, 185, 221

Działalność gospodarcza – 5, 44

Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej (Dz. U. UE) – 16, 17, 87, 92, 97, 98, 100, 184, 221

Dzierżawa – 11

E

Elektroniczny podpis – 48

F

FIDIC – 188

Formularz ofertowy – 99, 208, 210

Fundacja – 5

G

Główna Komisja Orzekająca (GKO) – 120, 188

Gwarancja – 47, 104, 231, 232, 233

H

Harmonogram – 202

I

Informacje niejawne – 116

In house – 6

Interes:

– **bezpieczeństwa państwa** – 7

– **publiczny** – 31, 216

K

Kierownik zamawiającego – 19, 22, 238
Komisja przetargowa – 214, 215, 238
Konkurs – 146, 148,
Konsorcjum – 33, 37, 40, 41, 42, 43, 110, 116, 173, 211, 232, 233
Kosztorys – 10, 69, 94, 106, 157, 180, 195, 197, 199, 200, 201, 202, 203
Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) – 26, 27, 31, 44, 64, 68, 72, 74, 79, 105, 109, 135, 139, 168, 199, 212, 219, 238, 239, 247
Krajowy Rejestr Karny (KRK) – 45, 59, 227
Kryteria – 1, 2, 84, 96, 99, 114, 213, 214, 215, 219
Kwota na sfinansowanie zamówienia – 86, 167, 169

L

Licytacja elektroniczna – 192

N

Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) – 15, 44, 107, 109, 113, 115, 140, 141
Najem – 84
Należyta staranność – 93, 103, 151, 152, 174, 175, 177, 185, 193
Należyte wykonanie zamówienia – 33, 67
Natychmiastowa potrzeba wykonania zamówienia – 123, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165
Negocjacje bez ogłoszenia – 106, 156, 157, 162
Negocjacje z ogłoszeniem – 106, 156, 192
Normy – 111

O**Oferta:**

– **badanie i ocena** – 54, 220
– **najkorzystniejsza (wybór)** – 1, 2, 54, 84, 96, 166, 170, 214, 216, 218, 219, 220, 234
– **odrzuć** – 167, 169, 195, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 205, 206, 207, 209, 225, 242
– **treść** – 43, 69, 195, 200, 201, 202, 204, 211

– **wyjaśnienie treści** – 43, 71, 195, 196, 200, 206

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia – 182, 221, 222, 223, 224

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy (ex ante) – 116, 133

Ogłoszenie o zamówieniu – 16, 17, 87, 90, 92, 97, 98, 100, 101, 132, 135, 142, 184, 188, 229, 230

Omyłka:

– **inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ** – 195, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 207, 208, 242
– **pisarska** – 225
– **rachunkowa** – 195, 196, 208

Oświadczenie woli – 22, 43, 60, 69, 95, 200, 210, 211

P

Pełnomocnictwo/Pełnomocnik – 41, 43, 211

Pilna potrzeba udzielenia zamówienia – 106, 156, 157, 158, 159, 162, 163, 165

Pisemność – 60, 204

Podatek VAT – 1, 11, 86, 102, 103, 198, 207, 208, 209, 234

Podmiot trzeci – 37, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 232, 244

Podmiot prawa publicznego – 4

Podwykonawca – 63, 64, 66, 212

Polisa – 57

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – 22, 84, 146, 148, 177, 225

Potencjał:

– **ekonomiczny (finansowy)** – 28, 29, 39, 40, 49, 53, 56, 57, 65, 76, 170
– **kadrowy (osobowy)** – 50, 51, 55, 58, 63, 64, 67, 70, 76
– **techniczny** – 40, 50, 64, 67, 76

Powszechna dostępność – 7, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192

Prawa wyłączne – 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146

Prekwalifikacja – 62

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – 237, 239, 243, 246

Program funkcjonalno-użytkowy – 106, 118, 188

Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – 23, 167, 176, 225

Przedmiar robót – 197, 199, 200, 201, 203

Przedmiot zamówienia – 2, 32, 35, 38, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 89, 92, 96, 109, 111, 114, 118, 119, 122, 129, 138, 154, 166, 170, 174, 185, 186, 188, 192, 199, 207, 213, 228

Przetarg nieograniczony – 75, 78, 98, 106, 118, 131, 139, 156, 167, 168, 169, 170, 174, 181, 184, 188, 220

Przetarg ograniczony – 168, 169, 170, 184, 188

Przyczyny techniczne – 107, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139

