

Krajowa Izba Odwoławcza

Orzecznictwo - zamówienia publiczne

**Wybrane orzeczenia
Krajowej Izby Odwoławczej
i Sądów Okręgowych**

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

ORZECZNICTWO – ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

WYBRANE ORZECZENIA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ORAZ SĄDÓW OKRĘGOWYCH

Orzecznictwo – zamówienia publiczne

Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych

NR 3, 2021 rok (1)

Wyboru dokonał Zespół Redakcyjny w składzie:

1. Katarzyna Brzeska
2. Magdalena Grabarczyk
3. Ewa Kisiel
4. Beata Konik
5. Emil Kuriata
6. Anna Kuszel – Kowalczyk
7. Luiza Łamejko
8. Izabela Niedziałek – Bujak
9. Aleksandra Patyk
10. Irmina Pawlik
11. Katarzyna Prowadzisz
12. Monika Szymanowska
13. Agnieszka Trojanowska
14. Anna Wojciechowska

Pod kierownictwem:

Małgorzaty Rakowskiej

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl

e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISSN 2719-566X

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2021 r.

Spis treści

WPROWADZENIE	12
Art. 16 NPzp (Art. 7 ust. 1 Pzp)	13
1. Wyrok z dnia 10 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3040/20	13
2. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 4/21	13
Art. 17 ust. 2 NPzp (Art. 7 ust. 3 Pzp)	14
3. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 601/21	14
Art. 18 ust. 1 i 3 NPzp (Art. 8 ust. 1 i 3 Pzp)	14
4. Wyrok z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt KIO 2331/20	14
5. Wyrok z dnia 30 października 2020 r., sygn. akt KIO 2310/20	15
6. Wyrok z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20	16
7. Wyrok z dnia 4 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3223/20	16
8. Wyrok z dnia 26 lutego 2021r., sygn. akt KIO 248/21	17
9. Wyrok z dnia 12 marca 2021 r., sygn. akt KIO 467/21	17
Art. 58 ust. 1, 2 i 5 NPzp (Art. 23 ust. 1-3 Pzp)	18
10. Wyrok z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3357/20	18
11. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 392/21	19
12. Wyrok z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt KIO 565/21, KIO 585/21	19
Art. 63 ust. 1 NPzp (Art. 10a ust. 5 Pzp)	20
13. Wyrok z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt KIO 2202/20	20
14. Wyrok z dnia 21 października 2020 r., sygn. akt KIO 2419/20	20
15. Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2345/20, KIO 2390/20	21
16. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3495/20	23
17. Wyrok z dnia 10 marca 2021 r., sygn. akt KIO 419/21	24
Art. 64 NPzp (Art. 10b Pzp)	25
18. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3486/20	25
Art. 85 ust. 2 i 108 ust. 1 pkt 6 NPzp (Art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp)	26
19. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2129/20	26
20. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 460/21	26
21. Wyrok z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt KIO 436/21, KIO 437/21	26
Art. 91 ust. 1 NPzp (Art. 36aa ust. 1 Pzp)	27
22. Wyrok z dnia 1 października 2020 r., sygn. akt KIO 2223/20	27
Art. 95 ust. 1 NPzp (Art. 29 ust. 3a Pzp)	28
23. Wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3033/20	28

Art. 97 ust. 1 i 5 NPzp (Art. 45 ust. 1 Pzp).....	29
24. Wyrok z dnia 16 października 2020 r., sygn. akt KIO 2296/20	29
Art. 99 ust. 1, 4 i 5 NPzp (Art. 29 ust. 1-3 Pzp)	29
25. Wyrok z dnia 8 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3352/20.....	29
26. Wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3511/20.....	30
27. Wyrok z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 8/21.....	30
28. Wyrok z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20	32
29. Wyrok z dnia 8 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 71/21	33
30. Wyrok z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3045/20, KIO 3143/20	34
31. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 350/21	34
Art. 108 ust. 1 pkt 5 NPzp (Art. 24 ust. 1 pkt. 20 i pkt 23 Pzp)	35
32. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2102/20	35
33. Wyrok z dnia 17 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 229/21	36
34. Wyrok z dnia 15 marca 2021 r., sygn. akt KIO 445/21	37
35. Wyrok z dnia 14 maja 2021 r., sygn. akt KIO 886/21.....	37
Art. 109 ust. 1 pkt 5 NPzp (Art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp)	38
36. Wyrok z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2302/20.....	38
37. Wyrok z dnia 25 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3301/20.....	38
38. Wyrok z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 551/21	39
Art. 109 ust. 1 pkt 10 NPzp (Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp)	40
39. Wyrok z dnia z dnia 26 października 2020 r., sygn. akt KIO 2422/20	40
40. Wyrok z dnia 29 października 2020 r., sygn. akt KIO 2420/20	41
41. Wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3392/20.....	41
42. Wyrok z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3387/20.....	42
43. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 460/21	42
44. Wyrok z dnia 11 marca 2021 r., sygn. akt KIO 454/21	43
45. Wyrok z dnia 19 marca 2021 r., sygn. akt KIO 605/21	43
Art. 110 NPzp (Art. 24 ust. 5 pkt 4 i ust. 8 Pzp)	45
46. Wyrok z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2827/20.....	45
47. Wyrok z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2925/20	45
48. Wyrok z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3450/20.....	46
49. Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3540/20.....	47
Art. 112 ust. 1 NPzp (Art. 22 ust. 1a Pzp)	47
50. Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3489/20.....	47
51. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 356/21	49
Art. 116 ust. 2 NPzp (Art. 22d ust. 1 i 2 Pzp)	49

52.	Wyrok z dnia 28 września 2020 r., sygn. akt KIO 2214/20	49
53.	Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3495/20	50
Art. 118 ust. 2 NPzp (Art. 22a ust. 4 Pzp)		51
54.	Wyrok z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20.....	51
55.	Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 442/21	51
Art. 121 NPzp (Art. 36a ust. 2 Pzp)		52
56.	Wyrok z dnia 12 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3321/20.....	52
Art. 122 NPzp (Art. 22a ust. 6).....		52
57.	Wyrok z dnia 1 października 2020 r., sygn. akt KIO 2231/20	52
58.	Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 422/21	53
59.	Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 392/21	53
Art. 126 ust. 1 NPzp (Art. 26 ust. 1 Pzp)		54
60.	Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3495/20	54
Art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 NPzp (Art. 26 ust. 3 Pzp)		55
61.	Wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 2288/20	55
62.	Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3517/20	55
63.	Wyrok z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 400/21	56
64.	Wyrok z dnia 8 marca 2021 r., sygn. akt KIO 447/21	56
65.	Wyrok z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt KIO 620/21	57
Art. 209 ust. 1 pkt 4 NPzp (Art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp)		57
66.	Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 18/21	57
Art. 214 ust. 1 pkt 5 NPzp (Art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp)		58
67.	Wyrok z dnia 22 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3193/20	58
Art. 214 ust. 1 pkt 6 NPzp (Art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp)		58
68.	Wyrok z dnia 22 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3193/20	58
Art. 214 ust. 1 pkt 11 NPzp (Art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp)		59
69.	Wyrok z dnia 16 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3069/20	59
Art. 222 ust. 5 NPzp (Art. 86 ust. 4 Pzp)		61
70.	Wyrok z dnia 1 marca 2021 r., sygn. akt KIO 414/21	61
Art. 223 ust. 1 NPzp (Art. 87 ust. 1 Pzp)		62
71.	Wyrok z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt KIO 2234/20	62
72.	Wyrok z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt KIO 2450/20	62
73.	Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2345/20, KIO 2390/20.....	63
74.	Wyrok z dnia 11 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2968/20, KIO 2997/20	63
75.	Wyrok z dnia 21 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3372/20.....	64
76.	Wyrok z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 389/21	64

77.	Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 426/21	65
Art. 223 ust. 2 pkt 1 NPzp (Art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp)		65
78.	Wyrok z dnia 8 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 2937/20	65
Art. 223 ust. 2 pkt 2 NPzp (Art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp)		66
79.	Wyrok z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3473/20.....	66
80.	Wyrok z dnia 9 marca 2021, sygn. akt KIO 949/21.....	66
Art. 223 ust. 2 pkt 3 NPzp (Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp)		67
81.	Wyrok z dnia 28 października 2020 r., sygn. akt KIO 2213/20, KIO 2215/20	67
82.	Wyrok z dnia 30 października 2020 r., sygn. akt KIO 2299/20	68
83.	Wyrok z dnia 14 maja 2021 r., sygn. akt KIO 865/21.....	69
Art. 224 ust. 1 NPzp (Art. 90 ust. 1 Pzp)		70
84.	Wyrok z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt KIO 2239/20, KIO 2240/20	70
85.	Wyrok z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt KIO 2224/20	70
86.	Wyrok z dnia 12 października 2020 r., sygn. akt KIO 2283/20	71
87.	Wyrok z dnia 21 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3201/20	71
88.	Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 13/21.....	72
89.	Wyrok z dnia 24 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 362/21	73
90.	Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 426/21	73
91.	Wyrok z dnia 11 marca 2021 r., sygn. akt KIO 557/21	75
Art. 224 ust. 6 NPzp (Art. 90 ust 3 Pzp)		75
92.	Wyrok z dnia 17 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2717/20.....	75
93.	Wyrok z dnia 22 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 310/21	76
94.	Wyrok z dnia 19 marca 2021 r., sygn. akt KIO 643/21	77
Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) NPzp (Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp).....		77
95.	Wyrok z dnia 30 października 2020 r., sygn. akt KIO 2455/20	77
96.	Wyrok z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2942/20.....	78
97.	Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3545/20	78
98.	Wyrok z dnia 9 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 76/21	79
99.	Wyrok z dnia 8 marca 2021 r., sygn. akt KIO 446/21	80
100.	Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 601/21	80
Art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 Pzp)		81
101.	Wyrok z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt KIO 2364/20	81
102.	Wyrok z dnia 5 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 82/21	82
103.	Wyrok z dnia 5 marca 2021 r., sygn. akt KIO 451/21	82
104.	Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 555/21	83
105.	Wyrok z dnia 9 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 527/21.....	84

Art. 226 ust. 1 pkt 5 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp)	85
106. Wyrok z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt KIO 2450/20	85
107. Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2470/20	85
108. Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3541/20	86
109. Wyrok z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3462/20, KIO 3515/20	86
110. Wyrok z dnia 3 marca 2021 r., sygn. akt KIO 421/21	87
111. Wyrok z dnia 8 marca 2021 r., sygn. akt KIO 446/21	87
112. Wyrok z dnia 10 marca 2021 r., sygn. akt KIO 509/21	88
113. Wyrok z dnia 12 marca 2021 r., sygn. akt KIO 503/21	88
114. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 555/21	89
115. Wyrok z dnia 25 marca 2021 r., sygn. akt KIO 624/21	90
116. Wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 485/21, KIO 556/21	91
117. Wyrok z dnia 8 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 639/21	91
Art. 226 ust. 1 pkt 7 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp)	92
118. Wyrok z dnia 10 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2680/20	92
119. Wyrok z dnia 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 431/21	93
120. Wyrok z dnia 14 maja 2021 r., sygn. akt KIO 886/21	94
Art. 226 ust. 1 pkt 8 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp)	95
121. Wyrok z dnia 9 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2429/20	95
122. Wyrok z dnia 15 marca 2021 r., sygn. akt KIO 445/21	96
123. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 478 /21, KIO 489 /21	97
124. Wyrok z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt KIO 436/21, KIO 437/21	97
125. Wyrok z dnia 31 marca 2021 r., sygn. akt KIO 659/21	98
Art. 226 ust. 1 pkt 10 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp)	99
126. Wyrok z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt KIO 2410/20	99
127. Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2483/20	100
128. Wyrok z dnia 26 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2933/20	100
129. Wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3012/20	100
130. Wyrok z dnia 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 434/21	101
Art. 226 ust. 1 pkt 14 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp)	102
131. Wyrok z dnia 24 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2914/20	102
132. Wyrok z dnia 1 marca 2021 r., sygn. akt KIO 219/21	103
133. Wyrok z dnia 15 marca 2021 r., sygn. akt KIO 623/21	104
Art. 232 ust. 1 i 2 NPzp (Art. 91b ust. 1 i 2 Pzp)	105
134. Wyrok z dnia 22 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 245/21	105
Art. 239 ust. 1 NPzp (Art. 91 ust. 1 Pzp)	106

135.	Wyrok z dnia 11 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3309/20.....	106
136.	Wyrok z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3045/20, KIO 3143/20	108
137.	Wyrok z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 551/21	109
Art. 240 ust. 1 NPzp (Art. 91 ust. 2d Pzp)		109
138.	Wyrok z 15 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 5/21, 126/21, 128/21, 129/21.....	109
Art. 253 ust. 1 pkt 1 NPzp (Art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp)		110
139.	Wyrok z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt KIO 2364/20	110
140.	Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2388/20.....	113
141.	Wyrok z dnia 9 marca 2021 r., sygn. akt KIO 409/21	114
142.	Wyrok z dnia 29 marca 2021 r., sygn. akt KIO 354/21	114
Art. 255 pkt 5 NPzp (Art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp)		115
143.	Wyrok z dnia 23 października 2020 r., sygn. akt KIO 2255/20	115
144.	Wyrok z dnia 14 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3078/20	116
Art. 255 pkt 6 NPzp (Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp)		117
145.	Wyrok z dnia 21 października 2020 r., sygn. akt KIO 2312/20	117
146.	Wyrok z dnia 9 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2429/20.....	117
147.	Wyrok z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2941/20.....	118
148.	Wyrok z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3340/20.....	119
149.	Wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3531/20.....	120
150.	Wyrok z dnia 3 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3529/20	121
151.	Wyrok z dnia 8 marca 2021 r., sygn. akt KIO 453/21	122
Art. 405 NPzp (Art. 131e Pzp)		123
152.	Wyrok z dnia 26 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2819/20.....	123
Art. 505 ust. 1 NPzp (Art. 179 ust. 1 Pzp)		125
153.	Wyrok z dnia 1 października 2020 r., sygn. Akt KIO 2223/20.....	125
154.	Wyrok z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt KIO 2239/20, KIO 2240/20	125
155.	Wyrok z dnia 19 października 2020 r., sygn. akt KIO 2304/20	126
156.	Wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3019/20	127
Art. 505 ust. 2 NPzp (Art. 179 ust. 2 Pzp)		128
157.	Wyrok z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3439/20.....	128
Art. 510 ust. 1 i 2 NPzp (brak odpowiednika w przepisach ustawy Pzp).....		129
158.	Wyrok z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 8/21.....	129
Art. 513 NPzp (Art. 180 ust. 1 Pzp)		130
159.	Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2345/20, KIO 2390/20.....	130
Art. 515 NPzp (Art. 182 Pzp).....		130
160.	Wyrok z dnia 1 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2932/20	130

Art. 516 ust. 1 pkt 7-10 NPzp (Art. 180 ust. 3 Pzp).....	131
161. Wyrok z dnia 25 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3301/20.....	131
Art. 522 ust.1 NPzp (Art. 186 ust. 2 Pzp)	132
162. Wyrok z dnia 3 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 20/21	132
163. Postanowienie z dnia 8 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 253/21	132
Art. 522 ust. 2 NPzp (Art. 186 ust. 3 Pzp)	133
164. Postanowienie z dnia 5 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2225/20	133
Art. 522 ust. 3 NPzp (Art. 186 ust. 3a Pzp)	134
165. Postanowienie z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3505/20	134
Art. 525 NPzp (Art. 185 Pzp).....	134
166. Wyrok z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2672/20, KIO 2673/20, KIO 2675/20	134
167. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 478/21, KIO 489 /21	135
168. Postanowienie z dnia 8 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 874/21	135
Art. 526 ust. 2 NPzp (Art. 185 ust. 4 Pzp)	136
169. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 18/21	136
Art. 528 pkt 1 NPzp (Art. 189 ust. 1 pkt 1 Pzp).....	136
170. Wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3531/20.....	136
171. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 18/21	137
172. Postanowienie z dnia 13 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 660/21	138
Art. 528 pkt 2 NPzp (Art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp).....	139
173. Wyrok z dnia 19 października 2020 r., sygn. akt KIO 2304/20	139
174. Wyrok z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20.....	140
Art. 528 pkt 3 NPzp (Art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp).....	140
175. Postanowienie z dnia 20 października 2020 r., sygn. akt KIO 2378/20	140
176. Wyrok z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2302/20.....	141
177. Wyrok z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3068/20	142
178. Postanowienie z dnia 11 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 287/21.....	142
179. Wyrok z dnia 19 lutego 2021., sygn. akt KIO 18/21.....	143
Art. 528 pkt 5 NPzp (Art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp).....	143
180. Wyrok z dnia 19 października 2020 r., sygn. akt KIO 2304/20	143
181. Wyrok z dnia 26 października 2020 r., sygn. akt KIO 2212/20	144
182. Postanowienie z dnia 3 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3135/20	145
183. Wyrok z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3340/20.....	145
184. Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3402/20.....	146
185. Postanowienie z dnia 15 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 317/21.....	146
186. Postanowienie z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 449/21	147

Art. 534 ust. 1 NPzp (Art. 190 ust. 1 Pzp)	148
187. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 243/21	148
188. Wyrok z dnia 19 marca 2021 r., sygn. akt KIO 643/21	148
189. Wyrok z dnia 25 marca 2021 r., sygn. akt KIO 608/21	149
Art. 537 NPzp (Art. 190 ust. 1a Pzp)	150
190. Wyrok z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3098/20	150
191. Wyrok z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3467/20.....	151
192. Wyrok z dnia 12 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 131/21	151
Art. 538 NPzp (Art. 190 Pzp).....	152
193. Wyrok z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt KIO 880/21.....	152
Art. 542 ust.1 NPzp (Art. 190 ust. 7 Pzp)	152
194. Wyrok z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2371/20, KIO 2381/20.....	152
Art. 549 ust. 4 NPzp (§ 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U.z 2014 r., poz. 964 ze zm.)	153
195. Postanowienie z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 290/21	153
Art. 552 ust. 1 NPzp (Art. 191 ust. 2 Pzp)	154
196. Wyrok z dnia 30 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3237/20	154
197. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 243/21	154
Art. 553 NPzp (Art. 192 ust. 1 Pzp)	155
198. Wyrok z dnia 19 października 2020 r., sygn. akt KIO 2304/20	155
Art. 554 ust. 1 pkt 1 NPzp (Art. 192 ust. 2 Pzp)	156
199. Wyrok z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 551/21	156
200. Wyrok z dnia 25 marca 2021 r., sygn. akt KIO 569/21	156
Art. 555 NPzp (Art. 192 ust. 7 Pzp)	157
201. Wyrok z dnia 30 października 2020 r., sygn. akt KIO 2299/20	157
202. Wyrok z dnia 25 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3301/20.....	157
203. Wyrok z dnia 12 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 155/21	157
204. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 18/21	158
205. Wyrok z 23 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 316/21	158
206. Wyrok z dnia 1 marca 2021 r., sygn. akt KIO 416/21	159
Art. 557 NPzp (Art. 192 ust. 9 Pzp)	160
207. Wyrok z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 269/21	160
208. Wyrok z dnia 19 lutego 2021r., sygn. akt KIO 18/21	160
Art. 574 NPz (Art. 192 ust. 9 Pzp)	161
209. Postanowienie z dnia 8 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3430/20	161
Art. 575 NPzp (Art. 192 ust. 10 Pzp)	161

210.	Wyrok z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt KIO 2280/20	161
211.	Wyrok z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt KIO 547/21	162
Art. 578 ust. 2 NPzp (Art. 183 ust. 2 Pzp)		163
212.	Postanowienie z dnia 24 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/W 3/20	163
213.	Postanowienie z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/W 6/20	163
214.	Postanowienie z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 8/20	164
215.	Postanowienie z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 9/20	164
216.	Postanowienie z dnia 30 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 10/20	165
217.	Postanowienie z dnia 30 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 12/20	166
218.	Postanowienie z dnia 2 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 14/20	167
219.	Postanowienie z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 19/20	167
220.	Postanowienie z dnia 24 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 21/20	168
221.	Postanowienie z dnia 24 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 23/20	169
222.	Postanowienie z dnia 4 maja 2020 r., sygn. akt KIO/W 29/20	169
223.	Postanowienie z dnia 29 maja 2020 r., sygn. akt KIO/W 38/20	170
224.	Postanowienie z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. akt KIO/W 100/20	171
225.	Postanowienie z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. akt KIO/W 104/20	172
226.	Postanowienie z dnia 17 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 110/20	172
227.	Postanowienie z dnia 8 lutego 2021 r., KIO/W 11/21	173
228.	Postanowienie z dnia 15 lutego 2021 r., KIO/W 12/21	173
229.	Postanowienie z dnia 12 marca 2021 r., KIO/W 22/21	173
230.	Postanowienie z dnia 12 marca 2021 r., KIO/W 24/21	174
Art. 578 ust. 5 NPzp (Art. 183 ust. 5)		174
231.	Postanowienie z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO/W 1/20	174
232.	Postanowienie z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/W 5/20	175
233.	Postanowienie z dnia 1 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 13/20	175
INDEKS RZECZOWY		176
AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH		180

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,

oddajemy w Państwa ręce kolejny, trzeci już numer publikacji „Orzecznictwo – zamówienia publiczne”, zawierający usystematyzowany zbiór części orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej.

Swoim zakresem publikacja ta obejmuje 233 tezy orzecznicze, które zostały wybrane z ogromnej liczby orzeczeń Izby wydanych w okresie od października 2020 r. do marca 2021 r.

Zaprezentowane tezy zostały przyporządkowane do przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.) z jednoczesnym odwołaniem do przepisów uchylonej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), jak i uchylonego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964 ze zm.).

Wybrane zostały tezy, które zachowały swą aktualność po wejściu w życie wspomnianych wyżej przepisów. Szczególną uwagę pragnę zwrócić na przepisy dotyczące komunikacji zamawiającego z wykonawcami w toku postępowania o udzielenie zamówienia i zasadę, że komunikacja musi się odbywać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Istotne znaczenie ma także zasada jawności postępowania i przewidziana w przepisach możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem, jak również dopuszczalność stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia oferty. Warto także zwrócić uwagę na postanowienia wydawane w sprawie wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, przy czym zaprezentowane zostały postanowienia wydane w okresie od marca 2020 r. do marca 2021 r. dotyczące wniosków, których wniesienie uzasadniano m.in. pandemią COVID-109.

Mam nadzieję, że ten zeszyt z uwagi na to, że odnosi się już do aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, będzie stanowić cenną pomoc dla zamawiających i wykonawców zarówno w przygotowaniu, jak i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

MAŁGORZATA RAKOWSKA

PREZES

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Art. 16 NPzp (Art. 7 ust. 1 Pzp)

1. Wyrok z dnia 10 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3040/20

(...) Wymagania określone w SIWZ, w tym dotyczące rodzaju żądanych przez zamawiającego dokumentów, mogą wpływać na decyzje wykonawców, czy wziąć udział w danym postępowaniu i ubiegać się o dane zamówienie. Wykonawcy bowiem na podstawie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oceniają m.in. swoje szanse na wykazanie spełnienia wymagań i co za tym idzie – szanse na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej. Zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ określonych wymagań może zatem zniechęcić część wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu. Tymczasem, gdyby wykonawcy ci wiedzieli, że istnieje możliwość spełnienia tych wymagań w inny sposób, być może zdecydowaliby się na udział w postępowaniu. Ponadto zmiana sposobu oceniania danego wymogu po terminie składania ofert powoduje też, że wykonawcy, którzy biorą udział w postępowaniu są zaskakiwani „zasadami zmienianymi w trakcie gry” i tym, że wobec np. ich konkurentów stosowane są te nowe, zmienione zasady. Tym samym zawarcie przez zamawiającego w SIWZ określonych wymagań, a następnie dokonywanie ich zmiany po otwarciu ofert, jest praktyką absolutnie niedopuszczalną i naruszającą podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wspomniana zatem przez zamawiającego na rozprawie praktyka przyjmowania oświadczeń własnych wykonawców w sytuacji, gdy nie było to dopuszczone w SIWZ, prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców - zarówno tych którzy przed terminem składania ofert byli wstępnie zainteresowani ubieganiem się o zamówienie, jak i tych, którzy ostatecznie zdecydowali się na udział w tym postępowaniu. Jak wskazano już wyżej, jest to praktyka niedopuszczalna.

Za praktykę w równym stopniu niedopuszczalną należy uznać telefoniczne sprawdzanie przez zamawiającego, czy oferta jest zgodna z SIWZ (zamawiający przyznał się do takich czynności w odpowiedzi na odwołanie). Po pierwsze, zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności. Po drugie, obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że spełnia on wymogi określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ. Nie jest zatem rolą zamawiającego wyręczanie wykonawcy w tym zakresie i samodzielne sprawdzanie, czy dany wykonawca te wymogi spełnia. Jeżeli wykonawca sam nie wykazał spełnienia wymogów, to w zależności od ich rodzaju, zamawiający albo wyklucza wykonawcę z postępowania albo odrzuca jego ofertę. Informacje ustalone zaś samodzielnie przez zamawiającego (abstrahując już w tym miejscu od kwestii wiarygodności informacji uzyskiwanych telefonicznie) nie mogą być podstawą oceny spełnienia przez wykonawcę wymogów.

2. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 4/21

W przedmiotowym przypadku Zamawiający, wbrew jednoznacznym postanowieniom SIWZ zakazującym powoływanie się na wartość tej samej usługi w różnych pakietach i pomimo faktu, że

Odwołujący (sam w Pakiecie 8 i w konsorcjum z jeszcze jedynym wykonawcą w Pakiecie 12) był już raz wzywany do uzupełnienia oświadczeń dotyczących doświadczenia, musiałby albo wyjaśniać z Odwołującym do której z części zamówienia (pakietu) należy przypisać doświadczenie wskazane na potrzeby dwóch pakietów, albo samemu dokonać wyboru, co i w jednym i drugim przypadku nie byłoby zasadne. Sam Odwołujący zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż kwestia przypisania wartości usługi do jednego z pakietów nie może być przedmiotem negocjacji z uczestnikami, z uwagi na konieczność zadośćuczynienia zasadom określonym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast Odwołujący możliwość przypisania wskazanego dla obu pakietów doświadczenia na potrzeby Pakietu 8 wywodził z faktu wykluczenia konsorcjum z udziałem Odwołującego z postępowania w Pakiecie 12, co nie jest jednak w ocenie Izby uzasadnione.

Art. 17 ust. 2 NPzp (Art. 7 ust. 3 Pzp)

3. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 601/21

Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3 ustawy uwzględniając znaczenie zasad z art. 7 ust. 1 ustawy oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Zatem dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie były umowy zawarte prawidłowo.

Art. 18 ust. 1 i 3 NPzp (Art. 8 ust. 1 i 3 Pzp)

4. Wyrok z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt KIO 2331/20

Tajemnica przedsiębiorstwa nie jest wartością będącą celem samym w sobie lecz ma chronić przedsiębiorcę przed negatywnymi skutkami, jakie mogłoby dla prowadzonej przez niego działalności wywołać udzielenie określonych informacji. Wartość gospodarczą informacji należy oceniać w sposób obiektywny. Aby uznać, czy dana informacja ma wartość gospodarczą należy ocenić czy jej posiadanie przez innego wykonawcę daje przewagę konkurencyjną oraz czy jej ewentualne pozyskanie przez konkurencję może przysporzyć korzyści lub zaoszczędzić kosztów (zakłócić konkurencję). Zdaniem

Izby, ujawnienie informacji ujętych w piśmie Odwołującego z dnia 14 sierpnia 2020r. dotyczących uzyskanej przez podmiot pomocy związanej z przeciwdziałaniem pandemii Covid-19, nie naruszy w żadnym aspekcie istotnych interesów przedsiębiorcy. Zastrzegając informacje, zawarte w piśmie złożonym w trybie art. 24 ust. 8 Pzp, Odwołujący nie wykazał, że ich ewentualne ujawnienie może prowadzić do pogorszenia sytuacji Odwołującego na rynku czy też do zakłócenia konkurencji między podmiotami, działającymi na rynku tego typu usług zarówno w sektorze publicznym jak i prywatnym. Nie ulega wątpliwości, że trwająca epidemia wpłynęła negatywnie na wszystkie podmioty działające w sektorze prywatnym jak i publicznym. W aktualnej sytuacji gospodarczej fakt skorzystania przez przedsiębiorstwa z pomocy publicznej w postaci np. odroczenia płatności składek ZUS jest powszechny i nie wpływa negatywnie na wizerunek danego podmiotu, korzystającego. Przeciwnie, świadczy o dbałości tego podmiotu w utrzymaniu stabilnej kondycji finansowej w trudnym dla całej gospodarki czasie epidemii. Wykonawca, poza gołosłownymi twierdzeniami, nie wykazał w jaki sposób dostęp do informacji miałby wpłynąć na dobre imię firmy, jakie ewentualnie straty mogłaby ponieść spółka na skutek ujawnienia tych informacji.

5. Wyrok z dnia 30 października 2020 r., sygn. akt KIO 2310/20

Wymaga podkreślenia, że nie jest wystarczające stwierdzenie, że informacje należą do określonej kategorii i już z tego samo faktu należy im przypisać wartość gospodarczą. Posiadanie wartości gospodarczej należy oceniać w odniesieniu do konkretnych informacji i konkretnego wykonawcy. Zatem to wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa obowiązany jest wykazać, że konkretne informacje stanowią dla niego wartość gospodarczą. Z pewnością nie miało to miejsca w przypadku formularza cenowego, w odniesieniu do którego wykonawca XXX stwierdził jedynie, iż skoro są to informacje mające zasadnicze przełożenie na sposób kalkulacji ceny oferty, to mają wartość gospodarczą. Nie zostało również przez wykonawcę XXX wykazane na czym miałyby polegać ta wartość w przypadku pozostałych dokumentów dotyczących doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz wykazu osób (wraz z wyjaśnieniami). Jak wynika z nielicznych fragmentów pisma zawierających wyjaśnienia w tym zakresie, których trzeba się doszukiwać spośród licznych cytatów z orzecznictwa Izby i orzecznictwa sądowego, wykonawca E. zdaje się upatrywać wartość gospodarczą ww. informacji w zapobieganiu procederowi tzw. podkupywania pracowników. Należy jednak podkreślić, że w tym celu wykonawcy mogą skorzystać z innych rozwiązań, nieprowadzących do naruszenia zasady jawności postępowania, tj. w szczególności zawierania umów o zakazie konkurencji czy kształtowania wynagrodzeń na odpowiednim poziomie. Chęć utrzymania wysokości wynagrodzeń personelu na niezmiennym poziomie w żadnym wypadku nie może stanowić uzasadnienia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast wskazana przez wykonawcę XXX praktyka powoływania się przez wykonawców na zasoby osobowe bez zgody a nawet wiedzy samych zainteresowanych wręcz uzasadnia konieczność ujawniania wykazów osób w postępowaniach o udzielenie zamówienia w celu zapobiegania tego rodzaju niedozwolonym procederom.

6. Wyrok z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20

Należy podkreślić, że dokonując oceny zastrzeżenia części oferty/dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający obowiązany jest do całościowej i wszechstronnej analizy treści przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia. Uznanie przez zamawiającego, że wykonawca dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinno mieć miejsce jedynie w sytuacji, w której wykonawca w sposób niewątpliwy i jednoznaczny wykazał, że zastrzegane informacje taką tajemnicę stanowią. (...) W niniejszej sprawie odwołujący w ramach postawionego zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ograniczył się jedynie do wskazania na okoliczność zaniechania przez Konsorcjum XXX przedstawienia dowodów na poparcie zasadności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Kwestia poparcia zastrzeżenia dowodami ma niewątpliwe niezwykle istotne znaczenie dla oceny skutecznego wykazania przez wykonawcę posiadania przez określone informację waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie sposób uznać, że wykonawca dokonał wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń, a przedstawienie tego rodzaju dowodów nie stanowiło dla wykonawcy żadnych trudności – tak jest w szczególności, gdy chodzi o dowody na potwierdzenie podjęcia działań mających na celu zachowanie informacji w poufności.

7. Wyrok z dnia 4 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3223/20

Zastrzeżenie nazw podmiotów trzecich i podwykonawców Izba uznała za ogólne i niewystarczające. Sam fakt istnienia relacji gospodarczych między członkami Konsorcjum a tymi podmiotami nie uzasadnia zachowania informacji o tym fakcie w poufności w sytuacji, gdy podmioty udostępniające swe zasoby odwołującemu są z nim powiązane. Stosowne informacje są publicznie dostępne, co zostało udowodnione przez zamawiającego. (...) więzi osobowe lub kapitałowe znacząco ograniczają (o ile nie wyłączają w ogóle) ryzyko nawiązania więzi z konkurencją ze szkodą dla odwołującego (tzw. ryzyko podkupienia). Współpraca podmiotów powiązanych ze sobą jest normalną praktyką gospodarczą i co do zasady to wyłącza możliwość traktowania informacji o niej jako poufnej, nieznannej na rynku. Publicznie dostępne są również informacje o realizacji przez członków Konsorcjum lub podmioty z nimi powiązane umów spełniających warunki udziału w postępowaniu. (...) Nie zasługuje na uwzględnienie zastrzeżenie przez odwołującego dokumentów potwierdzających doświadczenie wymagane od wykonawcy, co odwołujący wiąże z zastrzeżeniem nazw podmiotów trzecich i podwykonawców. Nie ma sporu co do tego, że w ostatnich latach tego typu inwestycji powstało niewiele, a informacje dotyczące podmiotów realizujących umowy dotyczące lotniska w XXX oraz projektu w XXX oraz ich współdziałania mają charakter ogólnodostępny. Chęć potraktowania jako poufnych informacji dotyczących skomplikowanych specyficznych projektów, wymagających specjalistycznej wiedzy i kompetencji wydaje się sprzeczna z praktyką gospodarczą. Racjonalne, jako korzystne dla wykonawcy takiej specjalistycznej umowy, jest natomiast szerokie upublicznianie wiedzy o tym na rynku, co odwołujący *nota bene* uczynił zamieszczając informacje na stronie internetowej. W tym kontekście za całkowicie nieuzasadnione należy uznać zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującego wykazu usług oraz referencji. Izba oceniła ich

treść i skonstatowała, że istotnie oświadczenia zawarte w wykazie usług i referencjach mają charakter ogólnikowy oraz powielają treść ogłoszonego publicznie warunku udziału w postępowaniu. Referencje adresowane są do wszystkich zainteresowanych podmiotów, w szczególności referencja dotycząca lotniska XXX jest oznaczona jako dokument publiczny.

8. Wyrok z dnia 26 lutego 2021r., sygn. akt KIO 248/21

Utajnione dokumenty stanowią podstawę oceny ofert w kryterium, a zatem ich ocena dokonana przez Zamawiającego ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania, w którym ograniczono ilość Wykonawców, z którymi Zamawiający zawrze umowy ramowe. Środki ochrony prawnej mają na celu umożliwić Wykonawcom kontrolę czynności Zamawiającego, co w niniejszym postępowaniu zostało Odwołującemu uniemożliwione. Aby w sposób skuteczny uchylić skutki zaniechań Zamawiającego polegających na odmowie udostępnienia informacji podlegających ocenie w kryterium, należy doprowadzić do takiego stanu postępowania, aby Wykonawca mógł realnie skorzystać z informacji, które powinny być jawne dla wszystkich Wykonawców. Tylko udostępnienie dokumentów w postępowaniu pozwoli przywrócić transparentność postępowania. Wykonawca mając wiedzę co do zakresu dokumentów ocenianych, będzie mógł skutecznie podnieść zarzuty, jeżeli ich analiza wskaże na błędy Zamawiającego. Tym samym sam fakt, iż dokumenty objęte tajemnicą stanowiły podstawę oceny ofert, prowadzi do stwierdzenia możliwości wpływu zaniechań Zamawiającego na wynik postępowania. Ponieważ Odwołujący bez znajomości dokumentów nie mógł postawić zarzutów, nie można obecnie wykluczyć, że takie zarzuty mogą się pojawić po ujawnieniu dokumentów. Należy podkreślić że skoro Zamawiający w części uwzględnił zarzut Odwołującego w zakresie zaniechania przekazania dokumentu, który pozwala ocenić czynności w postępowaniu, to naturalnym powinno być uchylenie czynności wyboru ofert, tak aby można było mówić o konwalidacji postępowania.

9. Wyrok z dnia 12 marca 2021 r., sygn. akt KIO 467/21

W celu uzasadnienia stawianego zarzutu Odwołujący powinien podjąć polemikę z przedstawionym przez Przystępującego uzasadnieniem, co nie miało miejsca w treści odwołania. Natomiast dane, których udostępnienia domaga się Odwołujący, wskazując je w treści odwołania na str. 13, w istocie stanowią tajemnicę skarbową, co zostało potwierdzone decyzją PFRON, opisaną przez Przystępującego w treści pisma z 15 stycznia 2021 r. (*vide*: str. 5) oraz stanowią w ocenie Izby tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, co zostało przez niego należycie uzasadnione w piśmie z 15 stycznia 2021 r. (...) Odnosząc się szczegółowo do treści samego uzasadnienia przedstawionego przez Przystępującego Izba wskazuje, że spełnia ono wszystkie wymogi, o jakich mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w ocenie Izby zastrzeżone informacje spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. z dnia 8 października 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), (...). W zakresie poszczególnych elementów tej definicji Izba wskazuje, że Przystępujący należycie wykazał i uzasadnił wartość gospodarczą

chronionych informacji. Zastrzeżone informacje odnoszą się bowiem do strategii i polityki zatrudnienia przyjętej przez Przystępującego, w tym umiejętności takiego doboru pracowników tymczasowych, nie tylko z uwzględnieniem ich kompetencji i kwalifikacji, ale w równym stopniu również z uwzględnieniem rodzaju i stopnia niepełnosprawności, których umiejętne wykorzystanie pozwala Przystępującemu na uzyskanie prawa do ulg czy zwolnień, jak np. w przypadku składki na PFRON, co przekłada się na jego możliwości konkurencyjne na rynku usług agencji pracy tymczasowej, czego niewątpliwie potwierdzenie stanowi przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia. W tym miejscu Izba wskazuje, że już sama analiza treści wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego i Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp pozwala na wiosek (*zmiana redakcyjna: wniosek*), że wykonawcy Ci w odmienny sposób prowadzą swoje przedsiębiorstwa, w tym mają odmienną politykę zatrudnienia, co przełożyło się następnie na ich możliwości odmiennego ukształtowania poszczególnych składników ceny w tym postępowaniu. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Strony i Uczestnika postępowania, zgodnie z którym podmioty działające na rynku usług agencji pracy tymczasowej mają niewielkie możliwości kształtowania ceny i każda możliwość skorzystania z ulgi, zwolnienia czy obniżenia np. składek, może wywrzeć następnie wpływ na ewentualną możliwość konkurencyjności ceną, jak to miało miejsce w tym postępowaniu.

Art. 58 ust. 1, 2 i 5 NPzp (Art. 23 ust. 1-3 Pzp)

10. Wyrok z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3357/20

Na wstępie wskazać należy, że dopuszczalność zmian konsorcjum polegających na ograniczeniu jego składu ma charakter wyjątkowy. Oceniając konkretne zmiany należy kierować się wytycznymi wypływającymi z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14, w którym Trybunał wskazał, że zasadą jest konieczność zachowania prawnej i materialnej tożsamości wykonawców na każdym etapie danego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak dopuścił on możliwość złagodzenia tego wymogu w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji. (...) Podkreślić również należy, że skoro żaden przepis Pzp nie reguluje wprost, czy możliwe jest wystąpienie z konsorcjum członka konsorcjum to do oceny, czy zmiany podmiotowe wewnątrz konsorcjum są dopuszczalne, należy stosować zasady ogólne Pzp, a w szczególności fakt, czy w wyniku zmiany, ofertę składa podmiot, który już bez udziału członka konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto, skoro żaden przepis Pzp nie zabrania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego dokonywania zmian w składzie konsorcjum, polegających jak w niniejszym stanie faktycznym na wystąpieniu członka konsorcjum z jego składu, to uwzględniając wytyczne płynące z ww. wyroku TSUE, należało ocenić w niniejszym stanie faktycznym, czy zmiana taka nie wpłynęła negatywnie na pozostałych wykonawców, bowiem jak wskazywał TSUE, za dopuszczalną należy uznać taką zmianę w składzie konsorcjum, jeżeli po wystąpieniu z jego składu, pozostali wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Dlatego też oferta złożona przez konsorcjum, które mimo uszczuplenia jego składu

nadal spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w ocenie składu orzekającego jest dopuszczalna i powinna być zostać oceniona przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu - pozytywnie.

11. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 392/21

Rozważania rozpocząć należy od stwierdzenia, że zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (inaczej konsorcjum) stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Oznacza to, że zarówno konsorcjum, jak i każdy z jego członków powinni być traktowani jak wykonawca. Warunki udziału w postępowaniu nie zostały zróżnicowane z uwagi na możliwe konstrukcje prawne (podwykonawca, konsorcjum), w których wykonawca może nabyć doświadczenie. Jednakże nie można tracić z pola widzenia, iż weryfikacja warunków udziału winna nastąpić nie tylko przy uwzględnieniu postanowień specyfikacji, ale przede wszystkim przy uwzględnieniu stopnia rzeczywistej realizacji przez poszczególnych konsorcjantów danego zamówienia w przypadku gdy wykonawcy powołują się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum. Zatem brak jest możliwości bezrefleksyjnego sumowania potencjałów (tak wyrok KIO z 29 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2169/16). Obowiązkiem Zamawiającego jest indywidualna analiza doświadczenia nabytego przez Wykonawcę w ramach konsorcjum, zgodnie ze stanem faktycznym oraz badaniem realnego udziału podmiotu podczas realizacji zadania (tak KIO w wyroku z dnia 21 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2534/18 w wyroku KIO z 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2007/17 i KIO 2014/17). Analizując możliwości formułowania warunków wobec konsorcjów konieczne jest odniesienie się łącznie do artykułów 22 oraz 23 ustawy Pzp. Rozważając możliwość określenia specyficznych wymogów w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja, każdy warunek i każdy opis sposobu jego spełnienia musi być analizowany przez pryzmat art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp, a więc jego związania z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności do tegoż, a także celu dla jakiego w ogóle został postawiony – weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Te czynniki winny zatem być punktem wyjścia dla analizy każdego przypadku.

12. Wyrok z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt KIO 565/21, KIO 585/21

Sam Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawami konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie

doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. (...) Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego, iż do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie, biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku inwestycji oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Istotne jest również w jaki sposób Wykonawca powołujący się na doświadczenie i wiedzę zdobyte w ramach zadania wykonywanego przez grupę wykonawców te okoliczności wykazuje, czy to przez złożenie wymaganych wykazów, referencji, dodatkowe wyjaśnienia, umowy konsorcjum, faktury za wykonanie poszczególnych elementów zamówienia, ustalenia wewnętrzne między konsorcjantami, inne ustalenia. Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia zagadnienia, czy dany wykonawca jako członek konsorcjum, może powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach takiej grupy najistotniejsze znaczenie będzie miał przedstawiony Zamawiającemu materiał dowodowy potwierdzający rzeczywisty zakres czynności wykonywanych przez dany podmiot i istotność tych czynności dla całego przedmiotu danego zamówienia.

Art. 63 ust. 1 NPzp (Art. 10a ust. 5 Pzp)

13. Wyrok z dnia 6 października 2020 r., sygn. akt KIO 2202/20

Okoliczność, że Zamawiający we wzorze Formularza cenowego nie przewidział stosownego miejsca na zamieszczenie podpisu, również pozostaje bez znaczenia. Brak takiego miejsca pod dokumentem nie zwalniał wykonawców biorących udział w postępowaniu z obowiązku podpisania dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Obowiązek ten wynika z przepisów prawa oraz z treści SIWZ. Ewentualne wyodrębnienie miejsca na podpis pod dokumentem mogłoby stanowić wyłącznie przypomnienie wykonawcom o ciążącym na nich obowiązku.

14. Wyrok z dnia 21 października 2020 r., sygn. akt KIO 2419/20

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien był zatem zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać do ich uzupełnienia. (...) Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Zdaniem Izby Przystępujący spełnił wymóg przedłożenia elektronicznej kopii dokumentów. Wykonawca bowiem złożył w formie elektronicznej plik, w którym zawarte zostały wymagane informacje z KRK, następnie zaś plik ten został opatrzony podpisem elektronicznym osób umocowanych do działania w imieniu konsorcjum. Zdaniem Izby nie ma żadnych wątpliwości, że opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym pliku zawierającego dokumenty należy interpretować w ten sposób, iż cała zawartość

pliku stanowi elektroniczną kopię dokumentów, a tym samym dokumenty zawarte w pliku uznać należy za elektroniczną kopię dokumentów. Zdaniem Izby w świetle rozporządzenia 910/2014 z 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym (eIDAS) podpisem elektronicznym można opatrywać zarówno pojedyncze dokumenty elektroniczne, jak i skompresowane paczki dokumentów. Zgodnie z definicją podpisu elektronicznego zawartą w przywoływanym rozporządzeniu, podpis elektroniczny to dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny. Zdaniem Izby złożenie podpisu zarówno pod plikiem, jak i pojedynczym dokumentem rodzi taki sam skutek prawny. Tym samym opatrzenie pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę czyniło zadość wymaganiom prawnych co do przekazania Zamawiającemu elektronicznej kopii dokumentów. W konsekwencji, Izba uznała zarzut Odwołującego za niezasadny.

15. Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2345/20, KIO 2390/20

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego B. co do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 78¹ § 1, art. 73 k.c. w zw. z art. 26 rozporządzenia eIDAS i oddalił odwołanie. (...) Skład orzekający podziela pogląd wyrażony w przywoływanym przez Odwołującego wyroku Izby z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 603/20, iż podpis elektroniczny stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych i w świetle definicji podpisu elektronicznego z rozporządzenia eIDAS w obu tych przypadkach rodzi takie same skutki prawne. Izba podziela także pogląd przedstawiony w wyroku Izby z dnia 5 marca 2020 r., sygn. akt KIO 296/20, KIO 297/20, iż podpis złożony pod zestawem oświadczeń bądź dokumentów elektronicznych znajdujących się w jednym pliku lub zestawem plików, obejmuje całość zawartych w nim danych. Innymi słowy w ocenie Izby, niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie zestawu plików („paczki” plików, pliku skompresowanego), należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików obejmuje całość danych, które zostały w nim zawarte. Niemniej na gruncie przedmiotowej sprawy nie mamy do czynienia z analogiczną sytuacją. W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza zasadniczej tezy, na której oparto argumentację odwołania, a mianowicie okoliczności, że Platforma Zakupowa Zamawiającego połączyła Formularz Ofertowy wypełniany na Platformie Zakupowej oraz załączniki wgrane na Platformę Zakupową w pakiet („paczkę”) plików, a podpis elektroniczny składany na dokumencie Formularza Ofertowego generowanym w ramach Platformy obejmował wgrane na Platformę inne dokumenty. Ani treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, ani dowody przedstawiane przez Odwołującego, powyższego nie potwierdzają. Wbrew stanowisku Odwołującego postanowienia IDW regulujące sposób składania oferty nie są irrelewantne dla dokonywanej oceny, obrazują one bowiem sposób działania Platformy Zakupowej Zamawiającego. Treść IDW potwierdza stanowisko Zamawiającego w zakresie funkcjonalności Platformy Zakupowej,

iż wykonawca składając ofertę za pośrednictwem tej Platformy w jej ramach wypełnia wyłącznie Formularz Ofertowy i to ten dokument w ramach Platformy podpisuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym, mając jednocześnie możliwość załączenia innych, pochodzących spoza Platformy, dokumentów, które należało opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym poza Platformą Zakupową. Treść IDW nie daje podstaw do przyjęcia, że kwalifikowany podpis elektroniczny składany na Formularzu ofertowym obejmuje także te „zewnętrzne” dokumenty.

Po pierwsze należy tutaj wskazać na pkt 13.3 IDW, zgodnie z którym „Formularz Ofertowy jest przygotowywany i podpisany bezpośrednio na Platformie Zakupowej, pozostałe dokumenty i oświadczenia Wykonawca sporządza i podpisuje poza Platformą Zakupową.” Z ww. postanowienia IDW wprost wynika, że tylko Formularz Ofertowy jest podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym bezpośrednio na Platformie Zakupowej. Powyższe potwierdza pkt 14.11 IDW gdzie wskazano, że „Wykonawca podpisuje Formularz Ofertowy kwalifikowanym podpisem elektronicznym bezpośrednio w Platformie Zakupowej.” Co istotne, w tym postanowieniu znalazł się wyraźnie zaakcentowany przez Zamawiającego komunikat o treści: „UWAGA: Podpisanie Formularza Ofertowego zgodnie z pkt 14.11 IDW nie jest równoznaczne z podpisaniem załączników dołączanych do Formularza, o których mowa w pkt 14.10 IDW. Załączniki, o których mowa w pkt 14.10 IDW należy przygotować i podpisać odrębnie zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt 13 IDW.”

Jak wynika z powyższego, sposób działania Platformy Zakupowej został przez Zamawiającego opisany w IDW i jednoznacznie wskazywał na konieczność podpisania wszystkich wymaganych dokumentów (w tym zatem także Kosztorysów) poza Platformą, za wyjątkiem samego Formularza Ofertowego wypełnianego na Platformie Zakupowej. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Zamawiającego, że mając świadomość działania Platformy Zakupowej po to właśnie wprowadził omawiane postanowienia IDW, aby załączane podczas składania oferty dokumenty zostały właściwie podpisane, a postępowanie przeprowadzone należyście. W ocenie Izby mechanizm działania Platformy Zakupowej został zakomunikowany wykonawcom w sposób jasny. Odwołujący miał tego pełną świadomość, o czym świadczy fakt, że poza Kosztorysem ofertowym dla Prawa Opcji 2 opatrzył kwalifikowanym podpisem elektronicznym poza Platformą wszystkie inne dokumenty. Jakkolwiek, będące zapewne wynikiem zwykłego przeoczenia, zaniechanie podpisania w sposób wymagany Kosztorysu ofertowego dla Prawa Opcji 2 okazało się dla Odwołującego dotkliwie w skutkach, to nie sposób uznać za zasadną argumentacji Odwołującego zmierzającej do przedstawienia sposobu działania Platformy Zakupowej Zamawiającego w sposób oderwany od dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i nieoparty konstruktywnymi dowodami. (...) Izba za chybioną uznała także argumentację Odwołującego, wskazującą, że skoro wymóg podpisania załączników poza Platformą Zakupową wynika wyłącznie z SIWZ, a nie z przepisów obowiązującego prawa, to odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 10a ust. 5 ustawy Pzp nie może mieć miejsca. Izba wskazuje, że z art. 10a ust. 5 wynika obowiązek złożenia oferty pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Przepis nie definiuje sposobu ani momentu opatrywania oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym i znajduje zastosowanie do każdej sytuacji, kiedy oferta nie została takim kwalifikowanym podpisem elektronicznym opatrzona. Sam

sposób czy moment złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego może być różny w poszczególnych postępowaniach, co zależne może być m.in. od funkcjonalności narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami. Zgodnie z art. 10b ustawy Pzp Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie wskazywał, by sprzeczny z powyższym przepisem był wymóg, aby składane w postępowaniu dokumenty elektroniczne zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę poza narzędziami wykorzystywanymi do komunikacji z wykonawcami i dopiero po opatrzeniu podpisem wgrane na udostępnianą platformę. Kluczowe w tym przypadku jest to, aby zamawiający w treści SIWZ jednoznacznie opisał sposób działania stosowanego narzędzia i wynikające z tego faktu obowiązki istniejące po stronie wykonawców. W takiej sytuacji brak zastosowania się do instrukcji prawidłowo opisującej funkcjonalności stosowanego narzędzia będzie mógł skutkować brakiem opatrzenia dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a uchybienie wymaganej formie prawnej będzie prowadziło do nieważności złożonego oświadczenia woli. Odwołujący, co wskazano już powyżej, nie wykazał, aby postanowienia IDW błędnie identyfikowały funkcjonalności Platformy Zakupowej, a Platforma ta w istocie łączyć miała Formularz ofertowy i załączniki w „paczkę” plików opatrywaną następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jeżeli w ocenie Odwołującego Platforma Zakupowa Zamawiającego działała w sposób odmienny niż zostało to jasno wyartykułowane w treści SIWZ, to zadaniem Odwołującego było okoliczność tę udowodnić. (...) Odnosząc się zaś do argumentacji odwołania dotyczącej powołania się przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty B. na art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, należy wskazać, iż w przypadku niezachowania wymaganej w świetle art. 10a ust. 5 ustawy Pzp dla oferty formy zastrzeżonej *ad solemnitatem*, przeważnie jako podstawę odrzucenia oferty wskazuje się art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Niemniej jak zauważa się w doktrynie, prawidłowe jest wskazywanie w takim przypadku także dodatkowo art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z uwagi na ulokowanie wymogów co do formy elektronicznej poza ustawą Pzp, w szczególności w § 78¹ k.c. (...). Odrębne przepisy, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, to przede wszystkim właśnie przepisy Kodeksu cywilnego, to one regulują bowiem kwestie związane z formą prawną oświadczeń woli, skutkami jej zastrzeżenia pod określonymi rygorami czy wadami oświadczeń woli i mają zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w związku z odesłaniem zawartym w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp.

16. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3495/20

Odwołujący nadmienił również w odwołaniu, że jego zdaniem certyfikat dotyczący podpisu na dzień jego weryfikacji dla treści załącznika 7 nie był ważny. Podkreślenia wymaga, iż kluczową kwestią jest złożenie podpisu pod danym dokumentem w okresie ważności certyfikatu, a nie moment weryfikacji

takiego dokumentu. W momencie złożenia podpisu, czego nie kwestionuje sam Odwołujący certyfikat był ważny. Zgodnie bowiem z zapisami Raportu weryfikacyjnego podpis złożono w dniu 2020-11-17 o godz. 20:04:01 +0100, a certyfikat był ważny od 2018-11-19 godz. 10:05:56 +0100 do 2020-11-18 godz. 10:05:56 +0100. Zamawiający miał prawo zweryfikować poprawność podpisu w terminie późniejszym, jednak wygaśnięcie do tego czasu ważności certyfikatu nie powodowało nieważności czynności prawnej i złożonego przy jego użyciu oświadczenia woli. Jak słusznie zauważył Przystępujący w stanowisku pisemnym, znaczenie ma art. 18 ust. 1 z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania i identyfikacji elektronicznej (Dz. U. z 2020 r., poz. 1 173), zgodnie z którym podpis elektroniczny lub pieczęć elektroniczna weryfikowane za pomocą certyfikatu wywołują skutki prawne, jeżeli zostały złożone w okresie ważności tego certyfikatu. W prowadzonym postępowaniu mieliśmy do czynienia właśnie z takim stanem faktycznym. Z tych powodów zarzuty Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie.

17. Wyrok z dnia 10 marca 2021 r., sygn. akt KIO 419/21

Izba stwierdziła, że powyższe uchybienie stanowi o złożeniu oferty w formie niespełniającej wymogów określonych w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Uchybienie co do formy złożenia oferty stanowi o jej niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a to z kolei stanowi przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 78¹ § 1 KC, do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Uchybienie wymogowi opatrzenia oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym niesie za sobą skutek w postaci nieważności oferty. Taki sam skutek pociąga za sobą złożenie oferty bez pliku podpisu w sytuacji, gdy załączenie tego pliku było niezbędne dla stwierdzenia czy oferta została podpisana. Podkreślić w tym miejscu należy, że wobec podpisania przez XXX ww. trzech plików, w tym formularza oferty, kwalifikowanym podpisem elektronicznym zewnętrznym, Zamawiający, aby stwierdzić, że oferta została skutecznie złożona, powinien być w posiadaniu zarówno plików podpisywanych, jak i plików podpisów. Brak tych ostatnich jest uchybieniem nieusuwalnym i stanowi podstawę do odrzucenia oferty XXX również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Stwierdzenie braków tego rodzaju nie podlega uzupełnieniu. Co za tym idzie, dokonane przez XXX pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. (tj. po terminie składania ofert) uzupełnienie plików podpisów nie może wywołać skutku.

Art. 64 NPzp (Art. 10b Pzp)**18. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3486/20**

W okolicznościach tej sprawy nie budzi wątpliwości Izby fakt, że niezłożenie oferty było efektem zaniechań Odwołującego, który zdecydowanie za późno przystąpił do wgrywania swojej oferty do Systemu Zakupowego Zamawiającego, jak również nie dość dokładnie zapoznał się z dokumentacją związaną z zasadami i możliwościami technicznego działania Systemu Zakupowego. Odwołujący, przystępując do składania oferty ok. godz. 11.10 miał jedynie 50 min. na złożenie kompletnej oferty wraz z kilkunastoma załącznikami zawierającymi szczegółowe dane techniczne, rysunki itp.. Biorąc pod uwagę przy tym fakt, że Odwołujący musiał dwukrotnie wypełnić Formularz Oferty, którą to czynność zakończył dopiero o godz. 11:47:39, tj. ok. 12 min przed upływem terminu składania ofert i pozostało do wgrania co najmniej jeszcze kilkanaście plików, Odwołujący nieprawidłowo oszacował czas potrzebny mu na prawidłowe złożenie kompletnej oferty, nie respektując zaleceń Zamawiającego zawartych w SIWZ oraz dokumentach dotyczących Systemu Zakupowego dotyczących odpowiednio wczesnego przystąpienia do wgrywania oferty. Izba w pełni podziela pogląd, że to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za działanie infrastruktury informatycznej, przy pomocy której wykonawcy składają oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Infrastruktura ta musi umożliwiać złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej, a narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne nie mogą ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, zebrany materiał dowodowy w niniejszej sprawie potwierdza, że Zamawiający zapewnił wykonawcom, w tym także Odwołującemu, niezakłócony dostęp do Systemu Zakupowego. Zamawiający udostępnił też dokumenty (instrukcje), które w sposób precyzyjny i jednoznaczny wskazują, jak wykonawca powinien przejść procedurę złożenia oferty oraz zapewnił kontakt z operatorem Systemu Zakupowego. (...) W okolicznościach tej sprawy nie sposób uznać, że problemy techniczne, które wystąpiły w trakcie składania oferty z udziałem Odwołującego, zostały spowodowane przyczynami, które leżały po stronie infrastruktury informatycznej Zamawiającego. To nie brak dokładniejszych instrukcji ani komunikat błędu wygenerowany przez Firewall uniemożliwił Odwołującemu złożenie oferty. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący własnym działaniem usunął w ostatnich dwóch minutach przed upływem terminu składania ofert kilkanaście plików, które były w trakcie ładowania się do Systemu, uzasadniona jest wątpliwość, czy Odwołujący, rozpoczynając składanie oferty o godz. 11.07 miał rzeczywiście na celu złożenie kompletnej oferty w postępowaniu i przyjął czas potrzebny do złożenia oferty w sposób zaplanowany i przemyślany.