R

Referencje – 64, 67

Regionalna Izba Obrachunkowa (RIO) – 93

Rękojmia – 120, 142, 179, 231

Roboty budowlane – 2, 10, 11, 24, 26, 27, 31, 33, 34, 37, 38, 39, 51, 63, 83, 87, 94, 106, 107, 118, 120, 130, 135, 137, 150, 155, 156, 157, 160, 165, 171, 172, 174, 175, 177, 179, 185, 186, 187, 188, 195, 197, 199, 200, 201, 202, 203

Roszczenie – 120, 231

Równoważność – 78, 79, 80, 145, 201

Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych – 237

S

Sąd Apelacyjny (SA) – 124

Sąd Najwyższy (SN) – 15, 84, 107, 109, 113, 115, 140, 150, 198, 207, 220

Sąd Okręgowy (SO) – 31, 33, 41, 61, 64, 74, 220

Solidarna odpowiedzialność – 232

Specyfikacja – 16, 95, 97, 188, 227, 228, 229, 230, 233
– modyfikacja – 97, 98, 99, 219
– zapytania i wyjaśnienia – 217

Spółka cywilna – 42, 44

Ś

Środki ochrony prawnej – 105, 116, 133, 149, 151, 171, 212, 218, 219, 247

Świadczenie – 213, 230

T

Tajemnica państwowa – 116

Tajemnica przedsiębiorstwa – 191

Termin:

- realizacji zamówienia – 168, 229, 230
- składania ofert – 57, 97, 98, 99
- zastrzeżenia – 240
- związania ofertą – 193, 194, 218

Tłumaczenie – 14

Trybunał Konstytucyjny (TK) – 19, 218

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS UE, dawniej ETS) – 4, 5, 6, 15, 36, 61, 107, 109, 114, 115, 126, 140, 158, 168, 171, 229

Twórcze prace – 147, 148

U

Umowa:

- nieważność – 99, 217, 218, 219, 236
- wzór – 139, 204, 208, 219, 228
- zawarcie – 69, 84, 149, 169, 218, 220, 221, 222, 223, 224, 230
- zmiana – 139, 228, 229

Unieważnienie postępowania – 149, 151, 152, 156, 166, 167, 169, 216, 217, 218, 219, 220

Upadłość – 45

Uprawnienia – 51, 52, 186, 187, 188, 189

Usługi:

- inżyniera kontraktu – 188, 230
- nadzoru inwestorskiego – 10, 87, 187
- niepriorytetowe – 8, 192, 215
- ochrony – 192
- pielęgnacyjne i opiekuńcze – 162
- prawnicze – 71, 208
- projektowe – 27, 35, 141, 163, 177, 181
- szkoleniowe – 32

- świadczeń zdrowotnych – 12, 13
 - telekomunikacyjne – 116, 128
 - transportowe – 153
 - transportu sanitarnego – 12, 13
 - ubezpieczeniowe – 3, 152, 204
 - zarządzania i nadzoru – 107
 - zarządzania nieruchomościami – 4
- Ustalone standardy jakościowe – 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192

W

- Wadium** – 46, 47, 102, 103, 104, 194, 244
- Wartość zamówienia** – 8, 29, 83, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 102, 103, 115, 152
- Warunki udziału w postępowaniu** – 16, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 45, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 71, 74, 75, 76, 100, 105, 107, 111, 122, 166, 168, 170, 225
- Wiedza i doświadczenie** – 24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 33, 35, 40, 61, 62, 63, 64, 67, 76, 100, 109, 110, 119, 121, 122, 132, 137, 168, 170
- Wizja lokalna** – 85
- Wykluczenie wykonawcy** – 45, 46, 57, 59, 64, 71, 72, 194, 227
- Wykładnia:**
- celowościowa – 17, 74, 105, 166, 168
 - językowa – 105, 150, 156, 165, 187, 188, 189
 - systemowa – 105, 156
- Wynik postępowania** – 10, 53, 99, 217, 219, 221, 223, 236
- Wykonawca** – 44, 45, 227, 232, 233

Z

- Zabezpieczenie należytego wykonania umowy** – 220, 231, 232, 233, 234
- Zapytanie o cenę** – 78, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192
- Zamówienia:**
- informatyczne – 80, 88, 109, 110, 111, 122, 123, 143, 144, 145, 148, 189, 190
 - medyczne – 132, 133, 134, 136, 207

- sektorowe – 52, 226, 227
- udzielane w częściach/w pakietach – 87, 88, 89, 90, 91, 92, 138, 216