Art. 85 ust. 2 i 108 ust. 1 pkt 6 NPzp (Art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp)**19. Wyrok z dnia 24 września 2020 r., sygn. akt KIO 2129/20**

W ocenie Izby działania, mające na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji mogą zostać podjęte uprzednio przez samego zamawiającego np. przez przekazanie na równych zasadach wszystkim potencjalnym wykonawcom takich samych informacji, które posiada podmiot biorący udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bądź następnie przez wykonawcę przez wykazanie, że jego udział nie zakłóci konkurencji. Izba przychyliła się do wyrażonego w orzecznictwie poglądu, iż w sytuacji, gdy zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokonał działań, mających na celu zniwelowanie zakłócenia konkurencji, wykonawca zostaje zwolniony z konieczności samodzielnego podejmowania działań w tym zakresie. (np. wyrok z dnia 25.10.2018r. Sygn. akt Kio 1974/18, wyrok z dnia 22.10.2018r. Sygn. akt KIO 2038/18). Przywołać należy w tym miejscu także orzeczenie ETS sygn. C-21/03 C-4/03 z dnia 3 marca 2005 r., w którym stwierdzono, że jednostka zamawiająca nie może odmówić uczestnictwa w postępowaniu wykonawcy realizującemu określone prace badawcze, dające informacje na temat zamówienia, chyba że wykaze, iż przedsiębiorca odniósł z tego tytułu nieuzasadnione korzyści mogące zniekształcić normalne warunki konkurencji.

20. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 460/21

Za nieuprawnioną zdaniem Izby uznać należy interpretację, iż to wykonawca udzielając odpowiedzi sam weryfikuje przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp i taka weryfikacja i ocena determinują odpowiedź na sporne pytanie zawarte w JEDZ. Taka wykładania nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, w tym m.in. w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp, z którego wynika, że przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 19, przed wykluczeniem wykonawcy, zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji. Zamawiający wskazuje w protokole sposób zapewnienia konkurencji. Gdyby kompetencje do oceny podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp przypisać wykonawcy i na tej podstawie determinować odpowiedź na pytanie w Części III sekcja C w zakresie zaangażowania w przygotowanie postępowania, wówczas za zbędną uznać należałoby regulację wskazaną w art. 24 ust. 10 ustawy Pzp.

21. Wyrok z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt KIO 436/21, KIO 437/21

W ocenie Izby wszyscy Wykonawcy nie mieli i nie mają nadal powszechnego, niczym nieograniczonego dostępu do wszystkich dokumentów i informacji jakie posiadał Odwołujący w zakresie projektu „Zintegrowany System Ograniczania Niskiej Emisji”. (...) Odwołujący przygotował Opis Założeń Projektu Informatycznego (OZPI), Studium Wykonalności i harmonogram

wymienionego powyżej projektu. Rozprawa pokazała, że Studium Wykonalności nie jest dokumentem ogólnie dostępnym w odróżnieniu do Opis Założeń Projektu Informatycznego (OZPI). Rozprawa również potwierdziła, że Studium Wykonalności nie może być udostępnione w trybie dostępu do informacji publicznej. W konsekwencji ponad 200 stronicowe (jak oświadczył na rozprawie Zamawiający, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący) opracowanie przygotowane przez Odwołującego nie było dostępne dla innych uczestników postępowania przetargowego. (...) Wykazał również informację Zamawiający, w posiadaniu których był i nadal jest Odwołujący, a do której dostępu nie mieliby inni Wykonawcy. W tym zakresie chodziło o Studium Wykonalności o którym jest mowa powyżej, ale również wartość szacunkową, gdyż niewątpliwie wiedzę w tym zakresie miał przed terminem składnia ofert. W tym ostatnim wypadku potwierdził to dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie - kopia Planu zamówień publicznych Ministerstwa Rozwoju na 2020 r. na okoliczność wartości zamówienia wskazanej w poz. 41. (...) W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający umożliwił Odwołującemu wytłumaczenie się z zaistniałej sytuacji, jednakże efekt tego należy uznać za niezadawalający. Z kolei rozprawa potwierdziła zasadność działania Zamawiającego w zastosowaniu ostatecznego środka w postaci wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na zakłócenie konkurencji które nie zostało zniwelowane ani przez Zamawiającego (z uwagi na jednoznaczne stanowisko pierwotnego Zamawiającego w kontekście tego postępowania), jak i przez samego Odwołującego, którego dowody i wbrew pozorom stanowisko z rozprawy wręcz potwierdziło istniejącą przewagę konkurencyjną po jego stronie.

Art. 91 ust. 1 NPzp (Art. 36aa ust. 1 Pzp)

22. Wyrok z dnia 1 października 2020 r., sygn. akt KIO 2223/20

Wskazać należy na wstępie, że kwestię dotyczącą możliwości podziału zamówienia na części, ustawodawca pozostawił do wyłącznej dyspozycji zamawiającego (art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp). Jednakże decyzja ta, mająca istotne znaczenie dla biegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności na umożliwienie udziału w postępowaniu szerszemu gronu podmiotów, specjalizujących się w danym przedmiocie zamówienia, nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu prawidłowe podzielenie zamówienia na części bądź też celowo nie dokonuje podziału zamówienia na części, kierując się bliżej nieuzasadnionym interesem własnym. Zamawiający, podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe. Decyzja zamawiającego musi uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasad wyrażonych w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców. Swoboda zatem zamawiającego o podziale zamówienia na części jest

ograniczona zasadą uczciwej konkurencji. Należy zatem badać czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, co do ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie.

Izba w niniejszej sprawie wyraża pogląd, że zasadność dzielenia zamówień na części powinna odzwierciedlać aspekt zwiększania konkurencji na rynku danych usług czy dostaw. Umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych, mającym przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, ma sprzyjać dywersyfikacji, a tym samym minimalizowaniu ryzyka występowania na rynku zamówień publicznych patologicznych sytuacji, w których możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia ograniczona jest do jednego lub do wąskiego grona wykonawców. (...)

W ocenie Izby, o ile art. 36aa ustawy Pzp nie statuuje obowiązku podziału zamówienia na części przez zamawiających, to przepis ten winien być interpretowany łącznie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w celu zbadania czy podział zamówienia na części dokonany przez zamawiającego nie narusza zasad postępowania przetargowego wyrażonych w przywołanym przepisie ustawy. Jeśli zamawiający nie wykazał, aby przyjęty przez niego podział zamówienia nie stał w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to wówczas zasadne jest, w ocenie Izby, przyjęcie, iż takie działanie zamawiającego narusza podstawowe zasady postępowania i winno skutkować nakazaniem podziału zamówienia tak, aby zapewnić wydatkowanie środków publicznych na zasadach konkurencyjnych i z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym możliwości udziału w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw.

Art. 95 ust. 1 NPzp (Art. 29 ust. 3a Pzp)

23. Wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3033/20

Izba wskazuje, że art. 29 ust. 3a ustawy Pzp jest emanacją polityki socjalnej państwa i ma na celu przeciwdziałanie nadużywaniu umów cywilnoprawnych w obszarze stosunków zatrudnienia, w szczególności zastępowania umów o pracę umowami cywilnoprawnymi, tam gdzie charakter stosunku łączącego strony odpowiada cechom stosunku pracy określonym w art. 22 § 1 Kodeksu Pracy. (...) Na gruncie niniejszej sprawy Izba, stwierdziła, że fakt, iż dane prace mają charakter sezonowy nie przesądza, iż ich wykonywanie nie powinno odbywać się w ramach stosunku pracy, jeśli spełniają one przesłanki z art. 22 §1 Kodeksu pracy. Jak słusznie podkreślił Zamawiający nie określił on w jakim wymiarze ani na jaki okres wymagana umowa o pracę ma zostać zawarta. Wykonawca prowadzi profesjonalną działalność w zakresie utrzymania zieleni (co podkreślał w toku postępowania), w związku z tym brak jest podstaw aby przyjąć, iż wykonywane prace mają charakter incydentalny. W ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy zakwalifikował czynności w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia m.in. grabienie liści, koszenie trawników, zarośli jako czynności polegające na wykonywaniu pracy. Izba podziela przywołane powyżej stanowisko Zamawiającego, iż

charakter tych czynności oraz sposób świadczenia usługi prowadzi do wniosku, iż wypełniają one przesłanki z art. 22 § 1 kodeksu pracy tj. są to prace określonego rodzaju wykonywane na rzecz pracodawcy, pod jego kierownictwem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę i wykonywane za wynagrodzeniem.

Art. 97 ust. 1 i 5 NPzp (Art. 45 ust. 1 Pzp)

24. Wyrok z dnia 16 października 2020 r., sygn. akt KIO 2296/20

Izba wskazuje, iż stosownie do treści art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Zgodnie natomiast z art. 10a ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, (...) odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Jak wskazano w opinii Prezesa UZP pt. Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r. cyt.: „Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy przekazywania wszelkiej dokumentacji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium. Katalog ewentualnych wyjątków od stosowania zasady elektronicznej komunikacji, zawartych w art. 10c ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp (a odnoszących się do modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki), również *a contrario* potwierdza, iż intencją ustawodawcy było objęcie rygiorem elektronicznej komunikacji wszelkiej dokumentacji związanej ze składaniem ofert lub wniosków. W związku z powyższym wadium, jako jeden z takich dokumentów niezbędnych do złożenia skutecznej i ważnej oferty również powinno być wniesione w postaci elektronicznej.”

Art. 99 ust. 1, 4 i 5 NPzp (Art. 29 ust. 1-3 Pzp)

25. Wyrok z dnia 8 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3352/20

Na wstępie należy wskazać, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi obowiązek Zamawiającego, ale jednocześnie jego uprawnienie, bowiem odzwierciedla rzeczywiste potrzeby Zamawiającego w danym postępowaniu. To Zamawiający ma prawo, wyznaczając cel, jaki zamierza zrealizować, tak określić przedmiot

zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Zamawiający zobowiązany jest ponadto respektować art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który zakazuje dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób dyskryminujący, przy czym podkreślenia wymaga, że powyższa norma nie może być równoważona z obowiązkiem wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (podobnie m.in. wyrok KIO z 28 stycznia 2019 r., KIO 26/19, wyrok KIO z dnia 22 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1271/19). (...) okoliczność że art. 29 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na możliwość utrudniania konkurencji, a nie utrudnienie konkurencji (a zatem na prawdopodobieństwo wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczność wystąpienia tego naruszenia), nie zmienia faktu, że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem Odwołującego jest udowodnienie okoliczności wskazanych w przepisie, którego naruszenie zarzucane jest Zamawiającemu. To na Odwołującym spoczywał zatem ciężar wykazania tej potencjalnej możliwości wystąpienia utrudniania konkurencji, Odwołujący zaś - zamiast skupić się na wykazaniu, że sposób ukształtowania wymagań OPU naruszać może konkurencję - przedstawił argumentację wskazującą, że potrzeby Zamawiającego można zaspokoić inaczej, tj. dopuszczając rozwiązanie możliwe do dostarczenia przez Odwołującego bądź rozdzielając przedmiot zamówienia tak, aby Odwołujący w jednej z części mógł złożyć ofertę.

26. Wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3511/20

Izba nie podzieliła poglądu, że opis przedmiotu zamówienia został sformułowany w taki sposób, że umożliwia dokonanie kalkulacji oferty uwzględniającej wszystkie wymagania zamawiającego. Zarzuty odwołania w znaczącej części dotyczyły oczekiwania odwołującego, aby zamieścić w treści SIWZ dokumenty związane z przygotowaniem postępowania –dialogiem technicznym oraz poprzedzającym go audytem. Takie oczekiwanie jest całkowicie bezzasadne, zwłaszcza, że twierdzenia odwołującego, że informacje zawarte w tych dokumentach potwierdzają brak wystarczającej precyzji przedmiotu zamówienia pozostały całkowicie gołosłowne.

27. Wyrok z 28 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 8/21

Przepis art. 29 ust. 2 ustawy ustanawia zakaz opisywania przedmiotu zamówienia, w sposób który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W ocenie Izby przedmiot opisany przez zamawiającego tę konkurencję utrudnia. Odwołujący i przystępujący XXX oferują wykonanie nawierzchni bieżni lekkoatletycznej jako rodzaju nawierzchni poliuretanowej z pełnego poliuretanu wykonanego z EPDM – Full Pur. Spełniają wymagania zamawiającego, co do certyfikatów i atestów, w tym posiadają obiekt scertyfikowany Certyfikatem Obiektu Lekkoatletycznego Klasy 1 na oferowanej nawierzchni jako obiekt kategorii IV, a więc taki jak zamawiany w tym postępowaniu. PZLA również nie widzi trudności w stosowaniu oferowanego systemu Tetrapru III/M. Z tych względów Izba oceniła, że odwołujący

uprawdopodobnił ograniczenie konkurencji przez zamawiającego. Tym samym to na zamawiającego ciążył obowiązek wykazania, że albo do ograniczenia nie doszło, bo mimo niedopuszczenia systemu odwołującego parametry opisane w siwz spełnia więcej systemów niż tylko jednego producenta. Takie dowodu zamawiający w ogóle nie przeprowadził, mimo, że z manifestu zawodników wynikało, że rekomendują oni systemy nie tylko Conica, ale też Mondo. Natomiast zamawiający nie wykazał, że jakkolwiek system firmy Mondo osiąga wymagane w siwz parametry. Tym samym zamawiający nie wykazał, że nie dopuścił się ograniczenia konkurencji. W ocenie Izby ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że zamawiający zamierzał odwoływać się do parametrów wynikających z wytycznych World Athletics jak i normy PN-EN 14877-2014, oraz normy dotyczącej mrozoodporności. Jednakże o ile odwołał się do samych parametrów, to jednak zastrzył znacząco zakresy tych parametrów, co niewątpliwie w ocenie Izby (choćby z przykładu odwołującego i przystępującego) zawężyło dostęp do zamówienia. Izba zwraca uwagę na fakt, że to, iż istnieje wielu wykonawców obiektów w systemie danego producenta nie oznacza jeszcze, że do ograniczenia konkurencji nie doszło, gdyż skoro tylko jeden producent ma wielu licencjonowanych wykonawców, to również inny producent może posiadać wielu swoich, którzy również mogliby się ubiegać o przedmiotowe zamówienia. Izba dostrzega tu, że w tym konkretnym postępowaniu konkurencyjność odnosi się tak do samych oferowanych systemów nawierzchni, jak i konkurencyjności jakością wykonawstwa.

Izba nie kwestionuje, że zamawiający może dopasować zamówienie do swoich obiektywnych potrzeb, ale w ocenie Izby zamawiający powinien umieć wykazać, że to zawężenie gwarantuje mu wyższą jakość, większą użyteczność czy trwałość. Zasada przejrzystości postępowania wymaga bowiem tego, aby wydatkując środki publiczne zamawiający być w stanie wykazać ich celowość i efektywność. Przedmiot zamówienia powinien odpowiadać potrzebom zamawiającego, jego możliwościom finansowym, brać pod uwagę bieżący stan wiedzy. Natomiast w niniejszym postępowaniu zamawiający poza wskazaniem celów, jakie przyświecały mu przy określeniu parametrów nawet nie pokusił się o wykazanie, jakie parametry ma stadion w Bydgoszczy, do którego standardu referuje. (...) Przepis art. 29 ust. 3 ustawy odnosi się nie tylko do patentów, znaków towarowych czy oznaczenia pochodzenia lub źródła, ale także do szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Nadto nie jest to jedynym przepis nakazujący zamawiającemu dopuszczać równoważność. Bowiem z ust. 4 art. 30 ustawy ustawodawca wskazał, że opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i ust. 3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym, a odniesieniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważne". W badanej sprawie zamawiający odniósł się do m. in do norm, a także specyfikacji technicznych organizacji międzynarodowych dodatkowo zawężając ich wymagania. W ocenie Izby takie działanie wpisuje się w treść art. 30 ust. 4 ustawy.

Niewątpliwie zamawiający odwołał się do parametrów występujących tak w podręczniku World Athletics jak i w normie, a także w zakresie mrozoodporności wymagając określonych parametrów będzie oceniał ich zastosowanie na podstawie wyników badań prowadzonych na podstawie istniejących norm. W ocenie Izby odwołanie się do tych parametrów miało wskazywać na ich prawidłowy i nieograniczający dobór, jednakże wskazanie wąskich przedziałów wartości w ramach dobranych parametrów ma wpływ na konkurencyjność tego postępowania. Tym samym dopuszczenie rozwiązań równoważnych odnoszących się do tych samych parametrów, ale w szerszym przedziale wartości pozwoli na zwiększenie konkurencyjności postępowania. Natomiast zamawiający nie wykazał, że dobór tych wąskich przedziałów jest uzasadniony odpowiednim poziomem jakości, gwarantuje lepsze osiągi czy zwiększa bezpieczeństwo zawodników – w tej sferze przedstawiona została tylko argumentacja własna przystępującego. Z tych względów Izba uznała, że konieczne jest nakazanie zamawiającemu dopuszczania takich rozwiązań równoważnych, które umożliwią zaoferowanie systemu nawierzchni w szerszym zakresie niż opisana w siwz, w tym o parametry mieszczące się w żądaniach odwołania.

28. Wyrok z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3512/20

Izba analizując treść powyższego załącznika w całości podzieliła stanowisko i argumenty Odwołującego zgodnie z którymi Zamawiający rozszerzył w treści tego załącznika obowiązki gwarancyjne ponad te wynikające z opisu przedmiotu zamówienia. Rozszerzenie to nie obejmuje tylko gwarancji na wykonaną usługę, ale de facto wprowadza nową usługę utrzymania całego parku, w każdym aspekcie dotyczącym zieleni (pielenie, koszenie, nawadnianie, odchwaszczanie, cięcia pielęgnujące i formujące pokrój, utrzymanie alejek w okresie zimowym, a nawet zobowiązanie Wykonawcy do wymiany uszkodzonego materiału roślinnego bez względu na przyczynę uszkodzenia (także dewastację). (...) Zgodnie z art. 577 k.c. gwarant odpowiada za jakość rzeczy sprzedanej (§ 1), w tym gwarant obowiązany do usunięcia wady fizycznej rzeczy lub do dostarczenia rzeczy wolnej od wad, jeżeli wady te ujawnią się w ciągu terminu określonego w gwarancji. Podstawową więc funkcją gwarancji jakości, jest ochrona kupującego (uprawnionego z gwarancji) przed konsekwencjami „zepsucia się” przedmiotu objętego gwarancją i przed niewłaściwym funkcjonowaniem tego przedmiotu pozostającym w związku z jego wadliwością. Gwarancja jakości obejmuje więc wady tkwiące w dostarczonym produkcie, referujące do jego wartości, a więc winna dotyczyć jakości dostarczonych roślin, czy też wykonanych prac wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu gwarancja jakości wykracza poza ustawowe obowiązki gwaranta, związane z wykonaniem zamówienia i rozszerza je do wykonywania nowych czynności nie wchodzących w przedmiot zamówienia. Oczekiwanie tak szerokiego zakresu prac, o tak dużej wartości i realizowanie ich przez 60 miesięcy jest przy takim opisie przedmiotu zamówienia całkowicie nieuzasadnione i godzi w interesy wszystkich wykonawców funkcjonujących na rynku. Gwarancja jakości nie może bowiem obejmować przykładowo nawadniania roślin czy utrzymania alejek w okresie zimowym, gdyż są to obowiązki wykraczające poza standardowe obowiązki gwaranta, a

ponadto stanowią usługi o charakterze utrzymaniowym. Należy także dodać, że zasadnym jest stanowisko Odwołującego, że nawet w przypadku wliczenia do ceny zamówienia usług utrzymania nie będzie możliwości – zgodnego z prawem rozliczania kosztów zakupu środków do utrzymania Parku oraz pracy pracowników, do kosztów działalności wykonawcy w latach przypadających po dokonanych końcowym odbiorze robót i zapłaty za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zauważenia wymaga także fakt, że nie istnieje po stronie Zmawiającego możliwość zapłaty za wykonywanie czynności utrzymania, przed faktycznym ich wykonaniem. (...) Dlatego też Izba uwzględniając zarzut nakazała Zamawiającemu modyfikację postanowień gwarancyjnych poprzez wyłączenie z zakresu gwarancji usług utrzymania zieleni i rezygnacji z tych usług w ramach tego przedmiotu zamówienia, albo rezygnacji z usług utrzymania zieleni ponad obowiązki gwarancyjne mające na celu stwierdzenie prawidłowego wykonania zamówienia w tym zakresie, pozostawiając Zamawiającemu wybór, który sposób Zamawiający zastosuje.

29. Wyrok z dnia 8 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 71/21

Tytułem ogólnej uwagi Izba wskazuje, iż ocena czy dane wymaganie znajduje uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego powinna być dokonana z uwzględnieniem rzeczywistego wpływu na efektywność pracy urządzenia oraz jego eksploatację, czy też wydajność. Walory estetyczne, czy też organizacja pracy Zamawiającego pozostają bez wpływu na ocenę efektywności pracy urządzenia i jego możliwości, istotnych z punktu widzenia uzyskanego efektu. Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem zamawiający opisując przedmiot zamówienia odzwierciedla swoje rzeczywiste potrzeby, które chce zaspokoić poprzez udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Izba podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie narusza przepisów ustawy prawo zamówień publicznych sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeby. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Z całą mocą podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób eliminujący funkcjonujące na rynku rozwiązania, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych i przekonujących argumentów uzasadniających takie działanie.

30. Wyrok z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3045/20, KIO 3143/20

Izba wskazuje, że art. 29 ust. 1 i 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego do 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 zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Przy czym zakres obowiązku zamawiającego dotyczącego informacji wymaganych w SIWZ jest determinowany przedmiotem zamówienia. Izba podkreśla również, że zarzuty wykonawców względem opisu przedmiotu zamówienia czy zakresu informacji przekazanych przez Zamawiającego w SIWZ nie mogą ograniczać się do stwierdzeń, że opis jest niepełny, że nie można wycenić przedmiotu zamówienia, że brakuje bliżej niesprecyzowanych informacji. Korelacją obowiązku zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, jest obowiązek wykonawcy wykazania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący jakich konkretnie informacji/dokumentów zamawiający nie przekazał wykonawcom w SIWZ, dlaczego są one istotne z punktu widzenia wyceny przedmiotu zamówienia i jakie skonkretyzowane ryzyka występują po stronie wykonawcy z tytułu nieprzekazania takich informacji/dokumentów. Ogólna retoryka wykonawcy o brakach dokumentacji, naruszeniu przepisów prawa nie stanowi wykazania naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

31. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 350/21

W ocenie Izby w rozpoznawanym stanie faktycznym Odwołujący nie zdołał wykazać, aby zaskarżone postanowienie opisu przedmiotu zamówienia naruszało przytoczone wyżej przepisy Pzp. W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania Zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie takiej treści SIWZ, która pozwoli na złożenie oferty na korzystniejszych warunkach, jeżeli zaskarżona treść SIWZ nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa. Kolejno podkreślić należy, że Zamawiający, jako podmiot dokonujący zakupów, jest uprawniony do określenia swoich oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i funkcjonalności. Każde z takich wymagań w większym lub mniejszym stopniu ogranicza konkurencję, jednak tak długo, jak wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, a ich celem nie jest zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to Zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania. Nie jest natomiast celem systemu zamówień publicznych i obowiązującej w nim zasady uczciwej konkurencji, umożliwienie uzyskania zamówienia wszystkim wykonawcom działającym w danej branży, bez względu na to, jakie cechy i właściwości ma przedmiot zamówienia, który mogą lub chcą zaoferować i bez uwzględnienia potrzeb Zamawiającego.

To bowiem Zamawiający jest uprawniony do określenia tego co, zamierza nabyć i jeśli tylko nie stawia wymagań, które mają za cel ograniczenie konkurencji, nie zaś zrealizowanie jego potrzeb, to nie można mu w drodze środków ochrony prawnej nakazywać, aby nabył produkty lub rozwiązania, które jego potrzeb nie zaspokoją. Natomiast okoliczność, że dany wykonawca nie jest w stanie dostarczyć produktów spełniających wymagania określone przez Zamawiającego, nie może być automatycznie utożsamiana z naruszeniem konkurencji. Tym bardziej nie można utożsamiać z takim naruszeniem sytuacji, w której wykonawca jest w stanie dostarczyć produkty zgodne z wymaganiami Zamawiającego, ale zaoferowanie innych produktów pozwoliłoby na złożenie korzystniejszej (np. bardziej konkurencyjnej cenowo) oferty.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 NPzp (Art. 24 ust. 1 pkt. 20 i pkt 23 Pzp)

32. Wyrok z dnia 16 września 2020 r., sygn. akt KIO 2102/20

Odnosząc się do podstawy zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 Ustawy należało w pierwszej kolejności rozważyć, czy okoliczności sprawy wskazywały na konieczność złożenia oświadczenia o istnieniu grupy kapitałowej pomiędzy małżonkami, którzy złożyli odrębne oferty w tych samych częściach zamówienia. Należy podkreślić, iż w obrocie gospodarczym funkcjonują różne definicje grupy kapitałowej, w zależności od kontekstu i ustawy regulującej dane zdarzenie gospodarcze. Można przykładowo wskazać na różne zdefiniowanie grupy kapitałowej w ustawie o rachunkowości (art. 3 ust. 1 pkt 44), czy też ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych (art. 1a ust. 1 ustawy o CIT), tzw. podatkowej grupy kapitałowej. Na gruncie przepisów Ustawy Pzp grupa kapitałowa definiowana jest przez odesłanie do przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Tym samym grupę kapitałową tworzą przedsiębiorca dominujący i przedsiębiorcy zależni.

Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy, dla stwierdzenia istnienia grupy kapitałowej konieczne było wykazanie przez Zamawiającego istnienia takiego powiązania między przedsiębiorcami, które pozwalałoby stwierdzić ten rodzaj zależności, w którym można przypisać rolę przedsiębiorcy dominującego oraz zależnego. W ocenie składu orzekającego fakt istnienia powiązań pomiędzy małżonkami prowadzącymi działalność w tym samym sektorze usług został wykazany chociażby przez treść ofert, w których małżonkowie posługiwali się tymi samymi pojazdami użyczonymi na potrzeby złożenia oferty, jak również wspólnymi danymi adresowymi, czy też podobieństwem graficznym ofert. Powyższe nie oznacza jednak, iż przedsiębiorcy stanowią grupę kapitałową poprzez fakt możliwości wpływania w sposób nieformalny na decyzje biznesowe każdego z małżonków. W ocenie składu orzekającego, same relacje rodzinne nie są wystarczające do stwierdzenia, iż jeden z przedsiębiorców ma pozycję dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad

przedsiębiorcą zależnym. Aby taka kontrola miała miejsce konieczne jest wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w sferze biznesowej. Przy dwóch równych podmiotach nie można ustalić wyłącznie na podstawie relacji rodzinnych, iż istnieje zależność wynikająca, np. z większościowego udziału głosu, czy też udziału w mieniu wspólnym lub innej formy pozwalającej na wywieranie wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. Decyzja o złożeniu oferty w tym samym postępowaniu nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym, tym bardziej, iż złożenie dwóch ofert na te same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie. Tylko jedna oferta może być uznana za najkorzystniejszą, a nie można na obecnym etapie postępowania stwierdzić, iż celem Wykonawców miało być doprowadzenie do wyboru oferty droższej (drugiego małżonka).

33. Wyrok z dnia 17 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 229/21

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który pozostaje w porozumieniu z innymi wykonawcami (zarzut nr 3 odwołania). Zgodnie z ww. przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawie wymaga zatem stwierdzenia po pierwsze, że zostało zawarte porozumienie pomiędzy wykonawcami, a po drugie, że porozumienie to ma na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto obie ww. okoliczności zamawiający musi być w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. W orzecnictwie podkreśla się, że dla wykazania zawarcia niedozwolonego porozumienia, nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. Ponadto, jak wskazuje się w orzecnictwie (por. m.in. wyro z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18), „wykazanie za pomocą stosownych dowodów” nie oznacza, że zamawiający mają obowiązek uzyskania bezpośrednich dowodów zawarcia zmowy przetargowej przez wykonawców, interpretacja rozumienia tego pojęcia nie może abstrahować od tego, że krajowy przepis stanowi implementację przepisu dyrektywy klasycznej (art. 57 ust. 4 lit. d), w którym mowa o „stwierdzeniu na podstawie wiarygodnych przesłanek”, że doszło do takiej zmowy. Mając powyższe na względzie wykazanie tego rodzaju porozumienia siłą rzeczy opierać się będzie przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych. Zamawiający wykluczając wykonawcę w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp musi jednak być w stanie wykazać, że ma do czynienia z zakłóceniem konkurencji. Analogicznie Odwołujący w postępowaniu odwoławczym, podnosząc zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego na ww. podstawie, powinien wykazać, chociażby w oparciu o dowody

pośrednie, że doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy wykonawcami oraz że porozumienie to miało na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący powyższemu nie sprostął.

34. Wyrok z dnia 15 marca 2021 r., sygn. akt KIO 445/21

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadniczej okoliczności stanowiącej podstawę podniesionych zarzutów. Odwołujący nie przeprowadził we wniesionym odwołaniu żadnego wywodu, który pozwoliłby przesądzić, iż jeden z ww. przedsiębiorców ma pozycję dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym. Aby taka kontrola miała miejsce konieczne jest wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w sferze biznesowej, czego w okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie uczynił. W ocenie Izby relacje rodzinne pomiędzy dwoma równymi podmiotami gospodarczymi nie są wystarczające do przesądzenia, że istnieje zależność wynikająca np. z większościowego udziału głosu, czy też udziału w mieniu wspólnym lub innej formy pozwalającej na wywieranie wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. Odwołujący w treści odwołania de facto ograniczył się do przywołania wyroku Izby z dnia 4 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 885/19 zapadłego w innym stanie faktycznym (pozostawania w związku małżeńskim wykonawców, pomiędzy którymi istnieje małżeńska wspólność majątkowa) oraz stwierdzenia, że „podobne relacje zachodzą pomiędzy rodzicami i dziećmi, a co za tym idzie również taką relację powinno się uznawać za przynależność do grupy kapitałowej”, nie przeprowadzając przy tym żadnej, choćby szczątkowej, analizy owych relacji. Podnieść również należy, iż samo nawet złożenie oferty przez spółki z grupy kapitałowej nie może prowadzić do automatycznego wykluczenia wykonawcy z postępowania. (...) Powyższe prowadzi do konieczności wykazania przez zamawiającego nie tylko okoliczności złożenia ofert przez podmioty tworzące grupę kapitałową ale również tego, czy powiązania w ramach grupy kapitałowej mają przełożenie na działania wykonawców, w tym, przede wszystkim z punktu widzenia przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, np. poprzez próbę wpływu na pozycję ofert, czy też ograniczanie dostępu do zamówienia innym podmiotom spoza grupy kapitałowej.

35. Wyrok z dnia 14 maja 2021 r., sygn. akt KIO 886/21

Odwołujący nie wykazał, aby jeden z ww. wykonawców wywierał decydujący wpływ na drugiego. Istniejące powiązania nie wskazują na pozycję dominującą żadnego z tych podmiotów uzasadniającą przejęcie kontroli nad drugim. Z odpisu z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej obu wykonawców nie wynika, aby jeden z nich był pełnomocnikiem drugiego, umocowanym do jego reprezentacji i działania w jego imieniu. Dodatkowo, ich zachowanie w toku postępowania nie wskazuje, aby dążyli do zmiany wyników postępowania, bądź podejmowali działania zmierzające do zakłócenia w nim konkurencji. Faktycznie złożyli dwie niezależne oferty, niemniej sama ta okoliczność nie prowadzi do wniosku, że p. XXX i p. YYY należą do tej samej grupy kapitałowej. Skoro nie należą

do tej samej grupy kapitałowej, to w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, Zamawiający nie był zobowiązany do badania, czy przedłożyli dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania między nimi nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Art. 109 ust. 1 pkt 5 NPzp (Art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp)

36. Wyrok z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2302/20

Izba stwierdziła również, że złożony przez odwołującego materiał dowodowy, jakkolwiek nie zawiera wprost dowodu zawinienia (albowiem takim w omawianej sytuacji mógłby być w zasadzie wyłącznie wyrok właściwego sądu powszechnego), tak wykazuje szereg okoliczności, których wystąpienia nie da się wytłumaczyć inaczej, niż przyjmując tezę o tym, iż w istocie zakończenie kontraktu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie przystępującego. Warto zauważyć, że w sytuacji, w której brak jest wprost dowodu wskazującego na zawinienie, wykonawca ma prawo wykazać innymi dowodami fakty, które co prawda nie świadczą bezpośrednio o jego zaistnieniu, ale można z nich wyprowadzić wnioski, że miało ono miejsce. W tym zakresie strona, która przeprowadza taki wywód, musi sprostać ciężarowi dowodu, albowiem fakt domniemany nie wymaga twierdzenia ani dowodzenia, jednakże twierdzenia i dowodzenia wymagają fakty składające się na podstawę faktyczną domniemania (por. wyrok SN z dnia 17 października 2000 r. I CKN 1196/98). Oznacza to, że ustalenie okoliczności istotnej może być oparte na domniemaniu faktycznym, gdy domniemanie to stanowi wniosek logicznie wynikający z prawidłowo ustalonych faktów stanowiących jego przesłanki. W zakresie możliwości oparcia ustaleń na ww. łańcuchu faktów, Izba stwierdziła, iż na zasadzie art. 190 ust. 7 w zw. z art. 190 ust. 5 p.z.p., pomimo braku w systemie postępowania przed Izbą wprost odpowiednika art. 231 k.p.c., możliwe jest przyjęcie konstrukcji domniemania faktycznego. Konstrukcja ta wynika z łańcucha rozumowania o faktach, i jako taka nie wymaga bezpośredniego dopuszczenia w postępowaniu dowodowym, aby odnieść skutek.

37. Wyrok z dnia 25 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3301/20

(...) udowodnienie, że strony były związane umowami, i że umowy te nie doprowadziły do założonego rezultatu, a także, iż powstał w związku z tym spór, jest zdecydowanie niewystarczające do wykazania, że zaistniały przesłanki art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., nakazujące wykluczyć z przetargu wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego – co stanowi szczególny przypadek nierzetelnego działania wykonawcy, objęty sankcją wykluczenia. Udowodniono powstanie sporu i jego podstaw faktycznych, natomiast zebrany materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie faktów, które mogłyby stanowić postawę do rozstrzygnięcia jak ten spor się zakończy. Innymi słowy, zgromadzone dowody dają podstawy do przyjęcia istnienia sporu, ale nie pozwalają na ustalenie,

która ze stron ma w tym sporze rację, co jest konieczne do wykazania zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Zamawiający zweryfikował stanowiska poszczególnych zamawiających oraz przystępującego XXX i trafnie nie wykluczył wykonawcy z przetargu. Izba także nie znalazła podstaw, aby odmówić wiarygodności informacjom od poszczególnych inwestorów, za wiarygodne uznano także oświadczenia przystępującego XXX. Natomiast postawienie zamawiającemu skutecznego zarzutu zaniechania nie może opierać się wyłącznie na ponownym przekazaniu oceny sytuacji dokonanej przez inne podmioty zamawiające. (...) Odwołujący przyjął strategię dowodową polegającą na wykazaniu, że istniał kontrakt, który został rozwiązany przez strony. Zaś błędem odwołującego było oparcie się na przekonaniu, że wystarczające do postawienia skutecznego zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy będzie wykazanie, że w ocenie inwestora przyczyna rozwiązania tego kontraktu była zawiniona i podnoszenie, żeby Izba ocenę tą przyjęła i uznała za własną bez żadnego materiału dowodowego, który pozwalałby na ocenę, czy ocena ta jest faktycznie uzasadniona, czy stanowi jedynie narrację formułowaną przez daną stronę stosunku prawnego na potrzeby sporu sądowego.

38. Wyrok z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 551/21

W ocenie składu orzekającego Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że nienależyte wykonanie umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 przez Odwołującego nastąpiło w istotnym stopniu. Podzielić należy wyrażany jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż nie można utożsamiać „istotności” nienależytego lub niewykonania umowy wyłącznie z określonym stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym, ponieważ przepis nie konkretyzuje takiego punktu odniesienia. Warto zwrócić uwagę, iż art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej), którego implementację stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesądza, że chodzi tu nie tylko o wspomniany istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy (por. m.in. wyrok z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17, wyrok z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 335/18).

W konsekwencji użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień. Obowiązek zatrudnienia do realizacji obu umów osób niepełnosprawnych na umowę o pracę miał bardzo ważne znaczenie, ponieważ stanowił bezpośredni wyraz realizacji deklaracji wykonawcy złożonej na potrzeby jednego z kryteriów oceny ofert. W efekcie przyznanej m.in. na podstawie tych deklaracji punktacji Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą w części 1 i 2 zamówienia i zawarł z Odwołującym umowy nr IN.271.4.1.2020 oraz IN.271.4.3.2020. Niedochowanie przedmiotowego obowiązku umownego nie może być interpretowane wyłącznie

jako brak dopełnienia wymogów o charakterze formalnym, w oderwaniu od dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w efekcie którego zawarto ww. umowy, skoro to właśnie omawiany aspekt społeczny, tj. zatrudnienie do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych na umowę o pracę, miał bezpośredni wpływ na ocenę ofert złożonych w tym postępowaniu. Nie sposób także tracić z oczu okoliczności, że celem ustanawiania kryteriów oceny ofert odnoszących się do aspektów społecznych jest w szczególności integracja zawodowa i społeczna osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. W sytuacji, gdy wykonawca, pomimo złożonej deklaracji o zatrudnieniu takich osób do realizacji danego zamówienia, obowiązku tego na etapie wykonywania umowy nie realizuje, powyższy cel nie zostaje spełniony.

Wykluczając wykonawcę na podstawie ww. przepisu Zamawiający, oprócz samego powołania się na treść art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, obciążony jest powinnością wykazania, że naruszenie obowiązków umownych stanowiło naruszenie obowiązków zawodowych, a do tego było poważne i przez wykonawcę zawinione (było efektem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy). (...) Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych we wskazanym przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich, co ma istotne znaczenie dla realizacji zasady przejrzystości i proporcjonalności postępowania, jak również zasady uczciwej konkurencji.

Podkreślić należy, że mimo zbliżonego zakresu przedmiotowego art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, ustawodawca wyraźnie rozróżnia dwie wyżej wskazane podstawy wykluczenia, a każda z nich zawiera inne przesłanki, które muszą zostać spełnione w sposób kumulatywny, aby wykluczyć danego wykonawcę z postępowania. W konsekwencji nie sposób uznać za wystarczające, jak uczynił to Zamawiający, wyprowadzenia w sposób dorozumiany z faktu zaistnienia podstawy do wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, wniosku, że spełnione zostały również przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że omawiane regulacje mają charakter sankcyjny, niedopuszczalne jest jakiegokolwiek automatyczne działanie w tym przedmiocie.

Art. 109 ust. 1 pkt 10 NPzp (Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp)

39. Wyrok z dnia z dnia 26 października 2020 r., sygn. akt KIO 2422/20

(...) sama możliwość dokonania przez zamawiającego sprawdzenia podanej przez wykonawcę informacji, nie może legitymizować oczywistej niedbałości w podejmowanych przez wykonawcę działaniach i braku rzetelnej weryfikacji okoliczności faktycznych objętych treścią składanych oświadczeń. To wykonawca obowiązany jest do dochowania należytej, przynależnej profesjonalistce staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu.

40. Wyrok z dnia 29 października 2020 r., sygn. akt KIO 2420/20

W tym kontekście uznać należy za nieuprawnione stawianie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp przez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego. Istota przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na tej podstawie skupia się bowiem nie tylko na zakwestionowaniu zgodności określonego twierdzenia ze stanem faktycznym, ale przede wszystkim na tym, że błędna informacja powinna w sposób istotny, chociażby potencjalnie, wpływać na podejmowane przez zamawiającego decyzje. O takim wpływie nie można jednak mówić w rozpatrywanym stanie faktycznym. Skoro zaś bez względu na to, czy doświadczenie zdobyte w ramach inwestycji zostałoby wskazane w formularzu oferty, czy też nie, ocena zamawiającego byłaby taka sama i sprowadzałaby się do uznania, że wymagania w zakresie otrzymania maksymalnej liczby punktów za doświadczenie kierownika robót drogowych zostały spełnione, a to w konsekwencji nie mogłoby skutkować zmianą decyzji zamawiającego o uznaniu oferty przystępującego za ofertę najkorzystniejszą. (...) W okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do spełnienia co najmniej jednego z warunków określonych wyżej tj. wpływu, a co najmniej możliwości wpływu na decyzję zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, tak w toku badania i oceny ofert, jak i decyzji ustalającej wynik postępowania w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej.

41. Wyrok z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3392/20

(...) Ustawodawca, przepisem tym nie ograniczył ponadto zakresu przekazywanych przez wykonawcę informacji do np. wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że zastosowanie ww. przepisu obejmuje swoim zakresem każdą informację, jaką wykonawca przekazuje zamawiającemu, w tym również dotyczące kryteriów selekcji czy *stricte* przedmiotu oferty. (...) Izba stwierdziła, iż odwołujący przekazując zamawiającemu nieprawdziwe informacje, co do doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wykazał się co najmniej niedbalstwem. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Zgodnie z przepisem art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej określa się go przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Powyższe uzasadnia zwiększone oczekiwania, co do umiejętności wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, a przez to i nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty, oświadczenia we własnym imieniu obowiązek, aby upewnić się że deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (KIO 2272/18, KIO 1791/20). W niniejszej sprawie odwołujący nie dołożył należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż nie dokonał szczegółowej weryfikacji informacji dotyczących jego własnego doświadczenia jak i uzyskanych od podmiotów, z których doświadczenia zamierzał skorzystać. Ponadto przekazał zamawiającemu te informacje

(oświadczenie w formularzu ofertowym), mając świadomość skutków ich nierzetelnego (tj. bez szczegółowego sprawdzenia i weryfikacji ich prawdziwości) przedstawienia.

42. Wyrok z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3387/20

Izba w pełni podziela zatem stanowisko Zamawiającego, rzeczywiście uprzednio wielokrotnie wyrażone w orzecznictwie Izby, że nieprawdziwej czy wprowadzającej w błąd informacji, mogącej mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez instytucję zamawiającą, nie można w trybie art. 26 ust. 3 pzp zastępować informacją prawdziwą. Jeżeli wykonawca winny jest przedstawienia w złożonym na potrzeby prowadzonego postępowania oświadczeniu lub dokumencie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W takim przypadku oświadczenie lub dokument wręcz potwierdzają spełnienie warunku, tyle że za pomocą informacji, która okazała się nieprawdziwa, a nie niepełna. Należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz w art. 24 ust. 1 pkt 12 statuuje odrębne i niezależne od siebie podstawy wykluczenia z postępowania, a zatem wykluczenie za złożenie nieprawdziwych informacji w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie musi się wiązać z wykluczeniem za niewykazanie spełnienia tych warunków. Odmienne stanowisko oznaczałoby również, że w ramach badania zaistnienia przesłanki potencjalnego wprowadzenia zamawiającego w błąd z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp mieści się badanie, czy wykonawca składający nieprawdziwą informację był już wzywany do uzupełnienia dokumentów. W konsekwencji prowadziłyby to do takiej interpretacji przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, zgodnie z którą nie podlegałby wykluczeniu wykonawca, który co prawda złożył nieprawdziwe informacje, które wprowadziły lub mogły wprowadzić w błąd zamawiającego, jeżeli uczynił to po raz pierwszy tzn. nie był wzywany do zastąpienia nieprawdziwej informacji potwierdzającej spełnienie warunku udziału prawdziwą informacją potwierdzającą spełnienie tego warunku. Taką interpretację należy oczywiście odrzucić jako prowadzącą wprost do naruszenia nie tylko art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp i art. 26 ust. 3 pzp, ale także sprzeczną z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i zachowanie równej konkurencji, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp.

43. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 460/21

Istotą podania nieprawdziwych informacji jest wykreowania u zamawiającego przekonania, że dane okoliczności nie miały miejsca, podczas, gdy w rzeczywistości było inaczej. Podając nieprawdziwe informacje w dokumentach JEDZ, wykonawca podał obiektywnie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do okoliczności związanych z zaangażowaniem wykonawcy lub przedsiębiorstwa wykonawcy w przygotowanie postępowania, co miało istotny wpływ na dalsze decyzje podjęte przez Zamawiającego. Zamawiający bowiem wystąpił do Konsorcjum z wezwaniem

do udowodnienia, że udział Pana XXX, wskazanego przez Konsorcjum jako zasób własny, w przygotowaniu postępowania nie zakłóci konkurencji w Postępowaniu, jak również wystąpił do Przewodniczącego Zespołu Zadaniowego z prośbą o przekazanie informacji dotyczących udziału Pana XXX w postępowaniu. Ponadto podkreślić należy, że nieprawdziwe oświadczenie Konsorcjum YYY dotyczyło oceny podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. Na podstawie informacji zawartych w JEDZ Zamawiający podejmuje decyzję czy w stosunku do wykonawcy istnieją przesłanki do wykluczenia go z postępowania. Zamawiający opierają się na treści oświadczenia z Części III lit. C) JEDZ mógł uznać, iż wobec wykonawcy nie istnieją podstawy do wykluczenia z art. 24 ust 1 pkt 19 ustawy Pzp. W rzeczywistości jednak takie podstawy potencjalnie istniały i wymagały zbadania przez Zamawiającego. Irrelevantne dla oceny zastosowania wobec wykonawcy art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest to, że Zamawiający, mając wiedzę o udziale Pana XXX w przygotowaniu postępowania, przeprowadził procedurę weryfikacji z art. 24 ust. 10 ustawy Pzp i uznał, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia Konsorcjum XXX na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp. Jak Izba wskazała powyżej, decydujący dla ustalenia wpływu na decyzje Zamawiającego jest moment składania nieprawdziwych informacji, a nie skutek jaki powodują one po zapoznaniu się z nimi przez Zamawiającego. Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest niezwykle szeroki w zakresie penalizowania nieprawdziwych informacji składanych przez wykonawców.

44. Wyrok z dnia 11 marca 2021 r., sygn. akt KIO 454/21

Izba nie dopatrzyła się w tych okolicznościach także naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sankcją, jaką przewiduje ustawa Pzp z tytułu niewniesienia zabezpieczenia należytej realizacji umowy jest zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Innych sankcji z tego tytułu ustawodawca nie przewidział, zatem czynność wykluczenia Konsorcjum XXX z kolejnych postępowań, w których wykonawca ten bierze udział, byłoby działaniem nieuprawnionym.

45. Wyrok z dnia 19 marca 2021 r., sygn. akt KIO 605/21

Izba zauważa, że ustawodawca rozgranicza sytuację niespełniania warunków udziału, niewykazania podstaw wykluczenia, od sytuacji fałszywego oświadczenia przez wykonawcę, że spełnia warunki udziału, czy nie zachodzą podstawy wykluczenia. Nie jest bowiem tak, że każdy brak spełnienia warunków udziału, czy każde zaistnienie podstaw wykluczenia pociąga za sobą niejako automatycznie złożenie oświadczenia wprowadzającego zamawiającego w błąd. Gdyby tak rozumieć przepisy ustawy w istocie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy byłby przepisem martwym, co więcej zamawiający zostałby pozbawiony możliwości oceny czy warunek został spełniony, czy też nie, czy zaistniały podstawy wykluczenia czy też nie. Nie można także w ocenie Izby zapominać o tym, że często wykonawcy

odczytują postanowienia siwz w sposób odmienny od zamawiających i spory na tle interpretacji postanowień siwz czy oceny braku podstaw wykluczenia nie są wydarzeniami odosobnionymi. Czyniąc te uwagi natury formalnej Izba stwierdza, iż nie podziela stanowiska odwołującego, że to, iż wykonawca na etapie badania jego oferty nie był w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla podmiotów, na których zasobach polega, oznacza, że wprowadził w błąd zamawiającego, co do tego, że taki brak podstaw nie zachodzi. Przystępujący wskazywał na to, że z podmiotami udostępniającymi zasoby stale współpracuje, przystępujący złożył zamawiającemu oświadczenia podmiotów, że w terminie określonym przez zamawiającego nie są w stanie uzyskać dokumentów żądanych przez zamawiającego. W ocenie Izby z zachowania przystępującego w toku postępowania nie można było w żaden sposób wywnioskować, że od chwili złożenia oferty wiedział lub co najmniej powinien był przypuszczać, że pozyskanie dokumentów okaże się niemożliwe i mimo to twierdził, że podmioty trzecie tymi dokumentami dysponują. Przeciwnie przystępujący w chwili, gdy uzyskał informację o trudnościach z uzyskaniem dokumentów powiadomił o tym zamawiającego i podjął czynności zmierzające do zachowania aktualności oświadczenia wstępnego, co do spełniania warunków udziału i braku podstaw wykluczenia. Uczynił to przez zastąpienie dotychczasowych podmiotów własnym zasobem i innym podmiotem. W ocenie Izby skoro ustawodawca przewidział taki sposób postępowania, to przystępujący nie musiał wykazywać powodów, dla których nie mógł złożyć dokumentów. Przeciwnie, gdyby zastąpił dokumenty z ZUS, US, KRK oświadczeniami własnymi pierwotnych podmiotów trzecich powołując się na komunikat Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 4 maja 2020 r. i przedstawioną tam interpretację par. 7 ust. 3 cyt. rozporządzenia w sprawie dokumentów, to wówczas rzeczywiście musiałby wykazać, że zaświadczeń się nie wydaje w związku z pandemią lub ich uzyskanie jest znaczenie utrudnione. W art. 22a ust. 6 ustawy ustawodawca nie wskazuje, że żądanie zamawiającego możliwe jest tylko w szczególnych okolicznościach, które wykonawca musi wykazać. Przesłanką zastosowania art. 22a ust. 6 ustawy jedyną i wystarczającą jest ustalenie obiektywnie, że za pomocą przedstawionych zasobów innych podmiotów wykonawca nie wykazał spełnienia warunku lub braku podstaw wykluczenia. Tym samym dokonanie takiego zastąpienia w brzmieniu literalnym przepisu było dopuszczalne i nie powodowało, że oświadczenie wstępne odwołującego było nieprawdziwe do momentu zastąpienia go innymi zasobami. Skoro nie ziszcila się przesłanka przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd, to zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie było możliwe i analiza przesłanek związanych z lekkomyślnością czy niedbalstwem, czy wpływem na decyzje podejmowane przez zamawiającego jest zbędna. Przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy muszą być spełnione łącznie, tym samym brak jednej z nich wystarczy dla stwierdzenia braku zasadności postawionego zarzutu.

Art. 110 NPzp (Art. 24 ust. 5 pkt 4 i ust. 8 Pzp)**46. Wyrok z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2827/20**

Mając na uwadze treść art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, stanowiska Odwołującego nie można uznać za uzasadnione. Powołany przepis wprost wskazuje, że naprawienie szkody „w szczególności” stanowi dowód dla wykazania rzetelności wykonawcy – nie jest to zatem jedyny możliwy dowód, a przykładowo wskazany przez ustawodawcę. Nie sposób też z omawianej normy wywieść, że jest to dowód konieczny. Należy zauważyć, że art. 24 ust. 8 ustawy Pzp nie zawiera zamkniętego katalogu dowodów, jakie wykonawca może przedstawić celem wykazania swojej rzetelności (tak też KIO 1248/20, KIO 1573/20). (...) Wobec powyższego należało za bezpodstawne uznać twierdzenie Odwołującego, iż naprawienie szkody jest warunkiem *sine qua non* skutecznej procedury samooczyszczenia. Ponadto warto odnotować, że jak wynika z przedłożonej wraz z odwołaniem informacji o wynikach oceny wniosków z XXX, Przystępujący wg. stanu na dzień 29.09.2020 r. spłacił ponad 339 tys. zł z kwoty zasądzonej na rzecz XXX, a do spłaty pozostało ponad 62 tysiące złotych. A zatem w dniu składania wniosków w niniejszym postępowaniu Przystępujący spłacił już około 85% z zasądzonej kwoty, co pozwala na uznanie, że nie uchylał się od wykonania obowiązku nałożonego przez Sąd. Takie postępowanie Przystępującego potwierdza słuszność decyzji Zamawiającego, który uznał, że pomimo braku spłaty całości kwoty zasądzonej na rzecz 24 WOG Przystępujący wykazał swą rzetelność w procedurze self-cleaningu. Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje podnoszona okoliczność, że 24 WOG uznał, że samooczyszczenie Przystępującego nie jest skuteczne, bowiem nie dokonał on spłaty całości należności wynikającej z wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie. Zamawiający uprawniony jest do własnej, niezależnej oceny środków podjętych o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp podjętych przez wykonawcę.

47. Wyrok z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2925/20

(...) aby wezwać wykonawcę do samooczyszczenia, Zamawiający powinien zbadać zaistnienie wszystkich przesłanek do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Instytucja samooczyszczenia ma zastosowanie tylko wtedy, gdy wobec wykonawcy zachodzi podstawa wykluczenia, a wykonawca zamierza wykazać, że mimo to jest podmiotem rzetelnym i wiarygodnym. Instytucja ta nie ma natomiast zastosowania w sytuacji, gdy wobec wykonawcy ww. podstawa wykluczenia nie zachodzi. Na powyższe wskazuje dyspozycja art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, zgodnie z którą wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla

zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

48. Wyrok z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3450/20

W przedmiotowej sprawie roboty zostały wykonane, ale nieprawidłowo, ponieważ zbiornik pozostał nieszczelny. Tym samym miało miejsce nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy zawartej przez odwołującego z XXX.

Po drugie, należy stwierdzić, że nienależyte wykonanie ww. umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Wprawdzie odwołujący powierzył wykonanie robót podwykonawcy, ale za wykonanie zobowiązania w tym zakresie ponosił odpowiedzialność (art. 474 kc). Tym samym nienależyte wykonanie umowy w istotnym stopniu przez podwykonawcę, obciąża wykonawcę, który powierzył mu wykonanie prac, co oznacza, że zachodzi przesłanka nienależytego wykonania umowy przez odwołującego.

Po trzecie, należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie ziszcza się przesłanka rozwiązania wcześniejszej umowy. Jak wynika bowiem ze stanu faktycznego sprawy, pismem z dnia 08.10.2018 r. zamawiający XXX odstąpił od umowy zawartej z odwołującym. Odwołujący złożył wprawdzie w Sądzie Okręgowym w Katowicach pozew o zapłatę, niemniej jednak rozstrzygnięcie Sądu w tej sprawie jeszcze nie zapadło, co oznacza, że na dzień podjęcia przez zamawiającego czynności wykluczenia odwołującego, stan faktyczny był taki (i jest nadal), że odstąpienie miało miejsce.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że środki służące wykazaniu rzetelności wykonawcy zostały przez ustawodawcę wskazane w formie katalogu otwartego. Tym samym środki te w praktyce muszą być każdorazowo dostosowane do danej sytuacji, w której miało miejsce niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

W przedmiotowej sprawie odwołujący wskazał na szereg podjętych przez niego środków, z których dwa, w ocenie Izby, są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy, tj.:

- fakt, że odwołujący zaprzestał współpracy z podwykonawcą bezpośrednio odpowiedzialnym za nienależyte wykonanie robót w stopniu istotnym,
- fakt, że odwołujący zrezygnował z realizacji kontraktów z zakresu uszczelniania zbiorników wodnych i stosowania technologii Hydroclick.

Ww. podjęte przez odwołującego środki są odpowiednie, w ocenie Izby, do zapewnienia, że nie powtórzy się sytuacja, jaka miała miejsce w przypadku umowy zawartej z XXX. Środki te bowiem służą zapobieżeniu sytuacji, w której brak doświadczenia wykonawcy (odwołujący przyznał w piśmie z dnia 07.12.2020 r., że nigdy wcześniej nie realizował podobnych prac) i nieprawidłowe działania jego podwykonawcy doprowadziły do nienależytego wykonania umowy. Skoro zatem odwołujący przede wszystkim zrezygnował z realizacji kontraktów z zakresu uszczelniania zbiorników wodnych i nie kontynuuje współpracy z podwykonawcą, któremu powierzył wykonanie umowy zawartej z XXX, to

uzasadnione jest stwierdzenie, że podjęte przez niego środki w ramach samooczyszczenia są wystarczające.

49. Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3540/20

Zarzuty odwołania sprowadzają się w istocie do dwóch twierdzeń. Po pierwsze, do twierdzenia o tym, że przeprowadzona przez Przystępującego procedura samooczyszczenia jest nieskuteczna ze względu na brak wykazania przez Przystępującego jakie były rzeczywiste przyczyny rażącego naruszenia obowiązków zawodowych polegających na niewykonaniu umów z gminami XXX i YYY. Po drugie, do twierdzenia o tym, że Przystępujący nie przedstawił w sposób skuteczny dowodów na samooczyszczenie, ponieważ nie wykazał związku przyczynowego między opisanymi powodami niewykonania umów a przedstawionymi dowodami. Wobec tak zdiagnozowanej osi sporu kluczową dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy odwoławczej jest ocena wyjaśnień zawartych w „załączniku do świadczenia JEDZ” oraz złożonych wraz z nimi dowodami. (...) Izba nie podziela też stanowiska Odwołującego co do tego, że podjęte przez Przystępującego środki służą jedynie formalnemu wypełnieniu przesłanek z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Przeczy temu bowiem treść wyjaśnień i dowodów złożonych w ramach procedury samooczyszczenia. Postawę Przystępującego ocenić należy pozytywnie, ponieważ wyciąga on wnioski z zapadłych w jego sprawie wyroków Izby czy Sądów Okręgowych i ulepsza swoje wyjaśnienia. Izba podziela argumentację Przystępującego dotyczącą pewnej dynamiki procedury samooczyszczenia. O ile bowiem okoliczności, jakie legły u podstaw rozwiązania umów przed czasem mają charakter niezmienny, o tyle nie można odmówić wykonawcy prawa do ulepszania swoich wyjaśnień w ramach samooczyszczenia, w tym w reakcji na ocenę tych wyjaśnień dokonywaną przez poszczególne instytucje zamawiające, Krajową Izbę Odwoławczą, czy sąd okręgowy. W przypadku odmiennego podejścia trzeba by uznać, że raz nieskutecznie przeprowadzone samooczyszczenie zamykałoby wykonawcy drogę do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia, z czym nie sposób się zgodzić.

Art. 112 ust. 1 NPzp (Art. 22 ust. 1a Pzp)

50. Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3489/20

Izba uznała, że zarzuty odwołującego nie mogą znaleźć akceptacji z tego powodu, że w przypadku jeśli kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia - uzasadnione jest sprecyzowanie takich właśnie wymagań w odniesieniu do personelu. Przypomnieć należy, że każdy warunek udziału w postępowaniu w mniejszym lub większym stopniu ogranicza konkurencję, ma on bowiem na celu wyłonienie w postępowaniu tylko takich podmiotów, którzy będą zdolni do wykonania zamówienia. Kluczowe dla oceny czy warunek został określony w sposób proporcjonalny jest po pierwsze udzielenie odpowiedzi czy stopień ograniczenia konkurencji jest uzasadniony potrzebami

zamawiającego. W niniejszym wypadku należy uznać, że takie przesłanki istnieją. Jak wcześniej zauważono przedmiotem zamówienia jest serwis specjalistycznego sprzętu, wysokiej jakości, w przypadku którego ryzyko niewłaściwego działania ma wpływ na zdrowie i życie pacjentów oraz bezpieczeństwo personelu medycznego. Zamawiającym jest szpital onkologiczny, w którym na co dzień diagnozuje się ciężkie przypadki, a właściwa diagnostyka ma wpływ na dobór najbardziej odpowiednich dla pacjenta metod leczenia, co decyduje niekiedy nawet o życiu pacjenta. Aby zatem zapewnić prawidłowe serwisowanie urządzeń ważnym jest, aby wykonywały taki serwis osoby posiadające stosowne doświadczenie i przeszkolone na odpowiednim poziomie. Poziom taki zapewnić może jedynie producent urządzeń lub upoważniony przedstawiciel.

Po drugie należało odpowiedzieć na pytanie czy warunek w brzmieniu opisanym przez zamawiającego można uznać za proporcjonalny. Na to również należało odpowiedzieć twierdząco. Odnosił się on bowiem do zapewnienia przez wykonawcę dostępu, w trakcie realizacji zamówienia, do odpowiednio wykwalifikowanego personelu serwisowego tj. takiego, którego kwalifikacje potwierdził producent. Izba zgadza się z odwołującym, że przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie określają jakie uprawnienia winny posiadać osoby serwisujące sprzęt, nie stoi to jednak na przeszkodzie, aby zamawiający poprzez stawianie innych wymagań, adekwatnych do zakupionych i użytkowanych przez niego urządzeń - określił minimalne oczekiwania w zakresie kadry, którą dysponuje wykonawca, a która to będzie takim serwisem się zajmowała. Powyższe ma na celu ustalenie czy posiadany przez te osoby poziom kompetencji odpowiada wymaganiom producenta sprzętu. Ponieważ poszczególni producenci stosują różne rozwiązania konstrukcyjne i funkcjonalne w swoich wyrobach, wprowadzają stale udoskonalenia, których zakres jest znany wyłącznie tym podmiotom - tylko osoby posiadające dostęp do tej unikalnej wiedzy, a zatem przeszkolone przez producenta sprzętu, są zdolne do realizacji takich zadań serwisowych. Znaczenie ma w tym przypadku również jakość i aktualność szkolenia, które odbywa serwisant. Jak wynika z wyjaśnień przystępujących złożonych na rozprawie, szkolenia przez nich prowadzone dotyczą konkretnego modelu sprzętu, który jest serwisowany. Ponadto zwraca się uwagę na aktualność posiadanej przez te osoby wiedzy serwisowej, w konsekwencji organizuje się również szkolenia w zakresie nowych wiadomości dotyczących budowy danego urządzenia, w szczególności w przypadku gdy na rynek wprowadzane są nowe modyfikacje odnoszące się do tego modelu.

Po trzecie Izba wzięła również pod uwagę jaki wpływ ma postawiony warunek na potencjalną konkurencję. Tu Izba stwierdziła, że samo wymaganie odnoszące się do odpowiednio wykwalifikowanego personelu - takiego wpływu nie wywiera. Mamy do czynienia z warunkiem, który może być z uwagi na jego charakter, spełniony tak przez samego wykonawcę jak i ewentualnie podmiot udzielający potencjał osobowy w trybie art. 22a ustawy Pzp, w przypadku dysponowania pośredniego personelem podmiotu trzeciego. Dodatkowo wykonawca może posłużyć się, w celu spełnienia warunku udziału, także dysponowaniem bezpośrednim osób o koniecznych kwalifikacjach.

51. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 356/21

Proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękopmi należytego wykonania zamówienia a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękopmię jego prawidłowej realizacji.

Art. 116 ust. 2 NPzp (Art. 22d ust. 1 i 2 Pzp)**52. Wyrok z dnia 28 września 2020 r., sygn. akt KIO 2214/20**

Izba uznała, iż dla zastosowania przesłanki z art. 22d ust. 2 Ustawy nie jest wymagane wykazanie, iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi oddzielną podstawę do wykluczenia z postępowania (art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy). Jednocześnie art. 22d ust. 2 Ustawy pozwala szerzej spojrzeć na wykazany potencjał wykonawcy, co jednak nie oznacza całkowitej dowolności w badaniu wymaganych zdolności. Izba w całości podziela wskazaną przez Przystępującego tezę z wyroku Izby z dnia 3 lutego 2020r. (sygn. akt KIO 105/20(...)). Strony prowadziły spór co do rozumienia przepisu, który nie stanowi samodzielnej podstawy do wykluczenia i pozostaje w zbiegu oceną zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Koniecznym było zatem odniesienie się do związku, jaki wystąpić musi w relacji do zaangażowania zasobów technicznych lub zawodowych w inne przedsięwzięcia gospodarcze. Zasadnicza teza Zamawiającego, iż nie ma konieczności wykazania związku pomiędzy zasobami zaangażowanymi na innym kontrakcie, a wymaganymi w przedmiotowym postępowaniu była nieprawidłowa. Art. 22d ust. 2 Ustawy ma na celu zweryfikowanie faktycznych zdolności, jakich zamawiający wymaga, co należy odnosić do warunków udziału w postępowaniu. (...) Dla zastosowania przesłanki z art. 22d ust. 2 koniecznym jest zatem ustalenie, czy zdolności techniczne badane w kontekście zaangażowania na innym kontrakcie stanowią jednocześnie wymagany w postępowaniu potencjał pozwalający ocenić zdolność wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. Taki związek nie zachodził w odniesieniu do większości okoliczności wskazanych przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał bowiem w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych wykazania się doświadczeniem wykonawcy w realizacji robót referencyjnych oraz osobą spełniającą wytyczne dla pełnienia funkcji kierownika budowy. Nie było w siwz wymagań co do parku maszynowego niezbędnego do wykonania kluczowych elementów zastrzeżonych do osobistego wykonania przez wykonawcę, czy też kluczowego zespołu personelu. Tym samym Zamawiający nie był uprawniony wnioskować o braku właściwego przygotowania

zawodowego w kontekście niedostatecznych zasobów kadrowych, czy też sprzętowych. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu z postępowania Zamawiający często podsumowywał analizowane okoliczności stwierdzeniem, iż wykonawca nie posiada odpowiedniego zaplecza kadrowego, co ma podważać jego wiarygodność i prowadzić do nierzetelnego wykonania przyszłej umowy.

53. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3495/20

(...) samo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze nie powoduje automatycznie utraty zdolności do realizacji danego zamówienia przez wykonawcę i z automatu nie świadczy o możliwości wystąpienia negatywnego wpływu na realizację postępowania będącego przedmiotem oceny. Istotnym z punktu widzenia analizowanego przepisu jest bowiem wykazanie czy owo zaangażowanie zasobów w inne przedsięwzięcia gospodarcze może wywołać negatywny wpływ na realizację tego zamówienia publicznego. Pomiedzy wykorzystaniem potencjału wykonawcy do realizacji innych przedsięwzięć gospodarczych, a drugą z przesłanek, dotyczącą możliwości wystąpienia zagrożenia należytego wykonania umowy, winien występować adekwatny związek przyczynowy, który należy wykazać. (...) Nie wykazano, by rzeczywiście ten poziom zaangażowania pracowników brygad i sprzętu odbywał się w ten sposób, by musieli być oni ściśle przypisani do danej umowy, danego zadania. Rozróżnić bowiem należy czynność potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu od czynności rzeczywistej realizacji przedmiotu zobowiązania i sposobu organizacji pracy posiadanych zasobów pracowniczych. Trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących wiele kontraktów jednocześnie, aby przystępując do składania ofert musieli angażować każdorazowo personel i sprzęt dla danego postępowania, wyłączając go z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować oraz pewności co do terminu rozpoczęcia robót. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel i sprzęt wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca jest to w stanie wykazać w toku postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący złożył ofertę tylko w ramach pakietu drugiego. Nawet jeżeli prace w innych Nadleśnictwach wykonywane będą równoległe, to nie muszą mieć one tożsamesgo charakteru i nie jest każdorazowo do ich wykonania niezbędny tożsamy zespół osób oraz sprzęt. A przynajmniej założyć należy, iż taka okoliczność będzie raczej wyjątkiem niż regułą. Nie jest więc wykluczona taka organizacja pracy, że dane osoby i sprzęt, stosowanie do zakresu i wymogów zadania do wykonania i potrzeb oraz posiadanych umiejętności będą odpowiednio przesuwane w ramach harmonogramów zadań. Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność, że harmonogramy wykonywania prac w poszczególnych jednostkach Skarbu Państwa zajmujących się pracami w zakresie gospodarki leśnej pokrywają się wzajemnie, wykonywane są w tożsamych okresach, wymagany jest do ich realizacji identyczny sprzęt i zasób pracowników. Z zapisów umowy i SIWZ wynika, że terminy wykonania poszczególnych prac (w każdym z pakietów) będą określone w zleceniach sporządzanych przez Przedstawiciela Zamawiającego.

Art. 118 ust. 2 NPzp (Art. 22a ust. 4 Pzp)**54. Wyrok z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20**

Za niewystarczające uznaje się przedstawienie wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego, jeżeli na podstawie informacji zawartych w tym oświadczeniu nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, iż wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami tego podmiotu w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Należy podkreślić, iż jakkolwiek możliwość powołania się na zasoby innego podmiotu stanowi uprawnienie wykonawcy, to jednocześnie jest to wyjątek od zasady, że to wykonawca składający ofertę winien posiadać niezbędne zasoby potrzebne do realizacji umowy. Mając to na uwadze ustawodawca przewidział szczególną regulację, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). W związku z powyższym to na wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości wykazania, że będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a w przypadku gdy wykonawca polega na zdolnościach podmiotu trzeciego w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia – obowiązek jednoznacznego i nie budzącego wątpliwości wykazania, że podmiot ten zrealizuje roboty lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

55. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 442/21

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wynika, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym - w myśl opisanych warunków - niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia, czy kwalifikacji zawodowych. Na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający sprawdza sposób i zakres udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci przede wszystkim na podstawie jego zobowiązania. Jeżeli z zobowiązania tego nie wynika, że podmiot trzeci użycza swoich zasobów w sposób potrzebny do wykonania zamówienia w zakresie opisanym w warunku, należy uznać, że

wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku. (...) Należy podkreślić, że zakres zobowiązania podmiotu trzeciego do wykonania zamówienia zależy od treści warunku udziału w postępowaniu. Użyte w ww. przepisie słowo: „lub”, należy zatem rozumieć w świetle opisanego warunku. Jeżeli warunek, jak w niniejszej sprawie, obejmuje zarówno usługi, jak i roboty budowlane, to dla spełnienia przez wykonawcę tego warunku koniecznym jest, aby podmiot udzielający mu zasobów zobowiązał się do wykonywania zarówno usług, jak i robót. W przedmiotowej sprawie podmiot trzeci zobowiązał się jedynie do uczestnictwa w opracowaniu projektu, zatem odwołujący nie wykazał, że dysponuje zasobami tego podmiotu w zakresie koniecznym do wykonania robót. W konsekwencji, odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Art. 121 NPzp (Art. 36a ust. 2 Pzp)

56. Wyrok z dnia 12 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3321/20

Izba wskazuje, że postawienie wymagania w zakresie osobistego wykonania nie może być jednak prostą reakcją na potrzebę wzmożonej pieczołowitości przy wykonaniu strategicznego zamówienia. Aby dany fragment przedmiotu zamówienia uznać za kluczowy i zobowiązujący wykonawcę do jego osobistego wykonania, niewystarczające jest strategiczne znaczenie zamówienia, gdyż przepisy ustawy P.z.p. nie różnicują w tym zakresie obowiązków zamawiającego w zależności od wagi i rangi danego zamówienia. Zastrzeżenie takie winno opierać się na zindywidualizowanych, obiektywnych okolicznościach zdalnych wykazać, że powierzenie wykonania zadania w danym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia. Izba wskazała, że zamawiający, w obliczu mankamentów wykonywania wcześniejszych umów powinien był ocenić, czy trudności te były incydentalne, czy też systemowe, a nadto winien był rozważyć podjęcie innych działań w postępowaniu dla zwiększenia prawidłowości wykonywanych prac.

Art. 122 NPzp (Art. 22a ust. 6)

57. Wyrok z dnia 1 października 2020 r., sygn. akt KIO 2231/20

Oświadczenie złożone w ofercie, a także dołączone do oferty dokumenty dotyczące XXX uprawniały Odwołującego do złożenia na dalszym etapie postępowania oświadczenia o zmianie podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega Odwołujący. Izba stwierdziła zatem, że w zakresie warunku dotyczącego letniego utrzymania drogi Odwołujący mógł powołać się na doświadczenie XXX, którego zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia pokrywa się z okresem i zakresem deklarowanym przez XXX. Zmiana ta jest zgodna z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, zmianie tej nie sprzeciwia się także orzeczenie Trybunału w sprawie Esaprojekt (wyrok z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14). (...) w obecnym stanie prawnym nie można wykonawcom odmówić skorzystania z

uprawnienia w sposób jednoznaczny uregulowanego w przepisie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, który wyraźnie przewiduje możliwość zastąpienia jednego podmiotu innym podmiotem trzecim, a nawet kilkoma takimi podmiotami, na etapie badania i oceny ofert (sygn. akt KIO 2153/19). Należy zwrócić uwagę, że istotne znaczenie w odniesieniu do procedury udzielania zamówień publicznych ma zasada pewności prawa (patrz: wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06; podobnie w wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-105/03). W jej świetle, nie można kwestionować stosowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucji w sposób jednoznaczny uregulowany w przepisach ustawy Pzp.

58. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 422/21

Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w kontekście regulacji zwartej w art. 26 ust. 3 tej ustawy Pzp, zawiera jedynie normę regulującą sposób wykonania przez wykonawcę obowiązku wynikającego z treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Regulacja przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp dopuszcza możliwość zmiany podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, który został zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania oferty - na etapie procedury weryfikującej posiadanie stosownych dokumentów, po wystosowaniu przez Zamawiającego wezwania w trybie uregulowanym w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp. Tak jak podnosił Zamawiający, (powołując się na orzecznictwo, a także na opinię Prezesa UZP: "Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych") przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, w kontekście regulacji z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp określa sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wobec wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów trzecich. Przepis ten nie dubluje ukształtowanej zasady jednokrotnego wezwania o dany dokument, nie ingeruje w nią i nie stanowi odrębnej regulacji względem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

59. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 392/21

Twierdzenia Zamawiającego i Przystępujących, że wykonawca może złożyć nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego, ale powinno być ono wystawione z datą przed (*zmiana redakcyjna: sprzed*) terminu składania ofert powodują, że uprawnienie zagwarantowane w art. 22a ust. 6 Pzp staje się iluzoryczne. Gdyby było tak, że Wykonawca od początku dysponuje zobowiązaniem do udostępnienia mu zasobów przez podmiot trzeci, spełniający warunki udziału w postępowaniu, nie musiałby korzystać z zasad określonych w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Celem bowiem umożliwienia zmiany podmiotu trzeciego jest zastąpienie podmiotu w ocenie zamawiającego nie spełniającego wymagań na podmiot określone przymioty posiadający. Przy czym niewątpliwie uwzględnić należy czas, który może upłynąć od momentu złożenia oferty do momentu jej merytorycznej oceny przez zamawiającego. Odwołujący w ofercie przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego, którego udostępniane zasoby zostały w sposób negatywny zweryfikowane przez Zamawiającego. Wobec powyższego Odwołujący, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zyskał możliwość „naprawienia”

swojej oferty. Z istoty art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wynika bowiem, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia.

Art. 126 ust. 1 NPzp (Art. 26 ust. 1 Pzp)

60. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3495/20

Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Natomiast stan dokumentów uznawany za aktualny precyzuje właśnie treść rozporządzenia o dokumentach. Za „aktualne” na dzień złożenia zostaną uznane takie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału, które mieszczą się w czasookresie wynikającym z rozporządzenia o dokumentach, czyli obrazują w tym przypadku sytuację finansową lub ekonomiczną wykonawcy w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed terminem składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący właśnie takie dokumenty przedstawił Zamawiającemu. Złożono bowiem dokument z dnia 20 października 2020 roku, a więc potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych (saldo rachunku bankowego), podczas gdy termin składania ofert upływał w dniu 17 listopada 2020 roku. Złożony dokument potwierdzał zatem stan środków w okresie krótszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert, wysokość środków na koncie potwierdzała spełnienie ustalonego w postępowaniu warunku udziału. Formy złożonego dokumentu Odwołujący nie kwestionował. Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw, by zastosować wobec Przystępującego przepisy ustawy Pzp wskazane w petitum odwołania. Odwołujący zdaje się błędnie utożsamiać datę wystawienia dokumentu potwierdzającego warunek udziału w postępowaniu w stosunku do daty wystosowania przez Zamawiającego wezwania o złożenie dokumentu (20 października w relacji do 3 grudnia) i stąd wywodzi nieważność przedstawionego dokumentu z przywołanymi wymogami. Tymczasem złożony na wezwanie dokumentu uznaje się za aktualny, w sytuacji gdy mimo upływu czasu od jego wystawienia nadal odzwierciedla aktualną sytuację wykonawcy. Termin „aktualny” nie oznacza pochodzący z terminu po składaniu ofert, czy też terminu po otrzymaniu wezwania. „Aktualny” oznacza potwierdzający sytuację/stan przedstawiony w dokumencie JEDZ przez danego wykonawcę.

Art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 NPzp (Art. 26 ust. 3 Pzp)**61. Wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 2288/20**

Użyte w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp słowo „wzywa” rodzi po stronie zamawiającego obowiązek dokonania czynności, wezwania do uzupełnienia dokumentów, do których ww. przepis się odnosi. W zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp nie może więc być dowolności i uznaniowości. Z przepisu tego wynika, iż aby zaistniał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie trzy przesłanki. Po pierwsze, należy stwierdzić że wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów lub oświadczeń lub złożone dokumenty/ oświadczenia są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości. Po drugie, należy ustalić, czy brakujące lub wadliwe oświadczenia/dokumenty przynależą do kategorii oświadczeń w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp lub oświadczeń/dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy stanowią oświadczenia/dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego lub też brak podstaw wykluczenia. Po trzecie, konieczne jest zbadanie czy żądanie złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń/ dokumentów jest zasadne, czy też pomimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

62. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3517/20

Po trzecie jak wynika wprost z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zastosowanie dyspozycji zawartej w tym przepisie jest obowiązkiem zamawiającego, z którego wypełnienia może on zrezygnować tylko jeśli zaszła co najmniej jedna z dwóch okoliczności. Mimo wezwania oferta wykonawcy i tak podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający wyjaśniając powody zaniechania wezwania w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wykazał żadnej z powyższych okoliczności zwalniających go z tego obowiązku. Jednocześnie Izba wyjaśnia, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie służy do uzupełnienia dokumentów, które stanowią treść oferty, ponieważ podlegają ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Jednak w tym postępowaniu nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Omawiana regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp służy natomiast uzupełnianiu dokumentów bądź wyjaśnień, które warunkują udział wykonawcy w postępowaniu. (...) Reasumując powyższe, nieprawidłowa jest praktyka wykluczania wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, bądź też odrzucania oferty wykonawcy, w oparciu o domysły czy też domniemania zamawiającego. Wykluczenie wykonawcy, na równi z odrzuceniem oferty są najbardziej dla wykonawcy dotkliwymi sankcjami przewidzianymi ustawie Pzp i powinny być dokonywane na podstawie okoliczności nie budzących żadnych wątpliwości. W sytuacji, gdy nie

zachodzi żadna z okoliczności zwalniających zamawiającego z obowiązku wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów, jest on zobligowany do wykonania dyspozycji art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

63. Wyrok z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 400/21

W orzecznictwie Izby ugruntowane jest bowiem stanowisko, że jeżeli oświadczenia lub dokumenty złożone samodzielnie przez wykonawcę - czyli bez uprzedniego wezwania do złożenia uzupełnienia dokumentów – nie są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to samodzielne przedstawienie takich dokumentów, również w związku z udzieloną odpowiedzią na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie tych dokumentów, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Należy podkreślić, że Zamawiający przed dokonaniem wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu np. niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu obowiązany jest do wezwania do uzupełnienia dokumentów. Brak wykonania ciążącego na Zamawiającym obowiązku stanowiłby naruszenie ustawy, (...). W orzecznictwie Izby ale i sądów (*zmiana redakcyjna: sądów*) powszechnych ugruntowane jest stanowisko, że kierowane do wykonawców wezwania mają być precyzyjne. Wskazanie przez Zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów elementów jakie nie zostały wykazane w uprzednio złożonych dokumentach jest obowiązkiem Zamawiającego, dlatego za niezasadne należy uznać zarzucanie Zamawiającemu podanie informacji jakie mają być ujęte w składanych dokumentach dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W innym przypadku procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów byłaby iluzoryczna i w zasadzie pozbawiona sensu, bowiem gdy Zamawiający nie wskaże co uważa za brak i co powinno zostać uzupełnione wykonawca nie jest w stanie sprostać prawidłowości dokonania czynności.

64. Wyrok z dnia 8 marca 2021 r., sygn. akt KIO 447/21

Wbrew stanowisku odwołującego, w sytuacji gdy odwołujący wpisał do formularza tylko jedną inwestycję, przy której pan XXX rzeczywiście zdobył doświadczenie zawodowe, zamawiający nie mógł wezwać odwołującego do uzupełnienia oferty o drugą inwestycję w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na uwagę zasługuje fakt, że przywoływany przepis nie służy bowiem uzupełnianiu oferty, lecz brakujących lub niekompletnych oświadczeń lub dokumentów, składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu bądź braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Posiadanie przez kierownika robót elektrycznych doświadczenia przy kierowaniu robotami elektrycznymi na inwestycjach o wartości powyżej 5 mln zł brutto nie było warunkiem udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymagało, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest wyjątkiem od zasady niezmienności ofert wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i jako taki nie może być interpretowany rozszerzająco. Warunkiem udziału w postępowaniu, zgodnie z rozdziałem V pkt 2 ppkt 2 lit. b SIWZ, było jedynie dysponowanie kierownikiem robót elektrycznych posiadającym

uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych bez ograniczeń (...). Ponadto, zamawiający w opisie kryterium wprost wskazał, że za skierowanie do realizacji zamówienia kierownika robot elektrycznych spełniającego jedynie warunek udziału w postępowaniu i nielegitymującego się dodatkowym doświadczeniem zawodowym, wykonawca uzyska 0 punktów. Zdaniem Izby, przyznanie odwołującemu punktów za nowe doświadczenie kierownika robót elektrycznych, opisane dopiero w wyjaśnieniach, naruszałoby dodatkowo zakaz zmiany oferty po terminie jej składania wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, oraz zasadę równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie stanowiska odwołującego oznaczałoby, że odwołujący znając treść ofert swych konkurentów, miałby możliwość podwyższania punktacji swej oferty i zmiany rankingu ofert przez składanie oświadczeń kształtujących treść oferty po terminie składania ofert. Powyższy proceder naruszałby zakaz negocjacji oferty po terminie składania ofert wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a także zasadę równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego za bezzasadne uznano zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

65. Wyrok z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt KIO 620/21

(...) w przypadku wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 Pzp nie ma możliwości sanowania nieprawdziwej informacji podanej przez wykonawcę, a tym bardziej do wzywania takiego wykonawcy do złożenia informacji nowych, niezawierających wad lub poprawienia informacji złożonych wcześniej, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowiąca, że w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik postępowania, nie pozostawia wątpliwości, że zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, bez możliwości zastosowania procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 Pzp. W przypadku podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, wyłączona jest zatem możliwość uzupełnienia dokumentów na mocy art. 26 ust. 3 Pzp.

Art. 209 ust. 1 pkt 4 NPzp (Art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp)

66. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 18/21

Zauważyć należy, że Odwołujący w odwołaniu nie uzasadnił i nie wykazał zaistnienia przesłanek umożliwiających skorzystanie przez Zamawiającego z udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. (...) Zdaniem Izby, przy zachowaniu należytej staranności, Zamawiający był w stanie przewidzieć potrzebę udzielenia zamówień na świadczenie usług w zakresie usługi eksploatacji i utrzymania. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że nie byłoby możliwe zachowanie terminów przewidzianych dla trybów z ogłoszeniem, gdyby Zamawiający wszczął postępowanie odpowiednio wcześniej. W szczególności, że Zamawiający miał świadomość tego, iż obecnie XXX świadczy niniejsze

usługi w trybie „z wolnej ręki” w ściśle określonym terminie, co powinno Zamawiającego zmotywować do szczególnej staranności przy przewidywaniach związanych z określaniem terminu wszczęcia „nowego” postępowania, obejmującego również ten zakres.

Art. 214 ust. 1 pkt 5 NPzp (Art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp)

67. Wyrok z dnia 22 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3193/20

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, wymagają natychmiastowego wykonania. Ustawodawca nie zdefiniował co prawda, jak należy rozumieć pojęcie natychmiastowego wykonania. Pomocne w tej kwestii jest jednak orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na podstawie którego stwierdzić można, że okoliczności nieprzewidywalne to przede wszystkim zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, 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 inne niż wolna ręka tryby, 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.

Art. 214 ust. 1 pkt 6 NPzp (Art. 67 ust. 1 pkt 4 Pzp)

68. Wyrok z dnia 22 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3193/20

Kluczowe było więc udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy ziściła się kolejna z przesłanek, to jest, czy pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione. Odwołujący w tej właśnie przesłance upatrywał niezgodności zastosowanego trybu. Odwołujący istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia wiązał ze zmianą harmonogramu wykonania przedmiotu zamówienia, w tym przedłużenia ostatecznego terminu na wykonanie świadczenia, dopuszczenia możliwości zastosowania rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązania AllegroGraph oraz wprowadzenia

do wzoru umowy regulacji § 6a. Przedstawioną przez Odwołującego argumentację Izba uznała za chybioną. Co do zmiany terminów realizacji przedmiotu zamówienia w harmonogramie, to Odwołujący zdaje się nie zauważać, że terminy pierwotnie wskazywane w harmonogramie określone były datami dziennymi, które upłynęły przed zawarciem umowy. Tak więc dostosowanie harmonogramu było konieczne z przyczyn obiektywnych. Jeżeli chodzi zaś o datę końcową, to jest zakończenie prac do 18 grudnia 2020 roku, to data ta została przez Zamawiającego utrzymana. Kluczowe dla Zamawiającego było dotrzymanie terminu końcowego odbioru zamówienia, który tak w zamówieniu pierwotnym, jak też w zamówieniu z wolnej ręki został ustalony na tę samą datę dzienną, to jest 18 grudnia 2020 roku.

Art. 214 ust. 1 pkt 11 NPzp (Art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp)

69. Wyrok z dnia 16 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3069/20

Zdaniem Izby z przywołanych powyżej przepisów ustawy pzp nie wynika, aby dla udzielenia z wolnej ręki zamówienia tzw. *in-house* konieczne było spełnienie innych przesłanek, niż wprost wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 12 pzp. Jest to właśnie jeden z określonych w ustawie pzp wyjątków, do których odsyła art. 10 ust. 2 pzp, od zasady prymatu trybów najbardziej konkurencyjnych (czyli przetargów: nieograniczonego i ograniczonego) z art. 10 ust. 1 pzp. Innymi słowy z przepisów art. 10 pzp wynika, że w razie spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonych w ustawie pzp nie dochodzi do naruszenia zasady z ust. 1, gdyż w takim przypadku znajduje zastosowanie wyjątek, o którym mowa w ust. 2. W takiej sytuacji nie zostaje również naruszony art. 7 ust. 1 pzp, gdyż oczywiste jest, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego istotą jest brak jakiegokolwiek konkurencji dla jedynego wykonawcy, trudno w ogóle rozważać na czym miałyby polegać zapewnienie przez zamawiającego przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a zasada równego traktowania wykonawców przez zamawiającego jest bezprzedmiotowa. Z kolei skorelowanie przytoczonych powyżej przepisów zawartych w art. 67 pzp jest takie, że wynikający z ust. 11 pkt 5 obowiązek podania przez zamawiającego podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w ramach zamieszczanej na stronie BIP informacji o zamiarze zawarcia umowy), odnosi się do wykazania spełnienia zaistnienia jednej z sytuacji określonych ust. 1 w pkt od 12 do 15. Ujmując to w szerszej perspektywie – konstrukcja art. 67 pzp jest taka, że ust. 1 w pkt od 1 do 15 zawiera taksatywne wyliczenie wszystkich sytuacji, w których zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, przy czym na każdą z nich składają się określone przesłanki, które łącznie muszą być spełnione. Wykazanie spełnienia się tych przesłanek jest konieczne, a zarazem wystarczające, aby zamawiający mógł udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki. Rozstrzygnięta przez Trybunał sprawa [red. wyrok TSUE z 3 października 2019 r. w sprawie C-285/18 *Irgita*.] dotyczyła interpretacji art. 12 dyrektywy 2014/24, przy czym wątpliwości sądu litewskiego powstały na tle

prawa krajowego, które dodatkowo ogranicza stosowanie zamówień *in-house* wyłącznie do jednostek samorządu i kontrolowanych przez nie spółek (ograniczenie podmiotowe), po spełnieniu dodatkowej przesłanki przedmiotowej, że ciągłość, dobra jakość i dostępność usług nie mogą być zapewnione w drodze nabycia ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający litewski udzielił zamówienia na usługi utrzymania zieleni spółce Irgita, a następnie, po uzyskaniu wymaganego zezwolenia administracyjnego, zawarł umowę na ten sam przedmiot ze spółką Kauno švara jako zamówienie *in-house*, co spowodowało, że Irgita zakwestionowała przed sądem krajowym legalność takiego zamówienia. Na tle takiego stanu faktycznego Trybunał orzekł, że ustawodawca krajowy może wprowadzić szczegółowe warunki zastosowania wyłączenia *in-house* (jak np. prawie litewskim niska jakość usług pozyskiwanych w trybie konkurencyjnym), ale muszą one wynikać z prawa w sposób jasny i muszą być przewidywalne. Co prawda Trybunał stwierdził również, że spełnienie formalnych przesłanek udzielenia zamówienia *in-house* nie oznacza zgodności jego udzielenia z prawem Unii, jednak nie zmienia to w żaden sposób wypracowanej w jego wcześniejszym orzecznictwie koncepcji zamówień wewnętrznych, ale dotyczyło specyficznej sytuacji, w której według oceny TSUE mogło dojść do naruszenia podstawowych zasad TFUE. W tym kontekście Trybunał doszedł do przekonania, że zawarcie umowy typu *in-house* w trybie niekonkurencyjnym, choć formalnie dozwolone, ale obejmujące za przedmiot ten sam zakres usług co będąca w mocy umowa uprzednio zawarta z prywatnym wykonawcą na podstawie dyrektywy, może naruszać zasadę przejrzystości, jeśli wykonawca prywatny nie ma zagwarantowanego minimalnego świadczenia albo też ta nowa umowa stanowi istotną modyfikację umowy z wykonawcą prywatnym. Generalnie w powyższym wyroku Trybunał po raz kolejny potwierdził, że państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wyboru sposobu świadczenia usług, który uznają za najbardziej odpowiedni (co wynika jednoznacznie z pkt 31 preambuły dyrektywy klasycznej). Z drugiej strony jednocześnie przypomniał, że wprowadzone do dyrektywy 2014/24 warunki wyłączenia transakcji *in-house* nie zwalniają z oceny, czy instytucja zamawiająca podejmuje wszelkie działania w poszanowaniu traktatowych zasad kształtujących jednolity rynek, a także wynikających z nich zasad równego traktowania, niedyskryminacji, proporcjonalności i przejrzystości – do czego tak czy inaczej jest zobowiązana.

Powyższy wyrok TSUE nie oznacza przyznania wykonawcom dodatkowej ochrony przed decyzjami zamawiających o zastosowaniu wyłączenia *in-house*, rozumianej jako nałożenie na tych ostatnich obowiązku każdorazowego wykazania zaistnienia dodatkowych, w stosunku do wynikających z art. 12 dyrektywy klasycznej, przesłanek, jeżeli takie wprost nie zostały wprowadzone przez krajowego prawodawcę. Prawo europejskie o tyle zajmuje się bowiem ochroną rynku zamówień publicznych w kontekście transakcji typu *in-house*, o ile zakazuje, aby współpraca na tej zasadzie nie stawiała prywatnego usługodawcy w sytuacji przewagi nad jego konkurentami.

Art. 222 ust. 5 NPzp (Art. 86 ust. 4 Pzp)**70. Wyrok z dnia 1 marca 2021 r., sygn. akt KIO 414/21**

Postępująca elektronizacja postępowań, a także obostrzenia spowodowane zagrożeniem pandemią Covid-19 wprowadziły do systemu Pzp komunikowanie się Zamawiającego z wykonawcami także za pomocą platform zakupowych. W tym konkretnym przypadku Zamawiający w Rozdziale 4.4.1. SIWZ ustalił warunki dotyczące zarówno składania ofert jak i ich otwarcia wskazując, że otwarcie ofert nastąpi na Platformie Zakupowej Grupy TAURON. Powyższa kwestia, jako treść SIWZ mogła podlegać kwestionowaniu przez Odwołującego, za pomocą wniosku o wyjaśnienie SIWZ, czy też wniesienie odwołania do KIO. Z takiej możliwości Odwołujący jednak nie skorzystał. Tym samym treść SIWZ stała się obowiązująca zarówno dla Zamawiającego i wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zauważyć także należy, że podmioty wchodzące w skład Konsorcjum Odwołującego, brały udział w licznych postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego, w których otwarcie ofert następowało w analogiczny sposób i dotychczas nie było przez Odwołującego kwestionowane. Dlatego też Izba uznała, że Odwołujący miał pełną wiedzę i świadomość dotyczącą sposobu otwarcia ofert prowadzonego przez Zamawiającego. Uwzględniając powyższe, rozważenia Izby wymagała kwestia, czy kwestionowane przez Odwołującego, działanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów Pzp w zakresie jawności dokonania określonej czynności w postępowaniu. Powyższą kwestię reguluje wspomniany wyżej przepis 86 ust. 2 Pzp. Przepis ten stanowi, że otwarcie ofert jest jawne i następuje bezpośrednio po upływie terminu do ich składania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądowym i doktryną zasada jawności jest zachowana, gdy informacje i dokumenty z postępowania są powszechnie dostępne. Niewątpliwym jest, że z powyższego przepisu wynika także potrzeba udostępnienia tych informacji wykonawcom w czasie rzeczywistym, tj., albo poprzez publiczny udział wykonawców w otwarciu ofert, bądź poprzez bieżące w czasie rzeczywistym informowanie za pomocą informacji elektronicznej, jak przebiega otwieranie ofert w szczególności poprzez podawanie informacji w zakresie treści wymienionych w art. 86 ust.3 i 4 Pzp. Jawność ma bowiem na celu umożliwienie nie tylko wszystkim wykonawcom, ale także wszystkim zainteresowanym podmiotom poznania m. in. zarówno informacji o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także informacji o oferentach oraz zaoferowanej przez nich cenie. W ocenie składu orzekającego, sposób otwarcia ofert dokonywany przez Zamawiającego, a polegający na tym, że każdy zainteresowany podmiot miał możliwość pobrania informacji dotyczących zarówno kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowania zamówienia, jak i istotnych parametrów złożonych ofert, jak zwłaszcza ich liczby, identyfikacji podmiotów, które je złożyły oraz postanowień ofert istotnych ze względu na przyjęte kryteria oceny ofert w czasie rzeczywistym, czyni zadość zasadzie jawności otwarcia ofert. W ocenie składu orzekającego, powołana przez Zamawiającego okoliczność, potwierdzająca, że każdy zainteresowany posiadał dostęp do informacji z otwarcia ofert w czasie rzeczywistym (tj. na bieżąco w miarę wykonywania czynności) świadczy interwencja telefoniczna jednego z Wykonawców, po ściągnięciu przez niego pierwszej, niepełnej jeszcze informacji. Powyższe zdaniem Izby w sposób niebudzący wątpliwości

potwierdza, że zarówno Odwołujący jak i inne podmioty miał możliwość śledzenia procesu otwarcia ofert na bieżąco.

Art. 223 ust. 1 NPzp (Art. 87 ust. 1 Pzp)

71. Wyrok z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt KIO 2234/20

Przepis ten znajduje bowiem zastosowanie jedynie w sytuacji, w której treść oferty nasuwałaby tego rodzaju wątpliwości, że niemożliwym byłoby rozstrzygnięcie co do treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Przepis ten służy temu, żeby niejasności, które powstały na kanwie oferty, ale wynikające z jej treści, nie obciążałyby automatycznie wykonawcy. Tymczasem w niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mamy do czynienia. Treść oświadczenia złożonego w załączniku nr 1a do SIWZ przez Odwołującą nie pozostawia wątpliwości, co potwierdził również sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał bowiem na podstawie informacji zawartych w załączniku nr 1a, że wskazane przez Odwołującą doświadczenie jest zakresowo różne od punktowanego w części 24 zamówienia. Natomiast okoliczność, że rzeczony oświadczenie nie potwierdza, że Odwołująca, a właściwie jej personel posiada doświadczenie, które upoważnia do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium "Doświadczenie personelu wykonawcy" nie stanowi podstawy do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, z uwagi na fakt, że jego zastosowanie prowadziłoby do uzupełnienia treści oferty o informacje z niej nie wynikające, co jest niedopuszczalne. Jak wskazano bowiem wyżej, potrzeba wyjaśnienia musi wynikać z treści zawartych w samej ofercie.

72. Wyrok z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt KIO 2450/20

Co do możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do oferty Odwołującego, dostrzeżenia wymaga, iż możliwe jest wystąpienie do Wykonawcy o wyjaśnienia, gdy treść oferty istnieje ale wymaga dodatkowego stanowiska Wykonawcy. W przedmiotowej sprawie zaś nie istniała treść oferty, niemożliwe było w takim wypadku uzyskanie wyjaśnień. Wówczas bowiem nie mielibyśmy do czynienia z wyjaśnieniami ale uzupełnieniem treści oferty po terminie składania ofert, a nawet negocjowaniem treści oferty, co jest niedopuszczalne na gruncie regulacji ustawy Pzp. Zamawiający nie mógł powziąć wątpliwości w stosunku do treści oferty, która nie została w niej ujawniona, nie istniał zatem substrat wyjaśnień, o które mógłby się zwrócić Zamawiający. Oferta Odwołującego w sposób jednoznaczny nie identyfikowała przedmiotu zobowiązania Wykonawcy a więc Zamawiający zwolniony był z obowiązku zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przed decyzją o eliminacji oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

73. Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2345/20, KIO 2390/20

Jakkolwiek z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wynika fakultatywność wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty, to niejednokrotnie możliwość wystosowania takiego wezwania przerodzi się w obowiązek po stronie zamawiającego, a to z tego względu, że zamawiający zobowiązany jest w sposób staranny i rzetelny dokonywać czynności badania i oceny ofert. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z gwarancji, że kluczowe czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu takie jak wybór oferty najkorzystniejszej czy też odrzucenie oferty będą prawidłowe, dając zamawiającemu możliwość wyjaśniania pewnych nieścisłości czy nieprawidłowości, jednocześnie chroniąc wykonawców przed zbyt pochopnym i nieuzasadnionym odrzucaniem ofert. Odwołujący nie wskazywał, aby wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w przedmiotowej sprawie miało prowadzić do niedopuszczalnych ustawą negocjacji czy też do dokonywania zmian treści oferty innych niż dopuszczone na gruncie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Już tylko z powyższych względów nie sposób uznać, aby w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważenia wymaga także, iż w przedmiotowym przypadku wezwanie Odwołującego do wyjaśnień oparte o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiło wyraz respektowania przez Zamawiającego obowiązków, jakie zostały na niego nałożone na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający przyjął w IDW konkretne mechanizmy służące poprawieniu omyłek w ofertach wykonawców, mające zapobiegać eliminowaniu ofert z uwagi na mogące się zdarzyć błędy w kosztorysach ofertowych, które zobowiązany był stosować w toku postępowania, w celu zachowania zasady równego traktowania wykonawców. Wystosowanie wezwania do Odwołującego było niezbędnym na gruncie IDW elementem poprzedzającym poprawienie oferty w sposób określony w pkt 12.4 lit. a tiret drugie IDW. Tak ukształtowane postanowienia SIWZ nie były kwestionowane przez wykonawców. Przy czym podkreślenia wymaga okoliczność, że zakresem rozpoznania Izby w niniejszej sprawie nie była ocena ostatecznie ukształtowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia postanowień SIWZ, w tym kwestia zgodności przyjętych przez Zamawiającego mechanizmów poprawienia omyłek w ofertach wykonawców z przepisami ustawy Pzp.

74. Wyrok z dnia 11 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2968/20, KIO 2997/20

W przypadku braku danych w ofercie, do których złożenia wykonawca był zobligowany, niemożliwe jest ich wskazanie w terminie późniejszym. Zatem nie sposób twierdzić, że Zamawiający mógł skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który dotyczy możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Instytucja wzywająca do wyjaśnień dotyczy tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, lecz jest wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty, lecz tego zaniechał. W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie mamy również do czynienia z omyłką określoną w art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, lecz brakiem pewnych niezbędnych informacji, a brak podania wymaganych przez Zamawiającego danych

nie uprawnia do dokonywania jakichkolwiek poprawek oświadczenia wykonawcy polegających na uzupełnieniu oferty wykonawcy.

75. Wyrok z dnia 21 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3372/20

Dla Izby oczywistym jest, że art. 87 ust. 1 ustawy ani inne przepisy ustawy nie zawierają sankcji za brak złożenia wyjaśnień na podstawie tegoż przepisu, a w szczególności brak złożenia wyjaśnień na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie został wymieniony w katalogu podstaw odrzucenia w art. 89 ust. 1 ustawy. Jednakże nie oznacza to, że wykonawcy mogą się do wezwania zamawiającego nie zastosować nie ponosząc z tego tytułu żadnych skutków.

W ocenie Izby skutkiem nie zastosowania się do wezwania zamawiającego z art. 87 ust. 1 ustawy i udzielenia ocenionych przez zamawiającego jako niewystarczające wyjaśnień jest przyjęcie przez wykonawcę na siebie ryzyka, że zamawiający posłuży się dostępnymi mu informacjami na temat treści oferty wykonawcy i wyciągnie z nich określone skutki prawne. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy służy bowiem usunięciu wątpliwości co do treści oferty, jeśli wykonawca tej wątpliwości nie usuwa, naraża się na to, że zamawiający uzna treść oferty za niejednoznaczną, niepewną lub zrozumie ją inaczej niż wynika to z rzeczywistej woli wykonawcy. (...) Tym samym w ocenie Izby prawidłowe było działanie zamawiającego odrzucające ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający dał odwołującemu szansę na przekonanie go do tego, że treść oferty odpowiada treści siwz, a po bezskutecznym upływie terminu na złożenie tych wyjaśnień miał prawo oprzeć się na dokumentach, które w jego ocenie były wiarygodne.

76. Wyrok z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 389/21

Izba zważyła, że w okolicznościach badanego postępowania zamawiający nie był zobowiązany do wyjaśniania treści oferty odwołującego. Należy mieć na uwadze, że zasadniczą rolą art. 87 ust. 1 Pzp jest ustalenie treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, które zostało sformułowane niedokładnie, niejasno lub zostało przypadkowo zniekształcone przez autora. Instytucja wyjaśnienia oferty nie może zatem prowadzić do zmiany treści oferty, co jasno wynika z brzmienia art. 87 ust. 1 zdanie drugie *in fine* Pzp. Zmianą treści oferty jest również dopisanie do niej treści, które mają istotne znaczenie dla pozytywnej oceny oferty. Izba zważyła, że ewentualne wyjaśnienie treści oferty odwołującego musiałoby prowadzić do zmiany jej treści. Za taką zmianę uznać należy doprecyzowanie, że odwołujący oferował zamawiającemu oprogramowanie do wirtualizacji stacji roboczych producenta VMware licencjonowane w modelu Concurrent User (użytkownik jednoczesny). Izba uwzględniła, że w treści oferty brak jest jakiegokolwiek odniesienia do tego modelu, informacji, z której można by wywieść, że odwołujący taki model chciał zaoferować zamawiającemu. Wobec braku takich sformułowań przy posłużeniu się jedynie ogólną nazwą modelu licencyjnego równie uprawnione jest twierdzenie, że odwołujący zaoferował zamawiającemu model licencjonowania Named User (użytkownik nazwany), który nie spełnia wymagań zamawiającego. W

związku z tym Izba uznała, że wyjaśnienia, których domaga się odwołujący, w istocie ukształtowałyby treść oferty odwołującego po upływie terminu składania ofert. Takie działanie rażąco naruszałoby zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji. Zmiana treści oferty, która musiałaby nastąpić skutkiem złożenia wyjaśnień, jest również niedopuszczalna z tego powodu, że w okolicznościach sprawy brak jest podstaw do zastosowania wyjątków od zasady niezmienności treści oferty. Art. 87 ust. 1a Pzp odnosi się do dialogu konkurencyjnego, podczas gdy badane postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

77. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 426/21

Zamawiający trzykrotnie wzywał wykonawcę XXX do wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w oparciu o przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. były to wezwania z: 14 października 2020 roku, listopada 2020 roku oraz z 4 grudnia 2020 roku. Przede wszystkim należy podkreślić, że zamawiający miał prawo wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a następnie dodatkowo wyjaśnić wszelkie wątpliwości i dodatkowe kwestie jakie wymagały doprecyzowania w związku z udzielonymi odpowiedziami lub, które w ocenie zamawiającego wymagały jeszcze dodatkowego wyjaśnienia. Jednocześnie Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający prowadził w tym zakresie negocjacje z wykonawcą XXX, czy też, że w istocie nastąpiła zmiana treści oferty tego wykonawcy. W ocenie Izby, stwierdzenie wykonawcy, że będzie musiał zmodyfikować przyjętą strategię realizacji zamówienia, nie świadczy jeszcze o zmianie samej treści oferty, a na tej okoliczności opierał się zarzut podnoszony przez odwołującego.

Art. 223 ust. 2 pkt 1 NPzp (Art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp)

78. Wyrok z dnia 8 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 2937/20

Powyższe ustalenia wykluczają także możliwość uznania, że Zamawiający powinien był poprawić omyłkę w oświadczeniu Odwołującego jako oczywistą omyłkę pisarską na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Już samo ustalenie czy w ofercie Odwołującego mamy do czynienia z omyłką wymagałoby wyjaśnień, nie można uznać bowiem z założenia, że każda nieprecyzyjność w składanych oświadczeniach stanowi efekt omyłki, czyli niezamierzonego błędu wykonawcy. Wręcz odwrotnie, jako zasadę powinno się przyjąć, iż wykonawca, składając ofertę, działa z zachowaniem należytej staranności wymaganej na gruncie profesjonalnego charakteru jego działalności. Nawet jednak uznając, że faktycznie doszło tutaj do omyłki, to nie sposób uznać, aby na gruncie przedmiotowego przypadku miała ona charakter oczywisty, czyli niebudzący wątpliwości, widoczny „na pierwszy rzut oka”, nie wymagający dokonywania dodatkowych ustaleń. Sam Odwołujący pośrednio podważa tę okoliczność domagając się z ostrożności wezwania go do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy konieczność wystosowania takiego wezwania przeczy oczywistemu charakterowi omyłki. Ewentualne poprawienie omyłki, jak wskazano już powyżej, wymagałoby od Zamawiającego

podjęcia dodatkowych działań w celu sprawdzenia przebiegu trasa linii kolejowej objętej zakresem projektowania, co wyklucza oczywistość tej omyłki.

Art. 223 ust. 2 pkt 2 NPzp (Art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp)

79. Wyrok z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3473/20

Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że dla uznania, iż omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia (tak w wyroku KIO z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt 1787/11, a także w wyroku KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt KIO 1978/10). Oczywista omyłka rachunkowa jest to zatem niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, polegający na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w rozpoznawanym przypadku. Zamawiający bowiem najpierw dokonał zmiany w przedmiocie oferty przystępującego, polegającej na dodaniu do przedmiotu zamówienia ilości testów nieuwzględnionych przez przystępującego, pomimo takiego wymogu wskazanego w s.i.w.z., a następnie dokonał przeliczenia ceny oferty przystępującego, w wyniku czego cena ta wzrosła o ponad 45 tys. złotych. Podkreślenia przy tym wymaga, iż zamawiający, przed dokonaniem poprawki, zwracał się do przystępującego o złożenie wyjaśnień i dopiero na ich podstawie dokonał zmiany oferty. Okoliczności te przesądzają, iż dokonana przez zamawiającego zmiana treści oferty przystępującego nie miała charakteru oczywistego oraz nie była to omyłka rachunkowa, której istota, jak już wyżej wskazano, polega na błędnym wykonaniu działania matematycznego, nie zaś na dodawaniu do ceny oferty cen asortymentu nieuwzględnionego w ofercie wykonawcy.

80. Wyrok z dnia 9 marca 2021, sygn. akt KIO 949/21

Analizując przypadek będący podstawą wniesienia odwołania, Izba uznała, że w ofercie Odwołującego nie mamy do czynienia z omyłką o charakterze rachunkowym. Błąd znajdujący się w złożonej ofercie nie wynikał z nieprawidłowego działania matematycznego na liczbach, był wynikiem przyjęcia błędnego założenia do przeprowadzenia działań matematycznych. Dlatego też uznano, że poprawienie oferty przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nie jest możliwe. Odwołujący świadomie lub nie, zaoferował w formularzu cenowym 667 opakowań preparatu, po 300 tabletek każde opakowanie, co łącznie dawało 200 100 tabletek preparatu, podczas gdy Zamawiający wymagał 300 000 tabletek. Izba podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że wymagany górny zakres świadczenia, czyli 300 000 tabletek nie był jednym ze składników, który

należało podstawić do działania matematycznego. To Wykonawca samodzielnie określał jakiej wielkości opakowanie oferuje i ile opakowań jest niezbędne, by osiągnąć górny pułap zobowiązania. Przy czym nie polegają na prawdziwej twierdzeniu Odwołującego, że by ustalić ilość opakowań, wystarczającym było dokonanie podzielenia wartości 300 000 przez 300, czyli ilość tabletek w jednym opakowaniu. W rubrykach tabeli formularza cenowego, do których wypełnienia zobowiązany był Wykonawca nie ma żadnych błędów rachunkowych. Odwołujący podał liczbę tabletek w opakowaniu, ilość opakowań, cenę za opakowanie, prawidłowo wyliczył wartość netto (czyli ilość opakowań x cena za opakowanie), określił stawkę podatku i podał wartość brutto. Biorąc te dane pod uwagę, żadna z rubryk tabeli nie zawiera błędu, który Zamawiający winien zweryfikować. Zamawiający słusznie zauważył, że spornym będzie zakres świadczenia oferowany przez Odwołującego a nie sposób czy też wynik działań arytmetycznych. Odwołujący nieprawidłowo określił ilość oferowanych opakowań, a element ten stanowi podstawowy składnik oświadczenia woli Wykonawcy w zakresie zobowiązania ofertowego. Takiego działania nie można uznać za omyłkę rachunkową. Odwołujący dokonał błędnego ustalenia stanu faktycznego w postaci ilości opakowań, które ofertuje, co znalazło odzwierciedlenie w jego błędnym oświadczeniu woli. Z formularza ofertowego wynika jednoznacznie, że Wykonawca nie popełnił omyłki rachunkowej ale ustalił błędnie stan faktyczny. W ocenie składu Zamawiający nie był uprawniony do potraktowania danych przedstawionych przez Odwołującego w tabeli jako oczywistej omyłki rachunkowej. Dostrzeżenia również wymaga, iż istniały co najmniej dwa sposoby poprawienia błędu w tabeli cenowej Odwołującego, uznać bowiem można, że błędnie podano wartość brutto i podlega ona zwiększeniu lub błędnie podano wartość netto jednego opakowania. Co istotne, przy poprawieniu omyłki rachunkowej Zamawiający nie ma obowiązku na taką poprawę uzyskać zgody Wykonawcy, ten zatem nie ma możliwości oświadczenia jakie elementy tabeli wskazał niewłaściwie. Uznanie powyższej omyłki za oczywistą prowadziłoby do zmiany rzeczywistej treści i sensu oświadczenia Wykonawcy wyrażonego w ofercie.

Art. 223 ust. 2 pkt 3 NPzp (Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp)

81. Wyrok z dnia 28 października 2020 r., sygn. akt KIO 2213/20, KIO 2215/20

Należy zauważyć, że ustawodawca nie zdecydował się na sprecyzowanie na czym polega omyłka, której poprawienie uprawnione jest na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – poza tym, że chodzi w tym przypadku o: 1) inną omyłkę niż omyłka pisarska bądź rachunkowa, 2) omyłka ta ma polegać na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a ponadto 3) jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Na podstawie tego przepisu dokonuje się poprawienia przede wszystkim niezamierzonych, drobnych błędów wynikających z „niedopatrzenia” przy sporządzaniu oferty.

Izba za prawidłowe uznała stanowisko zamawiającego, że w zaistniałym stanie faktycznym zaistniała podstawa do poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy XXX sp. z o.o. sp. k. na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności pisma

informującego o poprawieniu omyłki z dnia 7 sierpnia 2020 r., oraz stanowiska przedstawionego na rozprawie, zamawiający uznał, że sporządzając ofertę wykonawca XXX sp. z o.o. sp. k. w sposób zgodny ze swoimi zamierzeniami wpisał kwoty w ramach wyceny przedstawionej w załączniku nr 2a – branża elektryczna, natomiast omyłkowo dokonał wykreślenia niewłaściwego wiersza z tabeli, tj. usunięciu uległa pozycja integracji sal operacyjnych, zamiast pozycji system konferencyjny (która to pozycja podlegała usunięciu zgodnie ze zmianą SIWZ przewidzianą na krótko przed terminem otwarcia ofert). W ocenie Izby decyzja zamawiającego o zaistnieniu omyłki w ofercie wykonawcy XXX sp. z o.o. sp. k. i konieczności jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp była uprawniona w świetle okoliczności faktycznych, na które powoływał się zamawiający, tj. występowaniu w ww. załączniku nr 2a pozycji, która powinna zostać wykreślona, braku pozycji, która powinna zostać zachowana, stosunku wpisanej kwoty do wartości obydwu pozycji wskazanych w ofertach innych wykonawców oraz kosztorysie zamawiającego, okoliczności dokonania przez zamawiającego zmiany treści SIWZ na krótko przed terminem otwarcia ofert oraz związanych z tą zmianą omyłek także w ofertach innych wykonawców. Wszystkie te okoliczności, brane pod uwagę całościowo, prowadzą do wniosku zasadnie przyjętego przez zamawiającego, że sporządzając ofertę wykonawca XXX sp. z o.o. sp. k. przypadkowo dokonał wykreślenia z formularza stanowiącego załącznik nr 2a – branża elektryczna niewłaściwej pozycji, tj. wiersza zawierającego pozycję integracja sal operacyjnych, zamiast sąsiadującego z nim wiersza zawierającego pozycję system konferencyjny, lecz wycena została dokonana w sposób prawidłowy. Poprawienie omyłki nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty tego wykonawcy. Izba nie podzieliła poglądu wykonawcy YYY S.A, że zamawiający sam dokonał wyceny jednej z pozycji kosztorysu wykonawcy. Żadna pozycja nie uległa zmianie, a jedynie poprawieniu uległa nazwa pozycji stanowiąca opis prac. Na skutek poprawienia omyłki nie uległa zmianie ani wycena pozycji kosztorysu ani całkowita cena oferty.

82. Wyrok z dnia 30 października 2020 r., sygn. akt KIO 2299/20

Stwierdzić dalej należy, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści s.i.w.z., a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp (vide: wyrok KIO z 29 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1514/11 z oraz wyrok KIO z 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 819/12). Granice dopuszczalnej ingerencji zamawiającego w treść oferty określa przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. opisujący zasady rządzące poprawianiem omyłek. W szczególności w tym kontekście wymaga komentarza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. dotyczący poprawiania innych niż oczywiste (pisarskie i rachunkowe) omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, przewidując *sui generis* procedurę doprowadzenia do zgodności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady,

iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.i.w.z. (art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p.). Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie odwołującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, *aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SIWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego sposób poprawienia oferty.*" Takie stanowisko wyraziła Izba w wyroku z dnia 17 października 2019 roku sygn. akt: KIO 1964/19.

83. Wyrok z dnia 14 maja 2021 r., sygn. akt KIO 865/21

W ocenie Izby zakres i charakter przedmiotowych uchybień Przystępującego w kosztorysie ofertowym nie mógłby zostać zakwalifikowany jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. W kosztorysie ofertowym Przystępujący, wbrew wynikającemu z SIWZ wymaganiom, wprowadził i wycenił zakres prac oraz materiały odmienne od wymaganych przez Zamawiającego. Dla przykładu Izba wskazuje na pozycje 162 czy 163, gdzie Zamawiający wymagał grubość ścian żelbetowych 25 cm, w wykonawca wycenił ściany żelbetowe o gr 8 cm i 12 cm, w poz. 193 Zamawiający wymagał zbrojenia wylewki siatką do posadzek 15x15 drut fi. 2,8mm, zaś wykonawca wycenił drut o przekroju od 0,8 do 1,2 mm. (...) Izba podkreśla, że wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada równego traktowania wykonawców oznacza m.in., iż ocenie przez Zamawiającego podlega treść oświadczenia wykonawcy złożona w ofercie, a w analizowanym stanie faktycznym, również w kosztorysie ofertowym. Treść takiego oświadczenia woli podlega literalnej wykładni, co stanowi gwarancję równego traktowania wykonawców w procesie badania i oceny ofert. I o ile zgodzić się należy z Zamawiającym oraz z Przystępującym, iż oceniając treść oferty danego wykonawcy zamawiający zobowiązany jest uwzględnić ewentualne błędy czy omyłki jakie mogą być zawarte w treści oferty i dążyć do sanowania takich uchybień, to jednak granica działań zamawiającego została określona przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wszelkie zmiany treści oferty wykonawcy nie mogą powodować istotnych zmian w treści oferty. Działania zaś Zamawiającego doprowadziły, zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, do istotniejszej zmiany treści oferty Przystępującego, w tym zmiany zakresu wycenianych prac, czy też materiałów służących do realizacji zamówienia. Błędnie również Zamawiający uznał, że dostosowując opisy wymaganych prac do wyceny w kosztorysie ofertowym Przystępującego do opisów zawartych w przedmiarze robót

uznać należy za poprawienie oczywistych omyłek pisarskich. W ocenie Izby, zmiany wprowadzone przez Zamawiającego nie miały charakteru oczywistego, ale doprowadziły do ukształtowania odmiennego zakresu prac podlegających wycenie niż pierwotnie określony przez Przystępującego w treści oferty. (...) Przystępujący samodzielnie określił odmienny zakres prac, które wycenił, co skutkuje niezgodnością jego oferty ze SIWZ. Ponadto Izba podkreśla, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw do przyjęcia, iż wycena prac samodzielnie określonych przez Przystępującego w kosztorysie ofertowym będzie taka sama jak w przypadku prac określonych przez Zamawiającego. Zakres tych prac, materiałów zaproponowany przez Przystępującego był inny niż wskazany przez Zamawiającego w przedmiarze robót. (...) Ocenie podlega oświadczenie woli złożone przez wykonawcę w ofercie, jego zmiana na etapie badania i oceny ofert stanowiłaby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Art. 224 ust. 1 NPzp (Art. 90 ust. 1 Pzp)

84. Wyrok z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt KIO 2239/20, KIO 2240/20

Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić próby ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

85. Wyrok z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt KIO 2224/20

Zamawiający swoją decyzję o niewdrożeniu instytucji wyjaśnień poziomu ceny tłumaczył tym, że pozycje te nie były istotne dla wyceny ofert. Jednak takie stanowisko zależy od sposobu pojmowania istotności pozycji.

Po pierwsze Zamawiający przyjął, że i tak nie będzie zlecał wykonania tych pozycji, skoro nie zlecał ich w latach ubiegłych. Jednak jest to w sposób ewidentny niezgodne z założeniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której przewidział takie czynności oraz ich ilość, którą wykonawcy mieli uwzględnić w swoich ofertach. Nie może zatem na obecnym etapie postępowania

stwierdzać, że pozycje te nie mają znaczenia, jakby nie istniały w opisie przedmiotu zamówienia. Jeśli rzeczywiście Zamawiający nie planował ich zlecać, nie powinien był ich w tym zamówieniu ujmować, nie może natomiast ich ignorować, skoro ujął.

Po drugie Zamawiający przyjął, że pozycje te nie są istotne ze względu na ich nikłą wartość w stosunku do pozostałych pozycji tabeli „Zbiorcze zestawienie kosztów. Kosztorys ofertowy”. Tak – pozycje te mają nikłą wartość w przypadku ich wyceny na poziomie 0,01 zł. Jednak przy przyjęciu, że realna wartość prac zlecanych w tych pozycjach jest inna, wartość samych pozycji również nie byłaby tak pomijalna.

Poza tym, pomimo że wartość kwestionowanych pozycji jest znacznie niższa niż wycena za pracę sprzętu w pozostałych trzech pozycjach, to jednak są to 2 z 5 pozycji wyceny, które przyjął Zamawiający, a nie jedna z wielu pozycji skomplikowanego kosztorysu, co do których rzeczywiście wskazuje się, że mogą być pomijalne.

86. Wyrok z dnia 12 października 2020 r., sygn. akt KIO 2283/20

Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który odnosi zaoferowaną cenę do wartości przedmiotu zamówienia - ma to być cena „rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W orzecznictwie podkreśla się, że punktem odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny zaproponowane w innych ofertach, złożonych w postępowaniu oraz wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji przetargowej zamawiającego (tak min. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia sygn. akt: IV Ca 1299/09). A zatem za cenę rażąco niską uznać należy cenę, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.

87. Wyrok z dnia 21 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3201/20

Fakt natomiast, że cena oferty Odwołującego jest wyższa, niż zaoferowana przez XXX nie może stanowić potwierdzenia rażąco niskiej ceny. Podkreślić należy, że okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i

czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową, ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce podwykonawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskują różne ceny ofertowe w zakresie oferowanego towaru. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdują się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Podkreślić należy, że każdy z wykonawców będących profesjonalistą kalkuluje cenę oferty uwzględniając sprzyjające jemu okoliczności i uwzględniając stosowaną przez siebie politykę cenową.

88. Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 13/21

(...) cena za postojowe stanowi istotną część składową ceny oferty. O powyższym przesądza fakt, że wysokość postojowego jest oceniana w jednym z kryteriów oceny ofert (niezależnie od wagi tego kryterium). Skoro ten składnik ceny jest odrębnie od całkowitej ceny oferty punktowany i wpływa na wybór najkorzystniejszej oferty, to stanowi on istotną część składową ceny oferty. Powyższe oznacza, że do ceny za postojowe zastosowanie ma art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który przewiduje obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli m.in. właśnie istotna część składowa ceny oferty wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości zamawiającego. Nie jest przy tym zasadne powoływanie się przez zamawiającego na treść pkt 20.5. siwz, zgodnie z którym: „Przy ustaleniu rażąco niskiej ceny zamawiający przyjmie łączną cenę za usługę, ustaloną w oparciu o ust. 19 pkt. 7 SIWZ”. Jeżeli intencją zamawiającego przygotowującego siwz było ograniczenie badania rażąco niskiej ceny jedynie do całkowitej ceny oferty, co zamawiający zdaje się sugerować w odpowiedzi na odwołanie, to należy wyraźnie stwierdzić, że założenie takie jest niezgodne z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten bowiem przewiduje badanie rażąco niskiej ceny nie tylko w stosunku do całkowitej ceny oferty, ale także w stosunku do istotnej części składowej ceny. Jedynie w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp ustawodawca ograniczył obowiązek badania do całkowitej ceny oferty, jeżeli cena jest niższa o co najmniej 30% od wskazanych mierników. Ale art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma szersze zastosowanie, tj. może być stosowany także wtedy, gdy nie zachodzi ww. różnica co najmniej 30%, a mimo to zamawiający ma wątpliwości co do ceny oferty i wątpliwości te mogą dotyczyć w takiej sytuacji zarówno całkowitej ceny oferty, jak i jej istotnej części składowej. Dlatego w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w zależności od okoliczności danej sprawy, bada cenę całkowitą oferty lub jej istotną część składową. Sformułowanie zaś postanowienia siwz niezgodnego z przepisami ustawy Pzp (w tym wypadku - pkt 20.5. siwz) nie stanowi usprawiedliwienia dla dalszych działań zamawiającego podejmowanych lub zaniechanych również niezgodnie z tymi przepisami (w tym wypadku – z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp).

89. Wyrok z dnia 24 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 362/21

Izba wzięta pod uwagę, że cena oferty przystępującego różniła się od średniej arytmetycznej wszystkich cen zaofferowanych w postępowaniu o -25,47%. Różnicę tę Izba uznała za znaczącą dzieląc w tym względzie argumentację odwołującego. Mało złożony przedmiot zamówienia, brak szczególnych wymagań, co do kwalifikacji osób wykonujących usługę oraz ograniczone niezbędne zasoby materiałowe, które na równych prawach dotyczą wszystkich wykonawców zainteresowanych zamówieniem nie daje szerokich możliwości konkurencyjności ceną. W tej sytuacji pomimo braku osiągnięcia progu 30% różnicy w stosunku do średniej złożonych ofert, o którym mowa w art. 90 ust. 1a Pzp, cena oferty przystępującego powinna być przedmiotem wyjaśnień, których uzyskania zamawiający zaniechał. Wątpliwości zamawiającego powinien wzbudzić również fakt, że cena oferty przystępującego okazała się znacząco niższa od szacunków samego zamawiającego. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 768.000 złotych brutto, co w stosunku do ceny oferty przystępującego, która po poprawieniu omyłki rachunkowej wyniosła 448.467,84 zł, jest wartością znacząco wyższą. Fakt ten ma znaczenie tym bardziej doniosłe, że zamawiający miał wiedzę o przedmiocie zamówienia, który marca 2020 r. wykonywał własnymi siłami. Zamawiający dysponował również wiedzą o sposobie i jakości wykonywania tego zamówienia przez przystępującego na podstawie umów cywilnoprawnych (zawartych poza reżimem Pzp) od marca 2020 r., jednak przeznaczył na wynagrodzenie wykonawcy kwotę większą niż wynikającą z oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Okoliczności związane z szacowaniem tej wartości stały się w badanej sprawie przesądzające dla stwierdzenia, że zamawiający powinien wystąpić do przystępującego o wyjaśnienia ceny jego oferty zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, a zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie przepisów ustawy.

90. Wyrok z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt KIO 426/21

Jednakże, Izba uznała, że odwołujący wykazał, iż w niniejszej sprawie wystąpiły okoliczności, obligujące zamawiającego do wezwania wykonawcy XXX o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, okoliczności tej sprawy wskazują, że zaofferowana przez ww. wykonawcę cena powinna budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego. Tym samym, nieuprawnione jest zaniechanie wezwania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty lub kosztu, nawet jeśli nie zostają spełnione przesłanki, określone w przepisie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Cena oferty wykonawcy XXX (254.739.150,00 zł brutto) stanowi 71,89 % kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia (jest o ponad 100 mln. zł niższa od tej wartości), a jednocześnie o 55 mln. niższa od ceny kolejnej oferty (odwołującego - 309.350.184,13 zł brutto). Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert to kwota 325.697.751,74 zł brutto. A zatem, wartość oferty wykonawcy XXX odbiega od średniej arytmetycznej cen ofert złożonych o ok. 70 mln zł. Nadmienić należy, że już pomiędzy kolejnymi ofertami tak znaczące różnice nie występują, gdyż ceny ofert kształtowały się w następujący sposób: 2 oferty po 311 mln zł, kolejna 317

mln zł, 337 mln zł, 351 mln zł i najdroższa – 381 mln zł. Tak ogromna dysproporcja cenowa w stosunku do kolejnej oferty w rankingu, gdy takie dysproporcje już pomiędzy kolejnymi ofertami nie występują, jak i w stosunku do wartości jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (ok. 28% różnicy), gdy nie wynika z jakichś oczywistych względów, już sama przez się powinna wzbudzić wątpliwości u zamawiającego, które następnie powinny zostać wyjaśnione w toku odpowiedniej procedury, przewidzianej przepisami ustawy Pzp. Powstaje bowiem pytanie, czy wykonawca w istocie ujął w kalkulacji ceny oferty wszystkie koszty związane z przedmiotem zamówienia, a także czy uwzględnił zysk. Ponadto, okoliczności przedmiotowej sprawy wskazują, że istnieją dodatkowe okoliczności, które wskazywałyby na konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśnień w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a które tym bardziej zwiększają wątpliwości wynikające z przyczyn, o których była mowa powyżej. Należy bowiem zwrócić uwagę, na co zasadnie wskazywał odwołujący i w odwołaniu, jak i w toku rozprawy, iż wykonawca XXX nie prowadzi działalności w Polsce. Zamawiający wyjaśniał w toku rozprawy, że wykonawca ten „dopiero wchodzi na polski rynek”. Potwierdzają to zresztą odpowiedzi na pytania zamawiającego, złożone przez tego wykonawcę w toku wyjaśnień. (...) Powstaje zatem pytanie, czy cena skalkulowana przez przystępującego jest wiarygodna i rzeczywista, i czy uwzględnia wszystkie koszty związane z mobilizacją sprzętu budowlanego, materiałów, czy kadry, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia, a także czy wykonawca ten ma możliwość realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. W kontekście przywołanych wyjaśnień wykonawcy XXX, słuszny wydaje się argument odwołującego, poddający w wątpliwość, możliwość uzyskania ponadprzeciętnych rabatów na dostawy materiałów czy kruszyw. Także podnoszona przez odwołującego na rozprawie argumentacja związana z brakiem odpowiedniego zaplecza szeroko rozumianego (tj. sprzętowego, materiałowego, osobowego), jak i brakiem doświadczenia w zakresie realizacji tego typu zamówień, na terytorium Polski, wydaje się potwierdzać zaistniałe wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia przy tak korzystnej cenie. Powstaje m.in. pytanie o koszty transportu sprzętu i kadry, jak i ich utrzymania w Polsce. Dodatkowo, odwołujący wskazywał, na ograniczone możliwości optymalizacji zakresu robót, pomimo charakteru zadania realizowanego w formule: „projektuj i buduj”, z uwagi na szereg ograniczeń wynikających z wymagań, określonych w treści SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Izby, nie ulega wątpliwości, że cena oferty wykonawcy XXX, znacząco odbiegająca zarówno od cen wszystkich pozostałych ofert, jak i od wartości, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, winna podlegać wyjaśnieniu. (...) Dodatkowo wskazać należy, że Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, iż w sposób szczegółowy zbadał ofertę złożoną przez wykonawcę XXX, wyjaśniając wszystkie niezbędne jej elementy. W ocenie Izby nie zostało przeprowadzone kompleksowe badanie i ocena czy oferta ww. wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zważyć należy, że kolejne wezwania (z października, listopada i grudnia 2020 r.) były kierowane na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i dotyczyły wyjaśnień treści oferty. Zawierały one poszczególne pytania, dotyczące uwzględnienia kosztów, jednak były one kierowane w innym trybie, a także stanowiły jedynie pewien wycinek koniecznego badania w zakresie prawidłowości wyliczenia ceny oferty.

91. Wyrok z dnia 11 marca 2021 r., sygn. akt KIO 557/21

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą KIO i sądów (wyrok KIO z dnia 17 listopada 2020 r. sygn. akt: KIO 3192/20 oraz przywołane tam orzecznictwo), że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Art. 224 ust. 6 NPzp (Art. 90 ust 3 Pzp)**92. Wyrok z dnia 17 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2717/20**

Odnosnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc...) i możliwe jest wsparcie tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu, aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania

decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy (np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych i innych formach etc...) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste. To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny w postępowaniu. (...) Podkreślenia wymaga, że pomimo faktu iż w przedmiotowym zamówieniu Zamawiający określił cenę jako ryczałtową i nie narzucił wykonawcom sposobu kalkulacji ceny ani, struktury i wysokości ponoszonych kosztów, to obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne badanie realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny, której sposób kalkulacji zapewni prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający musi mieć pewność, że cena, za którą będzie realizowane przedmiotowe zamówienia jest ceną realną a jej kalkulacja sporządzona jest rzetelnie. (...) Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

93. Wyrok z dnia 22 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 310/21

Jak niejednokrotnie podkreśla się w orzecznictwie KIO oraz sądów okręgowych celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

94. Wyrok z dnia 19 marca 2021 r., sygn. akt KIO 643/21

Izba wskazuje, że niezłożenie wystarczających wyjaśnień powinno skutkować odrzuceniem oferty, nie zaś skierowaniem do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień. Chociaż ustawa nie formułuje wprost takiego zakazu, to jednak wynika on z przepisów art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, z przepisów tych wprost wynika, że niewywiązanie się przez wykonawcę z ciężaru wykazania prawidłowości ceny aktualizuje obowiązek jej odrzucenia. Po drugie zauważenia wymaga, że dopuszczenie wielokrotnego wzywania do wyjaśnień może prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gdyby bowiem przyjąć, że złożenie niewystarczających wyjaśnień powinno skutkować kolejnym wezwaniem, to powstaje pytanie, ile takich kolejnych szans wykonawca powinien otrzymać i czy prowadzenie procedury wyjaśniającej powinno trwać tak długo, aż wyjaśnienia będą mogły być uznane za wystarczające. W takiej sytuacji, która daje zamawiającemu prawo uznaniowego decydowania o tym, ile razy wykonawca otrzyma możliwość uzupełnienia i doprecyzowania swoich wyjaśnień, powstaje też ryzyko nierównego traktowania wykonawców, poprzez zróżnicowanie ich szans na wykazanie prawidłowości ceny. W związku z tym w orzecznictwie Izby ukształtowane i trwale prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym zasadą jest jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a czynność ponownego wezwania można by uznać za usprawiedliwioną tylko wtedy, gdyby złożone wyjaśnienia, które mogą być uznane za rzetelne i wiarygodne, dostarczyły określonych informacji powodujących nowe, wymagające usunięcia wątpliwości lub obejmują kwestie, co do których zamawiający musi się jeszcze ostatecznie upewnić. Nie można jednak oczekiwać ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, nie wywiązuje się ze spoczywającego na nim obowiązku, składając wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne – jak to miało miejsce w niniejszej sprawie.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) NPzp (Art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp)**95. Wyrok z dnia 30 października 2020 r., sygn. akt KIO 2455/20**

(...) wykazanie spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający badał przede wszystkim na podstawie informacji przedstawionych w wykazie robót, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ. Wykaz ten jest niczym innym jak oświadczeniem własnym wykonawcy, które przybiera w tym wypadku format tabeli. Zamawiający weryfikował przedmiot robót budowlanych (budowa sieci wodno-kanalizacyjnej), termin realizacji (ostatnie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) oraz wartość tych robót (co najmniej 500 000 zł brutto) wyłącznie na podstawie deklaracji wykonawcy (oświadczenia) zawartej w wykazie robót. Jedynie należyte wykonanie tych robót Zamawiający badał na podstawie dowodów, jak przykładowo referencje. W konsekwencji składane przez wykonawców dowody (referencje) nie musiały zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych dla dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tym stanie rzeczy nie jest zasadne stanowisko Zamawiającego,

jakoby badanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wartości robót budowlanych nie mogło nastąpić na podstawie oświadczenia wykonawcy z dnia 4 września 2020 r. Skoro w ten sposób Zamawiający weryfikował spełnienie warunków udziału w postępowaniu badając oświadczenia i dokumenty złożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (wykaz robót i referencje), to analogicznie zobowiązany był uczynić badając nowe dokumenty przedstawione w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (oświadczenie własne wykonawcy i referencje).

96. Wyrok z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2942/20

Izba wskazuje, że nieuprawnionym jest podejmowanie decyzji w kwestii wykluczenia odwołującego na podstawie treści złożonych referencji. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Zamawiający błędnie i w sposób nieuzasadniony przyjął, że treść referencji powinna powielać informacje żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane. Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (tak np. wyrok z dnia 22 października 2018 r., KIO 2038/18).

97. Wyrok z dnia 1 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3545/20

Odwołujący zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i 4 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 24 ust. 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp opierał na twierdzeniu, że wbrew ocenie Zamawiającego spełnił on warunki udziału w postępowaniu i wykazał dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego w niezbędnym zakresie. Odwołujący wywodził, że posiada on doświadczenie dużo szersze niż wymagane, a powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego było wymuszone treścią warunku. Odwołujący podkreślał przy tym, że udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego jest w pełni realne i wystarczające dla uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego. Jakkolwiek bezsporną i potwierdzoną również złożonymi w toku rozprawy referencjami była okoliczność bogatego i wieloletniego doświadczenia Odwołującego, to pozostaje ona bez wpływu na ocenę jego oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z SIWZ wykonawca winien wykazać dysponowanie doświadczeniem w wykonaniu dwóch parkingów na 30 miejsc postojowych, każdy po 500 m² z oświetleniem i odwodnieniem. Odwołujący wskazał, że samodzielnie wykonał jedną taką robotę

budowlaną oraz powołał się na drugą, wykonaną przez podmiot trzeci. Podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia i wskazał, że w ramach przedmiotowego zamówienia wykona roboty dotyczące instalacji odwodnienia, stanowiące, jak wskazano w toku rozprawy, do 30% wartości całego zamówienia. Artykuł 22a ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ustawodawca zastrzegł zatem, że powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego jest dopuszczalne, jeżeli podmiot ten wykona roboty budowlane, do których wymagane są zdolności na które się powołał wykonawca. Ustawa nie stanowi, że podmiot trzeci ma „wziąć udział” czy „wykonać znaczącą część”. W tej sytuacji należy uznać, że realne udostępnienie potencjału dotyczyło części którą podmiot trzeci zobowiązał się wykonać – tj. odwodnienia. Oznacza to, że Odwołujący wykazał posiadanie doświadczenia w wykonaniu jednej roboty budowlanej polegającej na budowie parkingu o powierzchni min. 500 m² na 30 miejsc postojowych z oświetleniem i odwodnieniem oraz drugą robotą budowlaną – odwodnieniem parkingu. Zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości nie może być bowiem uznane za wystarczające. Ocena taka znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej KIO – por. np. wyrok KIO 211/18, KIO 2245/14, KIO 1755/17, KIO 1857/17. W niniejszej sprawie udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci w takiej formie jakiej miało to miejsce można byłoby uznać za wystarczające, gdyby Odwołujący wykazał się wykonaniem dwóch parkingów, każdy po 30 miejsc i 500 m² z oświetleniem, przy czym tylko jeden z odwodnieniem. Wówczas udział podmiotu trzeciego polegający na wykonaniu samego odwodnienia – gdy posiada on doświadczenie w wykonaniu odwodnienia odpowiedniego parkingu – stanowiłby prawidłowe uzupełnienie doświadczenia Odwołującego. Warunek udziału w postępowaniu został sformułowany jednoznacznie, a Odwołujący nie zabiegał o jego zmianę poprzez dopuszczenie o uznanie doświadczenia w wykonaniu innych robót, które potwierdzałyby posiadanie wystarczającego doświadczenia dla zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia. Nie jest dopuszczalnym stwierdzenie, że skoro Odwołujący wykonał jedną z dwóch wymaganych robót, to posiada odpowiednią wiedzę. Wymaganie wykazania się prawidłowym wykonaniem dwóch robót ma na celu zapewnienie, że zamówienie zostanie udzielone podmiotowi posiadającemu wymagane doświadczenie w konkretnym rodzaju robót – nie budzi wątpliwości, że dwukrotne prawidłowe wykonanie jakiegoś typu pracy daje większą rękojmię wiedzy i doświadczenia niż jednokrotne. Zawarta w warunku udziału w postępowaniu „powtarzalność” nie może być traktowana jako zbędna formalność, a winna być respektowana przez wykonawców i weryfikowana przez Zamawiającego.

98. Wyrok z dnia 9 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 76/21

Przypomnieć w tym miejscu należy, że zamawiający dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ma obowiązek kierować się wyłącznie brzmieniem SIWZ. Tym samym próby czynione przez zamawiającego, który w treści wezwań doprecyzowywał jaka była jego intencja przy

formułowaniu warunku w zakresie doświadczenia, wprowadzał definicje, których w treści SIWZ nie zawarł, należy uznać za działanie nieuprawnione, albowiem spóźnione. Ten bowiem etap postępowania, który ma miejsce po upływie terminu składania ofert, a który polega na dokonywaniu oceny spełniania warunków, sprowadza się wyłącznie do porównania treści warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę. Nie można zatem, jak to uczynił zamawiający dokonywać prób interpretowania treści warunku i czynić to dodatkowo w taki sposób, który nie wynika z literalnego jego brzmienia, a w rezultacie prowadzi dodatkowo do eliminacji z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. (...) To, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, formułowany jest w oparciu o zakres zamówienia, które ma zostać wykonane w ramach umowy, nie przesądza jeszcze, że ogólny w swojej treści warunek można interpretować poprzez pryzmat tego opisu i wprowadzać na etapie postępowania do niego nowe treści, które nie znajdują odzwierciedlenia w pierwotnym jego brzmieniu.

99. Wyrok z dnia 8 marca 2021 r., sygn. akt KIO 446/21

Izba podkreśla, że istotą wspólnego ubiegania się o zamówienie jest łączenie potencjału kilku wykonawców, który sumowany łącznie pozwala wykazać fakt dysponowania odpowiednimi w stosunku do przedmiotu zamówienia kwalifikacjami. W ocenie Izby uprawnienie do ubiegania się o zamówienie w formie konsorcjum sprowadza się między innymi do możliwości łączenia posiadanych potencjałów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia co do zasady wystarczające jest wykazanie łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu (a nie przez każdego z członków konsorcjum lub w inny sposób, np. przynajmniej przez jednego z członków konsorcjum). Tym samym, skoro Zamawiający nie zastrzegł konieczności spełnienia warunku w całości przez jednego z wykonawców, to powołanie się przez Przystępującego na doświadczenie zarówno lidera oraz partnera było w pełni uprawnione.

100. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 601/21

Izba zaznacza w tym miejscu, że nie kwestionuje – co też nie było kwestionowane przez Zamawiającego – że pomiędzy podmiotami gospodarczymi możliwe jest nawiązanie współpracy na podstawie umowy ustnej, jednakże z uwagi na charakter postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które zgodnie z przepisami jest postępowaniem pisemnych, niezbędnym jest posługiwanie się dokumentami pisemnymi (poza przedmiotem rozpoznania pozostaje forma sporządzenia dokumentów). Brak konieczności sporządzenia pisemnej umowy z perspektywy realizacji zleconego zadania nie przekłada się na obowiązki dokumentacyjne w procedurze zamówień publicznych. Niewątpliwie od podmiotów profesjonalnych można i należy wymagać, aby ich działania zostały tak udokumentowane, aby możliwe było wykazanie się na okoliczność udziału w procedurze udzielenia zamówienia publicznego, danym doświadczeniem. Poza umową łączącą O. i Or.

Zamawiający wskazał także, że dokumentami potwierdzającymi faktyczną realizację będą np. protokoły odbiorów zrealizowanych usług pomiędzy tymi podmiotami. Pozostaje oczywiście rzeczą danych podmiotów czy te protokoły są sporządzane i jaki jest ich zakres, jak również czy realizowane są inne obowiązki sprawozdawcze wynikające z umów zawartych przez O. Jednakże podobnie jak w przypadku umów, to sporządzenie protokołów odbiorów może nie być wymagane od podmiotów w realizacji danej usługi, ale jako profesjonaliści powinni zmierzać do dokumentowania tych czynności, co w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego może być niezmiernie przydatne i potwierdzać faktyczną realizację zleconych zadań.

Art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 8 Pzp)

101. Wyrok z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt KIO 2364/20

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego podpisu oferty przystępującego, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający określił w siwz sposób podpisania oferty jako złożenie własnoręcznego, czytelnego podpisu albo jako parafę z imienną pieczętką. Z pewnością nie można uznać, że przystępujący zgodnie z siwz podpisał ofertę stawiając parafę z imienną pieczętką, choćby dlatego, że nie przystawił pieczętki. Należy zatem rozważyć, czy przystępujący złożył własnoręczny, czytelny podpis. W tym miejscu Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że kwestię prawidłowości podpisu należy rozpatrywać w świetle art. 78 § 1 kc i wydanego na gruncie tego przepisu orzecznictwa. Izba ustaliła, że zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 24.08.2009 r. (sygn. akt: I PK 58/09): „Podstawową cechą podpisu własnoręcznego jest jego oryginalność w tym znaczeniu, że tylko taki podpis daje możliwość zidentyfikowania jego autora (potwierdzenia pochodzenia)”. Także Sąd Okręgowy w Katowicach w postanowieniu z dnia 11.03.2014 r. (sygn. akt IV Cz 177/14) stwierdził, że: „Można wskazać pewne minimalne wymogi podpisu: ma to być co najmniej nazwisko, choć nie musi być w pełnym brzmieniu i dopuszcza się używanie skrótu, który nawet nie musi być w całości czytelny. Powinien się jednak składać z możliwych do stwierdzenia liter, umożliwiających identyfikację podpisującego, a także pozwalając na porównanie i ustalenie przez powtarzalność, że ma postać zwykle używaną, nawet gdy jest mało czytelny; chodzi więc o cechy indywidualne i powtarzalne”. Podobnie KIO w wyroku z dnia 28.06.2017 r. (sygn. akt KIO 1189/17) stwierdziła: „Podpis własnoręczny zdefiniowany jest jako językowy znak graficzny umieszczony na dokumencie. Powinien być umieszczony pod jego treścią i być skreślony trwałym sposobem, a więc atramentem lub tuszem, a nie ołówkiem lub innym nietrwałym materiałem. Podpis powinien obejmować co najmniej nazwisko. Nie jest wymagane, aby podpis był czytelny. Podpis nieczytelny powinien jednak być złożony w formie zwykle używanej przez wystawcę. Tak wykonany podpis, choć nie daje się odczytać, wyraża napisane nazwisko, a zatem pełni funkcję identyfikacyjną”. Z powyższych orzeczeń wynika, że istotą podpisu jest przede wszystkim możliwość identyfikacji za jego pomocą osoby, która go złożyła. Identyfikacja ta następuje przez użycie określonych liter, a także przez porównywalność i powtarzalność cech podpisu. W przedmiotowej sprawie osoba

reprezentująca przystępującego złożyła znak graficzny, który zaczyna się na literę „P”, tj. literę zgodną z pierwszą literą nazwiska tej osoby, a ponadto możliwe jest porównanie tego znaku graficznego złożonego na ofercie ze znakami znajdującymi się na innych dokumentach złożonych przez przystępującego w postępowaniu, na których dodatkowo przy tym znaku przystawiono imienną pieczęć. Z porównania tego wynika, że zarówno w ofercie, jak i w innych dokumentach mamy do czynienia z tym samym powtarzalnym znakiem graficznym, identyfikującym zarówno za pomocą litery „P”, jak i imiennej pieczęćki, tę samą konkretną osobę uprawnioną do reprezentowania przystępującego. W myśl przytoczonych wyżej orzeczeń, należy zatem uznać, że znajdujący się na ofercie przystępującego znak graficzny jest własnoręcznym podpisem identyfikującym osobę, która go złożyła. Tym samym nie ma podstaw do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 lub 8 ustawy Pzp i dlatego Izba ten zarzut oddaliła.

102. Wyrok z dnia 5 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 82/21

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. W orzecznictwie Izby jednolicie wskazuje się, iż obowiązek odrzucenia oferty na ww. podstawie prawnej powstaje wówczas, gdy oferta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane jej podstawie. Z powyższego wynika, iż nie będzie podlegała odrzuceniu oferta wykonawcy na ww. podstawie prawnej w przypadku niezgodności z innymi ustawami niż Prawo zamówień publicznych. Obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jest ona nieważna na gruncie innych przepisów ustawodawca przewidział w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, co potwierdza, iż użyte w art. 89 ust. 1 pkt 1 pojęcie „ustawy” dotyczy wyłącznie ustawy Prawo zamówień publicznych (por. m.in. wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2435/19, wyrok z dnia 21 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2535/18). Konsekwencją powyższego jest fakt, że naruszenie przepisów innych ustaw niż ustawa Pzp nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Tym samym argumentacja Odwołującego, iż działania Przystępującego zmierzają do obejścia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług czy Ordynacji podatkowej, nie może być podstawą do stwierdzenia, że oferta Przystępującego jest niezgodna z ustawą w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

103. Wyrok z dnia 5 marca 2021 r., sygn. akt KIO 451/21

Art. 23 stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (ust. 1). W takim przypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2). Skoro, jak powyżej ustalono, współnicy spółki cywilnej zdecydowali się na ubieganie się o udzielenie tego zamówienia i ustanowili jednego z nich pełnomocnikiem do ich reprezentowania w tym postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia publicznego, oczywiste jest, że nie doszło do naruszenia art. 23 ust. 1 i 2 pzp. Zgodnie z art. 108 kc pełnomocnik nie może być drugą stroną czynności prawnej, której dokonywa w imieniu mocodawcy, chyba że co

innego wynika z treści pełnomocnictwa albo że ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Przepis ten stosuje się odpowiednio w wypadku, gdy pełnomocnik reprezentuje obie strony. Skoro, wbrew temu, co zasugerowano w odwołaniu, ustanowienie jednego ze współników spółki, o której mowa w art. 860 § kc, pełnomocnikiem obu współników, jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 pzp, nie stanowi czynności, o której mowa w art. 108 kc, oczywiste jest, że ten ostatni przepis nie wskazuje na nieważność złożonej przez Konsorcjum XXX oferty.

104. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 555/21

Przedmiotem sporu nie było ustalenie, czy osoba która naniosiła znak przy pieczęci imiennej uczyniła to własnoręcznie, ale ustalenie czy znak ten może być uznany za podpis wywołujący skutki, jakie niesie złożenie oświadczenia. Już w opinii prawnej wskazano, iż *zarówno prawo cywilne materialne, jak i prawo cywilne procesowe, nie zawierają definicji „podpisu” w sensie wskazania, jakie wymagania musi spełniać własnoręcznie nakreślony znak graficzny, aby można było uznać go za podpis*. Przyjmując to stwierdzenie, jako niesporne dla dalszych wywodów należy wskazać, iż nie zostało w przepisach prawa określone, jakie cechy graficzne pozwalają uznać dany znak za podpis, w szczególności brak jest normy nakazującej użycie pełnego imienia (imion) i nazwiska. W obrocie prawnym występują podpisy skrócone, pełne, parafy. W orzecznictwie oraz piśmiennictwie poświęcono wiele uwagi podpisom, co zostało szeroko opisane w pismach procesowych oraz opinii prawnej. Ponieważ nie było przedmiotem sporu ustalenie autentyczności podpisu złożonego pod ofertą, Izba pominęła wniosku prezentowane w opinii, która zasadniczo odnosi się do badania cech podpisu w celu ustalenia autentyczności lub braku autentyczności pisma. Odwołujący zasadniczo kwestionował podpis widniejący na ofercie z powodu braku cech pozwalających na identyfikację osoby, co spowodowane zostało do kwestii związanej z wskazaniem imienia, nazwiska lub liter, które identyfikowałyby dane osoby składającej podpis. Nie było natomiast przedmiotem zarzutu twierdzenie, iż podpis pod ofertą nie został złożony przez pełnomocnika wykonawcy. Rozpoznając zarzut Izba wzięła pod uwagę ustalone w sprawie okoliczności dotyczące zarówno powtarzalności znaku graficznego na wszystkich kartach oferty w tym, jak i innym postępowaniu, złożenie podpisu wraz z pieczęcią imienną pełnomocnika, pozwalającą potwierdzić tożsamość osoby i jej stanowisko funkcyjne. Należy również odnotować, iż złożenie podpisu skróconego miało miejsce również w ofercie Odwołującego, a zamieszczony tam znak graficzny (podpis) również nie identyfikował tak imienia jak i nazwiska osoby, nawet w formie skróconej, co dodatkowo potwierdzało możliwość skutecznego opatrzenia oferty podpisem używanym zwyczajowo w obrocie gospodarczym. Zamawiający nie wymagał złożenia pełnego podpisu (imieniem i nazwiskiem) dla uznania oferty za skutecznie złożoną. Do takiego żądania również nie miał podstawy, gdyż przepisy takiego obowiązku nie nakładają. Naniesiony w licznych miejscach oferty XXX Sp. z o.o. sp. k. znak cechuje się powtarzalnością, a fakt iż użyty został nie tylko w obecnym postępowaniu, ale również w innych ofertach wskazuje na jego zwyczajowe, nawykowe używanie w obrocie gospodarczym. Ponieważ

przedmiotem sporu nie było ustalenie, czy złożony podpis pochodzi od pełnomocnika – jest podpisem własnoręcznym, nie było koniecznym odnoszenie się do kwestii, które mogłyby mieć znaczenie dla potwierdzenia autentyczności podpisu. Użycie pieczęci imiennej przy podpisie, chociaż tego podpisu nie zastępuje, to pozwala jednoznacznie przypisać używany podpis do osoby pełnomocnika wykonawcy.

105. Wyrok z dnia 9 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 527/21

Oferta złożona przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi być podpisana. Jest to oświadczenie woli i jako takie powinno zostać podpisane przez osoby uprawnione do dokonania tej czynności w imieniu wykonawcy. Niepodpisana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. (...) Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy, Izba ustaliła i stwierdziła, iż umieszczony pod treścią zawartą w formularzu ofertowym znak jest podpisem używanym przez pełnomocnika odwołującego. Zamawiający mógł z łatwością zidentyfikować osobę składającą oświadczenie woli już tylko na podstawie treści formularza ofertowego, w którym po pierwsze w kolumnie A wskazano osobę upoważnioną do składania oświadczeń woli w imieniu odwołującego. Ponadto na końcu formularza z lewej strony, obok złożonego podpisu widnieje pieczęć, na której umieszczono także nazwisko osoby a pod samym podpisem wskazano, że jest to podpis upoważnionego przedstawiciela wykonawcy. Izba, podobnie jak zamawiający zwróciła uwagę, że jest to pieczęć firmowa, ale w tym przypadku może również służyć do identyfikacji osoby składającej podpis pod złożonym oświadczeniem woli z tego powodu, że jej imię i nazwisko wpisane zostało także w części A formularza ofertowego. Zauważyć również należy, że ani z przepisów prawa (art. 78 §1 Kodeksu cywilnego), ani też z treści ogłoszenia o zamówieniu nie wynika, aby dla zachowania formy pisemnej istniały jakiegokolwiek wymagania co do podpisu (poza własnoręcznością), w szczególności nie ma wymagań, aby podpis był wyłącznie czytelny. Co do zasady więc, także podpis nieczytelny jest wystarczający dla zachowania formy pisemnej.

W ocenie Izby nie sposób także podzielić stanowiska zamawiającego, że znak umieszczony na formularzu nie jest podpisem, ale parafą. Jak wskazał Sąd Najwyższy w uchwale Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/93 parafa oznacza "skrót podpisu zwykła parafka a nie podpis wyłącznie okoliczność, że w taki sam sposób zostały sygnowane wszystkie strony oferty. Jak wyjaśnił odwołujący osoba przygotowująca ofertę ma zwyczaj podpisywania wszystkich stron formularza i załączników. Taka praktyka nie jest z pewnością zabroniona a sam fakt, że podpisy pełnomocnika odwołującego zostały złożone na każdej stronie tego formularza nie przesądza, że mamy do czynienia z parafą a nie podpisem. W końcu też okoliczność, że pod formularzem oferty widnieje podpis Pana XXX, potwierdza szereg dokumentów przedłożonych przez odwołującego jako dowód, na których w analogiczny sposób osoba ta się podpisuje. Na wszystkich załączonych do odwołania dokumentach: umowie o pracę; wniosku polisy; umowie o zamówienie publiczne zawartej z XXX; wniosku o wydanie identyfikatora; zapytaniu do Krajowego Rejestru Karnego pan XXX w

analogiczny sposób złożył swój podpis. Co więcej, jak zwrócił uwagę odwołujący, taki sposób ich podpisania, nie został nigdy zakwestionowany. Izba podzieliła w pełni stanowisko wynikające z uzasadnienia wyroku Izby z 4 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2464/17), jak również zawarte w treści wyroku KIO z 7 listopada 2019 r. (sygn. akt KIO 2152/19), w których zauważono, że z wypowiedzi doktryny i orzecznictwa wynika, że kładzie się również nacisk na znaczenie powtarzalności podpisu, który powinien być złożony w formie zwykle używanej, dzięki czemu jest ona znana szerszemu kręgowi osób. Istotne jest bowiem, aby niezależnie od skrótowości skreślonego odręcznie słownego znaku graficznego, zainteresowane osoby trzecie mogły mieć pewność, że dana osoba chciała w ten sposób podpisać się swoim nazwiskiem.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp)

106. Wyrok z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt KIO 2450/20

Niezgodność treści złożonej w postępowaniu oferty w stosunku do określonych w SIWZ wymagań powstaje w momencie niemożności zidentyfikowania elementów przedmiotowo istotnych dla oświadczenia Wykonawcy w ramach oferowanego przedmiotu odnoszących się do zobowiązania, które decyduje się wykonać na rzecz Zamawiającego. Z taką niezgodnością mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania i określenia modelu i producenta oferowanych monitorów, Odwołujący tego zobowiązania nie wypełnił, co czyni jego ofertę niezgodną w warstwie merytorycznej z zapisami SIWZ. Uchybienia powstałe w ofercie nie mają jedynie charakteru technicznego, co do sposobu wypełnienia formularza ofertowego. Uchybienia te nie identyfikują oferowanego przedmiotu świadczenia i nie jest możliwe ustalenie cech tego przedmiotu przy pomocy innych danych znajdujących się w formularzu ofertowym. Taka niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma wymiar istotny i powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dlatego też decyzję Zamawiającego o zastosowaniu przywołanej regulacji prawnej wobec oferty Odwołującego Izba uznała za prawidłową.

107. Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2470/20

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego należy stwierdzić, że okoliczność, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ musi być przez Zamawiającego wykazana i udokumentowana. W ocenie Izby w świetle dokumentacji postępowania czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie była zasadna, Zamawiający nie wykazał bowiem i nie udokumentował takiego przebiegu badania próbki i jego wyniku, który potwierdzałby bez wątpliwości, że próbka nie spełnia wymagania z punktu 1.4 załącznika nr 1 do umowy. Przede wszystkim stwierdzić należy, że nie jest właściwą praktyką nieokreślenie w SIWZ zasad dokumentowania badania próbki. Niezależnie jednak od tego Zamawiającego obowiązują wynikające z ustawy: zasada przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), oznaczająca, że wszystkie czynności podejmowane w postępowaniu, a w szczególności te, które

wywołują skutki dla wyniku postępowania, powinny być przeprowadzane i dokumentowane w sposób transparentny, umożliwiający zweryfikowanie przebiegu poszczególnych czynności i ich prawidłowości oraz zasada pisemności postępowania (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp). W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie udokumentował przebiegu badania próbek i jego wyników.

108. Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3541/20

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie tej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. (...) Skoro ustalony stan rzeczy jest taki, że treść ofert złożonych przez Przystępujących nie została sprecyzowana na wymaganym w treści s.i.w.z. poziomie szczegółowości, a następnie doszło *de facto* do uzupełnienia treści tych ofert, co stanowi obejście wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 zakazu zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert, Odwołujący zasadnie domaga się odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

109. Wyrok z dnia 2 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3462/20, KIO 3515/20

Należy wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być jasne i klarowne, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Jeżeli w dokumentacji postępowania występują niejasności lub niedoprecyzowania, nie mogą być interpretowane zawężająco na etapie oceny ofert, na niekorzyść wykonawcy. Równocześnie Izba wskazuje, że odpowiedzi na pytania wykonawców są uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 roku, sygn. akt KIO 2412/15). Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, winien przestrzegać naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a zwłaszcza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przejawia się ona również w tym, że wykonawca ma prawo działać w zaufaniu do udzielanych mu odpowiedzi, traktować je jako wykładnię autentyczną i oczekiwać, że zastosowanie się do nich nie będzie się wiązało dla niego z ujemnymi skutkami (tak np. w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1479/18). Treść odpowiedzi na pytanie dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jedną z czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wobec których wykonawcom przysługuje uprawnienie do wniesienia środka ochrony prawnej.

110. Wyrok z dnia 3 marca 2021 r., sygn. akt KIO 421/21

Zgodzić należało się z Zamawiającym, że w przedmiotowym zamówieniu Zamawiający w myśl art. 36a ust. 2 ustawy Pzp nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia. Z powyższego wynika, że dopuścił realizację zamówienia przy udziale podwykonawców. Wbrew twierdzeniom wykonawcy zawartym w wyjaśnieniach z dnia 20 stycznia 2020 r., nie należy tego jednak interpretować w ten sposób, że dopuścił realizację zamówienia bez udziału agenta rozliczeniowego, a jedynie, że Zamawiający umożliwił złożenie oferty zarówno podmiotom będącym agentem rozliczeniowym, jak i tym Wykonawcom, którzy w tym zakresie chcą skorzystać z usług podwykonawcy. Zgodzić należało się z Zamawiającym, że przyjęcie innej interpretacji spowodowałoby, że usługa byłaby świadczona niezgodnie z prawem. Istotne jest tu zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa (bezpieczeństwo środków gromadzonych na koncie Wykonawcy np. w przypadku ewentualnego zajęcia komorniczego), a także szybkość (niezwłoczność) dokonania przekazu środków na konto Sądu Okręgowego. Zgodzić należało się zatem z Zamawiającym, że niewykazanie w formularzu ofertowym przez Wykonawcę będącego biurem usług płatniczych podwykonawcy w zakresie agenta rozliczeniowego jest przesłanką do uznania, że Wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami sformułowanymi w SIWZ.

111. Wyrok z dnia 8 marca 2021 r., sygn. akt KIO 446/21

Zdaniem składu orzekającego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nadał kartom katalogowym odmienne znaczenie, niż wynikające z treści Rozporządzenia, na co wskazuje brzmienie zawarte w Rozdziale III SIWZ: „Zamawiający wymaga, by Wykonawca wraz z ofertą złożył stosowne karty katalogowe lub inne dokumenty potwierdzające spełnienie parametrów zaproponowanych źródeł ciepła i instalacji fotowoltaicznych. W przypadku nie dołączenia do oferty wymaganych dokumentów Zamawiający odrzuci ofertę danego Wykonawcy”. Powyższe sformułowanie przesądza, że zamiarem Zamawiającego było uczynienie z wymienionych kart katalogowych treści oferty. Konsekwencją więc braku załączenia kart katalogowych lub nie zawarcie w nich informacji potwierdzających spełnienie parametrów zaproponowanych źródeł ciepła i instalacji fotowoltaicznych powoduje, że oferta jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. (...) Izba za niezasadny uznała zarzut Odwołującego dotyczący niepodania przez Przystępującego – wbrew wymogom specyfikacji – typu oraz modelu oferowanych paneli fotowoltaicznych. Podkreślić bowiem należy, że pomimo braku podania w Formularzu oferty danych dotyczących typu i modelu paneli, Zamawiający miał wiedzę w tym zakresie z załączonej do oferty karty katalogowej Maysun Solar PV Module MS (320-340) MB-60H. Powyższe umożliwiło natomiast Zamawiającemu dokonanie weryfikacji, czy zaoferowane przez Przystępującego urządzenia spełniają wymogi SIWZ oraz PFU.

112. Wyrok z dnia 10 marca 2021 r., sygn. akt KIO 509/21

Kluczowym dla rozpoznania sprawy przedmiotowej sprawy odwoławczej jest odniesienie do brzmienia SIWZ ukształtowanego przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu a odnoszącej się do braku wskazania w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „w jakim celu żądana była próbka”. Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami SIWZ *wzory wyrobów (próbki) stanowią integralną treść oferty*. Takie wskazanie zawarł w Rozdziale IV pkt 7 SIWZ Zamawiający. Jednoznacznie Zamawiający również zaznaczył w SIWZ, że w odniesieniu do próbki *nie mają zastosowania przepisy dotyczące oświadczeń i dokumentów, o których mowa m.in. w § 13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia*. Takie stanowisko Zamawiającego w sposób oczywisty pozwala stwierdzić, że żądane w postępowaniu wzory wyrobów (próbki) nie stanowiły dokumentów w rozumieniu ww. rozporządzenia, tym samym nie były żądane w charakterze dokumentów przedmiotowych i nie można im przypisać takiego charakteru. Tym samym, Zamawiający przesądził jednoznacznie w dokumentacji postępowania jaki charakter w tym postępowaniu ma owa wymagana próbka, stanowiąca wzór wyrobu jaki wskazywany był w Formularzu oferty – Zamawiający żądał wzoru wyrobu jako treści oferty, która podlegać będzie badaniu co do zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w treści SIWZ.

113. Wyrok z dnia 12 marca 2021 r., sygn. akt KIO 503/21

Pismem z dnia 10 lutego 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz pkt 6) ustawy Pzp z uwagi na pozostawioną zupełnie pustą, niewypełnioną pozycję nr 26 formularza cenowego. Zamawiający wskazał, że ponieważ cena oferty jest ceną ryczałtową, to właśnie pozycje określone w formularzu cenowym porządkowały sposób skalkulowania ceny oferty i zawierały elementy konieczne do wyceny. W żadnym z postanowień SIWZ nie dopuszczono możliwości skalkulowania ceny oferty w inny sposób. W wyniku braku wyceny ww. pozycji wykonawca popełnił też błąd w wyliczeniu ceny oferty, ponieważ nie ujął w niej wszystkich wymaganych elementów, określonych w formularzu cenowym. W postępowaniu wpłynęło 8 ofert i każdy z wykonawców wycenił ofertę zgodnie z formularzem cenowym, wypełniając wszystkie jego pozycje, w tym pozycję nr 26. Odwołujący w odwołaniu nie kwestionował samego braku wypełnienia pozycji nr 26 „obsługa geodezyjna” z formularza cenowego, jednakże podnosił, że okoliczność ta jest bez znaczenia z uwagi na fakt, że Zamawiający nie podał w SIWZ, że wymaga wypełnienia wszystkich pozycji, a pozycja ta została skalkulowana w innych pozycjach, natomiast samo jej niewypełnienie nie uniemożliwia i nie utrudnia rozliczeń między stronami. Izba uznała, że z powyższym stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić. Zamawiający zgodnie z pkt 10.3 SIWZ wymagał wprost złożenia wraz z ofertą formularza cenowego, który nie podlegał uzupełnieniu. Niepodanie wymaganych wartości jest istotnym brakiem treści oferty, oznacza bowiem brak określenia elementów ceny jednostkowej czyli

elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy oraz dokonywane będą zmiany tego wynagrodzenia w dopuszczalnym zakresie. Brak ten powoduje, że oferta danego wykonawcy w warstwie merytorycznej nie odpowiada wymaganiom SIWZ, ponieważ treścią oferty nie objęto całego zakresu przedmiotowego przyszłego zobowiązania, nie wyceniając jednego z jego elementów. Brak podania wartości ceny jednostkowej powoduje, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna nieścisłość treści oferty wykonawcy, której zamawiający nie może samodzielnie poprawić, jeżeli brak jest możliwości samodzielnego wyliczenia tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza cenowego. (...) Odnosząc się zaś do ogólnych oświadczeń, m.in. o zapoznaniu się i akceptacji postanowień SIWZ, w tym wzoru umowy, które zostały przez Odwołującego złożone, należy stwierdzić, iż są one niewystarczające i mają niewielki walor, bowiem braku istotnego elementu oferty stanowiącego przedmiot rozpatrzenia nie może zastąpić ogólna deklaracja w ofercie o spełnieniu wszystkich warunków SIWZ. Równocześnie, żaden z dokumentów, przedłożonych przez Odwołującego wraz z ofertą, nie zawiera informacji o cenie za obsługę geodezyjną. Twierdzenia Odwołującego, iż została ona ujęta w kosztach innych pozycji stanowi nieuprawnioną inżynierię cenową. Próżno szukać takiego postanowienia SIWZ, które umożliwiałoby przeniesienie wyceny z jednej pozycji do drugiej formularza cenowego. Niezależnie od tego, powyższe nie mieściłoby się w granicach prawa. Nawet przy cenie ryczałtowej przedmiot zamówienia winien zostać prawidłowo wyceniony, w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, a zgoda na to, aby niektórzy wykonawcy nie stosowali się do ogólnych założeń SIWZ jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

114. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 555/21

Odnosząc się do ceny oferty XXX, Odwołujący opierał zarzuty na założeniu, iż ilość roboczogodzin wskazana w przedmiarze robót – poz. 14 kosztorysu konstrukcje stalowe, była dla wykonawców wiążąca, a odstępstwa od tych ilości prowadziły do niezgodności oferty z siwz, ewentualnie rażąco niskiej ceny, czy też czynu nieuczciwej konkurencji. Izba nie stwierdziła, aby modyfikacja nakładu w postaci roboczogodzin mogła prowadzić do odrzucenia oferty. Siwz, odmiennie niż przedstawiał to we wnioskach Odwołujący, pozostawiała wykonawcy dokonanie właściwej wyceny prac w oparciu o całość dokumentacji projektowo-wykonawczej, co nie ograniczało się do wypełnienia kosztorysu ślepego. Co ważne wykonawca wycenił całość prac, co nie było kwestionowane w odwołaniu. W szczególności wycenił ilość konstrukcji stalowych określoną w przedmiarze. Nie było zatem podstaw do twierdzenia, iż kosztorys nie potwierdza zgodności z wymaganiami Zamawiającego, co miałoby uprawniać do wezwania o wyjaśnienia, czy też odrzucenia oferty. Poza wskazaniem na zmniejszoną ilość roboczogodzin Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które pozwalałyby przyjąć, iż cena jednostkowa konstrukcji stalowej została wyceniona poniżej kosztów. Ponownie należy

podkreślić, iż przedmiar miał charakter pomocniczy dla wykonawcy, a ewentualne odstępstwa od jego wskazań nie przesądzały automatycznie o niezgodności oferty z siwz, czy też zaniżonej wycenie. Podsumowując tą część stanowiska Odwołujący nie przedstawił dowodów, które uzasadniałyby zarzuty wobec oceny oferty XXX.

115. Wyrok z dnia 25 marca 2021 r., sygn. akt KIO 624/21

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia dopuszczalności uzupełnienia informacji o nazwach oferowanych produktów w kalkulacji cenowej złożonej przez wykonawcę XXX. W ocenie Izby, wezwanie skierowane do ww. Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp było niedopuszczalne w zakresie w jakim powodowało istotną zmianę treści oferty oraz prowadziło do konwalidacji oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, jako nieopowiadającej treści SIWZ. W pierwszej kolejności wskazać należy, że stanowisko Zamawiającego, iż podanie nazw producentów oferowanych produktów miało wyłącznie charakter informacyjny, nie znajduje uzasadnienia w treści SIWZ. Przede wszystkim Zamawiający określił w pkt 11.4., 11.7, 11.8, 11.10, jakie dokumenty składają się na treść oferty. Zgodnie z tymi postanowieniami na treść oferty składa się również załączona do oferty Kalkulacja cenowa – załącznik nr 2 do SIWZ sporządzona zgodnie z zapisami SIWZ. Oznacza to, że sam Zamawiający skonkretyzował, że kalkulacja będzie stanowiła treść oferty, a umieszczając w kalkulacji kolumnę nr 3, czyli nazwę producenta oferowanego produktu, żądał jej wypełnienia i złożenia wraz z ofertą. (...) Powyższe potwierdza w ocenie Izby, że dokument kalkulacja cenowa stanowił treść złożonej oferty, kształtującej przyszłe zobowiązanie wykonawcy. W tym zakresie za nieprawidłowe i nieuprawnione należy uznać działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Wykonawcy XXX do uzupełnienia informacji o nazwach producentów oferowanych produktów. Przede wszystkim, jak słusznie podniósł Odwołujący, tryb art. 26 ust. 3 ustawy pzp stosuje się do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie: oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy pzp (wstępne potwierdzenie wykonawcy, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy spełnia kryteria selekcji), oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp (oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, brak podstaw wykluczenia) lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Kalkulacja cenowa, jako stanowiąca treść oferty nie mieści się zatem w katalogu art. 26 ust. 3 ustawy pzp, a ewentualnie wobec treści oferty Zamawiający mógłby przeprowadzić procedurę wyjaśniającą w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, czy też art. 87 ust. 2 pkt 3 (poprawienie innej omyłki), co w niniejszej sprawie nie znajduje uzasadnienia w stanie faktycznym. Zauważyć bowiem należy, że Wykonawca XXX nie podał żadnej informacji w zakresie nazwy producenta oferowanych produktów, która mogłaby podlegać wyjaśnieniu, natomiast poprawa omyłki polegałaby na uzupełnieniu treści oferty o informacje, które w ogóle się w niej nie znalazły. Powyższe w oczywisty sposób prowadziłyby do konwalidowania oferty nieopowiadającej

postanowieniom SIWZ i do istotnej zmiany jej treści, co godziłoby w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba zwraca uwagę, że sam Zamawiający w pkt 14.10 SIWZ przewidział, jakie omyłki poprawi w ofertach wykonawców i które uzna za dopuszczalne w zakresie, w jakim nie będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Sytuacja mająca miejsce w niniejszym postępowaniu nie mieści się również w katalogu poprawy omyłek zawartych w SIWZ. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należało że kalkulacja cenowa, w tym nazwy producenta oferowanego produktu, jako informacje stanowiące treść oferty i przyszłego zobowiązania wykonawcy, nie mogły podlegać uzupełnieniu czy wyjaśnieniu, a Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy B.D., jako nie odpowiadającą treści SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, co też znalazło odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia.