Zamówienie dodatkowe – 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181

Zamówienie podstawowe – 130, 172, 173, 174, 177, 178, 179, 180, 183, 184, 185

Zamówienie publiczne – 2, 3, 5, 10, 11, 12, 13

Zamówienie uzupełniające – 101, 103, 101, 103, 137, 182, 183, 184, 185

Zamówienie z wolnej ręki – 8, 15, 22, 75, 101, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 238

Zaprojektuj i wybuduj – 27, 130,

Zarzuty – 9, 219

Zasada legalizmu – 235, 236

Zasada swobody przepływu towarów – 36

Zasady udzielania zamówień publicznych:

- jawności – 7, 221
- języka polskiego – 14
- równego traktowania – 9, 16, 21, 28, 31, 33, 34, 35, 36, 54, 68, 79, 90, 91, 95, 96, 97, 100, 111, 114, 122, 141, 204, 207, 212, 214, 227, 230, 234
- uczciwej konkurencji – 9, 16, 21, 25, 28, 31, 32, 33, 35, 36, 41, 54, 79, 80, 81, 82, 90, 92, 95, 96, 111, 114, 122, 130, 138, 141, 205, 207, 214, 215, 230

Zastrzeżenia od wyników kontroli – 239, 240, 241, 243, 244, 245, 246

Zaświadczenie:

- US – 44
- ZUS – 44

Za zgodność z oryginałem – 60

Zdolność kredytowa – 49, 65

Zysk – 28, 206

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

Podane liczby oznaczają numery tez

- 1) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247
- 2) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – 19
- 3) Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.) – 4, 42, 43, 44, 60, 69, 93, 95, 120, 200, 203, 204, 210, 211
- 4) Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 101 ze zm.) – 19, 238
- 5) Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226 ze zm.) – 71
- 6) Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.) – 110, 142, 148
- 7) Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (t.j. Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm.) – 113
- 8) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) – 24, 186, 187
- 9) Ustawa z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu sił zbrojnych (Dz. U. z 1995 r., Nr 41, poz. 398 ze zm.) – 4
- 10) Ustawa z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz. U. z 1996 r. Nr 1 poz. 2) – 49
- 11) Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 roku – Prawo Energetyczne (t.j. Dz. U. z 2012 r. poz. 1059 ze zm.) – 126
- 12) Ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1099) – 192
- 13) Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. Nr 119, poz. 1117 ze zm.) – 142
- 14) Ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. – Prawo Atomowe (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1512) – 134
- 15) Ustawa z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 385) – 209, 234
- 16) Ustawa z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 262 ze zm.) – 189

- 17) Ustawa z dnia 26 czerwca 2003 r. – Ochrona prawna odmian roślin (Dz. U. Nr 137, poz. 1300) – 142
- 18) Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) – 44
- 19) Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 149 ze zm.) – 52
- 20) Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.) – 44
- 21) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.) – 12, 13
- 22) Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1114) – 189
- 23) Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 1166) – 192
- 24) Ustawa z dnia 4 września 2008 o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) – 218, 230
- 25) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.) – 120
- 26) Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – 46
- 27) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – 17, 84, 213
- 28) Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 618 ze zm.) – 12, 13
- 29) Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271) – 7, 39
- 30) Ustawa z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 1529) – 142
- 31) Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.) – 151
- 32) Ustawa z dnia 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 423) – 90, 115
- 33) Ustawa z dnia 9 maja 2014 o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915) – 209, 234
- 34) Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) – 213
- 35) 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) – 61
- 36) 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, 6

- 37) 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) – 1, 4, 6, 16, 36, 39, 61, 169, 185, 221
- 38) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. U. UE L 94, str. 243) – 6
- 39) Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1564/2005 z dnia 7 września 2005 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur udzielania zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 257 z 01.10.2005, str. 1) – 97
- 40) Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389 ze zm.) – 94
- 41) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.) – 186
- 42) Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 21 kwietnia 2006 r. w sprawie ochrony przeciwpożarowej budynków, innych obiektów budowlanych i terenów (Dz. U. Nr 80, poz. 563) – 118
- 43) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) – 14, 42
- 44) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 9 października 2007 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie rejestru zakładów opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 196, poz. 1424) – 103
- 45) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1763) – 90
- 46) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – 45, 49, 51, 52, 56, 57, 69
- 47) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68) – 8
- 48) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 lipca 2010 w sprawie limitu przyjęć na studia medyczne w roku akademickim 2010/2011 (Dz. U. Nr 128, poz. 864) – 157
- 49) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich

może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) – 14, 39, 42, 45, 48, 49, 551, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 66, 69

50) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1692) – 90