116. Wyrok z dnia 1 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 485/21, KIO 556/21

Izba zgadza się z Odwołującym 1, który podnosił, że Zamawiający zaniechał w istocie badania złożonych ofert przed przeprowadzeniem aukcji elektronicznej, do czego był zobowiązany na podstawie zapisów ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. To bowiem na etapie po złożeniu ofert następuje ich badanie pod kątem braku podstaw do ich odrzucenia, gdyż na następnym etapie, tj. w toku aukcji elektronicznej, przepis art. 89 ustawy Pzp nie będzie miał już zastosowania (został wyłączony zgodnie z art. 91c ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym do udziału w aukcji elektronicznej winni zostać zaproszeni tylko Ci wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu, nie zaś wszyscy którzy te oferty złożyli i oferują przedmiot nie spełniający wymagań Zamawiającego. W toku aukcji elektronicznej, wykonawcy jedynie składają kolejne postąpienia (odrębne oferty) cenowe, aż do jej zamknięcia. Izba podziela też w pełni argumentację, że do aukcji elektronicznej ma odpowiednie zastosowanie przepis art. 80 ust. 2 w zw. a art. 91c ust. 5 ustawy Pzp, który traktuje o konieczności podania przez Zamawiającego, bezpośrednio po zamknięciu aukcji, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano. Przepis ten nie traktuje więc o ustaleniu "oferty najwyższej ocenionej", o czym mowa w treści art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, lecz już o wybraniu oferty najkorzystniejszej i to bezpośrednio po zamknięciu aukcji. Stąd nietrafiona jest argumentacja Zamawiającego, który wskazywał w odpowiedzi na odwołanie na możliwość dokonywania oceny złożonych ofert już po zakończeniu aukcji, zaś przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej.

117. Wyrok z dnia 8 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 639/21

W ocenie Izby dla ustalenia, czy dane urządzenie spełnia wymagania zamawiającego nie może mieć znaczenia pytanie zadane w toku procedury wyjaśniania treści siwz. Na tym etapie nie można bowiem przesądzić, jakie urządzenie w ofercie zostanie zamawiającemu wskazane. Ta reguła ma zastosowanie także w sytuacji, gdy produkty tylko dwóch producentów mogą być zaoferowane, zwłaszcza, że nawet dwaj producenci mogą produkować różne modele danych urządzeń, czy doskonalić je w stosunku do już znanych na danym rynku. Nie ma także podstawy odrzucenia oferty z uwagi na treść zapytania

skierowanego do zamawiającego. To treść oferty i wyłącznie ona podlega ocenie przez zamawiającego i może być porównywana z wzorcem wynikającym z siwz. Tym samym stanowisko zamawiającego i przystępującego odnoszące się do treści pytania odwołującego nie mogło być wzięte pod uwagę przy rozstrzygnięciu. Izba natomiast ustaliła, że pomiędzy stronami nie było sporne, że wiążąca pomiędzy stronami jest treść siwz, zarówno ta wprost wynikająca z jej treści, w tym zmodyfikowanej przed upływem terminu składania ofert, jak i wyjaśnionej w ramach udzielonych odpowiedzi na zapytania wykonawców. W konsekwencji dla ustalenia, czy wymaganie zamawiającego z pkt. II.6 załącznika nr 5 do siwz zostało przez odwołującego spełnione, konieczne jest odczytanie treści siwz w jej ostatecznym brzmieniu z uwzględnieniem wyjaśnień. Izba zwraca uwagę, że przy odczytywaniu treści siwz na etapie po otwarciu ofert konieczne jest kierowanie się wykładnią literalną, językową, gdyż tylko w taki sposób wykonawcy mogą zapoznać się z treścią siwz i ją uwzględnić dobierając oferowane produkty. Tym samym nie możliwe jest stosowanie wykładni celowościowej, czy dokonywanie wykładni zawężającej lub rozszerzającej.

Art. 226 ust. 1 pkt 7 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp)

118. Wyrok z dnia 10 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2680/20

Izba zaznacza, że w niniejszej sprawie możliwym było stwierdzenie niedopuszczalnej manipulacji, inżynierii cenowej, pomimo braku stwierdzenia rażąco niskiej ceny robót budowlanych. Jakkolwiek przywołane przez obie strony sporu orzeczenia Izby zawsze dotyczyły przypadku, gdy rażące zniżenie jakiegoś elementu ceny było ewidentne, tak nie oznacza to, że jedynie w takich przypadkach można uznać, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji celowo nie zawiera zamkniętego katalogu takich czynów, a wprowadza ogólną klauzulę w art. 3 ust. 1 – właśnie przewidując nieograniczoną „kreatywność” przedsiębiorców. O ile oferowanie ceny rażąco niskiej – tj. poniżej kosztów w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, o tyle manipulacja cenowa polegająca na rażącym zawyżeniu części kosztów, pozwalającym na obniżeniu kosztów pozostałych oraz uzyskanie nienależnego zysku poprzez optymalizację podatkową niewątpliwie wypełnia znamiona określone w art. 3 ust. 1 uznk. Argumentacja przeciwna – że niedozwoloną manipulacją cenową można stwierdzić jedynie w powiązaniu z ceną rażąco niską, pozostawałaby w sprzeczności z celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a pośrednio również z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – uniemożliwiłoby bowiem eliminowanie ofert ze zmanipulowanymi – ale nie rażąco niskimi – cenami. (...) W ocenie Izby działanie Odwołującego polegające na obniżeniu kosztów robót budowlanych i rażącym zawyżeniu kosztów nasadzeń zieleni nosi znamiona manipulacji cenowej. Dokonana manipulacja cenowa pozwoliła Odwołującemu na złożenie oferty korzystniejszej, niż gdyby przypisał rzeczywiste wartości do robót budowlanych i nasadzeń zieleni, a także przyniosła nieuzasadniony zysk wobec różnic w stawce podatku VAT. W rozpoznawanej sprawie manipulacja ceną w znacznej mierze opierała się na manipulacją zyskiem – nie mieści się bowiem w zakresie swobody ustalania cen przypisanie zysku dla

usługi objętej wyższą stawką VAT na poziomie ok. 24%, a dla usługi objętej stawką niższą – na poziomie 150%, w szczególności w sytuacji gdy Odwołujący wprost wskazał, że z zysku za nasadzenia zielone pokrywał będzie zakup sprzętu i maszyn. Takie działanie w ocenie Izby stanowi po stronie Odwołującego nadużycie i stoi w sprzeczności z dobrymi obyczajami oraz rzetelnością kupiecką. Jednocześnie, jak wskazano powyżej Odwołujący nie był w stanie wykazać, że taka konstrukcja ceny oferty wynikała z obiektywnych przesłanek, a nie z zamierzonej manipulacji.

119. Wyrok z dnia 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 431/21

Izba wskazuje, że zмова przetargowa polega na ustalaniu zasad i warunków uczestnictwa między samodzielnymi przedsiębiorcami, której celem lub skutkiem jest pozyskanie zamówienia przez jednego z nich. W takim przypadku beneficjentem zdobycia zamówienia przez jednego z wykonawców stają się wszyscy wykonawcy uczestniczący w znowie, co dzieje się ze szkoda dla innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Formą znowy przetargowej są porozumienia wykonawców, których celem jest zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia przez któregokolwiek z członków porozumienia i podział zysku pomiędzy uczestnikami znowy np. poprzez dokonywanie płatności tytułem podwykonawstwa lub innych usług (często fikcyjnych). W takiej sytuacji, pomimo, iż oferty składa dwóch niezależnych przedsiębiorców, to oferta jednego z nich ma charakter wyłącznie oferty zabezpieczającej (cover bidding) lub jest wyłącznie powieleniem oferty jednego z oferentów. Jak podkreśla się w piśmiennictwie zakaz porozumień ograniczających konkurencję obejmuje swoim zakresem wszelkie formy skoordynowanych zachowań niezależnie funkcjonujących przedsiębiorców, które w sposób celowy prowadzą do wyeliminowania konkurencji oraz ryzyka gospodarczego, co prowadzi do powstania warunków rynkowych sprzecznych z regułami wolnej konkurencji (patrz: Decyzja Prezesa UOKiK z 6.9.2011 r., RKT 2/2011). (...) dla zakwalifikowania działania Odwołującego i Przystępującego jako praktyki ograniczającej konkurencję przybierającej postać niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego w postaci znowy przetargowej zasadnicze znaczenie ma rozstrzygnięcie czy podmioty te działały w porozumieniu, którego przedmiotem było ustalenie warunków ofert, w tym warunków cenowych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji. W ocenie Izby zaistniałe w niniejszej sprawie okoliczności takie jak: (i) powiązania biznesowe; (ii) zbieżności w ofertach obu wykonawców; (iii) chronologia przesyłania i uzupełniania dokumentów do Zamawiającego, pozwoliły Izbie na przyjęcie, iż pomiędzy Odwołującym a Przystępującym istniało porozumienie polegające na wspólnym uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności warunków cenowych za asortyment oferowany Zamawiającego, którego celem było nieuczciwe zwiększenie szans na uzyskanie zamówienia i sprzedaż towarów będących w ofercie Odwołującego. (...) Zachowania wykonawców i ich czynności są niewytłumaczalne z punktu widzenia uczciwej konkurencji na rynku, jaka powinna mieć miejsca pomiędzy dwoma niezależnymi i konkurującymi przedsiębiorcami. W okolicznościach analizowanej sprawy mamy do czynienia z tzw. nierealnym zbiegiem szeregu okoliczności, które można wytłumaczyć wyłącznie tym, iż wykonawcy działali w porozumieniu, ustalając warunki

złożonych ofert, w tym warunki cenowe. Do okoliczności tych Izba zalicza: wysłanie oferty oraz oświadczenia Przystępującego o braku przynależności do jednej grupy kapitałowej przez Odwołującego, szereg podobieństw graficznych w obu ofertach, sposób wyceny asortymentu w formularzach cenowych wykonawców i zastosowanie względem wyceny Przystępującego stałego mnożnika na poziomie 1.3, brak dowodu, iż Odwołujący przekazał Przystępującemu jakąkolwiek ofertę stanowiącą wycenę asortymentu zamawianego przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, jedynym, racjonalnym i logicznym wytłumaczeniem powyższych zachowań przedsiębiorców jest uznanie, że działali oni w porozumieniu, ustalając wspólnie warunki złożonych ofert. (...) W ocenie Izby, mając na uwadze okoliczności związane ze złożeniem ofert przez Odwołującego oraz Przystępującego nie ma wątpliwości, iż w analizowanym stanie faktycznym mamy do czynienia z niedozwolonym porozumieniem obu wykonawców polegającym na wspólnym ustaleniu warunków składanych ofert, jak i wspólnym przygotowaniu ofert, w tym sposobie wyceny asortymentu wskazanego w formularzu cenowym. Celem porozumienia było nieuczciwe zwiększenie szans na wybór oferty członka porozumienia, a tym samym nieuczciwe zwiększenie szans na sprzedaż towarów będących w ofercie Odwołującego. W konsekwencji Izba uznała, że w postępowaniu doszło do złożenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji poprzez utrudnianie dostępu do zamówienia innym wykonawcom.

120. Wyrok z dnia 14 maja 2021 r., sygn. akt KIO 886/21

Odnosząc powyższe do ustalonego stanu faktycznego, Izba doszła do przekonania, że w niniejszym postępowaniu złożenie przez p. M.A. i p. K.A. odrębnych ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż nie jest wynikiem zмовы przetargowej. Nie każde bowiem porozumienie między wykonawcami jest zakazane. Zabronione i niedopuszczalne przez prawo są jedynie takie porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji między wykonawcami. Zatem, niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, musi to być porozumienie antykonkurencyjne, czyli takie, które prowadzi do zakłócenia konkurencji. Zakłócenie konkurencji oznacza sytuację, w której określony wykonawca, dzięki zawartemu z innym wykonawcą porozumieniu, może uzyskać zamówienie, chociaż jego oferta niekoniecznie jest ofertą najkorzystniejszą. Fakt, iż ww. wykonawcy są powiązani rodzinnie, posługują się tym samym adresem poczty elektronicznej, mają taki sam adres prowadzenia działalności, a p. K.A. został wskazany przez p. M.A. jako osoba posiadająca uprawnienia do pracy ze środkami chemicznymi w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie oznacza automatycznie, że doszło do zawarcia między nimi niedozwolonego porozumienia, które miało na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu.

Izba dostrzega, że złożone przez p. M.A. oraz p. K.A. na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były w zasadzie identyczne i zawierały tożsame argumenty. Niemniej okoliczność ta nie potwierdza, że złożenie przez nich odrębnych ofert miało na celu zakłócenie konkurencji. Nie doszło bowiem do sytuacji, w której wykonawca wpłynął na wynik postępowania w

sposób inny niż wynikający z ustalonych warunków. Jak słusznie zauważył Zamawiający, składając podobne wyjaśnienia, wykonawcy musieli liczyć się z tym, że w przypadku ich uznania, Zamawiający i tak wybierze ofertę korzystniejszą, tj. p. M.A. (która z uwagi na jedyne kryterium oceny ofert w postaci ceny od początku była najkorzystniejsza), a w przypadku ich nie uznania odrzuceniu będą podlegać obie oferty, a w konsekwencji żaden z nich mógł nie uzyskać zamówienia. Gdyby wykonawcy chcieli wpłynąć na wynik postępowania, wystarczyłoby, że p. M.A. nie złożyłby wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W takiej sytuacji doszłoby do wyboru oferty mniej korzystnej, a złożonej przez p. K.A.. Ponadto, rację należy przyznać Zamawiającemu, że brak wyrażenia zgody p. K.A. na przedłużenie terminu związania ofertą, skutkujące konieczności odrzucenia jego oferty, nie świadczy o niedozwolonym porozumieniu między nim a p. M.A. Pan K.A. nie miał obowiązku przedłużać terminu związania ofertą, a jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą (uplasowała się na drugiej pozycji). Gdyby doszło do odwrotnej sytuacji, tzn. p. M.A. nie wyraziłby zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, wówczas wybór padłby na ofertę droższą, złożoną przez p. K.A. i mógłby wskazywać, że doszło do zawarcia między wykonawcami zмовы przetargowej, która ma na celu zakłócenie konkurencji poprzez wybór oferty mniej korzystnej.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp)

121. Wyrok z dnia 9 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2429/20

Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wymaga także podkreślenia, że wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie elementów zaoferowanej ceny oferty powinien, dla prawidłowości i skuteczności takich wyjaśnień odnieść się do wszystkich elementów składowych danego zamówienia oraz wyjaśnić sposób wyceny każdego z elementów jaki musi być uwzględniony w ramach danego przedmiotu zamówienia. Izba zaznacza, że sposób złożenia wyjaśnień zależy każdorazowo od wykonawcy, jednakże musi ujmować wszystkie wymagane elementy zamówienia. Nadal aktualność

swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. (...) Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne, tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

122. Wyrok z dnia 15 marca 2021 r., sygn. akt KIO 445/21

Przechodząc na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, iż dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę XXX w przedmiocie ceny oferty była nieprawidłowa. (...) Podkreślić należy, iż wyjaśnienia składane przez wykonawców w ramach procedury badania ceny oferty nie mogą opierać się wyłącznie na zapewnieniach wykonawcy co do prawidłowej kalkulacji ceny oferty, bogatego doświadczenia danego podmiotu oraz doświadczenia jego kadry stanowiących gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego. Za szczególnie istotną okoliczność Izba uznała, iż wykonawca XXX złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty nie poparł żadnym dowodem. Powyższe uchybienie wykonawcy skutkuje brakiem możliwości pozytywnej oceny treści złożonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Izba wzięta pod uwagę, iż wykonawca XXX wraz z ofertą przedstawił formularze cenowe, jednakże wobec braku złożenia jakichkolwiek dowodów potwierdzających sposób budowy ceny nie można ustalić, czy przedstawione kalkulacje były rzetelne i wiarygodne, a w konsekwencji, czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest rażąco niska. Rację miał również Odwołujący, iż wykonawca XXX w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty nie wyjaśnił szczegółowo jakie konkretnie zasoby kadrowe oraz sprzętowe zostały przewidziane do realizacji zamówienia oraz czy i w jaki sposób dzięki tym czynnikom wykonawca mógł obniżyć cenę oferty. Złożone wyjaśnienia poziomu ceny oraz załączone formularze cenowe nie wyjaśniają także w pełni kwestii kosztów pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny oferty, a co więcej, treść złożonych wyjaśnień w tym zakresie była niespójna.

123. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 478 /21, KIO 489 /21

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp dotyczył powołania się przez Przystępującego XXX w wyjaśnieniach z 10 grudnia 2020 r. na stawki minimalnego wynagrodzenia obowiązujące w 2020 r., mimo iż na dzień składania oferty wiadome były stawki obowiązujące w 2021 r., co nie zostało przez Przystępującego XXX uwzględnione przy kalkulacji ceny. Ponadto Odwołujący YYY wskazał, że koszty pośrednie, koszty sprzętu, koszty materiałów, koszty zakupu czy zysk nie zostały przez Przystępującego XXX udowodnione, a Zamawiający w tym zakresie polegał tylko na oświadczeniu własnym Przystępującego XXX. (...) Ogłoszenie o zamówieniu zostało w tym postępowaniu opublikowane 20 listopada 2020 r., zatem po dacie ogłoszenia stawek aktualnych na 2021 r. Wobec tego, przygotowując ofertę wykonawcy mieli wiedzę o tych stawkach i mając na uwadze, że zamówienie realizowane będzie od 2021 r., powinni byli, dochowując należytej staranności, uwzględnić tę okoliczność w cenach swoich ofert. Odnosząc się do argumentacji Przystępującego XXX i Zamawiającego Izba wskazuje, że nie jest wystarczającym dla przesądzenia prawidłowości kalkulacji ceny w omawianym zakresie twierdzenie o uwzględnieniu waloryzacji wynagrodzenia.

124. Wyrok z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt KIO 436/21, KIO 437/21

Stwierdzić, należy, że ponowne wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej nie ma charakteru automatycznego, czy też bezrefleksyjnego. Nie jest bowiem zadaniem Zamawiającego prowadzenie postępowania wyjaśniającego aż do zupełnego wyczerpania wszelkich wątpliwości w sytuacji, gdy pierwsze wyjaśnienia są na tyle ogólne, że mogą być podstawą do uznania zaistnienia braku współpracy ze strony Wykonawcy, czyli ich braku. (...) Wyjaśnienia bowiem co prawda zawierają skany różnych dokumentów, ale w żaden sposób nie określają one, albo czynią to w sposób bardzo znikomy, ogólny i nieprecyzyjny, w jaki sposób ich treść przekłada się na oszczędny charakter zastosowanej metody, czy też wpływają one na specjalną sytuację Wykonawcy, która pozwalała na zaoferowanie przez Wykonawcę niskiej ceny. Tym bardziej, że w ocenie Izby charakter usługi wręcz nakazywał, aby osoba, czy też osoby je realizujące wykazywały się określonym doświadczeniem co wymagał także Zamawiający w SIWZ i dysponowały stosownymi certyfikatami (warunki udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny ich spełniania – Rozdz. IV, czy też kryterium oceny ofert za dodatkowe doświadczenia zespołu – 40% wagi – Rozdz. VIII). (...) Kalkulacja przedstawiona w wyjaśnieniach jest nie tylko niepełna, co zawiera istotne braki, co potwierdził de facto sam Odwołujący na rozprawie, dodając do tej kalkulacji zupełnie nowe brakujące elementy. Z jego stanowiska wynika także niezrozumienie, a przynajmniej wybiórcze rozumienie instytucji wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Twierdzi bowiem, że skoro składał wcześniej identyczne wyjaśnienia i były one akceptowane przez innych Zamawiających to są wystarczające: *„Taki sposób kalkulacji Wykonawca stosuję od samego początku prowadzenia firmy i nigdy nie było to „krytykowane”, nieuznawane przez żadnego z Zamawiających”*. Wyjaśnienia muszą być dostosowane, tak do zaoferowanej ceny, jak do przedmiotu zamówienia każdego zamówienia, której emanacją jest właśnie cena. (...) Nadto, wobec nie podważenia przez Odwołującego spoczywającego na

nim ciężarowi dowodowemu w podstawowej nawet formie, tj. przedstawionej kalkulacji. W konsekwencji uznając niecelowość takiego ponownego wezwania z uwagi na okoliczności wskazane powyżej.

125. Wyrok z dnia 31 marca 2021 r., sygn. akt KIO 659/21

Tym samym biorąc pod uwagę zakres informacji, jakie złożył odwołujący w kontekście zakresu wezwania wystosowanego przez zamawiającego stwierdzić należało, iż brak było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Izba zwraca uwagę, iż czynność odrzucenia oferty jest czynnością o dużym stopniu dolegliwości dla wykonawcy, gdyż eliminuje go z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, dlatego też zamawiający przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty winien dokładnie zbadać czy istnieją ku temu podstawy. Płaszczyzna badania oferty przez zamawiającego winna obejmować całe spektrum okoliczności faktycznych i prawnych z uwzględnieniem zasad wynikających z ustawy Pzp. W szczególności konieczne jest odniesienie się i wyważenie czy działanie zamawiającego nie narusza zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości i proporcjonalności. Dlatego też przyjąć należy, że tylko prawidłowe ustalenie stanu faktycznego może pozwolić zamawiającemu na wyciągnięcie negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy. W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z błędną analizą stanu faktycznego sprawy przez zamawiającego. Jak bowiem słusznie wskazywał odwołujący, przedmiotowe postępowanie dotyczy *de facto* usługi polegającej na pracy zespołu projektantów. Skoro zatem odwołujący oświadczając, iż posiada wykwalifikowany zespół projektowy, legitymujący się doświadczeniem przy realizacji 24 podobnych projektów, z czego 21 zostało już zrealizowanych, to nie sposób przyjąć, że okoliczność ta pozostaje bez wpływu na wycenę oferty odwołującego. Co istotne zamawiający nie zakwestionował liczby osobomiesięcy zaproponowanych przez odwołującego, jak również nie zakwestionował wysokości wynagrodzenia dla członków zespołu projektowego. Tym samym przyjąć należało, że odwołujący w zakresie w jakim wymagał tego zamawiający, wykazał zasadność zaoferowania ceny oferty. Dodatkowo Izba zwraca uwagę na okoliczność, iż zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wskazywał na rodzaj prac, które w jego ocenie nie zostały uwzględnione przez odwołującego w cenie oferty, a co za tym idzie nie zostały wykazane w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu. O ile sam fakt możliwości powzięcia takich wątpliwości - co do zasady - nie budzi zastrzeżeń o tyle moment ich wyeksponowania przez zamawiającego, jest zdecydowanie niewłaściwy. Skoro bowiem zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień nie określił w sposób szczegółowy, zakresu żądanych wyjaśnień to nie może następnie w informacji o odrzuceniu oferty, a tym bardziej na etapie postępowania odwoławczego, powoływać się na istotne dla niego okoliczności, które wcześniej nie były znane odwołującemu. Takie postępowanie zamawiającego dokonywane jest bowiem z pokrzywdzeniem wykonawcy. Z całą pewnością takie działanie zamawiającego nie jest zgodne z zasadą przejrzystości czy też proporcjonalności. Natomiast dodatkowa okoliczność podnoszona przez zamawiającego, iż inny

wykonawca zachował się w sposób odmienny od odwołującego, pozostaje irrelevantna dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Art. 226 ust. 1 pkt 10 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp)

126. Wyrok z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt KIO 2410/20

W ocenie Izby niewątpliwie zamawiający jako jeden z elementów robót remontowych zamawia remont instalacji gazów medycznych, których elementy są wyrobami medycznymi, dla których konieczne będzie uzyskanie certyfikatu. W ocenie Izby nie budzi również wątpliwości, że co do zasady wyroby medyczne będą opodatkowane stawką preferencyjną tj. stawką 8%. Istotą sporu jest natomiast to, czy w realiach opisanego przedmiotu zamówienia poprawne podatkowo jest podejście do przedmiotu zamówienia jako świadczenia kompleksowego. Izba po pierwsze stwierdza, że ani zamawiający, ani przystępujący poza argumentacją prawną nie przedstawili jakiegokolwiek dowodu na, to że analogiczny przedmiot zamówienia był przedmiotem oceny organów podatkowych np. w wyniku kontroli, lub jako stan faktyczny wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej i nie wykazali, że organy podatkowe przyjęły ich koncepcję świadczenia kompleksowego jako prawidłową w analogicznym stanie faktycznym, natomiast odwołujący takie interpretacje przedstawił, które w ocenie Izby dotyczyły podobnego stanu faktycznego i pozwalały na ustalenie wytycznych, które pozwalają na rozróżnienie świadczenia złożonego, na które składają się odrębne świadczenia od świadczeń złożonych o charakterze kompleksowym. W ocenie Izby taka sytuacja była już niejednokrotnie przedmiotem interpretacji indywidualnych na gruncie prawa podatkowego, jak również orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego i Krajowej Izby Odwoławczej i istnieje ugruntowane stanowisko organów podatkowych i orzecznicy, z którego wynika, że dostawa i instalacja instalacji gazów medycznych zamawiana jako element świadczenia złożonego, na które składają się różne rodzajowo roboty budowlane dostawy i usługi podlega stawce preferencyjnej 8% natomiast pozostałe prace remontowe podlegają opodatkowaniu stawką podstawową 23%. Przede wszystkim Izba nie zgadza się za stanowiskiem zamawiającego, że to od jego woli zależy klasyfikacja zamawianego świadczenia jako kompleksowego lub nie. W ocenie Izby orzecznictwo TSUE przywoływane przez organy podatkowe w interpretacjach indywidualnych przedstawionych przez odwołującego wskazuje na jedną całość gospodarczą świadczenia, ale nie w sensie interpretacji indywidualnej zamawiającego, czy wykonawcy, ale obiektywnej. Tym samym nie trafne jest, stanowisko, że to cel wskazany czy założony przez zamawiającego gospodarczy czy ekonomiczny przesądza o kompleksowości świadczenia, ale ustalenie czy istnieje obiektywna potrzeba gospodarcza dla każdego, kto zamawiałby takie świadczenie, żeby je zamawiać łącznie i nie może to być wyłącznie cel ekonomiczny, ale na tyle ścisły związek pomiędzy jednym, a drugim świadczeniem, że jedno bez drugiego pozbawione byłoby racjonalnego bytu gospodarczego. W ocenie Izby w tym postępowaniu tak ścisły związek pomiędzy pracami remontowymi, a wymianą instalacji gazów medycznych nie zachodzi, na pewno zamawiającemu jest wygodnie organizacyjnie wymienić razem

wszystkie instalacje, być może jest to korzystne także ekonomicznie, ale sam zamawiający w dokumentacji żąda, aby instalacją gazów medycznych zajmował się wyspecjalizowany podmiot, czyli sam wskazuje na odrębność tego świadczenia względem pozostałych.

127. Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2483/20

Niezasadnym jest także zarzut błędu w obliczeniu ceny Odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Błędem w obliczeniu ceny nie jest z całą pewnością rzekome nieuwzględnienie w ofercie wykonawcy całości zakresu zamówienia czy rzekome pominięcie kosztów materiałów pomocniczych w sytuacji, gdy brak jasnych wymagań w dokumentacji przetargowej w tym zakresie, a ustalone w tym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

128. Wyrok z dnia 26 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2933/20

W orzecznictwie podkreślano wielokrotnie, że cena oferty stanowi jedno z podstawowych kryteriów oceny ofert i w związku z tym nie może być żadnych wątpliwości co do jej wysokości czy też sposobu w jaki została ona obliczona. Jeżeli mówić o „cenie” czy „błędach w obliczaniu ceny”, to nie sposób przyjąć cenę - skoro ma to być cena brutto - z nieprawidłową stawką podatku od towarów i usług, gdyż byłaby to ewidentnie cena błędnie obliczona. Trzeba mieć na uwadze to, że o porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłącznie w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł. (...) Ponadto należy zauważyć, że ocena ofert z zastosowaniem ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny dotyczy wyłącznie ofert prawidłowych, tj. ofert, które nie podlegają odrzuceniu na podstawie którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. A zatem - najpierw zamawiający ma obowiązek zbadać, czy złożona oferta podlega odrzuceniu, a dopiero w sytuacji, gdy stwierdzi, że jest ona ofertą prawidłową - poddaje ją ocenie z zastosowaniem ustalonych kryteriów oceny. Taki sposób oceny wynika z systematyki przepisów ustawy Pzp (przepis art. 89 ustawy Pzp poprzedza art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w SIWZ), jak i stanowi gwarancję zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zasada ta przesądza, że zamawiający nie może dopuścić do poddania ocenie ofert prawidłowych i ofert nieprawidłowych.

129. Wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3012/20

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatki od towarów i usług (dalej jako „ustawa o VAT”) stawka 23 % VAT jest obecnie stawką podstawową. Zastosowanie stawki preferencyjnej w wysokości 8%, tj. zgodnie z pozycją 26 załącznika nr 3 do ustawy o VAT, musi być należycie wykazane, czego Odwołujący, zdaniem Izby, nie wykazał. W pierwszej kolejności Izba odniesie się do argumentacji Odwołującego dotyczącej

świadczenia kompleksowego. W tym zakresie wskazać należy, że aby móc sklasyfikować daną usługę jako usługę złożoną (kompleksową) na gruncie podatku od towarów i usług, to należy ustalić czy usługa ta składa się z różnych świadczeń, których wykonanie prowadzi do realizacji jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu - do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. Usługę należy natomiast uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego siebie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej. Pojedyncza usługa traktowana jest zatem jak element usługi kompleksowej wówczas, jeżeli cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej. Należy wskazać, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Zatem, z ekonomicznego punktu widzenia, usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej.

130. Wyrok z dnia 16 marca 2021 r., sygn. akt KIO 434/21

Przed wszystkim Odwołujący nie udowodnił, że powyższe zaskarżone ceny jednostkowe zawierają jakiegokolwiek błędy rachunkowe i w związku z tym, że cena ofertowa została nieprawidłowo wyliczona. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego o zastosowaniu przez Przystępującego nieprawidłowej zerowej stawki podatku VAT w powyższych pozycjach należy zauważyć, że stosownie do art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług opodatkowaniu, zwanej dalej ustawą o VAT stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do: a) dostaw sprzętu komputerowego dla placówek oświatowych, b) dla organizacji humanitarnych, charytatywnych lub edukacyjnych w celu dalszego nieodpłatnego przekazania placówkom oświatowym - przy zachowaniu warunków, o których mowa w ust. 13-15. Natomiast, zgodnie z art. 83 ust. 13 stawką podatku w wysokości 0% podlegają towary wymienione w załączniku nr 8 do ustawy. W załączniku 8 stanowiącym wykaz towarów, których dostawa jest opodatkowana stawką 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 26 ustawy w poz. 1 wymienione zostały jednostki centralne komputerów, serwery, monitory, zestawy komputerów stacjonarnych. Jednocześnie w myśl art. 83 ust. 14 cyt. wyżej ustawy o VAT dokonujący dostawy, o której mowa w ust. 1 pkt 26, stosuje stawkę podatku 0%, pod warunkiem: 1) posiadania stosownego zamówienia potwierdzonego przez organ nadzorujący daną placówkę oświatową, zgodnie z odrębnymi przepisami - w przypadku dostawy, o której mowa w ust. 1 pkt 26 lit. a; 2) posiadania kopii umowy o nieodpłatnym przekazaniu sprzętu komputerowego placówce oświatowej oraz posiadania stosownego zamówienia potwierdzonego przez organ nadzorujący placówkę oświatową, zgodnie z odrębnymi przepisami - w przypadku dostawy, o której mowa w ust. 1 pkt 26

lit. b. Mając na uwadze, powyższe uregulowania prawne - według zapatrywania Izby – wskazane w Kalkulacji cenowej sporne zestawy komputerowe i serwery są objęte powołanymi wyżej obowiązującymi przepisami prawa, a zatem brak jest podstaw do przyjęcia, że zadeklarowane stawki podatku VAT są nieprawidłowe i zawierają błąd w obliczeniu ceny. Jednocześnie bezsporne jest, że przedmiotowa dostawa służby zaspokojeniu potrzeb placówek oświatowych Zamawiającego. Nadto, należy wskazać, że dyspozycja przepisu art. 83 ust.14 powołanej wyżej ustawy o VAT dotyczy jedynie etapu realizacyjnego rozliczenia obowiązku podatkowego i dopiero w jego wyniku następuje ostateczne ustalenie stawki podatku VAT przez właściwy organ podatkowy, a wobec tego należy uznać, że przepis ten jest irrelevantny z punktu widzenia zastosowania przepisu art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp. Powyższe okoliczności zostały potwierdzone złożonymi przez Przystępującego dokumentami składanymi do Urzędu Skarbowego w Radomiu z dnia 25 października 2019 r., faktury i umowy.

Art. 226 ust. 1 pkt 14 NPzp (Art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp)

131. Wyrok z dnia 24 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2914/20

Wbrew stanowisku odwołującego postanowienia SIWZ w zakresie sposobu złożenia wadium w innej formie niż pieniądź, nie były nieprecyzyjne i nie mogły wprowadzać wykonawców w błąd. W ocenie składu orzekającego treść rozdziału XII ust. 5 SIWZ wyraźnie precyzowała wymogi dla wadium wniesionego w innej formie niż pieniądź, które co do meritum sprowadzały się do tego, aby wadium zostało udzielone do końca terminu związania ofertą, zawierało wszystkie zobowiązania wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp oraz zawierało w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium. Informacje dotyczące zobowiązań określonych w treści art. 46 ust. 4a i 5 Pzp oraz nieodwołalnego i bezwarunkowego zobowiązania wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium nie zostały zawarte, ani nie wynikały z dokumentów złożonych przez odwołującego w ramach wadium wraz z ofertą. Polisa złożona wraz z ofertą zawierała jedynie odesłanie (w niesprecyzowanym zakresie) do innych dokumentów, których treść nie była zamawiającemu znana. Podobnie dokument stanowiący aneks nr 1 z dnia 13 października 2020 r. do ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nie mógł zostać uznany za właściwy dokument wadium. Aneks ten regulował kwestię okresu ważności gwarancji i podobnie jak polisa odnosił się do innego dokumentu, którego odwołujący nie złożył przed upływem terminu składania ofert. Jak wynika z zebranego w sprawie materiału dowodowego informacje, o których mowa w rozdziale XII ust. 5 SIWZ zostały zawarte w ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG03/0315/20/0011 z dnia 9 października 2020 r. Przedmiotowy dokument nie został złożony przez odwołującego wraz z ofertą ani do upływu terminu składania ofert, co było okolicznością bezsporną. Odwołujący załączył ww. dokument dopiero do odwołania w związku z tym zamawiający nie mógł się z nim zapoznać do upływu terminu składania ofert w postępowaniu. (...) Przepisy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium.

Zamawiający nie ma też narzędzi, aby móc wyjaśniać wątpliwości dotyczące np. treści dokumentów gwarancji. Przekazywane przez wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (poręczenia) nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282). Dokumenty te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu/kryteriów kwalifikacji ani braku podstaw do wykluczenia. Konsekwencją powyższego jest niemożność uzupełniania ewentualnych braków w prawidłowym wniesieniu wadium w trybie wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp. Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego prawidłowość wniesionego wadium. Jak wynika z powyższego wymagania w zakresie wadium w tym także wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądź są bardzo restrykcyjne i muszą być spełnione już w dacie składania ofert. Tym samym pewność co do wypłaty wadium w określonych ustawą przypadkach powinna zaistnieć już w chwili otwarcia ofert. Powyższe oznacza także, że wykładnia liberalna czy rozszerzająca zakresu zobowiązania gwaranta jest niedopuszczalna, a możliwość uzupełnienia treści gwarancji wadialnej po terminie składania ofert skutkowałaby naruszeniem podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

132. Wyrok z dnia 1 marca 2021 r., sygn. akt KIO 219/21

Podkreślenia wymaga istotna rola wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – wadium stanowi zabezpieczenie przed uchylaniem się przez wykonawcę od zawarcia umowy, a także stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, który przez określone działania lub zaniechania mógłby chcieć wpłynąć na wynik postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2015 r., sygn. akt KIO 368/15). Wadium ma zabezpieczać ofertę oraz prawidłowy przebieg postępowania, dyscyplinując wykonawców i zapewniając ich lojalne współdziałanie z zamawiającym (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 października 2017 r., sygn. akt KIO 2023/17). Wadium powinno być zatem wniesione w sposób prawidłowy i powinno zabezpieczać cały okres związania ofertą. W przedmiotowym postępowaniu wpłata wadium przez Odwołującego nastąpiła w pieniądzu z zastosowaniem rozliczenia bezgotówkowego - polecenia przelewu, o którym stanowi art. 63 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2020 r., poz. 1896 ze zm.). Stosownie do art. 63 c ustawy Prawo bankowe: „Polecenie przelewu stanowi udzieloną bankowi dyspozycję dłużnika obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tą kwotą rachunku wierzyciela. Bank wykonuje dyspozycję dłużnika w sposób przewidziany w umowie rachunku bankowego”. Przy dokonywaniu zatem płatności w przedmiotowej formie należy odróżnić trzy etapy, tj. złożenie w banku dyspozycji przelania środków na rachunek wierzyciela (złożenie polecenia przelewu), obciążenie rachunku wierzyciela kwotą wskazaną w poleceniu przelewu, który

nie jest równoznaczny z pojawieniem się środków na rachunku wierzyciela, oraz etap uznania rachunku bankowego wierzyciela kwotą wskazaną w poleceniu przelewu, od którego to momentu wierzyciel może dysponować pieniędzmi. W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, że dyspozycja przelania środków na konto Zamawiającego została wydana przez Odwołującego 30 listopada 2020 r. o godz. 8:01, jednak, jak wykazał Zamawiający i czemu Odwołujący nie zaprzeczył, uznanie rachunku Zamawiającego (księgowanie, realizacja) nastąpiło 30 listopada 2020 r. o godz. 9:37. Od tego momentu Zamawiający miał możliwość dysponowania kwotą wadium. Powyższe oznacza, że w momencie upływu terminu składania ofert, tj. w dniu 30 listopada 2020 r., godz. 9:00, Zamawiający nie posiadał w dyspozycji kwoty należnej tytułem wadium Odwołującego, a tym samym, oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium w terminie określonym w art. 45 ust. 3 ustawy Pzp. Bez wpływu na rozpoznanie przedmiotowego zarzutu pozostaje okoliczność, że w specyfikacji Zamawiający użył sformułowania „zaliczone na rachunku bankowym Zamawiającego” (pkt 9.3 SIWZ). Nie ulega wątpliwości, że sformułowanie to jest jednoznaczne z uznaniem rachunku Zamawiającego, czy jak to ujął BNP Paribas Bank Polski S.A. w piśmie z dnia 3 grudnia 2020 r., księgowaniem (realizacją). Odwołujący dokonując przelewu środków finansowych nie uwzględnił ryzyka związanego z czasem trwania rozliczeń międzybankowych, nie dołożył należytej staranności w zabezpieczeniu swojej oferty. Na skutek powyższego, oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

133. Wyrok z dnia 15 marca 2021 r., sygn. akt KIO 623/21

Odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 nPzp było niezasadne. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przestała obowiązywać z końcem roku 2020. Od 1 stycznia 2021 r. obowiązuje nowa ustawa Prawo zamówień publicznych, z 11 września 2019 r. Gwarancja wadium złożona przez Odwołującego została sporządzona 4 lutego 2021 r., a zatem ponad miesiąc od daty wejścia w życie nowej ustawy. Trudno w tej sytuacji uznać, że Gwarant świadomie i celowo wystawił Odwołującemu dokument, który nawiązywał do nieobowiązującej już ustawy – a tego rodzaju stanowisko de facto zaprezentował Zamawiający. W ocenie Izby w treści spornej gwarancji pojawiła się oczywista omyłka i nie powinno budzić w świetle ustalonego stanu faktycznego, że Gwarant w rzeczywistości miał na myśli nową, a nie starą ustawę. Stanowisko przeciwne jest w ocenie Izby nielogiczne – Gwarant nie miałby żadnego celu, ani interesu w wystawieniu gwarancji wadium rzeczywiście odnoszącej się do nieobowiązującej ustawy. Nie ulega wątpliwości, że gwarancja wadium, to dokument o szczególnym znaczeniu dla wykonawcy i powinien on być sporządzony przez gwaranta z zachowaniem szczególnej staranności. Należy jednak wziąć pod uwagę, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 roku obowiązywała przez kilkanaście lat, więc wystąpienie takiego rodzaju omyłki, jak ta będąca przedmiotem sporu, miesiąc po wejściu w życie nowej ustawy (o takim samym tytule) nie było czymś niezwykłym. Zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego wyłącznie na literalnym brzmieniu treści gwarancji mimo oczywistego faktu, że wskazanie w tej treści na starą ustawę zamiast nowej nastąpiło

omyłkowo. Zamawiający nie odrzucił zatem oferty Odwołującego ze względu na rzeczywistą wadę gwarancji wadialnej nr 5/21, a wyłącznie kierując się formalizmem, w ocenie Izby nadmiernym. W konsekwencji w ocenie Izby nie ma wątpliwości, że gwarancja wadialna Odwołującego spełniała wymogi tak SWZ jak i przepisów nPzp, a z co tym idzie jako ważna, w prawidłowy sposób zabezpieczała ofertę złożoną w postępowaniu przez Odwołującego. Szczególną uwagę Izby zwrócił fakt, iż Zamawiający, mimo wezwania do przekazania do akt kompletnej dokumentacji postępowania (wezwanie z 8 marca 2021 r.), nie przekazał aneksu do gwarancji wadialnej, o którym mowa w przytoczonym wyżej fragmencie uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W toku rozprawy pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że nie dysponuje ww. aneksem, mimo, że w przekazanym Zamawiającemu (za potwierdzeniem odbioru) zawiadomieniu o terminie posiedzenia wskazano: „Uprzejmie proszę o przybycie umocowanych osób z pełną dokumentacją w sprawie”. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający celowo nie złożył do akt ww. dokumentu. Dokument ten (wspomniany zarówno w uzasadnieniu odwołania jak i uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego) nie miał charakteru przesądzającego dla sprawy, ale mógł istotnie świadczyć na korzyść Odwołującego, tj. mógł potwierdzać, że zanim doszło do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania dostarczył on Zamawiającemu wyjaśnienie Gwaranta, co do charakteru omyłki w treści gwarancji 5/21. Wobec powyższego, zgodnie z art. 542 ust. 2 nPzp uniemożliwienie przeprowadzenia dowodu z ww. dokumentu Izba uznała za okoliczność podważającą wiarygodność stanowiska Zamawiającego.

Art. 232 ust. 1 i 2 NPzp (Art. 91b ust. 1 i 2 Pzp)

134. Wyrok z dnia 22 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 245/21

Odnosnie skuteczności złożonego przez zamawiającego oświadczenia woli w postaci zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej przekazanego za pośrednictwem poczty elektronicznej, Izba stwierdza, że podziela stanowisko (...), iż podstawą działania poczty elektronicznej jest pewność dostarczenia wiadomości do adresata. Wszystkie protokoły i zasady rządzące działaniem poczty elektronicznej mają za zadanie zapewnienie, danie pewności wysyłającemu, że w momencie wysyłki wiadomości elektronicznej do odbiorcy, wiadomość ta zostanie do niego i tylko do niego dostarczona. W celu zapewnienia pewności dostarczenia poczty wprowadzono mechanizmy informujące nadawcę o nieprawidłowym lub błędnym nadaniu poczty lub też o błędzie serwera odbiorczego. W przypadku błędów zarówno ze strony nadawcy w postaci np. nieprawidłowego adresu odbiorcy, jak i problemów z dostarczeniem wiadomości do serwera pocztowego odbiorcy, nadawca otrzymuje wiadomość zwrotną z informacją, że wysłana wiadomość nie została dostarczona oraz kod błędu opisujący przyczynę (np. niedostępność serwera pocztowego odbiorcy, przepełnienie skrzynki odbiorczej odbiorcy, itp.). Dlatego też, jeżeli nadawca w ciągu kilku, kilkunastu minut nie otrzyma informacji o błędzie w związku z wysłaną wiadomością, oznacza to, że wiadomość została prawidłowo dostarczona do serwera pocztowego odbiorcy, a tym samym, przy najbliższym połączeniu klienta pocztowego

odbiorcy, zostanie ona pobrana przez odbiorcę na jego komputer. (...) Zgodnie natomiast z teorią domniemania doręczenia, wyrażoną w przepisie [art. 61 § 2](#) Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2020 r. , 1740), która znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie na zasadzie art. 8 ust. 1 nPzp oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. (...) W związku z powyższym brak jest podstaw do uznania, że zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej przesłane za pośrednictwem poczty elektronicznej (w logach systemowych widnieje status „wysłane”) na adres e-mail odwołującego podany w formularzu oferty, zostało wysłane w sposób wadliwy i nie doręczone.

Art. 239 ust. 1 NPzp (Art. 91 ust. 1 Pzp)

135. Wyrok z dnia 11 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3309/20

Na kryteria oceny ofert można spojrzeć wąsko albo szeroko. Patrząc na kryteria oceny w wąsko należy je postrzegać jako przyjęte przez zamawiającego ocenne i mierzalne czynniki wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający samodzielnie określa kryteria oceny ofert oraz ich wagi odnosząc je – zgodnie z art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 2 Pzp - do przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert rozumiane szeroko przekraczają ramy danego postępowania o udzielenie zamówienia, zwłaszcza tam, gdzie zamawiający posługuje się kryteriami pozacenowymi o charakterze społecznym, środowiskowym, związanymi z postępem technologicznym lub innowacyjnością. W tym ujęciu korzyści możliwe do uzyskania w postępowaniu o udzielenie zamówienia przekraczają często interes danego zamawiającego, zwłaszcza wąsko rozumiany interes ekonomiczny. W badanym postępowaniu zamawiający wyeksponował cel społeczny, czyli - *verba legis* art. 22 ust. 2 Pzp - społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych – uzależnionych od alkoholu oraz bezrobotnych w określonym przedziale wiekowym. Ten cel wyrażał się przede wszystkim w ustalonych w SIWZ wymaganiach stawianych zatrudnieniu osób marginalizowanych społecznie: zatrudnieniu w pełnym wymiarze czasu pracy przy realizacji umowy, przez cały okres jej obowiązywania oraz w dużej 45% wadze kryterium Aspekty społeczne w łącznej ocenie oferty. Zamawiający zróżnicował przy tym punkty przyznawane w zależności od zatrudnienia osoby uzależnionej od alkoholu i osoby bezrobotnej oraz precyzyjnie określił ich liczbę w odniesieniu do różnych liczb takich osób. Konsekwencja zamawiającego w realizacji celu społecznego wyrażała się również w odpowiedzi, że nie uwzględni zaświadczenia o braku chętnych do pracy osób. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie zamawiający miał wiedzę na temat sytuacji społecznej na swoim terenie.

W toku badania oferty odwołującego zamawiający ustalił, że odwołujący, który zadeklarował zatrudnienie 10 osób i uzyskał w związku z tym maksymalną możliwą ocenę w kryterium Aspekty społeczne, w rzeczywistości w cenie swojej oferty nie uwzględnił wynagrodzenia tych osób. W piśmie z 18 listopada 2020 r. zamawiający akcentował wprawdzie możliwość zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w związku ze wskazaniem za usługę rocznego utrzymania obwodnicy ceny 0,01 zł, wskazał

jednak na konieczność uwzględnienia w wyjaśnieniach poszczególnych wymogów określonych w załączniku nr 7 oraz deklaracji zawartych w treści oferty. Skoro na podstawie udzielonych wyjaśnień zamawiający ustalił, że oświadczenie odwołującego o zatrudnieniu 10 osób okazało się niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, trafnie uznał, że odwołujący przedstawił mu nieprawdziwe informacje co do liczby osób wskazanych w oświadczeniu dotyczącym kryterium Aspekty społeczne przewidzianych do zatrudnienia w warunkach wymaganych w SIWZ.

Brak wyceny przez odwołującego pracy 10 osób w czasie wykonywania usługi utrzymania obwodnicy okazała się w istocie niesporna. Nie przeczył jej odwołujący, który w uzasadnieniu odwołania i na rozprawie zmierzał do wykazania, że zakres prac utrzymaniowych nie uzasadnia zatrudnienia 10 osób, że zamawiający nie wymagał zatrudnienia takiej liczby osób marginalizowanych, a także, że z SIWZ nie wynika obowiązek pracy tych osób przy wykonywaniu usługi utrzymania obwodnicy. Argumentacja ta jest całkowicie chybiona.

Po pierwsze, brzmienie pkt 20.1.2.1.2. SIWZ nie pozostawia dowolności interpretacyjnej. Zamawiający jasno ustalił, że zatrudnienie osób wskazanych w kryterium Aspekty społeczne ma nastąpić na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze przy wykonaniu zamówienia i przez cały okres realizacji zamówienia. Brak jest w treści tego warunku stwierdzenia umożliwiającego zatrudnienie osób marginalizowanych jedynie na części etatu lub skierowania ich do wykonania czynności nie związanych z umową.

Po drugie, zamawiający nie wymagał w SIWZ zatrudnienia określonej liczby osób uzależnionych od alkoholu lub bezrobotnych. Zamawiający jasno wskazał, że w przypadku braku takich osób wykonawca otrzyma w kryterium Aspekty społeczne 0 pkt. Deklaracja w zakresie liczby osób pozostawiona została indywidualnej i swobodnej decyzji wykonawców, co oznacza również, że niepodzielne obciążenie wykonawców konsekwencjami takich deklaracji. Jeśli odwołujący uważał, że nie jest możliwe zatrudnienie 10 osób w całym okresie wykonywania zamówienia, mógł po wszczęciu postępowania wyjaśnić tę kwestię przez zadanie pytania, a tego nie uczynił.

Po trzecie, jeśli zakres prac utrzymaniowych nie uzasadnia zatrudnienia 10 osób, odwołujący powinien wskazać taką liczbę osób, jaka jego zdaniem jest wystarczająca do zapewnienia należytego wykonania tych usług.

Dla sprawy nie ma również znaczenia, że odwołujący prawidłowo wycenił roboty budowlane. Powodem wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu nie była wycena zamówienia w części wykonania obwodnicy (robót budowlanych), a nieprawdziwe oświadczenie w zakresie zatrudnienia 10 osób w pełnym wymiarze czasu pracy w okresie utrzymania obwodnicy. Istotnie, odwołujący nie zataił przed zamawiającym informacji o sposobie wyceny usługi utrzymania, gdyż podał je zamawiającemu w piśmie z 25 listopada 2020 r. Jednak istota sprawy nie leży w tym, czy odwołujący przekazał informacje zamawiającemu. Przesądzające znaczenie ma fakt, że odwołujący dobrowolnie oświadczył, że zatrudni 10 osób, a przedstawiona przez niego wycena prezentowała inny stan rzeczy – zatrudnienie w pełnym wymiarze przy wykonaniu umowy w okresie realizacji usługi utrzymania jedynie 3 osób. Ponadto zatajenie informacji nie jest wprost wskazane jako przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24

ust. 1 pkt 17 Pzp. O zatajeniu informacji stanowi *expressis verbis* art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, który nie był podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania.

Brak potwierdzenia w wycenie deklaracji złożonych w ofercie co do liczby zatrudnionych osób świadczy co najmniej o braku należytej staranności odwołującego. Działaniu takiemu należy przypisać cechy co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślnością jest wskazanie maksymalnej liczby osób w punktowanym kryterium w sytuacji, gdy wbrew jasnym wymaganiom SIWZ nie przewiduje się ich zatrudnienia przy wykonywaniu umowy zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

136. Wyrok z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3045/20, KIO 3143/20

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 91 ustawy Pzp kryteria oceny ofert, jakie mogą zostać zastosowane przez zamawiających w celu wyboru ofert najkorzystniejszych, muszą odnosić się do przedmiotu zamówienia (ust. 2), nie mogą natomiast dotyczyć właściwości wykonawcy, w tym jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej ani finansowej (ust. 3). Granicą swobody zamawiającego, wynikającą z obowiązku stosowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest zatem obowiązek stosowania takich kryteriów, które odzwierciedlają uzasadnione potrzeby zamawiającego. Te zaś zgodnie z ust. 2 mogą być powiązane nie tylko *stricte* z samym zakresem świadczeń objętych umową w sprawie zamówienia publicznego, ale również z realizacją zamówienia w szerokim rozumieniu, tj. z każdym z aspektów realizacji danego elementu zamówienia. Dokonując zatem oceny zasadności i prawidłowości kryteriów wprowadzonych przez Zamawiającego należy je przeanalizować względem wymagań określonych w art. 91, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i celów jakie Zamawiający zamierza zrealizować. Zdaniem Izby zakwestionowane przez Odwołującego kryteria pozacenowe nie naruszają ww. przepisów prawa. W ramach omawianych kryteriów Zamawiający punktuje doświadczenie wykonawcy, jeśli będzie dysponował personelem, który posiada doświadczenie w zakresie kolei dużych prędkości (P1). Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że z uwagi na przedmiot zamówienia doświadczenie personelu w zakresie kolei dużych prędkości jest nieważne dla przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia dotyczy kluczowego odcinka kolei dużych prędkości pomiędzy Warszawą a Łodzią, wykorzystywanego przez największą liczbę pociągów i pasażerów. Niezbędne zatem jest zapewnienie odpowiedniego personelu do realizacji prac w sposób zapewniający wysoką jakość, co Zamawiający w sposób prawidłowy zamierza zapewnić punktując właśnie doświadczenie wykonawcy w zakresie kolei dużych prędkości. Zdaniem Izby kryteria te zostały opisane w sposób obiektywny, mierzalny i jasny dla wszystkich wykonawców. Odwołujący nie kwestionuje niejasności kryteriów lub ich nierówności, ale argumentuje, iż są one nadmierne i nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego. Izba nie podziela takiego stanowiska. Zamawiający wyjaśnił i opisał swoje uzasadnione potrzeby związane z jak najszerzym zapewnieniem realizacji zamówienia przez doświadczonego wykonawcę. Żaden przepis ustawy Pzp nie wymaga od zamawiającego wprowadzenia kryterium pozacenowego, w którym każdy z wykonawców działających na rynku otrzyma maksymalną liczbę punktów. Zamawiający wyraził w kryterium pozacenowym swoje oczekiwania co do pożądanego

doświadczenia, które będzie stanowiło istotny czynnik wy wpływający pozytywnie na efektywną i prawidłową realizację zamówienia.

137. Wyrok z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 551/21

W świetle poczynionych przez Izbę ustaleń faktycznych nie budziła wątpliwości okoliczność, że na Odwołującym spoczywał – zgodnie z postanowieniami SIWZ dla postępowania nr ZP.271.43.IN.2019, treścią złożonej w tym postępowaniu oferty oraz postanowieniami zawartych w jego wyniku umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 - obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę po dwie osoby niepełnosprawne do realizacji każdej z ww. umów, przez cały okres ich wykonywania. Nie było w tym zakresie wystraszające, jak zdaje się sugerować Odwołujący, samo zatrudnienie osób niepełnosprawnych w przedsiębiorstwie Odwołującego, lecz zatrudnienie tych osób do realizacji zamówienia. Powyższe jest równoznaczne z tym, że osoby niepełnosprawne miały brać udział w realizacji zamówienia, czyli w przedmiotowym przypadku tej części zamówienia, do realizacji której zostały wskazane (część 1 - umowa nr IN.271.4.1.2020 lub część 2 - umowa nr IN.271.4.3.2020). Wskazuje na to m.in. treść kryterium – aspekty społeczne, a konkretnie pkt 14.7 SIWZ, zgodnie z którym punkty w przedmiotowym kryterium oceniane były na podstawie przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby niepełnosprawne poprzez wskazanie liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych do realizacji zamówienia zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na cały czas realizacji zamówienia w pełnym wymiarze etatu. Zamawiający wyraźnie zastrzegł także, iż w przypadku wyboru oferty wykonawcy na więcej niż jedną część zamówienia i złożenia stosownej deklaracji zatrudnienia osób niepełnosprawnych, wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia odpowiedniej liczby zadeklarowanych różnych osób oddzielnie dla każdej z części, w której zostanie mu udzielone zamówienie.

Art. 240 ust. 1 NPzp (Art. 91 ust. 2d Pzp)

138. Wyrok z 15 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 5/21, 126/21, 128/21, 129/21

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ust. 2d ustawodawca wskazał, że Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. Przywołany przepis statuuje obowiązek Zamawiającego do jednoznacznego i zrozumiałego opisu kryteriów oceny ofert. W tym zakresie Odwołujący uzasadnił swój zarzut twierdzeniem, iż wprowadzone przez Zamawiającego kryterium pozacenowe – „Czas usunięcia awarii lub błędów” jest kryterium pozornym i nieweryfikowalnym. (...) Zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył ww. przepisów. Izba stoi na stanowisku, że przepis art. 91 ust. 2d ustawy Pzp musi być interpretowany w kontekście konkretnego kryterium pozacenowego, charakteru takiego kryterium

oraz przedmiotu zamówienia. Nie ma wątpliwości, iż istnieją kryteria pozacenowe, które można zweryfikować za pomocą konkretnych obiektywnych dowodów. Zaliczyć do nich należy chociażby doświadczenia wykonawcy nabyte podczas realizacji konkretnych zamówień, gwarancję producenta, która może być potwierdzona oświadczeniem producenta, określone dodatkowe funkcjonalności przedmiotu zamówienia, które może potwierdzić producent. Zauważyć jednakże należy, że przepisy ustawy Pzp wprowadzają ograniczenia co do doboru przez zamawiających kryteriów pozacenowych tylko w zakresie ich powiązania z przedmiotem zamówienia oraz w zakresie zakazu ustalenia kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ustawodawca nie określa w ustawie Pzp procedury weryfikacji spełnienia przez wykonawców kryteriów pozacenowych. Zdaniem Izby z art. 91 ust. 2d nie sposób wywieść obowiązku Zamawiającego określenia w SIWZ bliżej niesprecyzowanej przez Odwołującego procedury weryfikacji oświadczenia wykonawcy. Ustawodawca zdaniem Izby nie nakłada na zamawiających obowiązku potwierdzenia spełnienia kryteriów pozacenowych jakimiś konkretnymi dowodami. Wskazuje wyłącznie, iż opisując kryteria pozacenowe Zamawiający powinien określić sposób sprawdzenia informacji. W tym aspekcie zastosowanie ma art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, z uwzględnieniem rodzaju kryterium pozacenowego. W analizowanym stanie faktycznym, istotą kryterium wprowadzonego przez Zamawiającego jest zobowiązanie wykonawcy do usunięcia awarii czy błędu w czasie realizacji umowy w określonym przedziale czasowym. Wykonawca potwierdza to zobowiązanie poprzez złożenie stosowanego oświadczenia. Trudno w takiej sytuacji szukać obiektywnych dowodów potwierdzających treść zobowiązania danego wykonawcy. Każdy z wykonawców znajduje się w takiej samej pozycji, każdy z nich oceniając swoje doświadczenie, swój potencjał kadrowy i przewidywane zaangażowanie finansowe w realizację zamówienia dokonuje oceny przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego określonych w poszczególnych Zestawach i wyraża w ofercie konkretne zobowiązanie do wykonania zamówienia na zasadach określonych w wybranym Zestawie. Nie dochodzi więc, zdaniem Izby, do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Art. 253 ust. 1 pkt 1 NPzp (Art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp)

139. Wyrok z dnia 22 października 2020 r., sygn. akt KIO 2364/20

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający stosując kryteria oceny ofert decyduje o tym, która oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu i złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu. Zastosowanie kryteriów oceny ofert ma więc kluczowe znaczenie dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w efekcie – dla interesów wszystkich wykonawców ubiegających się o dane zamówienie. Dlatego też, w celu zapewnienia ochrony tych interesów i realizacji zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym zwłaszcza zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zamawiający (*korekta redakcyjna: ustawodawca*) nałożył na zamawiających obowiązek informowania wykonawców o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z podaniem

uzasadnienia faktycznego i prawnego. Wykonawca nie może bowiem zadbać o swoje interesy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie ma dostępu do wiedzy, która oferta została uznana za najkorzystniejszą, ile otrzymała punktów i dlaczego otrzymała taką a nie inną liczbę punktów. W konsekwencji, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do takiej wiedzy, nie są realizowane podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także nie ma możliwości realnego skorzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż nie ma możliwości postawienia zarzutów wobec czynności, której podstawy dokonania nie są wykonawcy znane. Powyższe zaś, wobec niemożności realnej weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, może doprowadzić do udzielenia zamówienia (czyli zawarcia umowy) wykonawcy, który w ogóle nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp, co stanowi pogwałcenie kolejnej zasady, wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym kompletne i rzetelne poinformowanie wykonawców o tym, dlaczego dany wykonawca uzyskał w kryteriach oceny ofert określoną liczbę punktów, stanowi czynnik niezbędny do realizacji ww. zasad, jak też realizacji prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Niepełne uzasadnienie faktyczne i prawne informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty jest więc naruszeniem nie tylko art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale także ww. zasad (co zresztą odwołujący objął odwołaniem). W niniejszej sprawie należy zauważyć, że zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert, które są opisowe i bardzo rozbudowane, gdyż dzielą się na podkryteria, w ramach których są oceniane jeszcze dalsze podkryteria, wszystkie one mają charakter ocenny (czyli nie da się ich prosto przeliczyć wg „twardych” danych) i w każdym z nich zamawiający przewidział pewien przedział punktowy, czyli możliwość uzyskania np. od 0 do 3 pkt. Po pierwsze należy zauważyć, że taki opis kryteriów nie uprawnia zamawiającego, wbrew argumentacji przystępującego, do „subiektywnej i swobodnej” oceny. Żadna czynność zamawiającego, w świetle zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, nie może być wykonywana subiektywnie i swobodnie, w tym także czynność oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert. Kryteria przyjęte przez zamawiającego jako mające charakter ocenny w praktyce nie mogą być oczywiście stosowane całkowicie zero-jedynkowo, niemniej jednak ze względu na ww. obowiązujące zasady i treść art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, ewentualny element subiektywnej oceny musi zostać ograniczony do minimum. Dodatkowo z całą pewnością należy stwierdzić, że charakter tych kryteriów nie zwalnia zamawiającego z obowiązku podania uzasadnienia faktycznego wyboru oferty w taki sposób, żeby wykonawcy wiedzieli, dlaczego dana oferta uzyskała określoną liczbę punktów. Przy czym podkreślić należy, że ww. obowiązek zamawiającego ma miejsce niezależnie od rodzaju kryteriów oceny ofert, ale jego realizacja nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji, gdy przyjęte kryteria mają charakter ocenny, ponieważ to w takiej sytuacji najtrudniej jest wykonawcom zweryfikować prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty i zwłaszcza w takiej sytuacji niezbędne jest rzetelne i kompletne poinformowanie ich o podstawach dokonanej oceny. Po drugie zatem, przyjęty przez zamawiającego opis kryteriów powoduje, że aby wykonawca mógł zweryfikować prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty i uzyskać wiedzę, dlaczego dana oferta otrzymała określoną liczbę punktów, zamawiający nie może ograniczyć się w informacji o wyborze oferty do podania jedynie liczby tych punktów, ale musi wyjaśnić, dlaczego ta liczba jest taka a nie inna. (...) Dopiero wskazanie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty konkretnych

okoliczności, z powodu których oferta została w danym podkryterium oceniona w określony sposób, daje wykonawcy wiedzę co do tego, dlaczego on lub inny uczestnik postępowania otrzymał wskazaną liczbę punktów. Tym samym dopiero wskazanie ww. okoliczności stanowi pełne uzasadnienie faktyczne wyboru oferty, natomiast nie jest pełnym uzasadnieniem, spełniającym wymogi art. 92 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, podanie jedynie ogólnej liczby punktów w każdym kryterium. Po trzecie, nie można zgodzić się z zamawiającym, że zarzut odwołującego jest niezasadny, bo odwołujący uzyskał wgląd do dokumentacji postępowania, a ponadto karty indywidualnej oceny ofert zostały dołączone do odpowiedzi na odwołanie. Abstrahując od tego, że odwołujący twierdzi, że nie otrzymał wszystkich tych kart, przede wszystkim należy podkreślić, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uzasadnienie faktyczne w stopniu umożliwiającym weryfikację prawidłowości wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający ma obowiązek podać w informacji o wyborze tejże oferty. Zatem udostępnienie innych dokumentów (w tym zwłaszcza dopiero w postępowaniu odwoławczym) nie zwalnia zamawiającego z obowiązku podania pełnego uzasadnienia w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, zwłaszcza że to ta czynność stanowi co do zasady podstawę sformułowania zarzutów dotyczących wyboru oferty w odwołaniu. Po czwarte, nie można zgodzić się z zamawiającym, że zarzut odwołującego jest niezasadny, bo porównując liczbę punktów wskazaną w informacji o wyborze oferty z opisem kryteriów oceny ofert w siwz, każdy mógł samodzielnie dowiedzieć się, za co zostały przyznane punkty. Jak już wskazano wyżej, obowiązkiem zamawiającego jest podanie uzasadnienia faktycznego w informacji o wyborze oferty i nie można tego obowiązku przerzucać na wykonawcę w ten sposób, żeby sam sobie szukał potrzebnych mu informacji przez porównywanie liczby punktów z opisem kryteriów w siwz. Wykonawca nie może zresztą domniemywać, jak została przeprowadzona ocena, ale zamawiający zobowiązany jest mu to przedstawić, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Niezależnie od tego, należy wyraźnie wskazać, że przy tak rozbudowanych, jak w niniejszym postępowaniu, kryteriach i podkryteriach oceny ofert oraz podaniu przez zamawiającego jedynie liczby punktów, nie jest możliwe samodzielne ustalenie, za co te punkty zostały przyznane w określonej wysokości. Przykładowo, nie wiadomo, dlaczego oferta nr 1 w kryterium „ocena propozycji koncepcji kreatywnej” dostała od członków komisji: 11, 8, 11, 13, 5 i 8 punktów, co dało średnią 9,33 pkt, skoro kryterium to dzieliło się jeszcze na podkryteria, a ponadto nie wskazano, dlaczego każdy z członków komisji przyznał np. 11, czy 5 punktów, przy możliwości uzyskania maksymalnie 16 punktów. Samo porównanie liczby punktów z opisem kryteriów nie pozwala na ustalenie, dlaczego dana oferta uzyskała daną liczbę punktów (niezależnie od podstawowego faktu, że to zamawiający ma podać uzasadnienie faktyczne, a nie wykonawcy mają sami go poszukiwać). (...) Po szóste, należy zauważyć, że fakt, że odwołujący dopiero zapoznając się z kartami indywidualnej oceny ofert dołączonymi do odpowiedzi na odwołanie poszerzył swoją wiedzę na temat podstaw przyznania określonej ilości punktów, nie oznacza, że w świetle art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba ma oddalić odwołanie. Izba ocenia czynność zamawiającego dokonaną w danym stanie faktycznym i przekazanie odwołującemu określonych dokumentów dopiero w postępowaniu odwoławczym (które to dokumenty i tak nie są prawidłowo uzasadnioną informacją o wyborze oferty) nie stanowi podstawy uznania zarzutu za niezasadny. Ustalony przez Izbę w postępowaniu

stan rzeczy jest taki, że w dniu 15.09.2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w sposób niezgodny z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i na ten stan rzeczy nie wpływa fakt przekazania odwołującemu dopiero w postępowaniu odwoławczym zupełnie innych dokumentów.

140. Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2388/20

Ustawodawca w art. 92 ustaw ukształtował obowiązek Zamawiającego do niezwłocznego poinformowania wykonawców o ich wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak również odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania. Oznacza to, że w okolicznościach, w których w ocenie Zamawiającego zaistniały podstawy do dokonania ww. czynności Zamawiający obowiązany jest do podania wykonawcy uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności. Izba wskazuje, że zasadność czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez Zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Przywołany na wstępie przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) oraz jawność postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy) nakłada na Zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dany wykonawca podlega wykluczeniu i oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty. Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy wykonawca po pierwsze, podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Kluczowym do skorzystania z uprawnień przypisanych wykonawcy jest uzasadnienie faktyczne przedstawione przez Zamawiającego w zakresie zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu oferty. Uzasadnienie czynności Zamawiającego powinno, musi wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy dokonanej przez Zamawiającego oceny nie podziela, mógł się do wskazanej przez Zamawiającego argumentacji ustosunkować. Powyższe prowadzi do wniosku, że zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie oferty. Tym samym ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

141. Wyrok z dnia 9 marca 2021 r., sygn. akt KIO 409/21

Na marginesie wskazać należało, że nawet gdyby sporna kalkulacja ofertowa była objęta zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, to zamawiający miał możliwość sporządzenia uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia, spełniającego wymogi z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W takiej sytuacji zamawiający mógł skierować do odwołującego szerszą wersję uzasadnienia czynności, rozbudowaną o odniesienie do tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający dysponował także możliwością pośredniego wskazania odwołującemu na oferowane rozwiązanie, bez ujawniania jego treści, przez wskazanie konkretnych stron czy fragmentu dokumentu, na którym rozwiązanie przedstawiono (przykładowo używając sformułowania „rozwiązanie, o którym mowa w pkt 1.1. w kolumnie 9 kalkulacji ofertowej, załączonej do wyjaśnień z 19 listopada 2020 r.”). Nic nie usprawiedliwiało też zaniechania wskazania w uzasadnieniu czynności, z którym konkretnie rozwiązaniem projektowym jest sprzeczne rozwiązanie oferowane w wyjaśnieniach. Na możliwość takiego uzasadnienia wskazywała dobitnie też treść jawnej odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający podał, że rozwiązanie oferowane przez odwołującego miało być sprzeczne z przyjętym w dokumentacji projektowej branży architektonicznej rozwiązaniem zabezpieczenia wykopu wykonanego w technologii kolumny DSM i Jetgrouting. Podkreślenia wymagało, że ww. rozwiązanie opisane w projekcie branży architektonicznej stanowiło część SIWZ i było znane wszystkim wykonawcom. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w okolicznościach danej sprawy odwołujący nie miał jakichkolwiek szans na domyślenie się, które z jego rozwiązań oferowanych w wyjaśnieniach z dnia 19.11.2020 r. miało być równoważne do rozwiązania z dokumentacji projektowej.

142. Wyrok z dnia 29 marca 2021 r., sygn. akt KIO 354/21

Skład orzekający wskazuje dalej, że umknęło uwadze zamawiającego, że wszystkie argumenty, które spowodowały wykluczenie odwołującego z przetargu należało wskazać w informacji o wykluczeniu, która stanowiła asumpt do wniesienia odwołania. Natomiast zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie próbuje uzupełnić zawiadomienie o wykluczeniu, podnosząc nowe okoliczności, które w jego ocenie potwierdzają prawidłowość zaskarżonej czynności. Porównując zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy z argumentacją przedstawioną przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p., gdyż jednostka zamawiająca dopiero w trakcie powstałego sporu wskazała wykonawcy podstawy faktyczne, które miały uzasadniać jego eliminację z przetargu. Wykorzystanie postępowania odwoławczego, aby przedstawić, co legło u podstaw wykluczenia wykonawcy należy ocenić krytycznie, zamawiający naruszył zasadę unormowaną w art. 7 ust. 1 p.z.p., która nakazuje prowadzenie postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości, a w powiązaniu z art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p. oznacza, że wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego winny wynikać z klarownie określonych przesłanek, którymi kierował się zamawiający, i co najważniejsze, przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania i ujawnione wykonawcy w informacji stanowiącej podstawę wykluczenia. Postępowanie odwoławcze przez Izbą ma charakter weryfikacyjny – Izba bada, czy zamawiający

prawidłowo dokonał czynności wykluczenia wykonawcy, zatem nie może być wykorzystane do tego, aby dopiero na tym etapie rozważać, czy zamawiający miał uzasadnione podstawy do podjęcia kroków, które podjął przed wniesieniem przez odwołującego środka ochrony prawnej i poszukiwania uzasadnienia podjętej decyzji.

Art. 255 pkt 5 NPzp (Art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp)

143. Wyrok z dnia 23 października 2020 r., sygn. akt KIO 2255/20

W systemie zamówień publicznych interes publiczny należy wiązać z funkcjami i zadaniami jakie ustawodawca stawia podmiotom wydatkujących środki publiczne. Zamówienia publiczne obejmują bowiem wydatkowanie publicznych pieniędzy, zaś dysponowanie pieniędzmi rodzi pytanie o prawidłowość tego procesu. A zatem przy próbie dookreślenia, o jakim interesie publicznym, a także o jakich funkcjach można mówić w wypadku zamówień publicznych, niewątpliwie konieczne jest uwzględnienie aspektu racjonalności dokonywanych wydatków na zadania publiczne przy jednoczesnym zagwarantowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców na rynku, zapobieganie korupcji w zamówieniach publicznych, kształtowanie właściwych wzorów zachowań rynkowych zarówno przez wykonawców jak i zamawiających. Realizacja powyższych funkcji systemu zamówień publicznych to realizacja interesu publicznego. Przy czym zaznaczyć należy, że ustawa Pzp nie określa celu wydatków czy też zadań publicznych nałożonych na zamawiających. O tym co stanowi interes publiczny rozumiany jako realizacja zadań publicznych przesądzać będą czy to ustawowo, czy statutowo określone, czy wreszcie zlecone w drodze umowy zadania, które dany zamawiający ma realizować. Ustawa Pzp określa zaś sposób w jaki środki na tak określone zadania publiczne powinny być wydatkowane. Pomimo różnorodności celów stojących przed zamawiającymi, cechą wspólną łączącą ich jest dysponowanie środkami publicznymi, z czym wiąże się realizacja interesu publicznego w postaci ich możliwie racjonalnego wydatkowania. Przy czym owe racjonalne wydatkowanie środków publicznych musi gwarantować zachowanie uczciwej konkurencji. Ochrona uczciwej konkurencji to wartość, która służy nie tylko samym wykonawcom, ale także zamawiającym. Uczciwe zasady gry rynkowej skutkują bowiem przejrzystymi zasadami rywalizacji rynkowej, co niewątpliwie sprzyja konkurencyjności na rynku, większej liczbie składanych ofert, a w konsekwencji ma wpływ na efektywne wydatkowanie środków publicznych.

Dalej wskazać należy, że w świetle art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp pojęcie interesu publicznego musi być analizowane w kontekście konkretnego postępowania przetargowego w stosunku do którego zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu.

144. Wyrok z dnia 14 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3078/20

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

W normie tej mowa o zmianie okoliczności, czyli zaistnieniu pewnych zdarzeń faktycznych, których konsekwencją jest przyjęcie, iż kontynuowanie postępowania nie leży w interesie publicznym. Dochodzi do wystąpienia obiektywnej, trwałej zmiany stanu faktycznego – czego nie można było przewidzieć w chwili wszczęcia postępowania – w stopniu tak istotnym, że powoduje to, iż wykonanie zamówienia będzie niecelowe, lub będzie wiązać się z wyrządzeniem szkody w mieniu publicznym. Dotyczy to więc zdarzeń wyjątkowych i może znaleźć zastosowanie tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, kiedy kontynuacja postępowania prowadziłyby do wydatkowania środków publicznych na cel, który utracił rację bytu. Dodatkowo, przedmiotowa zmiana okoliczności powinna być zmianą niezależną od zamawiającego, zmianą zewnętrzną, ponieważ przyjęcie przeciwnego założenia prowadziłyby do stanu, w którym strona udzielająca zamówienia ma możliwość kreowania zdarzeń, które uzasadniałyby zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest niedopuszczalne na gruncie systemowej i teleologicznej wykładni reguł p.z.p. Istotą bowiem ustawowego uprawnienia do unieważnienia postępowania jest objęcie nim przede wszystkim sytuacji nadzwyczajnych, wyjątkowych – takich, które musi rozwiązać ustawodawca, bowiem zamawiający z samej natury rzeczy nie mógłby ich w żaden sposób uregulować, ponieważ nie mógł liczyć się z tym, że wystąpią.

Ponadto, ciężar udowodnienia wszystkich wskazanych, kumulatywnych przesłanek unieważnienia postępowania spoczywa na zamawiającym, który powinien mu sprostać w udostępnionej wykonawcom decyzji o anulowaniu przetargu, a nie ujawniać je dopiero w trakcie powstałego sporu. Wykorzystanie postępowania odwoławczego przed Izbą, aby przedstawić, co legło u podstaw unieważnienia przetargu narusza naczelną zasadę z art. 7 ust. 1 p.z.p., która nakazuje prowadzenie postępowania zgodnie z zasadą przejrzystości i posiada szczególne znaczenie dla kompetencji zamawiającego w zakresie podawania podstaw faktycznych i prawnych swoich decyzji, które bezpośrednio wpływają na sytuację wykonawcy w postępowaniu. Zasada przejrzystości postępowania oznacza bowiem, że wszelkie czynności podejmowane przez jednostkę zamawiającą winny wynikać z jednoznacznych i klarownych przesłanek, którymi kierował się zamawiający i co najważniejsze, przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania już na etapie podjęcia tych czynności. Brak ujawnienia, w informacji stanowiącej zawiadomienie o unieważnieniu przetargu, wszystkich okoliczności, którymi kierował się zamawiający podejmując zaskarżoną czynność, jest naganne i w sposób znaczący utrudnia rewizję działania zamawiającego. Wymaga przy tym podkreślenia, że postępowanie odwoławcze ma charakter weryfikacyjny – Izba bada, czy zamawiający prawidłowo dokonał unieważnienia postępowania. Zatem nie może być wykorzystane do tego, aby dopiero na tym etapie ujawniać powody podjętej decyzji i rozpocząć rozważanie, czy

zamawiający miał uzasadnione podstawy do podjęcia kroków, które podjął przed wniesieniem przez odwołującego środka ochrony prawnej.

Art. 255 pkt 6 NPzp (Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp)

145. Wyrok z dnia 21 października 2020 r., sygn. akt KIO 2312/20

Kryteria oceny ofert określone w siwz powinny umożliwiać późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji, a taką interpretację, wykraczającą poza postanowienia siwz sugeruje odwołujący. Zgodnie art. 91 ust. 1 pzp zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów, jakie zostały określone w siwz. Według art. 91 ust. 2d określa się kryteria w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców. Kryteria muszą dać się policzyć na podstawie przyjętych wartości wskazanych w ofercie. Treść kryteriów musi zapewnić ocenianie wszystkich ofert na takich samych, niebudzących wątpliwości interpretacyjnych zasadach, a wykonawcy nie powinni mieć trudności we właściwym formułowaniu ofert. Zatem wskazane w rozstrzygnięciu zamawiającego o unieważnieniu postępowania niedoprecyzowania w siwz opisu kryteriów oceny ofert w zakresie sprawności kotła na biomasę w przypadku wskazania sprawności kotła dla każdego rodzaju kotła skutkuje brakiem możliwości dokonania prawidłowej oceny ofert, co z kolei skutkuje brakiem możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy pzp. W zaistniałej sytuacji każdy wybór oferty najkorzystniejszej prowadziłby do wyboru nieuprawnionego sposobu oceny ofert, niedookreślonego w siwz. Skoro nieprecyzyjny opis sposobu oceny ofert na podstawie kryterium z siwz w przypadku wskazania różnych sprawności kotła nie może być zakwalifikowany jako możliwy do poprawienia na tym etapie błąd uzasadnione jest uznanie, że wobec niemożności wyboru najkorzystniejszej oferty postępowanie obarczone jest wadą zobowiązującą zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy pzp. Zgodnie z art. 93 ust 1 pkt 7 pzp zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uznając, że opisana przesłanka unieważnienia postępowania ziściła się w rozpatrywanej sprawie, skład orzekający rozstrzygnął, jak w sentencji, zauważając że wada w treści siwz ma w aktualnej fazie postępowania charakter nieusuwalny. Usunięcie wady powodowałoby konieczność zmiany zapisów siwz, co jest niemożliwe, mając na uwadze art. 38 ust. 4 ustawy pzp.

146. Wyrok z dnia 9 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2429/20

W ocenie Izby Zamawiający ograniczył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konkurencję przez ukształtowanie postanowień SIWZ w sposób niezgodny z

obowiązującymi przepisami oraz ograniczającymi dostęp do zamówienia. W ramach zamówienia publicznego ofertę może złożyć każdy zainteresowany podmiot, ten z Polski jak również z Unii Europejskiej ale także z każdego innego państwa na świecie. Zamawiający natomiast ograniczył konkurencję przez dopuszczenie jedynie do udziału w postępowaniu podmiotów, które mogą wykazać się posiadaniem zaświadczenia wystawionego przez „ośrodek certyfikujący na terenie Polski, uprawniony do kontroli jakości”. (...) Izba rozpoznając odwołanie w zakresie zarzutu 1 i podmienionego (*korekta redakcyjna: podniesionego*) do niego zarzutu ewentualnego (jak wskazano wyżej) stwierdziła, że:

- po pierwsze Zamawiający wyjaśniając treść SIWZ, które to wyjaśnienia są związane z treścią SIWZ i wiązą wykonawców i Zamawiającego naruszył zasady postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz obowiązujące przepis w zakresie dokumentów jakich może żądać z odniesieniem do nieuprawnionego określenia terytorium kraju,

- po drugie, mając na uwadze, że oferty w postępowaniu zostały złożone i otwarte w dniu 28 sierpnia 2020 roku, a 15 września br. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej,

Izba stwierdziła, że brak możliwości unieważnienia czynności złożenia i otwarcia ofert uniemożliwia powrót do etapu postępowania o udzielnie zamówienia obarczonego wadą tj. modyfikacji postanowień SIWZ. Brak możliwości nakazania przez Izbę unieważnienia wadliwych czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, powoduje, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy).

147. Wyrok z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2941/20

Zdaniem Izby, podstawą unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie może być subiektywna interpretacja warunków udziału w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego po zapoznaniu się z ofertami. W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający nie określił ani kodu odpadów ani właściwości miejscowej zezwolenia. To, że Zamawiający chciałby, po zapoznaniu się z ofertami wykonawców, aby warunek brzmiał inaczej niż wynika to z zapisów SIWZ, nie może uzasadniać unieważnienia postępowania, gdyż skutkowałaby nieograniczoną dowolnością w zastosowaniu podstawy unieważnienia, a w konsekwencji brakiem pewności co do prowadzonych postępowań przetargowych. Zamawiający nie wykazał naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, a więc nie wykazał wady postępowania. Kwestionowany warunek udziału w postępowaniu jest opisany w sposób jednoznaczny. Podobnie jak zakres wymagań wobec wykonawcy na etapie rozpoczęcia wykonywania zamówienia. Podkreślenia wymaga, że umożliwiając unieważnienie postępowaniu w oparciu o odmienne interpretacji SIWZ mogłoby być narzędziem w rękach zamawiających do manipulacji postępowaniem przetargowym, po zapoznaniu się z ofertami cenowymi wykonawców, co, w ocenie Izby, uznać należy za niedopuszczalne. (...) Rzekome nieprawidłowe sformułowanie

warunku udziału w postępowaniu, zwłaszcza, w sytuacji, w której żaden z wykonawców nie kwestionował wymagań Zamawiającego, nie może być uznane za wadę postępowania skutkującą brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby zaaprobowanie arbitralnej interpretacji przesłanek unieważnienia postępowania i akceptacja uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego oznaczałyby, że praktycznie każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego mogłoby zostać unieważnione. Wystarczające byłoby bowiem stwierdzenie przez zamawiającego, że dostrzegł jakieś uchybienie w treści SIWZ, mającej jego zdaniem potencjalny wpływ na konkurencyjność. Przeczyłoby to istocie postępowań o udzielenie zamówień publicznych, które z jednej strony mają zagwarantować jak najlepsze dysponowanie środkami publicznymi w celu realizacji interesu publicznego, a z drugiej muszą być prowadzone z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Każdy z wykonawców powinien mieć możliwość uzyskania zamówienia w przypadku złożenia przez niego najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu oferty, na warunkach określonych w SIWZ. Należy podkreślić, że wykonawcy składają oferty ze świadomością, iż Zamawiający udzieli zamówienia. Dokonują wyboru określonych zamówień, rezygnując z innych. Gdyby dopuścić tak szeroką interpretację przesłanek zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp pewność i jasność procedury zamówień publicznych prowadziłyby to arbitralności i niestabilności systemu, co, w ocenie Izby, jest niedopuszczalne.

148. Wyrok z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3340/20

Nie można odmówić racji Odwołującemu, że to obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie prawidłowo funkcjonującego narzędzia, za pomocą którego następuje komunikacja z wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia i to Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada za prawidłowy przebieg tego postępowania. Obowiązek ten znajduje potwierdzenie m.in. w art. 10b ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. (...) Zgodzić się także należy z Odwołującym, że wadliwe działanie narzędzia informatycznego i wiążący się z tym brak możliwości złożenia oferty z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, lecz wynikających z nieprawidłowego działania narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzone jest postępowanie, może powodować konieczność unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Sytuacja taka niewątpliwie może mieć wpływ na ograniczenie konkurencji w postępowaniu, jak i na wynik postępowania, w szczególności w przypadku, gdyby na skutek wadliwego działania platformy zakupowej nie mogła zostać złożona oferta, która – gdyby została złożona – mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza (podobnie Izba w wyrokach z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 217/19, z dnia

22 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 15/20.). Natomiast - co ma znaczenie kluczowe z perspektywy rozstrzygnięcia - aby stwierdzić, że zaszły podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Odwołujący zobowiązany był wykazać, że brak możliwości złożenia oferty wynikał z wadliwości narzędzia informatycznego, za pomocą którego prowadzono postępowanie, a nie z przyczyn zależnych od niego czy wykonawcy XXX. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Na kwestię rozkładu ciężaru dowodu, w podobnej jak obecnie rozpoznawana przez Izbę sytuacji, zwrócono uwagę w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt XXIII Ga 573/19. Sąd wskazał wówczas, iż „stanowisko Odwołującego opierało się na twierdzeniu, iż to wadliwe działanie Platformy Informatycznej udostępnionej przez Zamawiającego uniemożliwiło mu skuteczne złożenie oferty. Powyższe twierdzenie stanowiło więc oś całego postępowania Odwoławczego i miało kluczowe znaczenie dla uwzględnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów. Odwołujący powinien więc, w świetle art. 190 ust. 1 Pzp, wykazać inicjatywę dowodową celem wykazania prawdziwości swoich twierdzeń co do powyższej okoliczności.”

149. Wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3531/20

W ocenie Izby jak wynika z ustaleń stanu faktycznego możliwe było, trojaki rozumienie treści siwz: - wykonawca na etapie ofertowania indywidualnie dokonuje doboru techniki membranowej – taki sposób przygotowania oferty wynikał przede wszystkim z treści ogłoszenia o zamówieniu i tak treść siwz odczytało 5 wykonawców, - wykonawcy nie mają wyboru – mogą z uwagi na określone w wyjaśnieniach parametry dobrać tylko technikę osmozy odwróconej – technikę tę zaoferowało jako wyłączną 4 na sześciu wykonawców - wykonawcy oferują obie techniki, a doboru dokonuje zamawiający na etapie wykonania - takie rozumienie siwz wynikało z 1 złożonej oferty. W ocenie Izby tak duże rozbieżności interpretacyjne na kanwie jednej treści siwz prowadzą do przekonania, że postępowanie obarczone było wadą uniemożliwiająca złożenie ofert porównywalnych. Nawet jeśli założeniem zamawiającego było, że dobór nie będzie dobozem własnym wykonawcy i będzie dokonywany dopiero na etapie umowy, to takie przekonanie wykonawcy mogli wyczytać tylko z postanowień wzoru umownego, natomiast w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie określił kiedy wykonawcy mają wykonać aktualne badania, na których mają oprzeć dobór techniki membranowej, przeciwnie zadawane do siwz pytania i oczekiwanie przedstawienia przez zamawiającego posiadanych badań w celu doboru techniki powinno było naprowadzić zamawiającego na to, że wykonawcy, a przynajmniej ich część zamierza dobierać i wyceniać technikę na etapie ofertowania. Zamawiający powinien był też w ocenie Izby wyjaśnić wykonawcom dlaczego uważa, że mimo określenia strumienia nadawy 50m³/h i średniej twardości wody 600 CaCO₃/l i wymogu osiągnięcia twardości wynikowej 400 CaCO₃/l możliwe jest nadal zaoferowanie techniki nanofiltracji. W ocenie Izby fakt, że postanowienia były niejednoznaczne i prowadziły do złożenia ofert nieporównywalnych został udowodniony treścią złożonych ofert. Pięciu na sześciu wykonawców

złożyło ofertę na tylko jedną technikę, dwóch wykonawców zaoferowało technikę nanofiltracji, a czterech odwróconej osmozy. Jeden z wykonawców wręcz wskazał, że obawiał się podania dwóch technik, żeby jego oferta nie została oceniona jako wariantowa, której składania zamawiający nie dopuścił. Zamawiający nie był w stanie porównać ofert z wycenioną tylko jedną techniką z ofertą z wycenionymi dwoma technikami, ani ofert oferujących po jednej, ale innej technice (porównanie osmoza versus nanofiltracja), gdyż byłoby to porównywanie różnych zakresów przedmiotowych. (...) W ocenie Izby dopuszczenie do tak różnych możliwości rozumienia dokumentacji zamówienia powoduje brak możliwości porównania złożonych ofert. W tym stanie rzeczy postępowanie nie zapewniało równego traktowania wykonawców i w ocenie Izby prowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, uniemożliwiając wybór oferty najkorzystniejszych zgodnie z przepisami ustawy. Nie można bowiem zapominać o triadzie zamówień publicznych – treść dokumentacji zamówienia powinna być zgodna ze złożoną ofertą i obie powinny odpowiadać zawartej umowie. Jeśli nie ma tu ciągłości, to w ocenie Izby nie można zawrzeć skutecznej umowy o zamówienie publiczne. Z mocy art. 29 ust. 1 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia i podanie wszystkich okoliczności, które pozwolą wykonawcy na przygotowanie oferty. Jak ustaliła Izba opis ten w niniejszym postępowaniu nie był jednoznaczny i spowodował złożenie ofert, których nie można było ze sobą porównać, w konsekwencji postępowanie obarczone było wadą nieusuwalną po upływie terminu składania ofert, której wystąpienie skutkuje nieważnością prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Fakt, że zamawiający nie mógł na gruncie swojej siwz odrzucić oferty odwołującego i jednocześnie nie mógł odrzucić oferty przystępującego, a oferty te zawierając inną podstawę wyceny ceny ofertowej były nieporównywalne powoduje, że nie jest możliwe wyłącznie nakazanie zamawiającemu uchylenia czynności odrzucenia oferty odwołującego. Taki nakaz bowiem nie przywróciłby zgodności prowadzonego postępowania z ustawą, ale wręcz nakazałby zamawiającemu porównać dwie nieporównywalne oferty. W konsekwencji stwierdzenie przez Izbę wady w postaci niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w stopniu uniemożliwiającym złożenia porównywalnych ofert, musiało doprowadzić do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

150. Wyrok z dnia 3 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3529/20

Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał przesłanek wynikających z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, które upoważniałyby Zamawiającego do unieważnienia postępowania na ww. podstawie prawnej. Próżno ich szukać w treści uzasadnienia unieważnienia postępowania. Również w odpowiedzi na odwołanie, jak i w stanowisku prezentowanym ustnie do protokołu rozprawy przez pełnomocnika Zamawiającego brak wskazania powodów ww. czynności. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wyżej wymieniona przesłanka unieważnienia postępowania składa się z koniunkcji trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje obowiązkiem zastosowania

tego przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania). Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem tylko i wyłącznie przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik. Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego może nastąpić w okolicznościach przewidzianych przez ustawę. Kwestia ta uregulowana została w art. 146 ustawy Pzp. Na szczególną uwagę zasługuje przesłanka unieważnienia z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp przewidująca możliwość unieważnienia umowy, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że jeśli zamawiający popełnił w trakcie postępowania takie błędy, które mogą mieć wpływ na jego wynik to powinien postępowanie unieważnić z powodu jego wady. Brak jest natomiast podstaw do unieważnienia umowy na podstawie okoliczności innych niż wynikające ze wskazanych przepisów, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, szczególnie w sytuacji, gdy stwierdzenie wady postępowania ma miejsce po otwarciu ofert. Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Wada postępowania musi mieć charakter trwały, musi rzeczywiście wystąpić i musi powodować niemożliwość zawarcia ważnej umowy. Nie każde więc naruszenie przepisów skutkuje unieważnieniem postępowania. W pierwszej kolejności zamawiający musi ocenić, czy wada jest możliwa do usunięcia. Wadą niemożliwą do usunięcia jest tylko taka wada, której zamawiający nie jest w stanie usunąć z własnej inicjatywy. Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia, co do zasady, kończyć się powinno wyborem oferty najkorzystniejszej i zawarciem umowy o udzielenie zamówienia, a jego unieważnienie winno być jedynie wyjątkiem od tej zasady i jako takie, musi być ono dokonywane przez Zamawiającego z należytą starannością. Staranność ta, w ocenie Izby, objawiać się powinna w pogłębionej analizie czynności podjętych w postępowaniu w kontekście zamiaru podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania, a jej wynikiem powinno być wyczerpujące uzasadnienie takiej decyzji, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli możliwość weryfikacji prawidłowości podjętej przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania. (vide: wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 967/16).

151. Wyrok z dnia 8 marca 2021 r., sygn. akt KIO 453/21

Ponadto odnosząc się do ewentualnego wniosku o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że jest ono obarczone nienadającą się do usunięcia wadą tj. ze względu na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców – poprzez wielokrotne zmiany formularzy związanych z postępowaniem przez Zamawiającego, w tym formularza kosztorysowego, wycofywanie się i poprawianie ponownie raz zmienionych dokumentów, co skutkowało zupełnym brakiem

przejrzystości przygotowanych dokumentów; jak również poprzez stosowanie różnych definicji „istotnej zmiany w treści oferty”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do jego uwzględnienia. Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający w sposób nierówny traktował wykonawców. Jak już powyżej wykazano, różne działania zamawiającego podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania, na które w sposób skonkretyzowany powoływał się odwołujący wynikały, w ocenie Izby, z różnych stanów faktycznych leżących u ich podstaw. Ponadto odwołujący nie wykazał, iż przygotowana przez zamawiającego dokumentacja była nieprzejrzysta. W tym zakresie odwołujący poprzestał wyłącznie na stwierdzeniu, iż zakres zmian doprowadził do licznych błędów w ofertach oraz do nieusuwalnej wady postępowania w postaci braku przejrzystości wymagań zamawiającego w zakresie składanych ofert. Odwołujący nie przywołał w tym zakresie żadnych konkretnych postanowień SIWZ, czy też wyjaśnień, innych niż te które leżały u podstaw odrzucenia jego ofert, a którym jak już wskazano powyżej trudno zarzucić brak przejrzystości. Izba zauważyła, iż postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu (stosownie do art. 534 ust.1 nPzp), któremu odwołujący nie sprostał. W postępowaniu wpłynęło 8 ofert, z których odrzuconych zostało co prawda 5 z nich, jednakże 4 oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 a ustawy Pzp tj. wykonawcy ci nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona została wyłącznie oferta odwołującego. Powyższe nie potwierdza więc tezy odwołującego o istnieniu podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o sformułowany przez odwołującego wniosek i istnienia po stronie wykonawców istotnych problemów ze złożeniem prawidłowych ofert.

Art. 405 NPzp (Art. 131e Pzp)

152. Wyrok z dnia 26 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2819/20

Z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp literalnie i jednoznacznie wynika, że wykonawca jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w ust. 1. Moment wykazania braku podstaw do wykluczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa został określony zatem inaczej niż w przypadku pozostałych zamówień, co ma znaczenie kluczowe dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zauważyć należy, że dopuszczalna w zamówieniach klasycznych zasada, iż wykonawca wykazuje brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert/wniosków w oświadczeniu wstępnym zawartym w JEDZ, a dokumenty składane na dalszym etapie przez tego wykonawcę, którego oceniono najwyżej, wykazują stan na dzień ich złożenia, wynika z brzmienia art. 25a ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku zamówień obronnych ustawa Pzp zawiera regulację szczególną – wspomniany art. 131e ust. 2 ustawy Pzp – który nakazuje przeprowadzania weryfikacji podmiotowej wykonawcy na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

(lub odpowiednio oferty), wobec czego to stan na ten właśnie moment wykazywać mają dowody składane przez wykonawców, żądane przez zamawiającego w zakresie określonym w ogłoszeniu o zamówieniu. W konsekwencji należy uznać, że również wykonawca, który składając wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wykazał za pomocą wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu oświadczeń lub dokumentów braku podstaw do wykluczenia, w odpowiedzi na wezwanie do ich uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ma obowiązek przedstawienia takich oświadczeń lub dokumentów, które wykażą, że w chwili składania wniosku nie zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. (...) postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa rządzą się innymi regułami, określonymi w przepisach Działu III Rozdziału 4A ustawy Pzp. Przepisy tego Rozdziału jako przepisy szczególne, mają pierwszeństwo stosowania przed przepisami odnoszącymi się do udzielania zamówień na zasadach ogólnych. Oznacza to, że przepisy ogólne, w tym art. 25a ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do zamówień obronnych mogą znaleźć zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Tymczasem ustawodawca w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa uregulował kwestie wykazywania braku podstaw wykluczenia z postępowania odmiennie niż w art. 25a ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Ustawodawca wprost wskazał, że po pierwsze przepisów ustawy dotyczących jednolitego dokumentu nie stosuje się (art. 131e ust. 2a ustawy Pzp), a po drugie, że wykonawca zobowiązany jest wykazać brak podstaw do wykluczenia nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 131e ust. 2 ustawy Pzp). Wprowadzenie dla tego rodzaju zamówień pewnych odstępstw proceduralnych w stosunku do zamówień udzielanych na zasadach ogólnych, w tym także w zakresie przeprowadzania weryfikacji podmiotowej wykonawców, uzasadnione jest celem, jakiemu służą zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz ich specyfiką. Już sam zakres przedmiotowy zamówień, do których stosuje się przepisy Rozdziału 4a, opisany w art. 131a ust. 1 i 1a ustawy Pzp, obejmujący dostawy sprzętu wojskowego i związane z tym niewrażliwe roboty budowlane czy usługi, a także zamówienia dotyczące infrastruktury krytycznej, wskazuje, że zamówienia te poddane są nadrzędnemu celowi – zagwarantowaniu obronności i bezpieczeństwa państwa. Powyższe może uzasadniać potrzebę przeprowadzania kwalifikacji podmiotowej wykonawców w sposób bardziej szczegółowy, w odniesieniu do każdego z wykonawców i na podstawie dowodów składanych już wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie w oparciu wyłącznie o oświadczenie wstępne wykonawców, z ograniczeniem szczegółowej weryfikacji podmiotowej do wykonawcy ocenionego najwyżej. (...) Odnosząc się do okoliczności, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie określa momentu, na jaki mają być aktualne oświadczenia lub dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie oparte o powyższy przepis, Izba wskazuje, iż datę tę w odniesieniu do zamówień obronnych wywodzić należy z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp. Aktualność uzupełnianych na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń lub dokumentów musi korelować z wymaganiami wynikającymi z art. 131e ust. 2 ustawy Pzp, który wymaga by oceny podmiotowej wykonawcy dokonać na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i zobowiązuje wykonawców do wykazania braku podstaw wykluczenia właśnie na ten moment. Przy

czym podkreślić należy, że to nie data wystawienia dokumentu mającego potwierdzać brak podstaw wykluczenia ma tu zasadnicze znaczenie, lecz okoliczność na jaki moment dokument ten potwierdza istnienie określonego stanu faktycznego. Izba wskazuje, iż ustawodawca wymaga potwierdzenia stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Fakt wystawienia dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu będzie zatem bez znaczenia, jeśli z treści dokumentu wynikać będzie, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie później niż na dzień składania wniosków. Jak wskazała Izba m.in. w wyroku z dnia 27 marca 2019 r., sygn. akt KIO 420/19, który to pogląd skład orzekający podziela, „sama data wystawienia dokumentu bądź oświadczenia, jest wtórna, wobec wymagań, które ustawodawca stawia dla określonej treści dowodów. Istotnym jest, aby przedłożone dowody, w sposób prawidłowy, potwierdzały niekaralność w dacie nie późniejszej niż wyznaczony przez zamawiającego dzień składania wniosków w postępowaniu, przy zachowaniu wymogów wskazanych w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów.”

Art. 505 ust. 1 NPzp (Art. 179 ust. 1 Pzp)

153. Wyrok z dnia 1 października 2020 r., sygn. Akt KIO 2223/20

Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić.

154. Wyrok z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt KIO 2239/20, KIO 2240/20

W ocenie Izby Odwołujący wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty XXX, uniemożliwia uzyskanie przedmiotowego zamówienia Odwołującym, na co każdy z nich mógłby w przeciwnym razie liczyć. Należy wziąć bowiem pod uwagę, że skoro Zamawiający zdecydował się na zastosowanie tzw. procedury odwróconej (uregulowanej w art. 24 aa pzp), wyłącznie XXX, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, został zbadany pod względem niepodlegania wykluczeniu i spełniania warunków udziału w tym postępowaniu. Zatem w razie unieważnienia tego wyboru, każdy kolejny wykonawca, którego oferta zostanie uznana

za najkorzystniejszą, będzie wzywany do złożenia oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału i niepodlegania wykluczeniu. Tym samym pojawią się nowe okoliczności, które będą mogły stać się podstawą faktyczną i prawną odwołań od wyboru kolejnej oferty jako najkorzystniejszej.

155. Wyrok z dnia 19 października 2020 r., sygn. akt KIO 2304/20

Odrębną kwestią ale wartą jednakże dostrzeżenia na marginesie jest to, że nawet gdy uznać za dopuszczalne złożenie odwołania (jako niepodlegającego odrzuceniu), to niemożliwym byłoby przyjęcie, że Odwołujący posiadał interes we wniesieniu tego odwołania dla części II zamówienia. Wobec wykluczenia Odwołującego i odrzucenia złożonej przez niego oferty, nie jest on władny uzyskać zamówienia (tego konkretnego – „danego” w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Co za tym idzie nie może on ponieść szkody w wyniku ewentualnego dopuszczenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia. Nie może uzasadniać istnienia po stronie odwołującej interesu w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp próba odwoływania się do konieczności unieważnienia postępowania i przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia ponownie, zwłaszcza w ujęciu orzecznictwa europejskiego, w tym przywołanego przez samego Odwołującego w odwołaniu. Interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy i nie może być odnoszony do przyszłego i niepewnego, hipotetycznego zdarzenia, jakim może być (ale nie musi) ponowne ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia. Nie można uznać za prawidłowy w obliczu obowiązujących przepisów poglądu, że wykonawca reprezentujący swój interes, w sytuacji gdy nie ma szans na uzyskanie zamówienia, może dążyć do unieważnienia postępowania jako jedynego celu korzystania ze środków ochrony prawnej. Takiej interpretacji przesłanki „posiadania interesu” nie podziela także orzecznictwo europejskie. Za nieuprawnione należy uznać stanowisko Odwołującego, w zakresie gdzie odwołuje się on do orzeczenia Trybunału Sprawidliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama. Orzeczenie to zostało wydane w sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu wykonawców. Trybunał uznał wówczas, iż odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia innego wykonawcy i odrzucenia oferty takiego oferenta i w taki sposób zdefiniował pojęcie „danego zamówienia”. Wspomniane orzeczenie, jak również inne przywołane przez Odwołującego w odwołaniu dotyczyły sytuacji, gdzie Wykonawca korzystający ze środków ochrony prawnej, co prawda wnosi o unieważnienie postępowania, ale jednocześnie kwestionuje decyzje zamawiającego podjęte w stosunku do własnej oferty. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący bowiem nie polemizuje z decyzją Zamawiającego w

odniesieniu do własnej oferty ale próbuje korzystać ze środków ochrony prawnej w kontekście działań pozostałych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia akceptując sytuację, że jego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia zakończył się a oferta została uznana za nieprawidłową. Ze stanowiska doktryny i orzecznictwa wynika jednoznacznie, że skutek w postaci ewentualnego unieważnienia tak kwestionowanego postępowania nie może być celem samym w sobie. W ocenie składu orzekającego Izby Wykonawca, który został ostatecznie wykluczony z postępowania, zarówno na gruncie przepisów krajowych, jak i europejskich, nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

156. Wyrok z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3019/20

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, iż należy odmówić odwołującemu posiadania legitymacji materialnej do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 p.z.p.), ponieważ złożył ofertę, którą oceniono jako trzecią w rankingu ofert, skarżąc w odwołaniu jedynie wybór oferty najkorzystniejszej, bez postawienia zarzutów w stosunku do drugiej oferty z rankingu. Zamawiający argumentował, iż w obecnej sytuacji nie sposób uznać, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, co powinno spowodować oddalenie odwołania.

Skład orzekający ustalił, że zgodnie z rozdziałem IV lit. B pkt 2 SIWZ w przetargu przewidziano ocenę i badanie ofert w tzw. procedurze odwróconej (art. 24aa ust. 1 p.z.p.). Procedura odwrócona różni się od procedury zasadniczej kolejnością i zakresem przeprowadzanych przez zamawiającego czynności w ramach etapu badania i oceny ofert. Stosując tryb z art. 24aa ust. 1 p.z.p., po dokonaniu formalnej weryfikacji poprawności złożonych ofert, zamawiający przechodzi do ich badania pod kątem wystąpienia przesłanek odrzucenia, a następnie ocenia oferty niepodlegające odrzuceniu przez pryzmat ustalonych kryteriów i wyłania ofertę najwyższej ocenioną, najlepszą. Po tym etapie dokonuje się oceny podmiotowej, ale tylko wykonawcy najlepszego. Zamawiający, stosując procedurę odwróconą, najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada, czy wykonawca, którego oferta uzyskała najwięcej punktów, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie bada się natomiast sytuacji podmiotowej pozostałych wykonawców. Jeżeli warunki podmiotowe wykonawcy najlepszego są prawidłowe dokonuje się wyboru jego oferty jako oferty najkorzystniejszej, nie dokonując badania spełnienia warunków udziału w przetargu i braku podstaw do wykluczenia przez pozostałych wykonawców.

Ustawodawca – dokonując uproszczenia procedur udzielania zamówień publicznych – zdecydował, że w procedurze odwróconej sytuację podmiotową bada się na kanwie oświadczeń wykonawcy i dopiero, jeżeli jego oferta zostanie oceniona jako najlepsza, żąda się złożenia przez niego środków dowodowych w zakresie potwierdzenia okoliczności z art. 25 ust. 1 p.z.p. (art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 24aa ust. 1 p.z.p.). Tym niemniej każdy inny wykonawca, który nie jest najwyższej ocenionym, dowodów tych nie składa – oprócz sytuacji, kiedy zamawiający zastosuje art. 26 ust. 2f p.z.p., co nie miało miejsca w rozpoznawanym sporze.

Zatem żądanie uzależnienia legitymacji do wniesienia odwołania od konieczności postawienia ofertom z wyższych pozycji w rankingu, niż oferta odwołującego, zarzutów mogących skutkować ich eliminacją z przetargu wydaje się postulatem szczególnie nietrafionym. Zamawiający nie bada sytuacji podmiotowej innych wykonawców, oprócz najlepszego, a chciałby żeby zrobił to odwołujący i pomimo braku materiału w tym przedmiocie, postawił czynnościom jednostki zamawiającej zarzuty – czynnościom, których zamawiający nie wykonał w postępowaniu. I nie jest to zaniechanie, czyli powstrzymanie się od działania, które powinno nastąpić na podstawie określonej normy prawnej (i któremu można byłoby postawić zarzut niezgodności z ustawą p.z.p.), a powstrzymanie się od badania dowodów w zakresie oceny sytuacji podmiotowej innych wykonawców, niż najwyżej oceniony, zgodnie z ustawowym uprawnieniem zamawiającego. W takiej sytuacji wykonawcy nie znają decyzji zamawiającego wieńczącej jego ocenę co do spełniania warunków udziału w przetargu i braku podstaw do wykluczenia wobec swojej konkurencji, czyli nie ma czynności zamawiającego, której można byłoby postawić zarzut niezgodności z ustawą, więc niewiadomym pozostało co w takiej sytuacji wykonawca miałby zaskarżyć – brak jest substratu zaskarżenia.

Art. 505 ust. 2 NPzp (Art. 179 ust. 2 Pzp)

157. Wyrok z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3439/20

(...) Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. *Odwołujący jest organizacją wpisaną na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 ustawy Pzp, a przedmiotem niniejszego odwołania są zarzuty skierowane wobec treści Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, stanowiących dokumentację postępowania.* Jako organizacja pracodawców, zrzeszająca podmioty prowadzące działalność gospodarczą w dziedzinie projektowania obiektów budowlanych i infrastrukturalnych, jak również w zakresie nadzorowania realizacji przedmiotowych inwestycji, zrzesza znaczącą część liderów i profesjonalistów ww. branży. Jednocześnie jako związek profesjonalistów zdolnych do wykonania zamówienia i zainteresowanych ubieganiem się o jego udzielenie z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania, jest zainteresowany przeprowadzeniem postępowania i udzieleniem zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp. Na skutek naruszenia przez zamawiającego reguł rynku Pzp, wykonawcy zainteresowani realizacją zamówienia narażeni są na szkodę. Zachowanie aktualnej treści SIWZ stanowi ryzyko pozbawienia wielu podmiotów dających gwarancję należytego wykonania zamówienia szansy na uzyskanie zamówienia, a w dalszej konsekwencji na osiągnięcie zysku. Utrzymanie aktualnego stanu rzeczy pozostaje w sprzeczności z ideą przepisów o zamówieniach publicznych, których głównym i nadrzędnym celem jest umożliwianie dostępu do zamówienia szerokiemu kręgowi potencjalnych podmiotów zdolnych do jego wykonania. z kolei zmiana SIWZ w zakresie podnoszonym w odwołaniu, mająca na celu ustalenie kryteriów oceny

ofert oraz warunków realizacji zamówienia w sposób zgodny z przepisami prawa, wyczerpuje przesłanki opisane w art. 179 ust. 2 Pzp i uzasadnia rozpoznanie odwołania.

Art. 510 ust. 1 i 2 NPzp (brak odpowiednika w przepisach ustawy Pzp)

158. Wyrok z dnia 28 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 8/21

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego XXX o odrzucenie odwołania. Zgodnie z art. 510 ust. 1 ustawy pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. Izba stoi na stanowisku, że rację ma odwołujący, iż pełnomocnik nie musi jednocześnie zarządzać majątkiem lub interesami strony i pozostawać w stosunku zlecenia. W ocenie Izby obie te podstawy mogą być wywodzone rozłącznie. W dacie wniesienia odwołania YYY złożyła pełnomocnictwo, z którego wynikało, że prowadzi działalność gospodarczą a z załączonego odpisu z CEiDG, że działalność ta polega na działalności prawniczej. W ocenie Izby te dowody uwiarygadniały możliwość pozostawania w stosunku zlecenia. Przy czym Izba zauważa, że ustawodawca nie postawił wymogu stałego zlecenia, jednakże w ocenie Izby stosunek zlecenia powinien dotyczyć określonych czynności prawnych prawa materialnego, zaś pełnomocnictwo powinno być wynikiem potrzeby obrony interesów strony w związku z podejmowanymi przez zleceniobiorcę czynnościami w ramach stosunku zlecenia. W ocenie Izby nie ma obowiązku załączania umowy zlecenia do odwołania, a także składania go przy pierwszej czynności procesowej, gdyż wskazane w art. 511 ust. 2 ustawy wskazują na braki pełnomocnictwa lub w składzie właściwych organów, a w ocenie Izby samo pełnomocnictwo tak z 4 stycznia 2021r. jak i złożone w dniu dzisiejszym z dnia 20 stycznia 2021r. takich braków nie zawierało, gdyż wskazywało rodzaj czynności, do których upoważnia – wnoszenie odwołania, reprezentowanie odwołującego, w związku, z jakim postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego się wiąże i było wystawione przez osobę uprawnioną do działania w imieniu odwołującego, czyli przez właściciela firmy. Oczywiście pożądanym jest, aby pełnomocnik pozostający w stosunku zlecenia był w stanie ten fakt wykazać w sytuacji zaistnienia wątpliwości, co do istnienia tego stosunku czy jego charakteru, jednakże w ocenie Izby brak jest przepisu obligującego pełnomocnika do wykazywania istnienia tego stosunku. Przepis art. 516 ust. 2 pkt. 2 ustawy mówi o obowiązku załączenia dowodu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania odwołującego, a taki dokument został złożony. W ocenie Izby YYY wykazała istnienie stosunku zlecenia zakwestionowanego przez przystępującego XXX.

Art. 513 NPzp (Art. 180 ust. 1 Pzp)**159. Wyrok z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2345/20, KIO 2390/20**

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba uznała za zasadne odniesienie się w pierwszej kolejności do stanowiska Zamawiającego o przedwczesności zarzutów odwołania. (...) Zamawiający formalnie w chwili wnoszenia odwołania nie dokonał jeszcze czynności poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego w oparciu o pkt. 12.4. lit. a tiret drugie IDW, to brak było czynności, wobec której przysługiwałyby środki ochrony prawnej. Ocenie Izby nie podlegała zatem czynność poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego ani czynność odrzucenia jego oferty z powodu braku dokonania zgody na poprawienie omyłek w ofercie, podjęte przez Zamawiającego już po upływie terminu na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie. Natomiast na kanwie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp nie sposób podzielić stanowiska Zamawiającego, jakoby odwołanie było przedwczesne także w zakresie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień podjętej 29 września 2020 r. Po pierwsze wystosowanie wezwania do Odwołującego stanowiło formalną czynność podjętą przez Zamawiającego w postępowaniu. Po drugie w przedmiotowej sprawie miała miejsce dość specyficzna sytuacja będąca konsekwencją przyjętych w IDW założeń - przedmiotowe wezwanie stanowiło jednoznaczny wyraz przyjętej przez Zamawiającego kwalifikacji zaistniałego stanu faktycznego (tj. niezłożenia szczegółowego Kosztorysu ofertowego w km 107,357 przez Odwołującego) pod konkretne postanowienia SIWZ regulujące zdaniem Zamawiającego sposób poprawienia dostrzeżonej omyłki (12.4 lit. a tiret drugie IDW), a ponadto było ono obligatoryjną w świetle SIWZ czynnością bezpośrednio poprzedzającą poprawienie oferty w ten jeden konkretny, przyjęty przez Zamawiającego sposób. Jeżeli w ocenie Odwołującego była to czynność niezgodna z przepisami ustawy Pzp (w tym wypadku z art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w relacji do wiążących Strony postanowień IDW), to zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący miał prawo wnieść na tę czynność odwołanie. Wartość postępowania o udzielenie zamówienia przekracza kwoty określone w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wobec czego odwołanie przysługuje od każdej czynności Zamawiającego niezgodnej z ustawą Pzp. Kwestia weryfikacji czy faktycznie dana czynność jest niezgodną z ustawą i czy w określonym stanie faktycznym ewentualne naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, stanowi materię podlegającą merytorycznej ocenie w postępowaniu odwoławczym.

Art. 515 NPzp (Art. 182 Pzp)**160. Wyrok z dnia 1 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 2932/20**

Zauważając, że przepisy prawa nie ustalają początku biegu terminu na wniesienie odwołania od zaniechania przez zamawiającego udostępnienia zastrzeżonych informacji w ofertach, należy wskazać, że termin taki uzależniony jest od zachowania zamawiającego, który w toku badania i oceny

ofert bada także zasadność zastrzeżenia przez wykonawcę informacji stanowiących zdaniem wykonawcy tajemnicę przedsiębiorstwa. Ocena zamawiającego dokonana w tym zakresie i przedstawiona wykonawcom (wykonawcy) stanowi o początku biegu terminu na wniesienie odwołania. Nie jest przy tym wykluczone, że zakończenie oceny jest co do terminu tożsame z zakończeniem oceny ofert i ustaleniem wyniku postępowania. W sprawie rozpatrywanej wykonawca nie uzyskał przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej treści oferty konkurencyjnej w części zastrzeżonej jako zawierającej tajemnicę przedsiębiorstwa. Analizując stan faktyczny skład orzekający uznaje, że odwołanie dotyczące zaniechania ujawnienia treści oferty zostało złożone w terminie, który wykonawca ustalił poprawnie. W szczególności termin taki nie rozpoczął biegu z dniem otwarcia ofert, ani z dniem ustalenia wykazu wykonawców dopuszczonych i zaproszonych do udziału w aukcji elektronicznej. Twierdzenie, iż odwołujący powinien z faktu zaproszenia do udziału w aukcji wywodzić okoliczność, że ofertę należy odtajnić, a wykonawca z zachowaniem staranności i w celu uniknięcia ewentualnego zarzutu spóźnienia zaniechał żądania udostępnienia, nie ma podstaw w przepisach prawa. Brak jednoznacznego oświadczenia zamawiającego o odmowie udostępnienia dokumentów oznacza, że nie miała miejsce ani odmowa, ani zaniechanie czynności obowiązkowej, jako zachowania podlegające skutecznemu zaskarżeniu. Tym samym, wobec braku innych okoliczności, termin zaskarżenia zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa jest tożsamy z terminem zaskarżenia decyzji o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli w sprawie rozpatrywanej, wyboru oferty najkorzystniejszej. Właśnie w tym dniu zamawiający zdecydował, jaka część oferty nie została odtajniona i rozpoczął bieg termin do złożenia odwołania.

Art. 516 ust. 1 pkt 7-10 NPzp (Art. 180 ust. 3 Pzp)

161. Wyrok z dnia 25 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3301/20

Po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania, nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i podnoszenie dodatkowych, nowych okoliczności, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej. Zwięzłe przedstawienie zarzutów, określenie żądania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania, powinno nastąpić już w chwili wniesienia środka zaskarżenia (art. 180 ust. 3 p.z.p.). Orzeczenie wydaje się w granicach podniesionych zarzutów i nie ustanowiono przypadków, kiedy poza te granice można wyjść, oznacza to wprowadzenie prekluzji do wskazania wszystkich okoliczności w odwołaniu. Natomiast wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak wskazania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym wynikającym z przepisów prawa, ale i uprawnieniem, z którego należy korzystać, przede wszystkim we własnym interesie. Zatem krytycznie należy odnieść się do nieuprawnionej próby uzupełnienia odwołania po terminie na jego wniesienie, w postaci pisma z dnia 18 stycznia 2021 r., które zostało złożone dopiero na posiedzeniu. Aby skład orzekający mógł ocenić czy uzupełnienie odwołania jest zgodne z prawem,

w p.z.p. musiałaby istnieć norma dopuszczająca takie działanie odwołującego, zawierająca przesłanki konieczne do spełnienia w sytuacji, kiedy odwołujący, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 180 ust. 3 p.z.p., nie wskazał wszystkich podstaw do wniesienia odwołania w ustawowym terminie. Zatem skoro takiej normy nie ma, uzupełnienie odwołania jest nieznaną procedurze p.z.p. – ponieważ ustawodawca nie zdecydował się na umożliwienie uzupełnienia środka zaskarżenia po terminie na jego złożenie, działanie odwołującego jest niezgodne z ustawą p.z.p. (...) Postępowanie przed Izłą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem. Zatem czynności stron i uczestników postępowania, powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Natomiast skuteczny upływ terminu określonego na wniesienie odwołania i brzmienie art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 p.z.p. uniemożliwia Izbie orzekanie z przekroczeniem treści odwołania.

Art. 522 ust.1 NPzp (Art. 186 ust. 2 Pzp)

162. Wyrok z dnia 3 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 20/21

Zarzuty oparte na art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (aktualnie art. 522 ust. 1 i 2 nPzp) i nie wykonaniu przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu nie podlegały uwzględnieniu, gdyż z ww. przepisów wprawdzie wynika, że zamawiający dokonuje czynności zgodnie z żądaniem lecz przepisy te nie mają charakteru materialnoprawnego rodzącego roszczenie o wykonanie czynności. W ocenie Izby, przepis ten ma charakter formalny i jest elementem procedury zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego. Jest swoistym wskazaniem sposobu działania zamawiającego, który uwzględnia zarzuty odwołania i dokonuje czynności zgodnie z żądaniami. Fakt niedokonania czynności zgodnie z żądaniami skutkuje prawem do wniesienia kolejnego odwołania przez wykonawcę i jego merytorycznego rozpatrzenia, a w przeciwnym wypadku, tj. dokonania żądanych czynności, odrzuceniem kolejnego odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 nPzp.

163. Postanowienie z dnia 8 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 253/21

Uznaniu, że Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości nie stoi na przeszkodzie fakt, że nie uwzględnił on żądania Odwołującego, dotyczącego nakazania Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego. Żądanie takie nie znajduje bowiem oparcia w przepisach prawa, a Izba rozpoznając przedmiotową sprawę nie mogłaby nakazać Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego, lecz wyłącznie obowiązek powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Jak słusznie zauważył Zamawiający oferta Odwołującego, przed jej ewentualnym wyborem jako najkorzystniejszej, musiałaby najpierw zostać poddana badaniu i ocenie zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym Odwołujący musiałby zostać wezwany do złożenia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Co prawda w art.

522 ust. 1 zdanie drugie ustawy nPzp jest mowa o tym, że Zamawiają wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, niemniej powyższego nie należy utożsamiać z bezwzględnym obowiązkiem automatycznej realizacji postulatów Odwołującego w sposób wskazany w odwołaniu. Zamawiający jest zobowiązany przede wszystkim do prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a wykonanie żądania zawartego w odwołaniu i dokonanie wyboru oferty Odwołującego z pominięciem obowiązków ciążących na Zamawiającym w zakresie badania tej oferty, sprowadzałoby się do czynności niezgodnych z tymi przepisami.

Art. 522 ust. 2 NPzp (Art. 186 ust. 3 Pzp)

164. Postanowienie z dnia 5 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2225/20

Pomimo tego, że zarówno przepisy ustawy, jak i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r. poz. 1296), nie normują instytucji cofnięcia sprzeciwu, złożenie takiego oświadczenia jest dopuszczalne i wywiera skutki prawne. W kontradyktoryjnym postępowaniu odwoławczym strony i uczestnicy samodzielnie kształtują swoją sytuację procesową, a skład orzekający bada odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów spornych. Izba wskazuje, że stanowisko zawarte w piśmie z dnia 28 października 2020 roku nie zawierało oświadczenia w kwestii sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Wniesienie sprzeciwu jest czynnością podejmowaną w postępowaniu odwoławczym, której skutkiem jest ukształtowanie pozycji procesowej uczestnika dokonującego tej czynności. Tym samym oświadczenie w kwestii wniesienia sprzeciwu nie powinno być domniemywane na podstawie treści zawartych w pismach i oświadczeniach składanych przez wykonawcę w toku postępowania odwoławczego, lecz powinno zostać wyrażone wprost jako „sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu”. Z wniesieniem sprzeciwu ustawa P.z.p wiąże bowiem szereg skutków prawnych i procesowych, w tym brak możliwości wykonania, powtórzenia lub unieważnienia przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów czy obciążenie wnoszącego sprzeciw kosztami postępowania odwoławczego w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę (art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy P.z.p.).

Art. 522 ust. 3 NPzp (Art. 186 ust. 3a Pzp)**165. Postanowienie z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3505/20**

Izba stwierdziła, że, wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej czynności z pkt 2 pisma, tj. zaniechania opublikowania wyjaśnień do SIWZ zgodnie z regulacją przepisu art. 38 ust. 2 ustawy Pzp. Uwzględnienie odwołania jest czynnością zamawiającego o charakterze procesowym, która dokonywana jest przez złożenie przez niego oświadczenia procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Za oświadczenie o uwzględnieniu odwołania nie można uznać czynności o charakterze materialnoprawnym, w postaci udzielenia odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, dokonywanej przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o której informowani są wykonawcy. Do dnia wydania orzeczenia w sprawie do Izby nie wpłynęło żadne oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów odwołania w jakiegokolwiek części.

Art. 525 NPzp (Art. 185 Pzp)**166. Wyrok z dnia 20 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2672/20, KIO 2673/20, KIO 2675/20**

Izba w oparciu o dostępną w sprawie o sygn. akt KIO 2673/20 dokumentację postępowania a także w oparciu o informacje zawarte w systemie elektronicznym funkcjonującym w Izbie ustaliła, że w ustawowym terminie 3 dni od dnia zawiadomienia zamawiającego, tj. od dnia 19 października 2020 r. do Izby nie wpłynęło jakiegokolwiek pismo ze strony XXX, zawierające przystąpienie do postępowania odwoławczego we wskazanej sprawie. Pełnomocnik XXX w toku posiedzenia z udziałem stron stwierdził, że pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 2673/20 zostało przesłane za pomocą ePUAP i przedstawił składowi orzekającemu do wglądu kopie przesłanego przez wykonawcę pisma, które jednak nie zawierało żadnego potwierdzenia jego przesłania do Izby. Pełnomocnik wykonawcy aż do momentu zamknięcia posiedzenia nie był w stanie przedstawić stosownego dowodu przekazania Izbie takiego pisma, zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wobec tego Izba nie miała żadnych podstaw do tego, aby w sposób miarodajny uznać, że wykonawca takie pismo, zawierające przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał do Izby. Izba nie podzieliła zapatrywań XXZX, że wystarczającym dowodem na przesłanie takiego pisma jest sam jego wydruk z systemu. Izba w tym zakresie przyznała rację Odwołującym, którzy zgodnie stwierdzili, że tego rodzaju dokument nie może stanowić wiarygodnego potwierdzenia skoro do Izby nie dotarł, a poza tym w takim przypadku to właśnie wykonawca przesyłający owe pismo powinien dysponować urzędowym poświadczeniem przesłania tzw. „UPO”, którego wydruk jest możliwy w dowolnym momencie. Tym samym to na wykonawcy zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego spoczywa

ciężar wykazania, że przesłał rzucone pismo do Izby, a zatem w sposób skuteczny przystąpienie do postępowania odwoławczego stając się jednocześnie jego uczestnikiem.

167. Wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 478/21, KIO 489 /21

Natomiast zgłoszenie przystąpienia przez wykonawcę XXX, po stronie Zamawiającego z uwagi na okoliczność, iż wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2021 r., tj. z przekroczeniem 3 dniowego terminu o którym mowa w art. 525 ust. 2 nowej ustawy Pzp, nie mogło zostać uznane przez Izbę za skuteczne. Tym samym wykonawca ten nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania. Podkreślenia wymaga, że nie ma znaczenia, iż zgłoszenie przystąpienia, którego wysyłanie za pomocą systemu ePUAP zostało rozpoczęte na kilka minut przed upływem terminu na jego wniesienie, finalnie zostało dostarczone do Prezesa Izby zaledwie 21 sekund po północy. Izba podkreśla, że choć rzeczywiście termin na zgłoszenie przystąpienia upływa z końcem dnia, to jednak wykonawca, który jest profesjonalistą, musi liczyć się z tym, że czekając do ostatniej chwili z taką czynnością ponosi ryzyko, że nie uda się jej przeprowadzić z sukcesem w terminie. (...) Niedochowanie terminu w tej sprawie jest wyłącznie wynikiem zachowania Wykonawcy, który powinien był przewidzieć, że skoro zamierza przesłać duży objętościowo plik zawierający załączniki, to nie należy tej czynności rozpoczynać na 13 minut przed upływem terminu. Ponadto Izba odsyła do treści art. 508 nowej ustawy Pzp, gdzie została uregulowana forma wnoszenia pism w postępowaniu odwoławczym, z czego wprost wynika, że wniesienie pisma, w tym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, za pomocą systemu ePUAP, jest tylko jedną z możliwości, ale nie jedyną, jakie mają wykonawcy.

168. Postanowienie z dnia 8 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 874/21

Izba uwzględniła, że do dnia rozpoznania odwołania do Prezesa Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia XXX do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. Przesłanki zgłoszenia przystąpienia wskazane są w art. 525 ust. 1 i 2 nPzp. Są nimi: posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której zgłasza się przystąpienie, zachowanie terminu przewidzianego na zgłoszenie przystąpienia oraz przekazanie kopii zgłoszonego przystąpienia stronom. Przystąpienie doręcza się Prezesowi Izby w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zamawiający o wniesieniu odwołania poinformował wykonawców 18 marca 2021 r., zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał 22 marca 2021 r. (art. 525 ust. 1 w zw. z art. 509 ust.2 nPzp). W konsekwencji, nawet jeśli sam zamawiający otrzymał przystąpienie lub kopię przystąpienia wykonawcy, który złożył ofertę w tym postępowaniu, czyli XXX, to oświadczenie takie nie może być skuteczne. Stosowne oświadczenie nie wpłynęło bowiem do Prezesa Izby. Terminy na dokonanie czynności w postępowaniu odwoławczym przewidziane w nowej ustawie mają charakter prekluzyjny i nie mogą zostać przywrócone. Brak zgłoszenia przystąpienia w terminie ustawowym powoduje utratę możliwości wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przez XXX, a tym samym

złożenia przez tego wykonawcę sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, nie jest możliwe.

Art. 526 ust. 2 NPzp (Art. 185 ust. 4 Pzp)

169. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 18/21

Izba na podstawie art. 526 ust. 2 nPzp oddaliła opozycję stwierdzając, że jej uwzględnienie możliwe jest jedynie w sytuacji nie wykazania istnienia po stronie Przystępującego interesu w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego w sytuacji kiedy wykonawca ma już zawartą umowę na świadczenie usług, a na skutek ewentualnego uwzględnienia przez Izbę odwołania musiałby ponownie ubiegać się o udzielenie zamówienia, to niewątpliwie należy uznać, że wykonawca posiada interes w przystąpieniu do postępowania po stronie Zamawiającego, aby dążyć do utrzymania w mocy aneksu nr 5. Izba w składzie orzekającym nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w zgłoszeniu przystąpienia z dnia 11 stycznia 2021 r. Przystępujący nie wykazał posiadania interesu, bowiem w pkt 3 ww. pisma Przystępujący w sposób wyraźny wskazał, w czym upatruje swojego interesu.

Art. 528 pkt 1 NPzp (Art. 189 ust. 1 pkt 1 Pzp)

170. Wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3531/20

Izba w świetle zgromadzonego materiału dowodowego stwierdziła zamawiający nie wykazał zasadności wniosku o odrzucenie odwołania, a w konsekwencji Izba ustaliła, że nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 133 ust. 1 ustawy. (...) W zaistniałym stanie, potwierdzonym ustaleniami dokonanymi przez Izbę z urzędu Izba uznała, iż zamówienie faktycznie jest zamówieniem sektorowym, do którego zastosowanie mają zasady opisane w dziale III rozdziale 5 Ustawy. Z ogłoszenia wynikało, że zamówienie jest zamówieniem sektorowym w sektorze wodnym, zamawiający jest podmiotem zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż utworzony jest przez podmiot określony w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, który jest 100% udziałowcem zamawiającego. Przedmiot zamówienia służy wykonywaniu działalności polegającej tworzenia sieci przeznaczonych do świadczenia publicznych usług związanych z produkcją lub dystrybucją wody pitnej lub dostarczania wody pitnej do takich sieci lub kierowania takimi sieciami. Przedmiotem budzącym wątpliwość była natomiast wartość zamówienia wyszacowana przez zamawiającego, gdyż z faktu ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jak i z treści samej siwz wykonawcy mogli być przekonani, że zamówienie jest co najmniej równe kwotom określonym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, co jednak podważył na

etapie rozprawy zamawiający wskazując, że zamówienie nie osiąga tych kwot. Jednak to sam zamawiający w dniu 14 stycznia 2021r. na wezwanie do podanie wartości zamówienia wyjaśnił, że przedmiotowe zadanie wchodzi w zakres większej całości realizowanej na podstawie umowy o dofinansowanie z Funduszu Spójności i łączna wartość zadań objętych tą umową przekracza kwoty określone na podstawie rozporządzenia wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Fakt zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i w ten sposób pośrednio wskazanie jego wartości wyższej niż w rzeczywistości nie stoi na przeszkodzie dla odmiennej oceny skutków działań Zamawiającego, czy to przez organ orzekający w sporze (KIO, Sądy Powszechne), czy też organ kontroli (Prezes UZP). Fakt, iż zamawiający początkowo zakwalifikował zamówienie do postępowania sektorowego co najmniej równowartego kwocie 5 350 000euro, w przypadku udowodnienia, że jest to zamówienie o niższej wartości, nie pozbawia go charakteru właściwego zamówieniom sektorowym nieosiągającym tego progu w rozumieniu przepisów ustawy. Jednak w badanej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Zamawiający prowadził przedmiotowe postępowanie jako część większej całości i od tej całości ustalił wartość szacunkową zamówienia niewątpliwie przekraczającą progi unijne. W świetle powyższego Izba uznała, iż czynności zamawiającego, jak każde inne podjęte w postępowaniu mogą być poddane weryfikacji na etapie postępowania odwoławczego, w szczególności przy badaniu przeszkód formalnych do nadania biegu wnoszonym środkom ochrony prawnej. Jednakże w przedmiotowej sprawie Izba nie otrzymała od zamawiającego dowodów pozwalających na podważenie prawdziwości oświadczenia zamawiającego z dnia 14 stycznia 2021r., a to zamawiający poddawał pod wątpliwość prawidłowość własnej informacji, stąd to on powinien wykazać, że zamawiający nieprawidłowo zakwalifikował zamówienie jako zamówienie powyżej progów unijnych. Izba nie ma bowiem z urzędu dostępu do zawieranych umów o dofinansowanie, czy wniosków będących ich podstawą, nie dysponuje także dokumentacją z innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i w tej sytuacji, jeśli zamawiający oczekiwał sprawdzenia, czy sam prawidłowo zakwalifikował dane postępowanie jako przekraczające progi unijne powinien zadbać o przedstawienie dowodów umożliwiających tę ocenę. Brak tych dowodów nie pozwalał Izbie na podważenie wiarygodności oświadczenia zamawiającego z dnia 14 stycznia 2021r. złożonego na wezwanie Izby. Tym samym Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania, uznając, że w sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy, a zamówienie przekracza progi unijne i wówczas z mocy art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy odwołującemu przysługuje 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, który zachował. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania z mocy art. 189 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy.

171. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 18/21

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego oraz Przystępującego dotyczącego odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 1 nPzp wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli w sprawie nie znajdują zastosowania przepisy Pzp, a więc w sytuacji, gdy wniesione odwołanie będzie dotyczyło postępowania prowadzonego w oparciu o inne zasady niż wynikające z ustawy

Prawo zamówień publicznych, a więc postępowania, które nie dotyczą zamówień publicznych w rozumieniu art. 7 pkt 32 nPzp, a także takie, co do których wyłączone zostało stosowanie ustawy na mocy przepisów nPzp (w szczególności na podstawie art. 9–14 nPzp). Natomiast skład orzekający Izby stwierdził, że w niniejszej sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ odwołanie dotyczy niewątpliwie zamówienia publicznego w rozumieniu przepisów zarówno nPzp, jak i poprzednio obowiązujących, jak też nie zachodzi żadne z przewidzianych wyłączeń. W kontekście powyższego Izba za błędną uznała argumentację Zamawiającego opierającą się na tym, iż w tym postępowaniu należy rozgraniczyć przepisy ustawy obecnie obowiązującej i wcześniejszej. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że powołany przepis art. 528 pkt 1 nPzp nie tylko nie zawiera takiego rozgraniczenia, ale odwołuje się do pojęcia ustawy w kontekście zastosowania jej przepisów. Gdyby przyjąć za zasadną argumentację prezentowaną przez Zamawiającego, to obecnie dokonana zmiana przepisów, polegająca na zastąpieniu Pzp 2004r. aktem w postaci nPzp rodziłaby ten skutek, iż należałoby odrzucić odwołania wniesione po 1 stycznia 2021 r., które dotyczyłyby stanu prawnego według „starej” Pzp, bowiem w takim przypadku zgodnie z rozumowaniem Zamawiającego i Przystępującego nie mają zastosowania przepisy Pzp, a nPzp.

172. Postanowienie z dnia 13 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 660/21

(...) Zamawiający nie jest jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 9 ustawy o finansach publicznych. Nie jest także państwową jednostką organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jest spółką z ograniczoną odpowiedzialnością posiadającą osobowość prawną. Nie może być także zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie choćby wymogu dotyczącego wartości (pkt b) i wymogu dotyczącego przedmiotu zamówienia (pkt c). Musi być zatem zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 bądź art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Z kolei z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że przedmiotowe zamówienie udzielane jest w celu odbudowy kolektora sanitarnego, a więc niewątpliwie służy wykonywaniu działalności, o której mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamówienie będzie miało charakter zamówienia sektorowego, jeżeli jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności określonej w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp. Realizacja robót budowlanych polegających na odbudowie kolektora sanitarnego mieści się w ramach działalności sektorowej polegającej na świadczeniu usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków. Wobec powyższego ustalono, że powyższe zamówienie jest zamówieniem sektorowym, o którym mowa w art. 132 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. (...) Jeżeli do postępowań sektorowych przepisy ustawy Pzp stosuje się jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, to należało uznać, wnosząc *a contrario* z art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, że w analizowanej sprawie przepisów ustawy Pzp się nie stosuje, co obligowało Izbę do odrzucenia odwołania. Dostrzeżenia wymaga, że w świetle art. 528 ustawy Pzp2019 Izba obowiązana jest odrzucić odwołanie z urzędu w każdym przypadku, jeżeli ziszczą się przesłanki wskazane w treści tego przepisu. Podkreślić w tym miejscu należy, że bez znaczenia dla uprawnień

wykonawców co do możliwości składania środków odwoławczych jest fakt, że Zamawiający – nie będąc do tego zobligowany treścią ustawy Pzp – stosuje do prowadzonego postępowania określony tryb i zasady obowiązujące w ustawie Pzp. Bez znaczenia pozostaje również to, że Zamawiający zdecydował się na wszczęcie postępowania w trybie ustawy Pzp nie zaznaczając, że jest to zamówienie sektorowe oraz wskazując, że Wykonawcy będą mogli korzystać ze środków ochrony prawnej. Niewątpliwie w ocenie Izby takie zapisy mogły wprowadzać Wykonawców w błąd. Nie zmienia to jednak okoliczności, że zamawiającym, w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp jest tylko taki podmiot, który jest „obowiązany do stosowania ustawy”. Zaś w niniejszej sprawie XXX, z mocy art. 133 ust. 1 ustawy Pzp, nie miało obowiązku stosowania ustawy. Zdaniem Izby, Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie mógł skorzystać ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie do KIO. Powyższego nie zmienia błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie, jakie zamieszczono zarówno w SIWZ, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie rodzi ono po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Nie uchyla także nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania.

Art. 528 pkt 2 NPzp (Art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp)

173. Wyrok z dnia 19 października 2020 r., sygn. akt KIO 2304/20

(...) status wykonawcy wiąże się z czynnym uczestnictwem w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, czy też z realizacją samego zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący złożył Zamawiającemu ofertę w części II zamówienia. Niewątpliwym jest, że status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego pierwotnie Odwołujący posiadał. Niemniej jednak, w wyniku czynności podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, będących wynikiem uwzględnienia zarzutów odwołania w sprawie KIO 922/20 przez stronę Zamawiającą oraz brakiem złożenia przez Odwołującego (wówczas Przystępującego XXX) sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego, Odwołujący status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Wniesione przez wykonawcę YYY odwołanie z 29 kwietnia 2020. r. zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości a Odwołujący wobec takiego stanowiska nie wniósł sprzeciwu. W rezultacie postanowieniem z dnia 18 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 922/20, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Odwołujący został wykluczony z części II zamówienia, a jego oferta odrzucona. (...) Odwołujący powyższych czynności Zamawiającego nie kwestionuje i nie kwestionował nie korzystając z prawa do złożenia sprzeciwu. Nie korzystał on również z prawa do wniesienia skargi na postanowienie KIO, co oznacza, iż z upływem terminu na zaskarżenie wydanego postanowienia stało się ono ostateczne. W wyniku zaś uwzględnienia zarzutów i żądań odwołania Zamawiający zobowiązany był do wykonania czynności zgodnie z żądaniami w części II zamówienia. (...) Z chwilą realizacji przez Zamawiającego w sposób ostateczny

czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia złożonej przez niego oferty, podmiot, do którego czynność ta bezpośrednio się odnosi, a który jej nie kwestionuje nie korzystając z przysługujących mu uprawnień w ramach środków ochrony prawnej, traci status aktywnego wykonawcy – przestaje on z tą chwilą czynnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym samym nie może już uzyskać zamówienia w danym postępowaniu ani też skutecznie kwestionować innych czynności podejmowanych przez Zamawiającego.

174. Wyrok z dnia 3 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2290/20

Izba nie uwzględniła wniosków zamawiającego i Konsorcjum XXX o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niewłaściwe umocowanie pełnomocnika wnoszącego odwołanie. Stanowisko zamawiającego i Konsorcjum XXX Izba uznała za niezasadne, gdyż: po pierwsze, pełnomocnik wnoszący odwołanie posiadał umocowanie do działania udzielone przez każdego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum (odwołującego), co uznaje się za wystarczające. Nie sposób uznać, że w takiej sytuacji pełnomocnik mógłby działać w imieniu każdego z wykonawców z osobna, czy w jakikolwiek inny sposób, skoro wykonawcy ci wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia. Po drugie, nawet gdyby poczynić takie założenie, że do odwołania nie zostało załączone prawidłowe pełnomocnictwo, to zgodnie z aktualnym i jednolitym poglądem wyrażanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, byłby to brak formalny podlegający uzupełnieniu, a nie podstawa do odrzucenia odwołania. Po trzecie, obecny na posiedzeniu Pan YYY, będący jednym z członków konsorcjum oraz uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji prezesem zarządu spółki będącej drugim członkiem konsorcjum, potwierdził, że udzielił p. ZZZ, radcy prawnemu, pełnomocnictwa do reprezentowania obydwu podmiotów, także w ramach konsorcjum.

Art. 528 pkt 3 NPzp (Art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp)

175. Postanowienie z dnia 20 października 2020 r., sygn. akt KIO 2378/20

W rozpoznawanym przypadku odwołujący powziął wiadomość o tym, iż zamawiający nie udostępnił mu wglądu do żądanych dokumentów, w dniu 26 sierpnia 2020 roku, tj. w dniu, w którym zamawiający przekazał mu tylko część formularza ofert. Zatem w dniu 26 września 2020 roku rozpoczął się 10-dniowy termin do wniesienia odwołania na zaniechanie zamawiającego w tym zakresie. Termin ten upłynął w dniu 5 września 2020 roku. Wniesienie odwołania w dniu 11 września 2020 roku należy zatem uznać za wniesienie po terminie przewidzianym w ustawie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2013 roku (sygn. akt: KIO 1262/13), w odniesieniu do tzw. „odtajnienia” oferty, przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania związanego z zaniechaniem takiej czynności, należy przyjąć za początek biegu terminu na wniesienie odwołania najwcześniejszy możliwy termin, w jakim zamawiający zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach mógł zweryfikować, a wykonawcy mogli się o jego ustaleniach w tym

przedmiocie oraz woli dalszego postępowania z ofertą w tym zakresie dowiedzieć. W ocenie Izby, odwołujący dowiedział się o ustaleniach i woli zamawiającego w dniu, w którym zamawiający przekazał mu jedynie część żądanej dokumentacji, bez części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Bez znaczenia dla biegu terminu do wniesienia odwołania pozostaje prowadzona po 26 sierpnia 2020 roku korespondencja odwołującego z zamawiającym. Jakkolwiek odwołujący jest uprawniony do składania kolejnych wniosków do zamawiającego oraz przedstawiania swojego stanowiska, nie może to stanowić podstawy do przywrócenia terminu do dokonania czynności, którego bieg rozpoczął się wcześniej.

176. Wyrok z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2302/20

Skład rozpoznający spór nie podzielił stanowiska zamawiającego, który wnosił o odrzucenie odwołania, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p, w części dotyczącej zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 p.z.p., z powodu wniesienia odwołania po upływie terminu określonego w ustawie. Zamawiający powołał się na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej i zauważył, że zgodnie z przekazanymi dokumentami, stanowiącymi załączniki do odwołania, odwołujący w dniu 26.08.2020 r. (pismo z Gminy S., będące odpowiedzią na wniosek odwołującego) powziął, a co najmniej mógł powziąć, informacje, które stanowią podstawę do złożenia odwołania. Powoduje to, że zostało one wniesione po upływie zawitego pięciodniowego terminu. W ocenie Izby argumentacja ta pomija, że w dacie wskazanej przez zamawiającego, czyli w momencie otrzymania pisma od Gminy S., nie istniała czynność zamawiającego, od której można byłoby wnieść odwołanie. Zamawiający był w toku badania i oceny ofert, bez przekazania wykonawcom wiążących decyzji, kiedy art. 180 ust. 1 p.z.p. stanowi, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem nie można dokonywać wykładni normy art. 182 ust. 3 p.z.p. z pominięciem art. 180 ust. 1 p.z.p., jak również bez uwzględnienia art. 179 ust. 1 p.z.p., ponieważ w dacie wskazanej przez zamawiającego odwołujący czekał na decyzję jednostki zamawiającej, po przekazaniu mu przedmiotowych informacji, czyli nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania. Dopiero wtedy, kiedy zamawiający podjął czynności w przetargu – dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, stwierdzając, że okoliczności, o których mowa w piśmie z Gminy S. nie wpływają negatywnie na sytuację podmiotową przystępującego – zaistniały okoliczności stanowiące podstawę do wniesienia odwołania. W momencie badania i oceny ofert nie wypełniono hipotezy art. 179 ust. 1 i 180 ust. 1 p.z.p., innymi słowy w dacie otrzymania pisma od Gminy S. nie było czego skarżyć, trwała ocena ofert. W konsekwencji powyższego Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania, ponieważ pomija on, że okoliczności stanowiące podstawę jego wniesienia zaistniały dopiero 09.09.2020 r., czyli w momencie zakończenia oceny ofert, w wyniku której zamawiający podjął decyzję, że informacje od Gminy S. nie powinny

powodować wykluczenia przystępującego w przetargu, co znalazło odzwierciedlenie w wyborze oferty tego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej.

177. Wyrok z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3068/20

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z kolei zgodnie z art. 96 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika zatem, iż załączniki do protokołu postępowania, a do takich załączników należy zaliczyć wyjaśnienia ceny oferty składane przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający udostępnia wykonawcom po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, iż termin na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez XXX należało liczyć od daty złożenia przez Wykonawcę stosownych wyjaśnień, a nie od daty wyboru oferty najkorzystniejszej, skoro dokument ten udostępniany jest przez Zamawiającego dopiero po wyborze oferty.

178. Postanowienie z dnia 11 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 287/21

Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty w dniu 19 stycznia 2021 r., wobec czego pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 25 stycznia 2021 r. (z uwagi na fakt, że ostatni dzień terminu przypadał na niedzielę). Tymczasem odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero dwa dni później, w dniu 27 stycznia 2021 r. Izba wskazuje, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego nie jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Dla zachowania terminu na wniesienie odwołania nie ma znaczenia data stempla pocztowego. Podkreślić należy, iż w ustawie nPzp nie zawarto przepisów, które wskazywałyby, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy Prawo pocztowe jest równoznaczne z jego wniesieniem, taką regulację przewidziano wyłącznie w odniesieniu do skargi na orzeczenie Izby (por. art. 580 ust. 2 zdanie drugie ustawy nPzp). W orzecznictwie Izby wydanym na gruncie art. 180 ust. 4 ustawy Pzp jednolicie wskazywano, iż dopiero doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oznacza jego wniesienie. Powyższa zasada nie zmieniała się na gruncie aktualnie obowiązującego art. 514 ust. 1 ustawy nPzp.

179. Wyrok z dnia 19 lutego 2021., sygn. akt KIO 18/21

Izba w składzie orzekającym nie podzieliła także wniosków Przystępującego oraz Zamawiającego odnośnie konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 nPzp, tj. z uwagi na uchybienie terminowi na jego wniesienie. Izba za chybione uznała bowiem stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy twierdzili, że bieg terminu rozpoczynał się wraz z powzięciem przez Odwołującego informacji o podpisaniu przez Zamawiającego oraz XXX Listu intencyjnego. List ten należy bowiem traktować jako dokument, który nie jest ostatecznym zobowiązaniem stron a jedynie zawiera intencje stron, które nie mogą ostatecznie przesądzać o tym, że umowa na pewno zostanie zawarta. Izba stoi na stanowisku, że za dokument zawierający ostateczne zobowiązania stron bez wątplenia należy uznać aneks do umowy, który został zawarty dopiero w dniu 23 grudnia 2020r. Wobec tego stwierdzić należy, że Odwołujący nie prędzej niż w tym dniu uzyskał informację, że Zamawiający nie przeprowadzi postępowania, o które wnosi obecnie Odwołujący, a więc termin na zaskarżenie zaniechania należało liczyć od tego dnia, tj. od 23 grudnia 2020 r. W konsekwencji wniesienie odwołania w dniu 4 stycznia 2021 r. należy uznać za skuteczne i prawidłowe.

Art. 528 pkt 5 NPzp (Art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp)**180. Wyrok z dnia 19 października 2020 r., sygn. akt KIO 2304/20**

W ocenie składu orzekającego Izby odwołanie w części II zamówienia podlega również odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu - w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu. Odwołanie w sprawie KIO 922/20 zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości a Odwołujący nie wniósł wobec uwzględnienia sprzeciwu, w rezultacie czego KIO postanowieniem z dnia 18 czerwca 2020 r. umorzyła postępowanie odwoławcze. Zamawiający, stosownie do przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wykonawcy H., w szczególności w zakresie części II wykluczył Odwołującego w tej części i odrzucił jego ofertę jako niezgodną w treści z treścią SIWZ. Czynności te stanowią dokładne wypełnienie żądań odwołania w sprawie KIO 922/20, a zatem są czynnościami, które Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Następczo Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oferty. W świetle art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP jest poza sporem, że takich czynności nie można kwestionować poprzez wniesienie kolejnego odwołania, a jeżeli odwołanie takie zostanie wniesione, Izba musi je odrzucić. Kolejne zarzuty Odwołującego dotyczące części II zamówienia należy uznać za niedopuszczalne. Izba nie uwzględniła wniosków Zamawiającego i Przystępującego H. o odrzucenie odwołania w części II postępowania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po terminie. Zamawiający i Uczestnik postępowania argumentowali, że Odwołujący dowiedział się, że oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu jako niezgodna z ustawą i SIWZ już w dniu 20

kwietnia 2020 r., tj. gdy otrzymał od Zamawiającego pierwsze zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie części II. Zgodnie z zawiadomieniem oferta złożona przez Przystępującego H. nie została odrzucona, została natomiast sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Faktem jest, że już w momencie pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującemu F. znana była treść oferty Przystępującego H. w warstwie oferowanego przedmiotu. Tym niemniej wówczas oferta Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą i nie miał on interesu w kwestionowaniu oferty znajdującej się na niższej pozycji w rankingu. W ocenie składu dopiero z momentem dokonania ponownego procesu badania i oceny ofert oraz ujawnienia wyniku tego badania przez informację o wyborze oferty najkorzystniejszej bieg rozpoczął termin na kwestionowanie tej czynności, oczywiście przy uwzględnieniu okoliczności, że Odwołujący byłby nadal aktywnym uczestnikiem takiego postępowania w części II.

181. Wyrok z dnia 26 października 2020 r., sygn. akt KIO 2212/20

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie jak i na posiedzeniu, popierany przez przystępującego po jego stronie, złożył wniosek o odrzucenie odwołania, postępując się podstawą, jaka wynika z art.189 ust.1 pkt 5 ustawy. Według zamawiającego wykonał on wyrok Izby o Sygn. akt KIO 1595 /20 zgodnie z nakazem zawartym w tym wyroku to jest zmianą opisu przedmiotu zamówienia, przez doprecyzowanie pojęć wymienionych w tym wyroku. Natomiast odwołujący posłużył się argumentacją, że jest to po pierwsza czynność, która tworzy nowy stan faktyczny i prawny w sprawie, w związku z nakazem w wyroku zmiany opisu przedmiotu zamówienia. Po drugie w skrajnych wypadkach zamawiający mógłby dokonać czynności powołując się na wyrok, wykonując go przez powtórzenie w tożsamy sposób np. co do treści opisu przedmiotu zamówienia jak w czynności, która została zaskarżona i nakazano jej zmianę. Przystępujący jako poparcie dla wniosku zamawiającego rozszerzył podstawę do odrzucenia przywołując art.189 ust.2 pkt 4 ustawy, gdzie jest mowa o powoływaniu się na te same okoliczności, które były już przedmiotem wcześniejszego rozpoznania w innym odwołaniu (KIO 1595/20) to jest tego samego postępowania i przez tego samego odwołującego. Okolicznościami tymi samymi wskazywanymi przez przystępującego jest opis przedmiotu zamówienia w zakresie zaskarżonym przez odwołującego w sprawie oznaczonej Sygn. akt KIO 1595/20, gdzie Izba nakazała doprecyzowanie definicji określających przedmiot zamówienia. Izba rozważając argumentację zarówno zamawiającego jak i jego wspierającego przystępującego oraz odwołującego rozważyła ten wniosek mając również na uwadze, treść art.189 ust.3 ustawy, który dopuszcza do udziału w posiedzeniu strony, świadków lub biegłych. Niemniej Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący w piśmie z dnia 20.10.2020r., stanowiącym odpowiedź na pismo zamawiającego - odpowiedź na odwołanie z dnia 24.09.2020r., złożył dowody w postaci dokumentów, mających wykazać zasadność jego zarzutów jak i żądań podniesionych w odwołaniu, a kwestionujących zgodność czynności zamawiającego z treścią wyroku Izby (KIO 1595/20). Izba uwzględniła treść art.190 ust.1ustawy zgodnie z którym dowody w tym dowody z dokumentów (art.190 ust.3 ustawy) przeprowadza się na rozprawie to jest formalnie nawet aż do zamknięcia rozprawy, w związku z

treścią art.189 ust.3 ustawy, dopuszczającym na posiedzenie strony, świadków lub biegłych. Ponadto Izba podzieliła pogląd odwołującego, że w wyniku wykonania wyroku powstają nowe okoliczności faktyczne i prawne, zwłaszcza wobec treści wyroku, który nakazuje doprecyzowanie pojęć, nie wskazując ich zakresu, treści, sposobu doprecyzowania.

182. Postanowienie z dnia 3 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3135/20

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp ustanowił zasadę, że czynność, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby lub sądu, nie może zostać podważona kolejnym odwołaniem. Przywołana norma obejmuje czynności wykonane przez zamawiającego na skutek wyroku Izby, aby uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym. Jeżeli czynność stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca nie może jej przed Izbą skutecznie zakwestionować. Art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie. Zauważyć należy, że czynność ogłoszenia przez Izbę orzeczenia jest jawna. Z chwilą ogłoszenia przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, przestaje obowiązywać zakaz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Wniesienie skargi do sądu okręgowego na orzeczenie Izby nie uchyla możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie tamuje zaś rozpoznania skargi. Moment ogłoszenia orzeczenia jest zatem momentem prawnie doniosłym i pozwala zamawiającemu na kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba stwierdziła, że zaskarżone czynności Zamawiającego z dnia 23 i 26 listopada 2020 r. zostały dokonane zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 12 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2678/20. Co za tym idzie, brak jest możliwości rozpoznania odwołania wniesionego na te czynności. Pewność prawa wymaga, aby oceny prawne wyrażone w odniesieniu do danego stanu faktycznego nie były pomijane w toczonym później postępowaniu odwoławczym. Izba miała przy tym na uwadze, że Odwołujący nie podniósł argumentu, że skarżone czynności zostały dokonane niezgodnie z wyrokiem Izby.

183. Wyrok z dnia 26 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3340/20

Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepis ten należy odczytywać w powiązaniu z dyspozycją art. 186 ust. 2-4 ustawy Pzp, które odnosząc się do sytuacji umorzenia postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania w całości lub części, nakładają jednocześnie na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Tylko w takim przypadku ustawa nakłada na Zamawiającego

obowiązek wykonania określonych czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a obowiązek ten jest pochodną umorzenia postępowania odwoławczego z uwagi na uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego (w całości lub części). W sytuacji, gdy wykonawca - w przedmiotowej sprawie Przystępujący - zdecydował się wycofać odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3080/20, doprowadzając tym samym do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, to po stronie Zamawiającego nie zaktualizował się obowiązek wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Złożenie oświadczenia o cofnięciu odwołania niesie za sobą skutek analogiczny jak w przypadku, gdyby odwołanie nie zostało w ogóle wniesione czy też gdyby zostało ono zwrócone (z wyłączeniem kwestii dotyczącej kosztów postępowania odwoławczego). Tym samym w omawianym przypadku, z uwagi na wycofanie przez Przystępującego odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3080/20, nie zachodzi podstawa odrzucenia, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

184. Wyrok z dnia 29 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3402/20

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba wskazuje, iż nie było sporne między Stronami postępowania odwoławczego, że pismem z dnia 23 września 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę XXX w trybie art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz ceny oferty zgodnie z sentencją wyroku Izby z dnia 21 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1838/20. W ww. wyroku Izba wskazała w sentencji katalog pytań, które należało skierować do wykonawcy XXX, co też Zamawiający uczynił pismem z dnia 23 września 2020 r., wykonując tym samym wyrok Izby. W ocenie Izby okoliczność, iż Zamawiający w wezwaniu z dnia 23 września 2020 r. skierowanym do XXX ograniczył się wyłącznie do katalogu pytań wskazanych przez Izbę w ww. orzeczeniu nie oznacza, że Zamawiający nie dokonał powtórnej oceny i badania oferty wykonawcy XXX, a w konsekwencji, że wyrok nie został wykonany prawidłowo. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż przedmiotowy zarzut odnoszący się do ww. okoliczności faktycznych podlegał odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

185. Postanowienie z dnia 15 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 317/21

Jeżeli kwestionowana czynność zamawiającego stanowi wykonanie orzeczenia Izby, wykonawca wezwany do wzięcia udziału w poprzednim postępowaniu odwoławczym nie może jej już zakwestionować przed Izbą. Art. 528 pkt 5 i art. 527 ustawy NPzp stanowią urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (res iudicata), która ma zapobiegać ponownemu prowadzeniu sporu w tej samej sprawie. Odwołanie wniesione w tej sprawie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czyli czynności, którą Zamawiający dokonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2021 r., wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 3448/20. Jeżeli

odwołujący nie zgadzał się z zarzutami podniesionymi w odwołaniu z dnia 28 grudnia 2020 r. wniesionym przez wykonawcę XXX, to po wezwaniu go przez zamawiającego do udziału w postępowaniu odwoławczym miał prawo zgłosić swe przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym i jako uczestnik postępowania przedstawić argumentację i dowody przemawiające za koniecznością oddalenia odwołania w sprawie sygn. akt KIO 3448/20.

186. Postanowienie z dnia 26 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 449/21

Jak ustalono powyżej w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 3253/20 Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania a wykonawca XXX, który skutecznie zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu. Wyjaśnić w tym miejscu należy, że ustawodawca umożliwił wykonawcom zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania. Stosownie do treści art. 525 ust. 1 i 3 nowej ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, a wykonawca, który z tej możliwości skorzystał staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego, jeśli ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Uzyskanie statusu uczestnika postępowania odwoławczego rodzi po stronie wykonawcy możliwość skorzystania z takich uprawnień jak chociażby wynikające z treści art. 523 nowej ustawy Pzp prawo zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Podkreślić należy, że wobec zgłoszenia sprzeciwu, Izba działając na podstawie art. 523 ust. 3 nowej ustawy Pzp – rozpoznaje odwołanie. Daje to wykonawcy możliwość obrony swojej oferty, czy też pozycji w postępowaniu o udzielenie danego zamówienia. Jednakże wykonawca, który rezygnuje z tego uprawnienia musi liczyć się z negatywnymi tego konsekwencjami. Po pierwsze, wskazać należy, że stosownie do treści art. 522 ust. 2 nowej ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zatem w sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania i wobec braku sprzeciwu ze strony wykonawcy, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, zamawiający z mocy ustawy jest zobowiązany wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, tak jak to miało miejsce w sprawie o sygn. KIO 3253/20. Podkreślenia przy tym wymaga, że zamawiający w wyniku uwzględnienia zarzutów związany jest zakresem żądania zawartym w odwołaniu. Po drugie, kolejną negatywną konsekwencją z jaką liczyć się musi uczestnik postępowania odwoławczego, który rezygnuje z prawa wniesienia sprzeciwu jest brak możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, co wprost wynika z treści art. 527 nowej ustawy Pzp. W konsekwencji odwołanie wniesione wobec czynności wykonanej przez zamawiającego zgodnie z

żądaniem zawartym w odwołaniu, podlega zgodnie z treścią art. 528 ust. 5 nowej ustawy Pzp odrzuceniu.

Art. 534 ust. 1 NPzp (Art. 190 ust. 1 Pzp)

187. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 243/21

Z jednej strony według art. 534 ust. 1 nPzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym zgodnie z art. 535 nPzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Powyższa regulacja wprowadzająca klasyczny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego musi być odczytywana w powiązaniu z art. 555 nPzp {poprzednio identyczną regulację zawierał art. 192 ust. 7 Pzp}. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

188. Wyrok z dnia 19 marca 2021 r., sygn. akt KIO 643/21

Odnosząc się do dowodów przedstawionych przez Odwołującego w załączniku do odwołania oraz na rozprawie Izba wskazuje, że ich złożenie jest spóźnione i nie mogą one być wzięte pod uwagę jako potwierdzające realność ceny. Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu odwoławczym Izba bada czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Izba nie dokonuje zatem niezależnej od Zamawiającego analizy ceny oferty. Skoro ocenie Izby podlega czynność Zamawiającego, to ocena ta może być dokonana w kontekście dokumentów, którymi Zamawiający dysponował podejmując decyzję o odrzuceniu oferty. Wszelkie dowody mające potwierdzać realność ceny powinny zostać przedstawione Zamawiającemu w terminie wyznaczonym na złożenie wyjaśnień. W postępowaniu odwoławczym natomiast dowodzeniu podlega wyłącznie prawidłowość tych wyjaśnień, nie zaś realność ceny i sposób jej kalkulacji.

189. Wyrok z dnia 25 marca 2021 r., sygn. akt KIO 608/21

Należy podkreślić, że przepis art. 537 pkt 1) ustawy Pzp z 2019 r., zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, nie uchyla obowiązywania przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto zgodnie z przepisem art. 516 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp z 2019 r. odwołanie musi zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Odwołujący był obowiązany do uzasadnienia zarzutów odwołania oraz wykazania twierdzeń przedstawionych w odwołaniu. Nie jest wystarczające tylko wymienienie kategorii kosztów, które w ocenie odwołującego nie były ujęte przez konkurencyjnego wykonawcę, ale konieczne jest wykazanie istnienia takiego obowiązku, chyba że jest to oczywiste, wynika wprost z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub wezwania zamawiającego. Mając na uwadze powyższe uzasadnienie przedstawione w rozpoznanym w niniejszym sprawie odwołaniu należy uznać za daleko niewystarczające. W przypadku takich kategorii kosztowych jak koszty ogólne prowadzonej działalności, rzeczywiste koszty osobowe etapu utrzymania, koszty serwisu gwarancyjnego odwołujący nie wykazał, chociażby poprzez uprawdopodobnienie, znaczenia ww. pozycji kosztowych dla ogólnej kalkulacji kosztów w kontekście oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jeśli chodzi o rzeczywiste koszty osobowe etapu utrzymania, to odwołujący nawet nie wyjaśnił, co się na te koszty składa, jedynie przykładowo podał, że w ten zakres wchodzi zapewnienie gotowości zespołu do świadczenia usług w rygorze SLA. W ramach zarzutu zbyt nisko oszacowanego ryzyka projektowego odwołujący jedynie wskazał, że rezerwa w wysokości 5% wynagrodzenia oznacza, że w rzeczywistości na koszty związane z wystąpieniem okoliczności nieprzewidzianych zarezerwowana jest kwota 19.000 zł, co jest niewystarczające dla pokrycia rzeczywistych kosztów związanych z realizacją projektu – twierdzenie to nie zostało jednak niczym poparte. Dokładnie tę samą uwagę należy podnieść co do zarzutu niewielkiej deklarowanej „marży zysku osiągniętej na projekcie” w wysokości 26.000 zł. Odwołujący stwierdził, że zysk w tej wysokości zostanie niewątpliwie pochłonięty przez nieuwzględnione w wycenie koszty, o których mowa powyżej - twierdzenie to stanowi co najwyżej przypuszczenie ze strony odwołującego, żadne wyliczenia nie zostały przedstawione. Ponadto odwołujący nie wyjaśnił co rozumie przez „benefity uzyskiwane przez personel” i nie wskazał które konkretnie benefity mają w jego ocenie charakter kosztotwórczy (stwierdził jedynie, że chodzi o część z tych benefitów jak na przykład szkolenia). Odwołujący nie wyjaśnił również dlaczego koszty procesu odbioru produktów - prezentacji, poprawek, uzupełnień wymaganych przez zamawiającego powinny być odrębnie oszacowane i wykazane jako odrębna pozycja kalkulacji. Nie zostały także przedstawione obliczenia co do brakujących kwot danin publicznych w przypadku umów o pracę lub umów cywilnoprawnych. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, a nawet nie uzasadnił, zarzutów podniesionych w odwołaniu. Odwołujący przedstawił jedynie swoją opinię dotyczącą wyjaśnień

przedstawionych przez przystępującego, nie zawierającą żadnych konkretów, w tym w szczególności obliczeń, i niczym nieopartą.

Art. 537 NPzp (Art. 190 ust. 1a Pzp)

190. Wyrok z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3098/20

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na względzie, że Odwołujący nie znał treści wyjaśnień Przystępującego wobec odmowy ich udostępniania przez Zamawiającego z uwagi na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, co niewątpliwie utrudniało podniesienie w odwołaniu argumentacji referującej *stricte* do treści wyjaśnień. Natomiast Izba miała także na uwadze okoliczność, że Odwołujący znał cenę oferty swojego konkurenta, w tym także ceny wskazane w jawnym zestawieniu cenowym załączonym do oferty Przystępującego, w którym wyodrębniono ceny poszczególnych zakresów robót ze szczegółowym rozbiem na prace projektowe, roboty drogowe czy roboty mostowe. Mając tę wiedzę Odwołujący nie zdecydował się przedstawić jakiegokolwiek argumentacji podważającej realność, rynkowość czy adekwatność do przedmiotu zamówienia cen przedstawionych w zestawieniu cenowym, która to argumentacja mogłaby stać się punktem odniesienia dla dokonywanej przez Izbę weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego. Faktem jest, iż zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, niemniej nie można tracić z oczu okoliczności, że postępowanie odwoławcze ma ściśle określone granice, wyznaczone przez podstawy faktyczne stawianych zarzutów. W sytuacji, gdy Odwołujący - mając możliwość przedstawienia szczegółowych twierdzeń i dowodów w oparciu o ceny określone w zestawieniu cenowym – nie podejmuje żadnych działań zmierzających do zakwestionowania realności ceny swojego konkurenta, to pomimo odwróconego ciężaru dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny, to Odwołujący poniesie negatywne konsekwencje procesowe tych zaniechań. Szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wyrażona w art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie zwalania Odwołującego z konieczności sformułowania zarzutów odwołania w sposób, który przekona Izbę o ich słuszności i da faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia. Zasada ta nie może być rozumiana w ten sposób, iż Odwołujący może poprzestać na przedstawieniu tezy, że skoro zaistniały podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, to znaczy, że cena ta musi być rażąco niska, przerzucając ciężar dowodu na Przystępującego. Tymczasem z taką sytuacją mamy do czynienia na gruncie rozpoznawanej sprawy - Odwołujący poprzestał na argumentacji, iż „zaoferowanie ceny o 33% niższej od średniej wszystkich ofert złożonych w postępowaniu musi stanowić podstawę do uznania, iż cena Przystępującego jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu kosztów prac, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów” i pomimo, że znał ceny zaoferowane przez Przystępującego za wykonanie prac projektowych i poszczególnych zakresów

robót (drogowych – z rozbiem na kilka pozycji, mostowych), nie przedstawił jakichkolwiek wywodów mających potwierdzać powyższą tezę.

191. Wyrok z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3467/20

Izba podziela wyrażany w orzecznictwie pogląd, iż art. 190 ust. 1a ustawy Pzp odnosi się wyłącznie do sytuacji, w których zamawiającemu zostały złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Skoro bowiem nie można odrzucić oferty z powodu rażąco niskiej ceny przed uzyskaniem od składającego ją wykonawcy wyjaśnień w tej materii, to - przywołując treść art. 190 ust. 1a ustawy Pzp - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywać będzie na wykonawcy (stronie, bądź - zależnie od okoliczności - uczestniku postępowania odwoławczego) albo gdy popierać będzie stanowisko zamawiającego o pozytywnej weryfikacji złożonych przez niego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, albo gdy będzie kwestionował negatywną ocenę jego wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego. W każdej z opisanych sytuacji musi jednak dojść do złożenia wyjaśnień, w przeciwnym razie zastosowanie znajdzie przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, przewidujący klasyczny rozkład ciężaru dowodu. W sytuacji braku wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp uprawnione jest co najwyżej twierdzenie o podejrzeniu zaoferowania rażąco niskiej ceny, czy wątpliwościach odnośnie jej określenia. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania w kwestii rozkładu ciężaru dowodu powodowałoby, że odwołanie, w którym kwestionowane jest zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (zwłaszcza w warunkach nie ziszczenia się przesłanek skutkujących obowiązkiem dokonania tej czynności) mogłoby ograniczać się *de facto* jedynie do wskazania na tą okoliczność, bez przytaczania przez odwołującego szczegółowej argumentacji uzasadniającej zarzut (por. wyrok KIO z dnia 4 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1125/19 oraz wyrok KIO z dnia 31 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2159/18).

192. Wyrok z dnia 12 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 131/21

W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w art. 537 nPzp w odniesieniu do badania ceny oferty, po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana, ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (tak m.in. wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1024/17). Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie istotnej części zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia, w tym zakres, stopień skomplikowania, wymagania techniczne *etc.* Art. 90 ust. 1 Pzp nakazuje bowiem zaniżenie istotnej części składowej zamówienia odnosić do przedmiotu zamówienia, nie zaś wyłącznie do wartości przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, za uprawnione uznać należy porównywanie przez

Zamawiającego, cen zaoferowanych w tym postępowaniu z cenami zaoferowanymi mu przez inne podmioty w innych postępowaniach na świadczenie tożsamyh usług w oparciu o podobne wymagania (np. długość i wyposażanie taboru) tj. odniesienie ceny zaoferowanej do poziomu cen rynkowych, i w konsekwencji wyciągnięcie wniosku, iż cenę tą można w pewien sposób jako proporcjonalną cenowo do ofert w innych przetargach – stawka netto za 1 wozokm obniża się wraz ze wzrostem liczby zalecanych wozokilometrów.

Art. 538 NPzp (Art. 190 Pzp)

193. Wyrok z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt KIO 880/21

Odnosnie opinii prawnej dr XXX, radcy prawnego załączonej do odwołania. Izba przypomina za judykaturą, że ma ona charakter opinii prywatnej, która jednakże nie może stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsza opinia prywatna stanowi stanowisko strony, w tym wypadku Odwołującego, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń.

Art. 542 ust.1 NPzp (Art. 190 ust. 7 Pzp)

194. Wyrok z dnia 23 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2371/20, KIO 2381/20

Dostrzec jednak należy, że opinia zlecona przez stronę procesu posiada walor dowodowy jako dokument prywatny i w tym charakterze może zostać zaliczona w poczet materiału postępowania. Oznacza to, że jak każdy dokument prywatny może mieć znaczenie dla oceny innych dowodów zaoferowanych w sprawie. W orzecznictwie zwraca się uwagę, iż jeśli treść ekspertyzy prywatnej jest kwestionowana, a ustalenia okoliczności sprawy wymagają wiadomości specjalnych, to konieczne jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego. Stanowisko takie przedstawił Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 25 stycznia 2013 r. w sprawie I ACa 894/12 stwierdzając, iż "pozasądowa ekspertyza rzeczoznawcy sporządzona na zlecenie strony podlega ocenie sądu jako dowód z dokumentu prywatnego, a nie jako dowód z opinii biegłego." Z kolei Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie I CSK 57/10 (LEX nr 688661) uznał, iż "dowód z opinii biegłego nie może być zastąpiony przez opinię wykonaną przez biegłego na zlecenie prywatnej strony, gdyż nie jest to tryb przewidziany w kodeksie postępowania cywilnego. Opinia taka jest dokumentem

prywatnym, a nie jest dowodem z opinii biegłego. Jako dokument prywatny potwierdza jedynie, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie (art. 245 k.p.c.)." Podkreśla się również, że gdy o wyborze osoby biegłego rozstrzyga jedna ze stron, która ze względów oczywistych nie może być bezstronna w swojej sprawie w sensie procesowym, to przekłada się to na wątpliwości co do bezstronności biegłego. Tym bardziej, gdy materiał badawczy określa stronę, która swobodnie udostępnia (lub nie) informacje o okolicznościach faktycznych istotnych dla opiniowania. W takiej sytuacji: "nie można wykluczyć swoistego "dopasowywania" opinii prywatnej do potrzeb zlecającego, "solidaryzowania się" jej autorów z poglądami zlecającego, obdarzenia go sympatią czy wreszcie motywu finansowego (skoro zlecono komuś wykonanie za wynagrodzeniem stosownego opracowania w określonym celu, zleceniobiorca może czuć się w obowiązku wykonać zamówienie, by cel ten został osiągnięty)" - tak m.in. w wyroku SO w Łodzi z 30 czerwca 2017 r., sygn. akt: III Ca 531/17. Biorąc pod uwagę powyższe Izba przeanalizowała treść wskazanej wyżej opinii traktując ją - zgodnie ze wskazanym wyżej orzecnictwem - jako rozszerzenie stanowiska odwołującego (stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzysta ona natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń). Tym samym stwierdzić należy, że ocena dokonana przez osobę trzecią nie może w tym przypadku zastąpić badania treści raportów, które przeprowadzić musi sam zamawiający.

**Art. 549 ust. 4 NPzp (§ 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r.
w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań
(Dz. U.z 2014 r., poz. 964 ze zm.)**

195. Postanowienie z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 290/21

W dniu 18 lutego 2021 r., tj. w dacie wyznaczonej jako termin posiedzenia z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, wykonawca XXX nie stawił się na posiedzenie. Zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy nPzp, niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego zawiadomienia, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, a jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyżej wywołuje negatywne skutki procesowe. Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawił się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 18 lutego 2021 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zauważyć bowiem należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od

których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów (tak KIO w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt: 2214/16).

Art. 552 ust. 1 NPzp (Art. 191 ust. 2 Pzp)

196. Wyrok z dnia 30 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3237/20

(...) Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, w sposób który miał wpływ na ocenę tego zarzutu – Zamawiający wprost dopuścił bowiem produkty równoważne, jak i uzupełnił opis parametrów odwołujących się do norm i certyfikatów poprzez dodanie wyrazów „lub równoważne.” Ustawa Pzp nie zakazuje Zamawiającemu w przypadku wniesienia odwołania dokonywania dalszych czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, również w zakresie objętym zarzutami i wnioskami, a co więcej, czynności Zamawiającego nie muszą być zgodne z żądaniami stawianymi w odwołaniu. Zamawiający nie może jedynie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu wydania przez Izbę rozstrzygnięcia, o czym mówi art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast, jako że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, dokonane przez Zamawiającego czynności po wniesieniu odwołania a przed zamknięciem rozprawy, stanowią podstawę ustaleń faktycznych na gruncie których Izba wydaje wyrok. Wobec tego zmiany treści SIWZ w zakresie dopuszczenia składania ofert równoważnych dokonane przez Zamawiającego nie mogły zostać przez Izbę pominięte podczas rozstrzygnięcia. Modyfikacje te spowodowały, iż w dacie orzekania zmianie uległ stan faktyczny, który był podstawą zarzutu dotyczącego pkt 3.9 SIWZ, a brzmienie tego postanowienia zostało zmienione zgodnie z żądaniem Odwołującego, co czyniło zarzut bezprzedmiotowym. Na czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu modyfikacji treści SIWZ Odwołującemu przysługiwał odrębny środek ochrony prawnej.

197. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 243/21

Izba nie mogła wziąć pod uwagę w ramach stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania, o którym mowa w art. 552 ust. 1 nPzp, złożonych na rozprawie przez Przystępującego kart katalogowych, które miałyby zostać złożone Zamawiającemu, gdyby wystosował do XXX wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż Zamawiający zaniechał takiej czynności. W konsekwencji nie sposób również antycypować, jak te dokumenty zostałyby ocenione przez Zamawiającego, który do tego celu powołał komisję przetargową. Przede wszystkim posiedzenie i rozprawa przed Izbą w ramach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą nie są fazą postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego. Na marginesie należy zauważyć, że dokument nazywany „kartą katalogową” nie ma prawnie zdefiniowanego znaczenia, natomiast zwykle rozumie się przez to zbiór

informacji pochodzących od producenta lub innego podmiotu wprowadzającego do obrotu na temat parametrów technicznych lub innych właściwości produktu. Stąd w zakresie, w jakim karta nie obejmuje informacji dotyczących parametrów lub cech wymaganych w tym postępowaniu, za dopuszczalne należałoby uznać oświadczenie uzupełniające złożone przez któryś z tych podmiotów, zwłaszcza w sytuacji, gdy przedmiot oferty obejmuje produkt nieznacznie zmodyfikowany na potrzeby danego zamówienia.

Art. 553 NPzp (Art. 192 ust. 1 Pzp)

198. Wyrok z dnia 19 października 2020 r., sygn. akt KIO 2304/20

Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone oraz postanowienie o odrzuceniu odwołania. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach bądź o odrzuceniu odwołania - które są w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13). Wobec powyższego orzeczenie Izby miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania oraz charakter formalny, gdyż dotyczyło odrzucenia części zarzutów odwołania, a zatem było postanowieniem. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu odrzucającemu odwołanie zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze, o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (...).

Art. 554 ust. 1 pkt 1 NPzp (Art. 192 ust. 2 Pzp)**199. Wyrok z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 551/21**

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy, a mianowicie takiego, które wywarło wpływ lub może wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania. Ponieważ względem Odwołującego ziszcila się inna podstawa do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia (tj. podstawa o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp), wynik postępowania – pomimo niewykazania przez Zamawiającego drugiej podstawy wykluczenia - nie ulegnie zmianie, a zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w tym zakresie nie ma na ten wynik wpływu. W tym stanie rzeczy podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie mógł zostać uwzględniony.

200. Wyrok z dnia 25 marca 2021 r., sygn. akt KIO 569/21

Następnie wskazania wymaga, że odwołania dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podobnie jak odnoszące się do innych czynności lub zaniechań Zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co wynika z art. art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp. Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców do ukształtowania takiej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która pozwoli na złożenie oferty na korzystniejszych dla nich warunkach, w sytuacji gdy zakwestionowana treść nie stoi w sprzeczności z przepisami prawa. Zamawiający, jako podmiot udzielający zamówienia jest uprawniony do określenia oczekiwań dotyczących przedmiotu zamówienia, jego cech i sposobu wykonania. Jeżeli wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, to zamawiający jest uprawniony do ich postawienia. Okoliczność, że dany wykonawca wolałby wykonywać zamówienie np. przy użyciu innego sprzętu, niż wskazany przez zamawiającego, nie może być automatycznie traktowana jako naruszenie konkurencji, tym bardziej, jeśli nie zostało wykazane, aby nie było po jego stronie możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 555 NPzp (Art. 192 ust. 7 Pzp)**201. Wyrok z dnia 30 października 2020 r., sygn. akt KIO 2299/20**

Następnie Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska zamawiającego, jakoby odwołujący nie postawił skutecznego zarzutu dotyczącego *stricte* odrzucenia jego oferty. Prawdłowo podniesiony zarzut nie musi zawierać wskazania konkretnego przepisu, którego naruszenia dopuścił się zamawiający. W myśl łacińskiej zasady *da mihi factum dabo tibi ius* (podaj mi fakty, a ja wskażę ci prawo) wystarczy, że odwołujący zarzut swój sformułuje w sposób jednoznacznie określający jego stanowisko w kwestii budzącej jego sprzeciw. Sąd Okręgowy w Gliwicach w wyroku z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09/za stwierdził, iż o tym, jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu, nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę.

202. Wyrok z dnia 25 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3301/20

Należy także zaznaczyć, że granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia (art. 192 ust. 7 p.z.p.). Jeżeli więc odwołujący na późniejszy etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Przeciwny pogląd doprowadziłby do sytuacji, w której art. 192 ust. 7 p.z.p. stałby się regulacją iluzoryczną, a po stronie odwołujących preferowane byłoby jak najbardziej niejasne formułowanie podstaw faktycznych zarzutów, celem obejścia tej regulacji.

203. Wyrok z dnia 12 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 155/21

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do podniesionych przez odwołującego na rozprawie argumentów dotyczących dodatkowych braków w wyjaśnieniach przystępującego (w tym: chodniki, viatolle, GPS, wytworzenie solanki), należy podnieść, że zgodnie z art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 516 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 te same ustawy stanowi, że odwołanie zawiera wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, związane przedstawienie zarzutów oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice

rozpoznania odwołania. W związku z tym nowe argumenty wskazujące na inne niż podniesione w odwołaniu braki w złożonych wyjaśnieniach, nie mogą być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z ww. przepisami. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradiktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający lub przystępujący o tym, jakie konkretnie zarzuty są kierowane, dowiadywaliby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby im przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na ich korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie nowe argumenty dotyczące złożonych przez przystępującego wyjaśnień, gdyż nie były one zawarte w treści odwołania.

204. Wyrok z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 18/21

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania, na wstępie - odnosząc się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że stwierdzenie nieważności zmiany umowy zawartej na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 lit b ustawy przejściowej wykracza poza zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej - wskazać należy, że skład orzekający stwierdził, iż pomimo braku wskazania w petitum odwołania zarzutu dotyczącego naruszenia art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b ustawy przejściowej, z uzasadnienia odwołania oraz z powołanego art. 513 nPzp w sposób niebudzący wątpliwości wynikało, że Odwołujący kwestionował prawidłowość udzielenia Konsorcjum zamówienia uzupełniającego obejmującego usługi wskazane w § 2 ust. 1 pkt 1 aneksu, tj. usług obecnie realizowanych przez Odwołującego i w konsekwencji domagał się stwierdzenia, że Zamawiający w tym zakresie winien był przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w trybach wskazanych w przepisach Pzp, której to czynności zaniechał. Izba uznała zatem, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumpcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy bowiem zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W związku z powyższym Izba w składzie orzekającym stwierdziła swoją właściwość do zbadania legalności zawarcia w dniu 23 grudnia 2020r. aneksu nr 5. Zauważenia wymaga, że zawarciem owego aneksu z XXX Zamawiający dopuścił się udzielenia nowego zamówienia z naruszeniem przepisów Pzp 2004r. Tym samym, w kontekście powyższego, Izba jest władna do rozstrzygnięcia kwestii legalności i prawidłowości jego zawarcia.

205. Wyrok z 23 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 316/21

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 nowej ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do

zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic w zastępstwie Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. (...) Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. Powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza, że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego. Oznacza to zatem obowiązek odniesienia się do elementów stanu faktycznego, zawartości kwestionowanych dokumentów, w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

(...) Oceniając zasadność odwołania Izba nie może wykroczyć poza tak sformułowane zarzuty i ani, działając niejako z urzędu, poddać generalnej weryfikacji wyjaśnienia złożone przez Przystępującego i ustalić w zastępstwie Odwołującego zakresu faktyczny zarzutów, ani rozpoznać zarzutów sprecyzowanych dopiero w piśmie procesowym. Do takiego działania Izba nie jest uprawniona. (...)

206. Wyrok z dnia 1 marca 2021 r., sygn. akt KIO 416/21

(...) niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiedziała się w tym przedmiocie. (...) Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Art. 557 NPzp (Art. 192 ust. 9 Pzp)**207. Wyrok z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 269/21**

Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b). Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu w takim przypadku Izba rozdziela 1) wpis stosunkowo, zasądając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw. W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, przy czym rozpoznaniu podlegały zarzuty podtrzymane przez Odwołującego. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/2 (zarzuty nr 1 i 6) i bezzasadne w pozostałej części (zarzuty nr 2 i 3). Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2.

208. Wyrok z dnia 19 lutego 2021r., sygn. akt KIO 18/21

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 557 nPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 nPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio $\frac{1}{2}$ do $\frac{1}{2}$. Kosztami postępowania obciążano, zatem Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych po $\frac{1}{2}$.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 22 200 zł). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w

wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 11 100 zł (22 200 zł x ½). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Art. 574 NPz (Art. 192 ust. 9 Pzp)

209. Postanowienie z dnia 8 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3430/20

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty wniesionego odwołania przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron Izby, a uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniósł pismo, że nie wniesie sprzeciwu do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego. Zatem zachodziły podstawy do orzeczenia zwrotu odwołującemu kwoty uiszczzonego wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), który stanowi, że w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości przed otwarciem rozprawy – Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, uwzględniającej w całości zarzuty odwołującego, wniósł o cyt. »zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego i opłat skarbowych od pełnomocnictw, według norm przepisanych«. Jednak zamawiający nie wskazał przepisów, na których podstawie wysnuł takie żądanie, a również Izba nie znajduje podstaw prawnych do uwzględnienia takiego żądania, gdzie podmiot, z którego przyczyny zostają wygenerowane koszty (zamawiający), może żądać pokrycia swoich kosztów od podmiotu korzystającego ze środków ochrony prawnej.

Art. 575 NPzp (Art. 192 ust. 10 Pzp)

210. Wyrok z dnia 8 października 2020 r., sygn. akt KIO 2280/20

Użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku” należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy

należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. (...) W niniejszej sprawie spośród dwóch kwestii objętych zarzutami, Izba w jednej z tych kwestii przyznała rację przystępującemu wnoszącemu sprzeciw (kwestia punktacji za doświadczenie kierownika budowy), zaś w drugiej – odwołującemu (kwestia doświadczenia kierownika robót sanitarnych i elektrycznych). W związku z tym Izba w części uwzględniła odwołanie, a w części je oddaliła. W efekcie Izba kosztami postępowania po połowie obciążyła przystępującego wnoszącego sprzeciw oraz odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz koszty poniesione przez przystępującego wnoszącego sprzeciw z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł), co daje łącznie kwotę 13.600 zł. Skoro ww. koszty zostały podzielone po połowie, to każda ze stron powinna ponieść je w wysokości 6.800 zł ($13.600 : 2 = 6.800$). Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 10.000 zł tytułem wpisu, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6.800 zł. Natomiast przystępujący wnoszący sprzeciw poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem powinien odpowiadać za nie do wysokości 6.800 zł. Wobec powyższego Izba zasądziła od przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 3.200 zł. Zasądzona od przystępującego kwota 3.200 zł skutkuje podwyższeniem poniesionych dotychczas przez niego kosztów do kwoty 6.800 zł ($3.600 + 3.200 = 6.800$) i jednocześnie obniżeniem kosztów poniesionych dotychczas przez odwołującego również do kwoty 6.800 zł ($10.000 - 3.200 = 6.800$). W wyniku zatem zasądzenia kwoty 3.200 zł od przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego, ostatecznie poniesione przez nich obu koszty wynoszą równo po 6.800 zł, czyli wszystkie koszty postępowania odwoławczego zostają rozdzielone po połowie.

211. Wyrok z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt KIO 547/21

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 5 ust. pkt. 1 i 2 lit. a i b w związku z par. 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia obciążając kosztami odwołującego i zamawiającego. Izba na podstawie złożonych

rachunków i spisu kosztów ustaliła, że odwołujący poniósł koszty wpisu w kwocie 15 000 zł i zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł, a zamawiający poniósł koszty w kwocie 3 600 zł z tytułu zastępstwa prawnego i 292, 53 zł. z tytułu dojazdu strony na rozprawę, czyli łączne koszty postępowania odwoławczego wyniosły 22 492,53zł. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie 2 zarzutów i oddaliła odwołanie w zakresie 3 zarzutów, czyli odwołujący wygrał sprawę w 40%, a zamawiający w 60%, tym samym zamawiający zobowiązany jest do zwrotu odwołującemu różnicy pomiędzy kosztami rzeczywiście poniesionymi, a należnymi. Różnica ta wynosi 5 104,48zł. i tę kwotę Izba nakazała zamawiającemu zwrócić odwołującemu z tytułu kosztów postępowania.

Art. 578 ust. 2 NPzp (Art. 183 ust. 2 Pzp)

212. Postanowienie z dnia 24 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/W 3/20

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, Zamawiający, w uzasadnieniu wniosku, nie podał dostatecznych argumentów pozwalających na zastosowanie instytucji, jaką jest uchylenie zakazu zawarcia umowy. Podkreślenia wymaga, że instytucja ta ma charakter wyjątkowy. W uzasadnieniu wniosku Zamawiający powołał się tylko na fakt, że nie zawarcie umowy może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa i wiązać się będzie z koniecznością wyłączenia z użytkowania jednostek wojskowych mających siedzibę w XXX, ze względów sanitarno-epidemiologicznych z uwagi na fakt, że usługa stanowiąca przedmiot zamówienia jest niezbędna w celu umożliwienia pracy kuchni, stołówki żołnierskiej, miejsca pracy i odpoczynku żołnierzy oraz pracowników. Zamawiający w żaden sposób jednak powyższego stanowiska nie uzasadnił. Ponadto zwrócić należy uwagę, że wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek wziąć pod uwagę długość trwania samej procedury, w tym możliwość wystąpienia zdarzeń, które mogą wpłynąć na jej wydłużenie, jak możliwość skorzystania przez wykonawców z uprawnienia do złożenia wniosku o wyjaśnienie bądź zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej. W przypadku wystąpienia tej ostatniej okoliczności należy liczyć się również z czasem trwania postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zamawiający nie wykazał natomiast, że brak było możliwości wszczęcia postępowania w okresie wcześniejszym niż w dniu 10 października 2019r., tj. w czasie, który umożliwiłby Zamawiającemu zawarcie umowy w korzystnym dla siebie terminie.

213. Postanowienie z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/W 6/20

W ocenie Izby, wniosek Zamawiającego nie zawiera żadnej analizy w przedmiocie negatywnych skutków dla interesu publicznego i opiera się na ogólnym założeniu, że zakaz zawarcia umowy z wybranym wykonawcą doprowadzi w istocie do niemożności realizacji zadania, a dalej spowoduje, że część tego zamówienia pozostanie bez racji bytu. Zwrócić należy uwagę, że z przepisów ustawy Prawo

zamówień publicznych wynika także, że zamawiający przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w odpowiednim terminie, tj. takim, aby przy uwzględnieniu prawa wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, możliwe było zawarcie umowy w terminie przez zamawiającego oczekiwanym. W kontekście powyższego, niezrozumiałym jest postępowanie zamawiającego, który wskazując na zbliżający się okres wiosenny oraz okres kwitnienia niektórych gatunków roślin, wszczyna postępowanie w dniu 29 stycznia 2020 r. Zamawiający dochowując należytej staranności winien mieć świadomość, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów unijnych, prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, trwają średnio 38 dni, co potwierdzają chociażby dane prezentowane w Sprawozdaniu Urzędu Zamówień Publicznych za 2018 r.

214. Postanowienie z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 8/20

Dodatkowo, odnosząc się do treści wniosku, Izba przychyliła się do przedstawionej argumentacji, uznając, że Zamawiający ma realne podstawy do uznania, że przedstawione we wniosku działanie XXX o ma na celu utrudnienie/uniemożliwienie Zamawiającemu zgodnego z prawem zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w postępowaniu oraz wpływa na istotne wydłużanie się terminu zawarcia umowy. W tym zakresie Izba wzięła także pod uwagę, konsekwencje w działaniu XXX, który złożył kolejne odwołania z rzędu (1 - KIO 359/20; 2 – KIO 428/20), z brakami formalnymi (brak dowodu uiszczenia wpisu oraz dokumentów potwierdzających umocowanie osoby podpisującej odwołanie do reprezentowania Odwołującego), których nie uzupełniał (wydano postanowienia o zwrocie odwołań). Podobnie, aktualne odwołanie z 6 marca 2020 r., sygn. akt: KIO 475/20 zostało złożone z identycznymi brakami formalnymi. Reasumując, Izba uznała, że negatywne skutki zawarcia umowy po wydaniu orzeczenia w sprawie odwołania, zostały wykazane przez Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości i uzasadniający okoliczność, iż przewyższają one korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w tym m.in. indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

215. Postanowienie z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 9/20

Wprawdzie przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia interesu publicznego, jednak w orzecznictwie przyjmuje się rozumienie tego pojęcia, wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96) w której uznano, że za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w orzeczeniu z dnia 13 lipca 2010 r., II SA/Wa 488/10 stwierdził, że „Pojęcie „interesu publicznego” jest pojęciem niedookreślonym, nieposiadającym zwartej,

zapisanej formuły na gruncie obowiązującego prawa. Interes publiczny odnosi się w swej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w granicach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu.”.

Mając na względzie powyższe, w ocenie Izby wskazane przez Zamawiającego okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny, iż niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów. Zamawiający wskazał bowiem na okoliczności, że uruchomienie systemu TOPSOR jest działaniem niezbędnym i koniecznym dla zapewnienia bezpieczeństwa pacjentów przebywających w szpitalnych oddziałach ratunkowych. Jego wdrożenie pozwoli na skrócenie oczekiwania na badanie lekarskie, w szczególności jest to istotne dla tych pacjentów, którzy wymagają pilnej pomocy medycznej. Jest to szczególnie ważne w sytuacji, gdy szpitalne oddziały ratunkowe są przeciążone z powodu dużej ilości pacjentów, którzy oczekują pilnej pomocy medycznej.(...) Izba zwraca uwagę, że w tym przypadku interes publiczny wyraża się w zapewnieniu ochrony zdrowia i życia obywateli. Ochrona zdrowia i życia jest przejawem realizacji interesu publicznego w najwyższej postaci i powinna mieć prymat nad innymi przejawami interesu publicznego, w tym też nad uzasadnionymi interesami wykonawców, którzy korzystają z możliwości wnoszenia środków ochrony prawnej.

216. Postanowienie z dnia 30 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 10/20

Badając przesłanki uchylecia zakazu zawarcia umowy wskazane we wniosku przez zamawiającego Izba uznała, że wniosek nie jest zasadny. Przede wszystkim zamawiający nie wykazał, na czym miałyby polegać zagrożenie dla interesu publicznego wynikające z natychmiastowego nieudzielenia zamówienia wybranym wykonawcom. Sam fakt, że dworce kolejowe stanowią obiekt użyteczności publicznej nie jest równoznaczny z tym, że każda usługa dotycząca takiego obiektu stanowi w każdym przypadku usługę świadczoną w interesie publicznym. Zamawiający błędnie utożsamia przy tym zamierzoną przez siebie zmianę wykonawcy usługi ochrony, która nastąpiłoby w razie zawarcia umów z wybranymi wykonawcami ze świadczeniem usługi ochrony dworca. Niezapewnienie ochrony dworca jest jedynym negatywnym skutkiem dla interesu publicznego wskazanego przez zamawiającego. Izba zważyła, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy nie musi spowodować świadczenia usług ochrony dworców kolejowych. Wywody zawarte we wniosku są wewnątrznie sprzeczne. Zamawiający z jednej strony stwierdza bowiem, że brak uchylecia zakazu zawarcia umowy z wybranymi wykonawcami spowoduje brak świadczenia usługi ochrony, podkreślając znaczenie tej usługi w aktualnej sytuacji ogłoszenia stanu epidemii. Z drugiej jednak strony zamawiający ocenia, że wniesienie odwołania ma na celu aneksowanie umów zawartych przez zamawiającego z odwołującym albo uzyskanie przez odwołującego zamówienia na świadczenie tych usług w trybie zamówienia z wolnej ręki. Usługi ochrony są zatem świadczone obecnie na rzecz zamawiającego i - co wskazuje sam zamawiający - istnieją możliwości ich dalszego świadczenia. W konsekwencji dla

zabezpieczenia ciągłości ochrony dworców stosowanie instytucji uchylenia zakazu zawarcia umowy, która ma charakter wyjątku od zasady ogólnej zawartej w art. 183 ust. 2 Pzp zakazującej zawarcia umowy do czasu wydania przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, nie jest konieczne. Całkowicie gołostownie zamawiający powołuje w okolicznościach sprawy szczególne obowiązki nałożone na podmioty świadczące usługi ochrony dworców w związku ze stanem epidemii. Zamawiający nie wskazuje żadnych postanowień dokumentacji postępowania, którego ogłoszenie *nota bene* miało miejsce 18 stycznia 2020 r., z którego te szczególne obowiązki miałyby wynikać. Również Izba nie dopatrzyła się takich wymagań w opisie przedmiotu zamówienia ustalonym przez zamawiającego w SIWZ.

Z art. 183 ust. 2 Pzp wynika, że rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu. W przeciwnym razie postanowienie dotyczące uchylenia zakazu zawarcia umowy miałyby charakter „przedsądu”. Tym bardziej zatem Izba nie ocenia intencji wykonawcy wnoszącego odwołanie. *De lege lata* Izba bada wniosek zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaganych w art. 183 ust. 2 Pzp, czyli ocenia, czy niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego oraz, czy negatywne skutki niezawarcia umowy przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego. Skoro zamawiający nie wykazał negatywnych skutków dla interesu publicznego związanych z zawarciem umowy po wydaniu przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze, zakaz zawarcia umowy nie może zostać uchylony nawet w sytuacji czasowego zawieszenia rozpoznawania odwołań przez Izbę.

217. Postanowienie z dnia 30 marca 2020 r., sygn. akt KIO/W 12/20

Wobec braku zdefiniowania pojęcia interesu publicznego w ustawie orzecznictwo przyjmuje rozumienie tego pojęcia wynikające z uchwały Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (W 8/96), w której uznano, że za interes publiczny należy uznać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Kierując się tą definicją Izba uznała, że brak realizacji zamówienia w zakładanym terminie spowoduje, że cel realizacji projektu nie zostanie osiągnięty. Zakup urządzeń oraz wyposażenia sal szpitalnych służących ochronie zdrowia i życia ludzkiego niewątpliwie mieści się w interesie publicznym. Jest to szczególnie widoczne aktualnie w sytuacji ogłoszenia epidemii (*vide*: rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. poz. 491), w którym dostęp do świadczeń medycznych zyskuje szczególnie doniosłe znaczenie.

Z uwagi na bezterminowe zawieszenie rozpoznawania spraw przez Krajową Izbę Odwoławczą (*vide*: komunikaty z 13 oraz 27 marca 2020 r.) oraz braku możliwości przewidzenia, kiedy ich przeprowadzenie będzie możliwe, nieudzielenie zamówienia z całą pewnością przyniesie negatywne skutki dla interesu publicznego. Zamawiający może utracić środki przyznane na sfinansowanie zamówienia i narazić się na odpowiedzialność odszkodowawczą. Z uwagi na sytuację finansową zamawiającego samodzielne pokrycie kosztów dostawy sprzętu i urządzeń przez zamawiającego nie jest możliwe. O negatywnym skutku dla interesu publicznego nieudzielenia zamówienia przekonuje również to, że konsekwencje niedochowania terminów przewidzianych w projekcie dotkną nie tylko zamawiającego, ale również pozostałe jednostki służby zdrowia uczestniczące w projekcie, a tym samym odczują je liczni mieszkańcy województwa lubelskiego. Izba uznała, że zamawiający za pomocą złożonych dowodów wykazał konieczność natychmiastowego zawarcia umowy.

218. Postanowienie z dnia 2 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 14/20

Obecnie na terenie Polski występuje stan epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 ogłoszony rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej stanu epidemii (Dz.U. z 2020 r. poz. 491). W czasie trwania epidemii nie odbywają się rozprawy ani posiedzenia jawne przed Krajową Izbą Odwoławczą. W celu zapobiegania, przeciwdziałania i zwalczania COVID-19 podejmowane są liczne działania. Jest rzeczą oczywistą, iż dla skuteczności działań podejmowanych w ww. zakresie prawidłowe funkcjonowanie placówek medycznych ma podstawowe znaczenie. Ponadto za bezwzględnie konieczne uznaje się powszechne przestrzeganie określonych zasad higieny, co ma szczególne znaczenie w sytuacjach podwyższonego ryzyka zakażenia wirusem SARS-CoV-2. Zabezpieczenie prawidłowego funkcjonowania szpitala będącego zamawiającym w zakresie wykonywania pomocniczej usługi utrzymania czystości w szpitalu oraz wykonywania czynności pomocniczych, tj. między innymi zabezpieczenie odpowiedniego stanu sanitarno-higienicznego szpitala, ma zatem bardzo istotne znaczenie dla interesu publicznego. Mając na uwadze negatywne konsekwencje występowania i rozprzestrzeniania się choroby zakaźnej COVID-19 należy za zasadne uznać stanowisko zamawiającego, iż niezawarcie umowy na ww. usługi mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, znacząco przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony interesu odwołującego, który ewentualnie mógłby doznać uszczerbku w przypadku uznania zasadności zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

219. Postanowienie z dnia 20 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 19/20

Zamawiający wykazał konieczność realizacji zamówienia w określonym harmonogramem remontów kotłów parowych okresie jak również wskazał na podstawy i przyczyny braku możliwości zmiany harmonogramu remontów z uwzględnieniem pozostałych prowadzonych prac remontowych w XXX w oparciu o zawarte już umowy, bądź realizowane postępowania przetargowe. Zaznaczenia wymaga również, że wskazana przez Zamawiającego realizacja wielu prac remontowych w XXX wymaga dla

skuteczność tych remontów oraz ich możliwości prowadzenia terminowej realizacji poszczególnych prac określonych zgodnie z przyjętym i zatwierdzonym w YYY, harmonogramem prac remontowych, który określa odstawienie poszczególnych urządzeń. Mając na uwadze skutki jakie może spowodować brak przeprowadzenia remontów kotłów parowych w okresie do 30 września 2020 roku tj. możliwości występowania awarii kotłów parowych w sezonie ciepłowniczym 2020/2021, co w konsekwencji może skutkować zaprzestaniem produkcji energii cieplnej i brakiem ogrzewania dla mieszkańców S. i części W. oraz dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na terenie objętych zakresem działania XXX, Izba uznała, że w interesie publicznym, który należy oceniać w kontekście interesu mieszkańców wskazanych wyżej regionów oraz działających na tym terenie przedsiębiorców, przy jednoczesnym poszanowaniu obowiązujących Zamawiającego regulacji prawnych zapewniających poziom świadczonych usług jak również realizacji obowiązków związanych z przeglądami i remontami, zasadnym jest uchylene zakazu zawarcia umowy, z uwagi na stwierdzenie istnienia zagrożenia dla interesu publicznego.

220. Postanowienie z dnia 24 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 21/20

(...) skład orzekający Izby, rozpoznając wniosek zamawiającego, miał świadomość tego znaczenia, w związku z tym argumentacja zamawiającego w tym zakresie nie była kwestionowana. Zamawiający podkreślał istotność przedmiotu umowy i wskazywał na ewentualne skutki niezawarcia umowy. Jednakże argumentacja zamawiającego dotyczyła niezawarcia umowy w ogóle, podczas gdy treść art. 182 ust. 3 ustawy P.z.p. należy rozumieć w kontekście ust. 1, tj. jako niezawarcie umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający w istocie nie wykazał, dlaczego niezawarcie umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze spowoduje niemożność realizacji inwestycji. Jedyne argumenty wskazanym przez zamawiającego w tym zakresie opierał się na stwierdzeniu, iż przedłużona procedura definitywnie pozbawi zamawiającego środków na sfinansowanie inwestycji. Zamawiający wskazał, że inwestycja ma być sfinansowana z dotacji własnej poczynionej przez Województwo Małopolskie, w imieniu którego działa Urząd Marszałkowski Województwa Małopolskiego. Warunkiem skorzystania z dofinansowania jest wydatkowanie otrzymanych środków do dnia 31 grudnia 2020 roku, a więc w zasadzie niemożliwym jest dalsze procedowanie bez negatywnych konsekwencji dla realizacji inwestycji. Na tę okoliczność zamawiający przedłożył umowę z dnia 23 stycznia 2020 roku zawartą pomiędzy zamawiającym a Województwem Małopolskim, której przedmiotem jest dofinansowanie z budżetu Województwa Małopolskiego realizacji przedmiotowego zadania. Termin realizacji zadania, zgodnie z § 1 ust. 2 umowy, określony został datą końcową 31 grudnia 2020 roku. Izba przeanalizowała załączoną umowę i stwierdziła, że z jej treści nie wynika, iż w sytuacji niedotrzymania terminu realizacji inwestycji zamawiający utraci środki na jej sfinansowanie. Strony umowy przewidziały ponadto okoliczność niedotrzymania terminu wykorzystania środków. Zgodnie z § 5 ust. 6 umowy, w zakresie wykonywania umowy przyjmujący (czyli zamawiający) zobowiązany jest, w terminie do 31 sierpnia

2020 roku, do powiadomienia przekazującego o wszelkich przypadkach zagrożenia lub opóźnienia w wykorzystaniu przyznanych środków. W tym przypadku przyjmujący zobowiązany będzie do niezwłocznego złożenia nowego harmonogramu rzeczowo-finansowego (zał. nr 1). Należy zatem przyjąć, iż obecny stan sprawy pozwala zamawiającemu podjąć działania, w wyniku których ryzyko utraty finansowania zostanie wyeliminowane.

221. Postanowienie z dnia 24 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 23/20

(...) odwołanie z dnia 2 kwietnia 2020 roku wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie XXX nie zostało rozpoznane, jak również nie sposób ustalić – na moment wydania przedmiotowego postanowienia – w jakim terminie odwołanie to zostanie poddane pod rozpoznanie. W ocenie Izby, mając na uwadze powyższe stanowisko, Zamawiający wykazał spełnienie przesłanek określonych w art. 183 ust. 2 zd. 2 ustawy, których to wykazanie jest niezbędne, aby Izba mogła uchylić zakaz zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający wykazał niezbędną konieczność zawarcia umowy i realizacji zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego wskazując na występowanie zagrożenia dla ludzi i mienia. Zagrożenie to wynikać będzie z braku dokonywania cięć pielęgnacyjnych drzew rosnących w pasach drogowych tuż pod liniami energetycznymi. Zagrożającym dla bezpieczeństwa ludzi jest również brak możliwości usuwania obumarłych konarów drzew znajdujących się nad chodnikami i ulicami. W ocenie Izby bezpieczeństwo każdego człowieka przebywającego na terenie Gminy – przejeżdżającego drogami w pasach których rosną drzewa mogące wymagać interwencji, czy też przechodzącymi chodnikami nad którymi znajdują się drzewa – niezależnie od tego czy jest to mieszkaniec Gminy, czy też osoba przybyła do Gminy np. w celach zawodowych czy turystycznych (np. oglądać rabaty różane) uzasadnia zawarcie przedmiotowej umowy w interesie publicznym. Brak zawarcia umowy, tym samym brak możliwości realizacji działań mających na celu zagwarantowanie między innymi bezpieczeństwa mieszkańców oraz przyjeżdżający i przejeżdżający przez Gminę osób mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Również konieczność usunięcia drzew, zgodnie z decyzją Starosty Ł., rosnących na działkach będących własnością gminy Ł., a stwarzających zagrożenie dla ludzi i mienia, co argumentował Zamawiający, stanowi o konieczności zawarcia umowy, a tym samym jest działaniem w ochronie interesu publicznego, bowiem służy ochronie lokalnej społeczności jak również osób przybyłych do Gminy. Bezpieczeństwo każdej osoby przebywającej na terenie Gminy jest dobrem nadrzędnym, podlegającym ochronie, a tym samym podejmowania działań mających tą ochronę gwarantować.

222. Postanowienie z dnia 4 maja 2020 r., sygn. akt KIO/W 29/20

Rozpatrując wniosek o wyrażenie zgody na uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania Izba nie dokonuje oceny zasadności odwołania wniesionego w danym postępowaniu, a wydanie postanowienia w tym przedmiocie nie ma charakteru „przedsądu”. Izba

bada wniosek zamawiającego wyłącznie pod kątem przesłanek uchylenia zakazu zawarcia umowy wymaganych w art. 183 ust. 2 Pzp. Izba nie weryfikuje zatem zasadności odwołania, a jedynie wagę interesu publicznego, który miałby uzasadniać ewentualną rezygnację z ochrony innych interesów. Skoro Zamawiający nie wykazał zaistnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie, uchylenie zakazu zawarcia umowy – jako instytucja o charakterze nadzwyczajnym - nie może nastąpić nawet w sytuacji czasowego zawieszenia rozpoznawania odwołań przez Izbę.

223. Postanowienie z dnia 29 maja 2020 r., sygn. akt KIO/W 38/20

Pojęcie „interesu publicznego” nie ma charakteru jednolitego i stałego. Jego treść powinna być ustalana i konkretyzowana w każdym przypadku na nowo, w zależności od potrzeb, wymagań i charakteru sprawy. Niemniej jednak interes publiczny zawsze dotyczy pewnego ogółu, nieokreślonej liczby osób, nie odnosi się natomiast do interesu jednostkowego, czy też określonej grupy. Z jego naruszeniem mamy zatem do czynienia w przypadku, gdy skutki określonych działań będą miały powszechny charakter. W Konstytucji RP zagadnienie interesu publicznego ujęte jest w kilku zakresach. Począwszy od najpełniejszego, znajdującego odzwierciedlenie w art. 1 Konstytucji RP, który wspomina o Rzeczypospolitej jako "wspólnym dobru" wszystkich obywateli, poprzez inne ogólne ujęcia wskazane w art. 17 czy art. 22, aż do bardziej szczegółowego określenia już konkretnych jego przejawów w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. (...) Analogiczne kryteria zawiera art. 30 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, który istnienie interesu publicznego uzasadnia względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej. A zatem, aby możliwe było uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, niezbędnym jest wykazanie możliwości zaistnienia negatywnych konsekwencji niezawarcia umowy przynajmniej w jednej ze wskazanych wyżej wartości. Izba przeanalizowała treść złożonego przez zamawiającego wniosku i skonstatowała, że interes publiczny, na który powołał się zamawiający, dotyczy bezpośrednio ochrony zdrowia publicznego, w tym w szczególności zdrowia pacjentów, pracowników oraz innych osób przebywających na terenie szpitala. Potrzeba szczególnej troski o zdrowie tych osób podyktowana jest wprowadzonym na terenie Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 20 marca 2020 roku stanem epidemii. Tym samym zamawiający wykazał, iż niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, polegające na braku możliwości zapewnienia swobodnej i bezpiecznej komunikacji i logistyki osobom znajdującym się na terenie placówki. Drugą przesłanką, zaistnienie której jest konieczne dla uchylenia zakazu zawarcia umowy, jest udowodnienie, iż negatywne dla interesu publicznego skutki zawarcia umowy przewyższyłyby korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W wyroku z dnia 21 czerwca 2001 roku (sygn. V SA 3718/00) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził: „Należy przypomnieć, że w państwie prawa nie ma miejsca

dla mechanicznej i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu społecznego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym wypadku organ orzekający ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny chodzi, i udowodnić, że jest on tak ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywatela. Zarówno wykazanie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu społecznego nad indywidualny, podlegać muszą wnikliwej kontroli instancyjnej i sądowej, szczególnie wówczas, gdy w ocenie organu w interesie społecznym leży ograniczenie praw obywatela określonych w Konstytucji RP.”

224. Postanowienie z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. akt KIO/W 100/20

Przedstawione przez Zamawiającego okoliczności faktyczne i prawne wskazują, iż przedmiot zamówienia związany jest z zapewnieniem bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli w związku z panującą pandemią SARS-CoV-2, poprzez zapewnienie ciągłości funkcjonowania miejsca odosobnienia przeznaczonego na kwarantannę osób zakażonych wirusem. Uwzględniając skutki, jakie może spowodować brak zapewnienia niezbędnych urządzeń sanitarnych pozwalających realizować cele związane z funkcjonowaniem ośrodka odosobnienia, Izby uznała, iż zachodzi podstawa do uwzględnienia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 183 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W okolicznościach dotyczących rozpatrywanego wniosku, należało przede wszystkim ustalić, czy ustawowy nakaz powstrzymania się przez Zamawiającego od zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, może spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego. Izba ustaliła, iż w interesie publicznym, przy zwiększającej się skali pandemii i ograniczonych zasobach służby medycznej do zapewnienia miejsc odosobnienia dla osób zarażonych, konieczne jest zabezpieczenie techniczne bazy wspomagającej działalność Państwa, którego wysiłki skierowane są na ograniczenie skali zachorowań, do czego przyczynić mogą się miejsca odosobnienia.

W dniu wydania niniejszego postanowienia nie został wyznaczony termin posiedzenia Izby, na którym miałyby zostać rozpoznane odwołanie z udziałem stron, jak również nie można przewidzieć, czy takie posiedzenie mogłoby się odbyć w terminie do 24 listopada 2020r., kiedy to Zamawiający utraci zabezpieczenie, jakie obecnie posiada w związku z zawartą 25 maja 2020r. umową na najem i obsługę mobilnych urządzeń sanitarnych. W świetle powyższego Zamawiający pozostawać będzie związany zakazem zawarcia umowy do momentu wydania orzeczenia w sprawie, które może zapaść w okresie uniemożliwiającym utrzymanie gotowości miejsca kwarantanny przy obecnie utrzymującym się poważnym stanie zagrożenia całego kraju. W ocenie Izby, zakres usługi uzasadnia stwierdzenie istnienia zagrożenia dla interesu publicznego w takim stopniu, iż konieczne jest uchylenie zakazu zawarcia umowy. Ponieważ beneficjentami usługi są przede wszystkim, żołnierze, pracownicy resortu, ale również mieszkańcy województwa zachodniopomorskiego, utrzymanie gotowości obiektu przeznaczonego na kwarantannę wymaga zawarcia umowy w terminie pozwalającym na prawidłowe funkcjonowanie miejsca odosobnienia.

225. Postanowienie z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. akt KIO/W 104/20

Wiedzą powszechną jest występowanie obecnie na terenie Polski stanu epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2. Ogólnodostępne są również dane Ministerstwa Zdrowia o dziennym poziomie liczby zakażeń, a także liczby zgonów związanych z chorobą COVID-19. Wprawdzie od pewnego czasu notuje się spadek liczby zakażeń, jednakże nie oznacza to, że taka sytuacja będzie się utrzymywać lub że nie nastąpi powtórny nagły wzrost liczby zakażeń. Dotychczasowe doświadczenia związane z wystąpieniem nagłego i znaczącego wzrostu zakażeń skutkują koniecznością przyjmowania negatywnych scenariuszy. Ponadto za oczywiste należy uznać, że dla skutecznego zapobiegania, przeciwdziałania i zwalczania COVID-19 fundamentalne znaczenie ma prawidłowe funkcjonowanie systemu opieki zdrowotnej, w szczególności w zakresie działalności podmiotów leczniczych. W tym kontekście szczególne znaczenie przypisuje się wystarczającej dostępności obywateli do świadczeń zdrowotnych. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że uruchomienie Zakładu Lecznictwa Otwartego (...) ma bardzo istotne znaczenie dla interesu publicznego.

226. Postanowienie z dnia 17 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 110/20

Skład orzekający badając przesłanki uchylenia zakazu zawarcia umowy wskazane we wniosku Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, stwierdził, że wniosek zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego wskazane przez Zamawiającego okoliczności uzasadniają w sposób dostateczny okoliczność, że niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wykazał we wniosku obiektywne okoliczności, wynikające z przepisów prawa, które uzasadniają konieczność niezwłocznego udzielenia przedmiotowego zamówienia. Izba uznała, w związku z istniejącą w Polsce sytuacją epidemiologiczną związaną z występowaniem pandemii wirusa COVID-19, za zasadną uznać argumentację, że przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest, zakup notebooków. Umowa jest zawierana z myślą o zaopatrzeniu pracowników Uczelni w sprzęt, do nauczania na odległość oraz do pracy zdalnej (dla pracowników administracyjnych). Jest, to duży kontrakt, który ma na celu zabezpieczenie dostaw sprzętu umożliwiającego realizację przez Zamawiającego działań profilaktycznych określonych w tzw. drugim, zaostrzonym poziomie obostrzeń sanitarnych zapobiegających rozprzestrzenianiu się wirusa SARS — CoV — 2 na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach. W ocenie Izby – biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia oraz zaistniałą sytuację - Zamawiający wykazał więc, że w obecnym stanie sanitarno-epidemiologicznym przedmiot zamówienia jest niezbędny również w aspekcie podejmowania działań, by zminimalizować możliwości rozprzestrzeniania się wirusa. Brak natomiast zapewnienia dostawy notebooków mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego.

227. Postanowienie z dnia 8 lutego 2021 r., KIO/W 11/21

Podkreślić należy, że wystarczające jest wystąpienie jednej z powyższych przesłanek, z których druga stanowi novum w stosunku do poprzedniego stanu prawnego, który przewidywał jako podstawę do uchylenia zakazu zawarcia umowy tylko okoliczności opisane aktualnie w ramach przesłanki pierwszej. Ponieważ możliwość uchylenia zakazu zawarcia umowy przez wydaniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze jest wyjątkiem wynikającej z art. 577 nowego pzp zasady, nie może być interpretowany rozszerzająco.

Dla zaistnienia przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 nowego pzp konieczne, a zarazem wystarczające, jest uprawdopodobnienie, że odwołanie wnoszone jest wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. W powyżej ustalonych okolicznościach należy uznać, że Zamawiający sprostą temu z nawiązką, gdyż dzięki załączonym do wniosku dokumentom wręcz udowodnił, że drugie odwołanie wniesione zostało przez XXX wyłącznie w celu uniemożliwienia Zamawiającemu zawarcia umowy z YYY, po tym, jak poprzednie odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

228. Postanowienie z dnia 15 lutego 2021 r., KIO/W 12/21

Rozpoczynając od przesłanki z art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy, to Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie żąda unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ani nie podnosi zarzutów związanych z wyborem oferty najkorzystniejszej, tym samym rozstrzygnięcie wniesionego odwołania nie będzie miało żadnego wpływu na ostateczność tego wyboru. Odwołujący kwestionuje jedynie czynności zamawiającego związane z jego własną ofertą sklasyfikowaną na trzeciej pozycji. Oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy decyzji zamawiającego o odtajnieniu informacji zastrzeżonych w ofercie odwołującego także nie będzie miało wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej, tym samym w ocenie Izby odwołanie można ocenić na potrzeby rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu jako wnoszone w celu uniemożliwienia zawarcia umowy. Oczywiście ta ocena nie wpływa na przyszłą ocenę zasadności wniesionego odwołania, ani na ocenę istnienia interesu odwołującego XXX w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Ocena ta dotyczy wyłącznie rozpoznania wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

229. Postanowienie z dnia 12 marca 2021 r., KIO/W 22/21

Przesłanka blokowania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może być utożsamiana z samym faktem wniesienia odwołania i domagania się przez odwołującego weryfikacji zgodności z prawem czynności zamawiającego. Ustawodawca wskazał, że środek zaskarżenia wniesiony wyłącznie w celu uniemożliwienia zawarcia umowy może spowodować uchylenie okresu stand still, czyli będzie to odwołanie, przez którego wniesienie strona nie zmierza do uzyskania merytorycznego rozstrzygnięcia o jej prawach i obowiązkach, lecz wniesione w innym celu, ukrytym pod pozorem skorzystania z prawa wniesienia środka ochrony prawnej. Okoliczność wniesienia odwołania z tego jedynego powodu – aby zablokować udzielenie zamówienia, powinna zostać przez

zamawiającego uprawdopodobniona. Warto przy tym zaznaczyć, że ustawodawca, wnosząc po konstrukcji omawianej normy, intencjonalnie nałożył na zamawiającego obowiązek uprawdopodobnienia celu złożenia odwołania, do tego używając formy kwalifikowanej. Zamawiający ma obowiązek uprawdopodobnić, że wyłącznym (a nie np. głównym, czy jednym z wielu) celem złożenia odwołania jest uniemożliwienie zawarcia umowy. Zaś zamawiający w rozpoznawanej sprawie nawet nie podjął próby wskazania obiektywnych okoliczności, które mogłyby zostać poddane subsumpcji pod omawianą normę, usiłując oprzeć wniosek na własnym przekonaniu, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej prawidłowo i jego zdaniem odwołanie powinno zostać oddalone. Przyjmując tezy zamawiającego każde odwołanie, które w przekonaniu jednostki zamawiającej jest bezpodstawne, należałoby uznać za wniesione wyłącznie w celu blokowania zawarcia umowy z wybranym przez zamawiającego wykonawcą. Taka wykładnia omawianych przepisów jest nieprawidłowa.

230. Postanowienie z dnia 12 marca 2021 r., KIO/W 24/21

To po stronie Zamawiającego jest ustawowo nałożony obowiązek wykazania spełnienia przesłanek określonych w art. 587 ust. 2 nowej ustawy i np. wykazanie stosownymi dokumentami. Jednocześnie Izba wskazuje, że postępowanie z wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze jest samodzielnym, odrębnym postępowaniem od innych postępowań, w tym postępowań odwoławczych, które toczyły się lub toczą w danej sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym do wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze Zamawiający winien załączyć wszystkie dokumenty na jakie się powołuje i na jakich opiera swoją argumentację.

Art. 578 ust. 5 NPzp (Art. 183 ust. 5)

231. Postanowienie z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO/W 1/20

W dniu 23 stycznia 2020 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej postanowieniem o sygn. akt KIO 60/20 dokonał zwrotu wniesionego odwołania w związku z nieprzedłożeniem przez odwołującego się wykonawcę XXX w wyznaczonym terminie określonym w wezwaniu z dnia 14 stycznia 2020 r. pod rygorem zwrotu wpisu - dowodu uiszczenia wpisu od odwołania.

W okolicznościach tej sprawy nie wystąpiły zatem przesłanki do wydania merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie złożonego wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy. Z tych też względów postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku przez zamawiającego podlega umorzeniu na podstawie art. 183 ust. 5 ustawy Pzp, jako bezprzedmiotowe.

232. Postanowienie z dnia 28 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/W 5/20

Skład orzekający Izby stwierdził, iż w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 309/20 rozpoznanie wniosku jest bezprzedmiotowe ze względu na wydanie przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2020 r. postanowienia o zwrocie odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 6 zdanie 2 ustawy Pzp odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Izby, a więc również nie powoduje zakazu zawarcia umowy, o którym mowa w art. 183 ust. 1 ustawy Pzp.

233. Postanowienie z dnia 1 kwietnia 2020 r., sygn. akt KIO/W 13/20

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 31 marca 2020 roku umorzyła postępowanie odwoławcze w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutów odwołania. Postanowienie o umorzeniu postępowania zostało ogłoszone w dniu 31 marca 2020 roku. Zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p., Izba umarza, w formie postanowienia, postępowanie wszczęte na skutek złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 2, jeżeli jego rozpoznanie stało się bezprzedmiotowe, w szczególności z powodu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia przed rozpoznaniem wniosku. W związku z tym, że w niniejszej sprawie zaszła przesłanka, o której mowa w art. 183 ust. 5 pkt 1 ustawy P.z.p. Izba umorzyła postępowanie wszczęte wskutek złożenia wniosku.

INDEKS RZECZOWY

Podane liczby oznaczają numery tez

A

Aukcja elektroniczna – 116, 134

B

Błąd w obliczeniu ceny – 126 – 130

C

Cena:

- rażąco niska – 86, 87, 114*
- wezwanie i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny – 84, 85, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 121-122, 123 - 125*

Ciężar dowodowy – 148, 188, 189, 190, 191, 192

Czyn nieuczciwej konkurencji – 118, 119, 120

D

Dokumenty:

- aktualność – 45-46*
- uzupełnianie – 46-49, 61-64*

Dowody – 188, 189, 193, 194, 197

G

Grupa kapitałowa – 32, 34, 35

Gwarancja – 28

I

Interes we wniesieniu środka ochrony prawnej – 153-157

K

Komunikacja Zamawiającego z Wykonawcami:

- przy użyciu środków komunikacji elektronicznej – 13, 14, 15, 16, 17, 18*

Koszty:

- koszty postępowania odwoławczego – 209*

- podział kosztów – 207, 208, 210, 211

Konsorcjum – 10, 11, 12, 99

Kryteria oceny ofert – 135 – 138, 139, 145

N

Naczelny Sąd Administracyjny (NSA) – 223

Niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania - 195

O

Odwołanie:

- odrzucenie – 171- 186, 158-160, 170-172
- uwzględnienie przez Zamawiającego – 165, 209

Oferta:

- odrzucenie – 101, 102, 106, 108, 109, 111, 113, 114, 115
- treść – 111, 113, 115
- wyjaśnienie treści – 53-57, 71-77, 115
- zmiana – 115

Omyłka:

- pisarska – 57, 78
- inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ – 59-62, 81-82, 83
- rachunkowa – 58-59, 79-80

Orzeczenie - 198

Otwarcie ofert – 52-53

P

Pełnomocnictwo / Pełnomocnik – 103, 174, 158,

Podatek VAT – 126, 129 - 130

Podmiot trzeci – 97

Podpis – 104, 105

- podpis elektroniczny – 14, 15, 16, 17
- podpis własnoręczny - 101

Podwykonawca – 110

Podział zamówienia – 22

Procedura odwrócona – 156

Próbka – 107, 112

Przedmiot zamówienia – 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31

Przystąpienie / Przystępujący – 166-169

S

Sąd Apelacyjny (SA) – 194

Sąd Najwyższy (SN) – 193, 194, 210

Sąd Okręgowy (SO) – 193, 194, 198, 201, 206, 210

Specyfikacja:

- *treść – 109, 117, 200*

T

Tajemnica przedsiębiorstwa – 4, 5, 6, 7, 8, 9

Termin:

- *odwołanie – 175-179*

Trybunał Konstytucyjny – 215

Tryby postępowania:

- *negocjacje bez ogłoszenia – 49, 66*
- *zamówienie z wolnej ręki – 49-52, 67-69*

U

Umowa w sprawie zamówienia publicznego:

- *nienależyte wykonanie – 36, 37,38*

Umowa o pracę - 23

Unieważnienie postępowania – 143-151

Uzasadnienie czynności Zamawiającego – 139-142

W

Wadium:

- *wadium wniesienie – 131 - 133*
- *wadium forma - 24*

Warunki udziału w postępowaniu:

- *wiedza i doświadczenie – 39-40*
- *realność udostępnienia zasobów – 40-42*
- *osobiste wykonanie zamówienia- 43*
- *zamiana podmiotu trzeciego – 43-45*

Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy – 212 – 216, 217 – 230

Wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy – umorzenie: 231-233

Wojewódzki Sąd Administracyjny (WSA) – 215

Wpis – 209

Wpływ na wynik postępowania – 199, 200

Wprowadzenie w błąd – 65

Wykluczenie wykonawcy – 19, 20, 32, 33, 36, 37, 38, 95, 96, 97, 98, 99, 100

Z

Zakłócenie konkurencji – 19, 20, 21

Zamówienia w częściach (częściowe) – 22

Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa – 152

Zakres zaskarżenia – 161, 196, 202-206

Zarzuty – 187, 161, 201 - 206

Zasady udzielania zamówień publicznych:

- jawności – 70*
- równego traktowania – 1, 2*
- uczciwej konkurencji – 3*
-

Ż

Żądania:

- wykonanie czynności zgodnie z żądaniem – 180-186, 162-163*

AKTY PRAWNE PRZYWOŁANE W ORZECZENIACH

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483, ze zm.)
2. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
3. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020)
4. Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)
5. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.)
6. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.)
7. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tj.: Dz. U. z 2020 r. ze zm.)
8. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950, ze zm.)
9. Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r., poz. 1040 ze zm.)
10. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks Spółek Handlowych (t.j. z 2019 r. poz. 505 ze zm.)
11. Ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 118)
12. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2357 ze zm.)
13. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 ze zm.)
14. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 ze zm.)
15. Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2019 r. poz. 1396, ze zm.)
16. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1913)
17. Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (Dz.U. z 2020 r., poz. 1192)
18. Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. z 2007 r., Nr 231, poz. 1701 ze zm.)
19. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 685)

20. Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz. 217)
21. Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1406 ze zm.)
22. Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2016 C 202)
23. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r. ze zm.)
24. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. UE L 216 ze zm.)
25. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r., zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. UE. L 335)
26. Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L 395 ze zm.)
27. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L 257)
28. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1092)
29. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. 2018 poz. 972)
30. Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126)

31. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1261)
32. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 poz. 92437)

ISSN: 2719-566X

Warszawa 2021